



**UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL TÁCHIRA
VICERRECTORADO ACADÉMICO
DECANATO DE INVESTIGACIÓN Y POSTGRADO**

**EL VALOR PROBATORIO DE LOS CONTRATOS
ELECTRÓNICOS EN EL DERECHO
MERCANTIL VENEZOLANO**

**Trabajo de Grado para optar al Título de Magister Scientiarum en
Derecho Mercantil.**

**Línea de Investigación: Derecho Mercantil
Temática: Contratación electrónica**

**Autora: Vega Roa, Mayra Juanita
Tutor: Dr. Miguel Arrieta Z.**

San Cristóbal, 03 de Octubre de 2018

APROBACIÓN DEL TUTOR

En mi carácter de Tutor de la Tesis de Grado presentada por Mayra Juanita Vega Roa, para optar al Título de Magister Scientiarum en Derecho Mercantil, cuyo título es: EL VALOR PROBATORIO DE LOS CONTRATOS EΛÉCTRÓNICOS EN EL DERECHO MERCANTIL VENEZOLANO, aprobado por el Consejo General de Postgrado, en su reunión de fecha 16 de _____ Enero de 2015, según acta No. 123.

Considero que este trabajo reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la evaluación correspondiente.



Dr. Miguel Arrieta Z.
C.I. U-6300181

DEDICATORIA

A Dios Padre Todopoderoso, por guiar mi camino, darme fuerzas para seguir adelante, por estar siempre conmigo.

A mi Madre Juana Cristina, por forjar mis ideales con amor, respeto, dedicación y ejemplo.

A mi Padre Reinaldo, que desde el cielo me cuida y me bendice.

A mi Hijo Andrés José, mi tesoro más preciado, llegaste a mi vida llenándola de felicidad y alegría, te amo.

A mi comadre y hermana María Isabel y demás familiares que estuvieron pendientes de este triunfo.

De todos ustedes, con infinito amor...

Mayra Juanita

AGRADECIMIENTO

A la Universidad Católica del Táchira, mi querida casa de estudios, y su personal docente que me formaron profesionalmente con esmero.

A mi tutor, Dr. Miguel Arrieta que con sus consejos y dedicación hicieron posible la culminación de este gran proyecto.

A todas aquellas personas que siempre estuvieron pendientes para el logro de esta meta.

Con sincero agradecimiento...

Mayra Juanita

INDICE GENERAL

	pp
Páginas preliminares.....	v
Resumen.....	viii
Introducción.....	9
CAPÍTULO I.	16
FORMACION DEL CONTRATO MERCANTIL POR MEDIOS ELECTRONICOS EN VENEZUELA Y EN EL DERECHO COMPARADO.....	16
Antecedentes.....	16
Marco Teórico.....	18
Contrato Civil y Contrato Mercantil en Venezuela.....	18
Solidaridad Pasiva.....	19
La Mora en el Cumplimiento.....	19
Revocatoria de la Oferta.....	20
La Novación.....	20
La Prueba en las Obligaciones Mercantiles.....	20
Formación y Perfeccionamiento de los Contratos Mercantiles.....	24
El Contrato Electrónico.....	27
Formación y Perfeccionamiento de los Contratos Mercantiles a Través de medios electrónicos	32
Principios que rigen la Contratación Electrónica.....	37
Principio de Equivalencia Funcional.....	38
Principio de Neutralidad Tecnológica.....	39
Principio de No Alteración del Derecho Preexistente de Obligaciones y Contratos.....	41
Principio de Libertad Contractual.....	43

Principio de la Buena Fe.....	44
Contratación Electrónica en el Derecho Comparado:	
Venezuela, Colombia y España.....	44
Contratación Electrónica en Venezuela.....	44
Contratación Electrónica en Colombia.....	46
Contratación Electrónica en España.....	47
CAPITULO II	49
VALOR PROBATORIO DE LOS CONTRATOS	
ELECTRONICOS.....	49
Antecedentes.....	49
Marco Teórico.....	53
La Prueba.....	53
La Prueba Documental.....	55
La Prueba Electrónica.....	64
Medios de Prueba.....	68
Valor Probatorio de los Contratos Electrónicos en Venezuela.....	70
Valor Probatorio de los Contratos Electrónicos en Colombia.....	92
Valor Probatorio de los Contratos Electrónicos en España.....	97
Conclusión Comparativa de las Tres Legislaciones.....	104
CAPITULO III	
ESTABLECER LAS VICISITUDES QUE ENFRENTA EL	
VALOR PROBATORIO DE LOS CONTRATOS	
ELECTRÓNICOS EN VENEZUELA Y EN EL	
DERECHO COMPARADO	109
Antecedentes.....	109
Marco Teórico.....	112

Instrumentos Probatorios en la Electronificación en el Derecho Mercantil.....	112
Valor Probatorio de la Firma Electrónica.....	118
Valor Probatorio del Correo Electrónico.....	125
Valor Probatorio de la Facturación Electrónica.....	125
Valor Probatorio de los Comprobantes Fiscales.....	129
Autenticidad del documento electrónico.....	135
El documento electrónico en el ámbito laboral.....	136
Necesidad de Expansión y Protección de los Contratos Electrónicos...	138
Análisis de la Jurisprudencia en el Derecho Comparado.....	143
CONCLUSIONES.....	163
RECOMENDACIONES.....	176
REFERENCIAS.....	182

UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL TÁCHIRA
VICERRECTORADO ACADÉMICO
DECANATO DE INVESTIGACIÓN Y POSTGRADO

**EL VALOR PROBATORIO DE LOS CONTRATOS ELECTRÓNICOS EN EL
DERECHO MERCANTIL VENEZOLANO**

**Trabajo de Grado para optar al Título de Magister Scientiarum en
Derecho Mercantil.**

Autora: Vega Roa, Mayra Juanita
Tutor: Dr. Miguel Arrieta Z.
Fecha: 20 de septiembre de 2018

RESUMEN

La tecnología está inmersa en nuestras vidas para facilitarla y con ella como romper barreras de espacio y tiempo. De esta forma los usuarios de las nuevas tecnologías necesitan una normativa que los proteja ante cualquier eventualidad al adquirir un bien o servicio. La presente investigación tuvo como finalidad analizar el valor probatorio de los contratos electrónicos en Venezuela asimismo, realizar un estudio comparativo con otras legislaciones como la de Colombia y España. Dicho análisis se llevó a cabo de la siguiente forma: Como objetivo general se propuso, analizar el valor probatorio de los contratos electrónicos en Venezuela, desde una perspectiva en el derecho comparado con la legislación de Colombia y España. De igual manera este objetivo se subdividió en 3 objetivos específicos los cuales son: a) Describir la formación del contrato por medios electrónicos en Venezuela y en el Derecho comparado, b) Explicar el valor probatorio de los contratos electrónicos en Venezuela y en el Derecho comparado y c) Establecer las vicisitudes que enfrenta el valor probatorio de los contratos electrónicos en Venezuela y en el Derecho comparado. La metodología empleada fue documental de tipo cualitativo y comparativo; para luego llegar a las conclusiones que tanto en Venezuela como Colombia y el Reino de España poseen una normativa estructurada respecto a la contratación electrónica, las cuales tienen como principal objetivo la protección de los consumidores en cuanto estos cumplan con los requisitos establecidos por legislación.

Descriptores: Contratos Electrónicos, valor probatorio, instrumentos probatorios.

INTRODUCCIÓN

La tecnología está inmersa en cualquier evento de la vida y hace posible que hasta cierto punto se venzan las barreras espacio-temporales por medio de un celular conectado por ejemplo, se pueden realizar operaciones bancarias sin necesidad de ir al banco, de esta manera la vida se hace más fácil. Sin embargo cuando se contrata un servicio o se adquiere un bien por internet hay muchos detalles que tomar en cuenta, como por ejemplo si el producto es el mismo que ha sido ofrecido por la tienda, que pasa con la garantía si el producto sale defectuoso, cómo se prueba la existencia del contrato si éste no se ha perfeccionado, qué protección tiene el consumidor, usuario o empresa frente a esta situación irregular.

Respecto de la informática y las comunicaciones existentes hoy día hay la posibilidad como ya se ha venido diciendo, de adquirir bienes, servicios, de llevar relaciones laborales virtualmente, sin que sea necesaria la presencia física de las personas para poder interactuar. En algunos casos una de las partes no está satisfecha con el servicio contratado, o el bien adquirido o la relación laboral presenta inconvenientes, entonces se necesita un régimen legal para proporcionar pautas y soluciones a conflictos suscitados por estas partes por vía electrónica; ya que de una forma u otra se ha venido sustituyendo el uso de papel impreso por la tecnología de la computadora y las redes.

Es la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico de la CNUDMI o UNCITRAL por sus siglas en inglés, y Venezuela a su vez lo regula en el Decreto con Rango y Fuerza de Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas

Electrónicas¹, con su respectivo Reglamento², el cual desarrolla la regulación de los mensajes de datos, el valor de los documentos generados por medios electrónicos y de la firma electrónica así como los estándares, planes y procedimientos de seguridad para los mensajes de datos y firmas electrónicas. Este marco normativo venezolano le proporciona eficacia y valor jurídico probatorio a los mensajes de datos y firmas electrónicas; cuya normativa definirá los aspectos importantes como definir conceptos, procedimientos, sanciones y establecer el valor probatorio de aquel medio electrónico utilizado cada día más por las personas. Cómo se forma esa relación contractual virtual, cuándo es válida y efectiva y un aspecto muy importante, cómo probarla.

Es por ello que la presente investigación tiene como enfoque analizar el valor probatorio de los contratos electrónicos en Venezuela a su vez de realizar estudio comparativo con otras legislaciones como la de Colombia y España, este enfoque será llevado a cabo por las siguientes **interrogantes**: ¿Qué ventajas y desventajas presenta el valor probatorio de los contratos electrónicos en Venezuela, desde la perspectiva del derecho comparado con las legislaciones de Colombia y España?; como también se desprenden tres interrogantes a desarrollar con los objetivos específicos propuestos: ¿Cuál es la importancia sobre la formación del contrato por medios electrónicos?; ¿Por qué es necesario explicar el valor probatorio de los contratos electrónicos tanto en Venezuela como en el Derecho comparado de Colombia y España?; y ¿Es conveniente establecer las vicisitudes que enfrenta el valor probatorio de los contratos electrónicos en Venezuela y el Derecho comparado de Colombia y España?.

¹ Ley sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas.(LMDFE) (2001), Decreto Ley No. 1204, Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.148, Extraordinario, Caracas, 10 de Febrero de 2001.

² Reglamento Parcial del Decreto Ley sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas (2004). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 38.086 del 14 de Diciembre de 2004. Decreto Ley No. 3.335 del 12 de Diciembre de 2004.

Entonces, observado todo lo anterior, es necesario señalar que la investigación se desarrollara teniendo en cuenta un conjunto de objetivos, su **objetivo general** es analizar el valor probatorio de los contratos electrónicos en Venezuela, con una perspectiva en el derecho comparado con las legislaciones de Colombia y España. Igualmente se proponen tres **objetivos específicos** que son: a) Describir la formación del contrato por medios electrónicos en Venezuela y en el Derecho comparado, b) Explicar el valor probatorio de los contratos electrónicos en Venezuela y en el Derecho comparado y c) Establecer las vicisitudes que enfrenta el valor probatorio de los contratos electrónicos en Venezuela y en el Derecho comparado.

Para desarrollar todos los objetivos propuestos, se realizaran observaciones de bibliografía de otros autores, con la finalidad de exponerla, analizarla y posteriormente comentarla por parte de la autora, e intentar dar solución a la problemática planteada.

Se **justifica** la investigación porque de esta manera se pretende ayudar a explicar mediante un análisis estructurado la legislación existente sobre el valor probatorio de los contratos electrónicos no solo en Venezuela sino en Colombia y España en sentido comparativo es aquí donde se denota su importancia, pues no se sabe realmente como se prueban las transacciones electrónicas ni en Venezuela ni en otros países, por lo que se espera obtener respuestas concretas.

Dentro del proceso de elaboración de la investigación, una vez que se redujo el problema a términos precisos y explícitos; es decir, restringido y delimitado a dimensiones manejables, fue necesario situar el marco de referencia teórica que orientó el estudio en todos sus aspectos. Habida cuenta que la fundamentación teórica determinó la perspectiva del análisis, la visión del problema que se asumió, y mostró la voluntad investigativa; es por ello que, el **marco teórico**, “es el resultado de la selección de aquellos

aspectos más relacionados del cuerpo teórico epistemológico que se asume, referidos al tema específicos elegido para su estudio”³, así como orientar la búsqueda de datos más relevantes. Por ende, se tomaron en cuenta los aportes de los teóricos relacionados con el tema, entre ellos se mencionan a:

Arias sobre la formación y perfección del contrato por internet.; Arrieta, que apunta sobre el comercio electrónico y la descodificación mercantil. Los comentarios de Calvo Baca que hace al Código de Procedimiento Civil de Venezuela y Código Civil venezolano. Grande, Marta sobre la prueba del convenio arbitral electrónico ante los tribunales de justicia españoles. El aporte de Gómez Soares, en cuanto a la prueba en la contratación electrónica de consumo. Gómez, V. sobre el trabajo de Grado intitulado: la realidad jurídica del comercio electrónico en Colombia. Gutiérrez, María: Consideraciones sobre el tratamiento jurídico del comercio electrónico. Internet Comercio Electrónico y Telecomunicaciones. Hernández W, Civilizar, en la formación del Contrato Electrónico en el Marco de la Comunidad Andina de Naciones. Illescas, R. en cuanto al Derecho de la contratación electrónica, Venezuela.

Igualmente se consultó a Moreno sobre los contratos electrónicos. Morles: Curso de Derecho Mercantil; Nisimblatt: El manejo de la Prueba electrónica en el proceso civil colombiano. Rengel-Romberg: Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano; Rodríguez, sobre los principios jurídicos del contrato electrónico. Rico, Mariliana, sobre Derecho de las nuevas tecnologías; y la electronificación de los títulos cambiarios en el Derecho estadounidense. Santos, Ling: sobre las Reflexiones y comentarios jurídicos. Sánchez F. sobre el correo electrónico, su valor probatorio y otras vicisitudes. Sánchez, O, en el valor probatorio de la firma electrónica. Sanchis: sobre la prueba por soportes informáticos. Tirant lo Blanch. Sartori,

³ BALESTRINI ACUÑA, Mirian (2002). *Cómo se elabora el proyecto de investigación*. Sexta Edición. Caracas, Venezuela. Consultores Asociados Servicio Editorial. p. 91.

G. sobre la política, lógica y método en las ciencias sociales. Ramírez, Sulmer Paola, en el documento electrónico en el ámbito laboral y su uso como medio de prueba. Téllez, J. con el tema relacionado sobre el Derecho Informático. Vega Vega, José Antonio, en los contratos electrónicos y protección de los consumidores. Vitoria, M. en los Mensajes de Datos y la Prueba de los Negocios, Actos y Hechos con relevancia jurídica soportados en Formatos Electrónicos. y finalmente a Zuluaga, Luis, con respecto a la prueba electrónica en el proceso civil en Colombia. Marco legal, aporte, valoración.

Por esta parte, el **marco metodológico** está conformado por el enfoque empleado para la investigación, el cual es de tipo cualitativo, ya que la interacción humana constituye la fuente central de datos, la capacidad de las personas para captar a los demás y sus conductas es un elemento central para entender cómo funciona la interacción. En este sentido una situación y el significado de los actos dependen de cómo los mismos sujetos definen esta situación, aún en distancias remotas.

Por más que estas definiciones dependen de las estructuras institucionales existentes, de los papeles que desempeñan los individuos y de los objetivos que éstos se proponen, la auténtica definición de la situación proviene de las interacciones sociales (acción con sentido simbólico), de las negociaciones y asunción de las partes. De allí que el análisis cualitativo “surge de aplicar una metodología específica orientada a captar el origen, el proceso y la naturaleza de cada significado que brotan de la interacción simbólica entre los individuos”⁴.

En los capítulos siguientes la naturaleza cualitativa busca interpretar y analizar para luego llegar a explicar el valor probatorio de los contratos

⁴ RUIZ OLABUENAGA, José Ignacio (2012). *Metodología de la Investigación Cualitativa*. 5ta. Edición. Universidad de Deusto. Bilbao. España. p. 15.

electrónicos y a su vez de tipo comparativo ya que examina la legislación de Colombia y España al respecto. Según Martínez.⁵, la investigación cualitativa esencialmente desarrolla procesos en términos descriptivos e interpreta acciones, lenguajes, hechos funcionalmente relevantes y los sitúa en una correlación con el más amplio contexto social. La investigación cualitativa busca la comprensión e interpretación de la realidad humana y social, con un interés práctico, es decir con el propósito de ubicar y orientar su acción.

Para otros autores como Báez⁶: “El objeto del método cualitativo es el conocimiento de la realidad, es decir comprende, capta, interpreta las complejas interrelaciones que se dan en el plano real del ser humano para luego tratar de explicarlas”. Este método de investigación en cuanto a la recopilación de la información no tiene una estructura fija, es flexible, pues permite captar lo imprevisto y puede cambiar en el curso del proceso de acuerdo a las necesidades de la propia investigación, según Corbetta.⁷

Igualmente la investigación reviste un carácter documental porque está referida al “estudio de problemas con el propósito de ampliar y profundizar el conocimiento de su naturaleza, con apoyo, principalmente, en trabajos previos, información y datos divulgados por medios impresos, audiovisuales o electrónicos”⁸. El estudio documental a nivel explicativo, es donde se utilizarán las técnicas de búsqueda, selección de material, lectura, subrayado, esquematización, con un enfoque interpretativo. Autores como Finol y Nava⁹ afirman que este comprende un “conjunto de pasos ordenados dirigidos al análisis científico de documentaciones, para abstraer las

⁵ MARTÍNEZ J, (2011). Métodos de investigación cualitativa N°8 (1) julio-diciembre (2011). <http://www.cide.edu.co/ojs/index.php/silogismo/article/viewFile/64/53>

⁶ BÁEZ J, y PÉREZ (2007), Investigación Cualitativa, Madrid, ESIC editorial, p. 38.

⁷ CORBETTA P, (2007) Metodología y técnicas de investigación social, Editorial MacGraw/Hill, p.47.

⁸ Universidad Pedagógica Experimental Libertador (2010). *Manual de Trabajos de Grado de Especialización y Maestría y Tesis Doctorales*. 5ta. Edición. Caracas: Fondo Editorial de la Universidad Pedagógica Experimental Libertador. FEDUPEL. p. 20.

⁹ FINOL T., y Nava, H. (1996). Procesos y Productos en la Metodología de la Investigación. Maracaibo. Ediluz.p.23

características, las cuales ofrecen los hechos plasmados en documentos escritos.” El ámbito explicativo se debe a que “su interés se centre en explicar por qué ocurre un fenómeno y en qué condiciones se manifiesta, o por qué se relacionan dos o más variables”¹⁰; es decir, van más allá de la descripción de conceptos o fenómenos, están dirigidos a responder por las causas de los eventos y fenómenos físicos o sociales.

El método documental o bibliográfico consiste en la captación por parte del investigador de datos aparentemente desconectados, con el fin de que a través del análisis crítico se construyan procesos coherentes de aprehensión del fenómeno y de abstracción discursiva del mismo, para así valorar o apreciar nuevas circunstancias, Hoyos¹¹. En consecuencia, el método documental se sirve, como sus principales fuentes de información, de los libros y los documentos relacionados con el tema a investigar.

El estudio comparativo por su parte según Sartori (1984), tiene como objetivo la búsqueda de similitudes y disimilitudes. La comparación se basa en el criterio de homogeneidad; siendo la identidad de clase el elemento que legitima la comparación, se compara entonces lo que pertenece al mismo género o especie. Las disimilitudes se presentan como lo que diferencia a la especie de su género, y esto no es lo mismo que señalar las variaciones internas de una misma clase; por lo cual se requiere de un trabajo sistemático y riguroso que implique la definición previa de las propiedades y los atributos posibles de ser comparados.¹²

¹⁰ HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto; FERNÁNDEZ COLLADO, Carlos; y BAPTISTA LUCIO, Pilar (2009). *Metodología de la investigación*. 4ta. edición. México: Mc Graw Hill Interamericana. p. 41.

¹¹ HOYOS C, (2000). Un modelo para investigación documental. Medellín: Señal Editora, pp. 42-49.

¹² SARTORI, G. (1984) La política, lógica y método en las ciencias sociales. México. Fondo de Cultura Económico.

CAPITULO I

FORMACION DEL CONTRATO MERCANTIL POR MEDIOS ELECTRONICOS EN VENEZUELA Y EN EL DERECHO COMPARADO

Antecedentes

Respecto de la formación del contrato por medios electrónicos, tanto en Venezuela como en el Derecho comparado ya que es un tema novedoso y de importancia para la realización de transacciones mercantiles a nivel nacional e internacional, se mencionaran algunos artículos y trabajos previos sobre este tema:

Se observa al autor Hernández, en su artículo “La formación del Contrato Electrónico en el Marco de la Comunidad Andina de Naciones”¹³, hace referencia a los elementos necesarios para que nazca el contrato electrónico: la manifestación de la voluntad por un medio electrónico, oferta y aceptación de la misma en los países que forman parte de la Comunidad Andina de Naciones (CAN) y que algunas de estas legislaciones han ido incorporando paulatinamente a esta nueva forma de realizar transacciones en el comercio los principios generales de la Ley Modelo de 1996 sobre Comercio Electrónico de las Naciones unidas y concluye que la comunidad debe implementar normas comunes para regular dicha situación

En la obra de Moreno,¹⁴ que se adelanta de una forma acertada sobre el estudio de la materia de las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC) y la formación de contratos por esta vía electrónica, explica de una forma sistemática, los puntos establecidos en las normas de

¹³ HERNÁNDEZ W, Civilizar (2012). La formación del Contrato Electrónico en el Marco de la Comunidad Andina de Naciones.

¹⁴ MORENO M (1998). Contratos Electrónicos. Granada, editorial Marcial Pons. Madrid.

la Ley Modelo de las Naciones Unidas sobre Comercio Electrónico de 1996, de igual manera desglosa los elementos constitutivos del contrato electrónico en el ordenamiento jurídico Español y finaliza con análisis de las normas que ha dictado la directiva del Parlamento Europeo sobre el tema.

En este mismo orden de ideas, se observa el trabajo de grado realizado por Gómez¹⁵, cuyo objetivo general de la investigación fue valorar el alcance jurídico de las normas que regulan el comercio electrónico en Colombia y si dichas normas se encuentran adecuadas a las exigencias Internacionales, y a los parámetros dados por legislaciones mucho más avanzadas y especializadas en el tema. Luego concluye que La Ley 527¹⁶ que regula los aspectos principales del comercio electrónico, ofrece seguridad y certeza al manejo de esta modalidad. La normativa cumple con la función armonizadora y globalizante con la cual fue concebida la LEY MODELO DE LAS NACIONES UNIDAS y está a la altura de los países industrializados y comercialmente activos en lo que respecta al comercio electrónico.

Así mismo Arias¹⁷, en su artículo sobre “La formación y perfección del contrato por internet”, describe la oferta y aceptación como declaración de voluntad fundamental para perfeccionar el contrato y que ese momento se da cuando ambas declaraciones de voluntad coinciden a través del medio llamado internet. Expresa la autora que la aceptación debe cumplir ciertos requisitos para que produzca efectos jurídicos como son que sea emitida y recibida o conocida al proponente de la oferta, la misma puede manifestarse por medio de correo electrónico, pagina web o por medio de la ejecución de un acto que infiera sin lugar a dudas la aceptación. En cuanto a la

¹⁵ GOMEZ V (2004). La realidad jurídica del comercio electrónico en Colombia. Trabajo de grado. Universidad Javeriana de Bogotá. Bogotá. Colombia.

¹⁶ Ley 527 o de Comercio Electrónico y Firmas Digitales (1999). Diario oficial 43.673 de fecha 21 de agosto de 1999. República de Colombia.

¹⁷ ARIAS M, (2002). La formación y perfección del contrato por internet. Revista Chilena de Derecho, Vol.29, No.1, Sección Estudios. pp.111-126.

revocabilidad va a depender de las normas civiles y mercantiles aplicables en base al principio de no alteración del derecho preexistente de obligaciones y contratos.

Referente al perfeccionamiento refiere la autora que hay dos supuestos y depende de si los contratantes están presentes o si viven en lugares distintos si es el último caso entonces la doctrina adopta diferentes teorías como: teoría de la expedición que es cuando el destinatario de la oferta recibe la aceptación; teoría de la recepción se produce desde el momento en que el oferente recibe la aceptación; teoría de la declaración es cuando la ha exteriorizado aun antes de que el destinatario de la oferta remita su aceptación y por último la teoría del conocimiento que es cuando el oferente recibe la aceptación y conoce el contenido de la misma. Por lo que la autora concluye que en el contrato electrónico el mensaje de datos debe considerarse recibido solo cuando el destinatario tenga la posibilidad cierta de acceso al mismo.

Marco Teórico

Contrato Civil y Contrato Mercantil

El Código Civil Venezolano en su artículo 1133 define el contrato, así: “Es una convención entre dos o más personas para construir, reglar, transmitir, modificar o extinguir entre ellas un vínculo jurídico”¹⁸, y a su vez en su artículo 1141 establece: “las condiciones requeridas para la existencia del contrato: Consentimiento de las partes; objeto que pueda ser materia de contrato; y causa lícita.”

Según la doctrina no existe un concepto de contrato mercantil ya que este se sujeta de lo establecido en materia civil, de manera que un contrato

¹⁸ Código Civil de Venezuela (1982). Gaceta Oficial de la República de Venezuela, Extraordinaria N°2.990 del 26 de Julio de 1982.

será de carácter civil o mercantil de acuerdo a las personas que lo celebran y la finalidad que persigan al contratar según lo sostiene Morales¹⁹. Así se deduce que los contratos mercantiles son aquellos que tienen por objeto un acto de comercio de acuerdo a lo establecido en el Código de Comercio de Venezuela en su artículo 1º "...aunque estos no sean ejecutados por comerciantes"²⁰.

De igual manera no existe una teoría general de las obligaciones mercantiles así como se mencionó anteriormente de los contratos mercantiles distinta a la contenida en el Código Civil sin embargo cabe destacar que el Código de Comercio establece ciertas excepciones:

La solidaridad pasiva. Según el artículo 1223 del Código Civil²¹, en principio no hay solidaridad ni entre acreedores ni entre deudores, sino en virtud de convenio expreso o disposición de la ley. El artículo 107 del Código de Comercio establece que en las obligaciones mercantiles se presume que los codeudores se obligan solidariamente, si no hay convención contraria.²²

La mora en el cumplimiento. Coinciden en que las obligaciones de dar o hacer el deudor se constituye en mora por el solo vencimiento del plazo establecido en la convención, sin necesidad de interpelación (art.1269 del Código Civil)²³. En materia mercantil agrega en su artículo 108 del Código de Comercio, que las sumas de dinero liquidas y exigibles devengan de pleno derecho el interés corriente en el mercado, siempre que este no exceda del doce por ciento anual.²⁴

¹⁹ MORLES, A. (2008). Curso de Derecho Mercantil Tomo VI. Caracas. Universidad Católica Andrés Bello. Editorial Texto, C.A.

²⁰ Código de Comercio de Venezuela (1955). Gaceta Oficial de la República de Venezuela, Extraordinario N° 475, del 21 de Diciembre de 1955.

²¹ Código Civil. Art. 1223. Op. cit.

²² Código de Comercio Art. 107. Op.cit.

²³ Código Civil. Art. 1269. Op. cit.

²⁴ Código de Comercio art. 108. Op. cit.

Revocatoria de la oferta. En el segundo aparte del artículo 1137 del Código Civil²⁵, expresa que la revocatoria de la oferta en firme ocurrida dentro del plazo es ineficaz para impedir la formación del contrato en el caso de que la aceptación hubiera sido comunicada al oferente dentro de ese mismo plazo. En artículo 113 del Código de Comercio expone que la revocación de la oferta en firme con el plazo expreso o tácito es eficaz y solo produce efectos resarcitorios si la parte a quien ha sido comunicada la revocación ha comenzado la ejecución del contrato.²⁶

La novación. En el artículo 1314 del Código Civil²⁷, se produce novación cuando un nuevo deudor se sustituye al anterior dejando el acreedor a este libre de su obligación. En el artículo 121 del Código de comercio, cuando el acreedor recibe documentos negociables en ejecución del contrato o cumplimiento de un pacto accesorio al contrato de que proceda la deuda, no se produce novación.²⁸

La prueba de las obligaciones mercantiles. Impera el principio de libertad de pruebas consagrado en el artículo 124 del Código de Comercio.²⁹; mediante el cual las obligaciones mercantiles y su liberación se prueban con documentos públicos y privados, con los extractos de los libros de los corredores, firmados por las partes, con los libros de los corredores, facturas aceptadas, con los libros mercantiles de las partes contratantes, con telegramas, y/o cualquier otro medio de prueba que sea admitido por la ley civil.

Bajo este principio de libertad de las pruebas, el Ministerio Público venezolano “interviene en las causas que él mismo habría podido

²⁵ Código Civil. Art. 1137. Op. cit.

²⁶ Código de Comercio art 113. Op. cit.

²⁷ Código Civil. Art. 1314. Op. cit.

²⁸ Código de Comercio Art 121. Op. cit.

²⁹ Ibídem. Art. 124

promover”³⁰ con respecto a las pruebas documentales en casos de estado civil, filiación, tacha de instrumentos, entre otros, tiene poderes y facultades iguales que las partes interesadas y los ejercita en las formas y términos que establece la ley. Igualmente, son admisibles en juicios aquellos que determina el Código Civil, el Código de Procedimiento Civil y otras leyes de la República³¹, pero también se puede valer el juez de cualquier otro medio de prueba que no esté prohibido y que se considere conducente a la demostración de las pretensiones; siempre que el demandado contradiga los fundamentos de hecho de la demanda, es preciso recibir la causa a prueba, porque las alegaciones que hagan las partes tienen personalmente el mismo valor, han de ser acreditadas a fin de que el juez proceda a pronunciar su decisión de conformidad con las pruebas verificadas dentro del procedimiento³².

Por ende, el principio de libertad de apreciación de la prueba ha sido objeto de controversia por diversos tratadistas, ya que la libertad probatoria y de apreciación no le confiere al juez facultades omnímodas para escoger los medios de prueba de manera caprichosa, ni facultades para apreciar medios de convicción atentatorios contra el debido proceso, ni los derechos fundamentales constitucionales. De allí que es importante destacar que en la legislación venezolana se consagra la libertad probatoria a los jueces, pero siempre bajo el presupuesto del respeto de los derechos fundamentales; al respecto Saavedra, establece que:

La libertad de apreciación probatoria está limitada por las exigencias impuestas por la ciencia, la experiencia y la lógica, que son las reglas de la sana crítica y por la expresa prohibición constitucional respecto a la prueba lícita, debidamente reiterada y precisada por la norma

³⁰ Código de Procedimiento Civil. Código de Procedimiento Civil. (1990). Gaceta oficial N° 4.209 de fecha 18 de septiembre de 1990. Art. 131.

³¹ Ibídem. Art. 395. Op. cit.

³² Calvo Baca, Emilio. (2009). Código de Procedimiento Civil de Venezuela. Caracas, Venezuela, Ediciones Libra. p. 398.

procesal.³³

Con esto se reitera que la norma orientada constitucionalmente, con respecto a la libertad de apreciación probatoria, ha sido objeto de comentarios; las disgresiones que en tal sentido han realizado la doctrina y jurisprudencia española justificando la prueba ilícita sobre el pretexto que la libertad probatoria lo permite, no podría tener cabido dentro del marco legal, a objeto de valoración de ellas, cuya posición española ha sido sostenida así:

También el principio de libre apreciación o valoración de la prueba, conectado con el de la verdad material, venía siendo utilizado como coartada para justificar la admisión y utilización de las pruebas ilícitas. Sin embargo, tal interpretación suponía en realidad, una distorsión del verdadero significado de la prueba (...) no puede entenderse como libertad de utilización.³⁴

Asimismo, el principio de libertad probatoria, en Colombia, está contenido en hechos de interés para la solución correcta de los casos “se podrían probar por cualquiera de los medios establecidos en este Código o por cualquier otro medio técnico o científico que no viole los derechos humanos”;³⁵ es decir los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta toda prueba deberá ser solicitada o presentada en la audiencia preparatoria y se practicará en el momento correspondiente del juicio oral y público.

El régimen jurídico de los contratos mercantiles se basa en el principio general y común de la autonomía de la voluntad establecido en el artículo

³³ SAAVEDRA ROJAS, Edgar. (2002). Temas actuales de Derecho Procesal Penal. VI Jornadas de Derecho Penal. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, P. 487.

³⁴ *Ibidem*. Op. cit. p. 487.

³⁵ Ley 906 de 2004. Código de Procedimiento Penal Colombiano. República de Colombia. 31 de Agosto de 2004. Art. 373

1.159 del Código Civil Venezolano³⁶. Dicho principio está limitado por el orden público o buenas costumbres según expresa el artículo 6 del Código Civil.³⁷ Por consiguiente el principio de autonomía de la voluntad, “es la facultad de los particulares para regir y ordenar su propia conducta mediante sus propias normas sin depender de nadie ni ser obliga a ello por algún impulso externo”³⁸, por ende, es una institución jurídica forjada lenta y paralelamente a la evolución de los contratos del ordenamiento jurídico español, sin olvidar que “el Código Civil español se debe al francés la redacción de gran parte de su contenido, especialmente en materia de contratos”.³⁹

Igualmente este concepto de autonomía de la voluntad para el ordenamiento jurídico colombiano, “debe analizarse no como un simple querer de las partes emergido estrictamente de un acto voluntario o de voluntad, sino además de querer, de poder los particulares autorregularse”⁴⁰; esta potestad se la otorga el ordenamiento jurídico Colombiano desde la carta magna al disponer sobre las libertades de los individuos, hasta los ordenamientos de derecho civil, al disponer sobre los contratos y convenciones entre los particulares.

La inexistencia en Venezuela de leyes reguladoras de condiciones generales de los contratos deja abierta la vía para la interpretación de los contratos conforme a las exigencias de la buena fe, entendiendo por tal la conducta correcta, leal y honesta de los contratantes. De igual forma la

³⁶ Código Civil. “Artículo 1159: Los contratos tienen su fuerza de Ley entre las partes. No pueden revocarse sino por mutuo consentimiento o por las causas autorizadas por la Ley”. Op. cit.

³⁷ *Ibidem*. Art. 6

³⁸ SORO RUSSEL, Olivier. (2016). Principio de autonomía de la voluntad privada en la contratación: Génesis y contenido actual. Colección Jurídica General, Monografías. Universidad Complutense de Madrid. España, Editorial Reus, S.A. p. 10.

³⁹ *Ibidem*. p. 11.

⁴⁰ BONIVENTO CORREA, Pedro Felipe (2000). La autonomía privada de la voluntad frente a los Contratos de Derecho Privado. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, República de Colombia. p. 14.

concepción moderna de contrato en nuestro Código Civil está basada en el acuerdo de voluntades con la finalidad de crear obligaciones entre las personas y el derecho mercantil es fundamentalmente un derecho contractual.

Formación y Perfeccionamiento de los Contratos Mercantiles

En el contrato mercantil existen tres fases: formación, perfección y ejecución, se observa entonces: La formación está compuesta por la propuesta u oferta que es una declaración de voluntad por una de las partes en donde se expresa el propósito de celebrar un contrato y contempla a su vez los elementos del mismo. La oferta puede ser revocada o aceptada. Cuando se realiza una oferta verbal normalmente la aceptación es inmediata de acuerdo al artículo 110 del Código de Comercio⁴¹, si la oferta es escrita el Código de Comercio en su artículo 111⁴² hace una diferencia entre si las partes residen en el mismo lugar ésta dispone de veinticuatro horas para aceptarla o desecharla y si las partes residen en lugares diferentes se aplica los usos y costumbre del lugar del aceptante y de la naturaleza del contrato.

También existe la posibilidad de que en vez de aceptar o rechazar la oferta el aceptante entonces realice una nueva oferta según el artículo 114 del Código de Comercio⁴³. En cuanto a la revocación mientras el contrato no es perfecto tanto la oferta como la aceptación son revocables, sin embargo si ha comenzado la ejecución del contrato el revocante debe indemnizar los daños que dicho acto provoque según lo establecido en el artículo 113 del Código de Comercio⁴⁴.

Existen también una fase preparatoria del contrato que es un acuerdo por medio del cual las partes se obligan a respetar determinadas cláusulas

⁴¹ Código de Comercio. Art. 110. Op. cit.

⁴² Ibídem. Art. 111. Op. cit.

⁴³ Ibídem. Art. 114. Op. cit.

⁴⁴ Ibídem. Art. 113. Op. cit.

en el contrato futuro que lleguen a celebrar, la cual es importante para ciertos contratos mercantiles: La constitución de sociedad, los contratos de seguro, los contratos bancarios, los contratos bursátiles, las ofertas públicas de adquisición, las emisiones de valores, los contratos de franquicia, los joint ventures, los contratos de suministro o asistencia técnica, los contratos de publicidad, entre otros

Respecto al perfeccionamiento del contrato Venezuela acoge el sistema de concurrencia de las voluntades y el sistema del conocimiento. Se entiende que un contrato se perfecciona en el momento y en el lugar en que el proponente adquiere efectivo conocimiento de la aceptación de su propuesta por la contraparte.

La doctrina y la legislación distinguen los contratos celebrados entre presentes de los perfeccionados entre personas distantes, así como también diferencias los contratos concertados de modo instantáneo de los cumplidos de manera sucesiva. En la generalidad de los casos los contratos entre presentes se conciertan de modo instantáneo y los contratos entre personas distantes de manera sucesiva, pero esta coincidencia no es una regla absoluta. La doctrina concuerda al estimar que los contratos entre presentes de formación instantánea y los contratos entre personas distantes del mismo género (como el celebrado por teléfono o videoconferencia) no tienen disparidades. El momento de perfección es el mismo.

De igual manera, aun cuando las partes estén físicamente presentes en un mismo lugar, el contrato puede ser perfeccionado de modo progresivo⁴⁵ y cuando las partes “residan en distintas plazas, se entenderá celebrado el contrato para todos los efectos legales en la plaza de la residencia del que hubiere hecho la promesa primitiva o la propuesta

⁴⁵ Ibídem.

modificada⁴⁶”, y también igualmente en el momento cuando las partes realicen la aceptación que hubiere llegado a conocimiento del mismo, tal como lo prevé el Código de Comercio venezolano.

Los principios que aplica el ordenamiento jurídico venezolano para resolver la cuestión del momento y del lugar de la celebración del contrato mercantil son los siguientes: a) El contrato se forma tan pronto como el autor de la oferta tiene conocimiento de la aceptación de la otra parte según lo indica el artículo 1137 del Código Civil⁴⁷ en concordancia con el artículo 115 del Código de Comercio⁴⁸; b) La oferta, la aceptación o la revocación por una cualquiera de las partes, se presumen conocidas desde el instante que ellas llegan a la dirección del destinatario, a menos que éste pruebe haberse hallado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerla de acuerdo a lo establecido en el último aparte del artículo 1137 del Código Civil⁴⁹; c) El contrato se forma en el lugar de residencia del autor de la oferta primitiva o de la propuesta modificada según lo expresado en el artículo 115 del Código de Comercio⁵⁰.

En cuanto a la eficacia de la oferta, el Código de Comercio dispone: a. Si la propuesta verbal no es aceptada inmediatamente por la persona a quien se dirige, el proponente queda libre del compromiso (art.110)⁵¹; b. La propuesta hecha por escrito debe ser aceptada o desechada dentro de veinticuatro horas, si las partes residieran en la misma plaza. Vencido este plazo la proposición se tendrá como no hecha (art.111)⁵²; c. El contrato bilateral entre personas que residen en distintas plazas no es perfecto si la aceptación no llega a conocimiento del proponente en el plazo por él fijado o

⁴⁶ Ibídem. Art. 115. Op. cit.

⁴⁷ Código Civil. Art. 113. Op. cit.

⁴⁸ Código de Comercio art. 115. Op. cit.

⁴⁹ Código Civil. Art. 1137. Op. cit.

⁵⁰ Código de Comercio art. 115. Op. cit.

⁵¹ Ibídem. Art. 110

⁵² Ibídem. Art. 111

en el término necesario al cambio de la propuesta o de la aceptación, según la naturaleza del contrato y los usos del comercio (art.112)⁵³.

Estas soluciones coinciden con lo dispuesto en el primer aparte del artículo 1.137 del Código Civil⁵⁴, según el cual la aceptación debe ser recibida por el autor de la oferta en el plazo fijado por ésta o en el plazo normal exigido por la naturaleza del negocio. En materia de revocación en lo civil es ineficaz para impedir la formación del contrato cuando ésta es hecha dentro del plazo de acuerdo al artículo 1.137 del Código Civil en su tercer aparte, al contrario de lo que ocurre en materia mercantil que es válida y tiene efectos resarcitorios.⁵⁵

El contrato electrónico

Desde el punto de vista jurídico y doctrinal es importante definir lo que se entiende por contrato electrónico, Gómez, dice que: “es aquel que se oferta y la aceptación se transmite por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos conectados a una red de telecomunicaciones”⁵⁶; es decir, todo contrato es celebrado sin la presencia física simultánea de las partes, “prestando éstas su consentimiento en origen y en destino por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenaje de datos, conectados por medio de cable, radio, medios ópticos o cualquier otro medio electromagnético”⁵⁷, el elemento esencial que se distingue en la contratación electrónica es el medio electrónico a través del cual se realiza y que influye en todas las etapas del contrato, conservando sus características

⁵³ Ibídem. Art. 112

⁵⁴ Código Civil. Art. 1137. Op. cit.

⁵⁵ Ibídem. Art. 1137

⁵⁶ GOMEZ SOARES, Fernanda Sabah (2009). La prueba en la contratación electrónica de consumo. En: Revista Internacional de Estudios sobre Derecho Procesal y Arbitraje. No. 3 – 2009. [Consulta, 2018, julio 24], Disponible en: file:///C:/Users/windows/Downloads/Dialnet-LaPruebaEnLaContratacionElectronicaDeConsumo-3194106.pdf.

⁵⁷ JELEZTCHEVA, María y RODRÍGUEZ, Luisa (2010). Los contratos electrónicos. Derecho y Tecnología. Edición No. 11. Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal, Venezuela, p. 167.

propias, tal como se dispone en los artículos 1.254 y 1.255 del Código Civil Español dice que:

El contrato existe desde que una o varias personas consientan en obligarse respecto de una u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio y que los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, la moral ni al orden público.⁵⁸

Es decir, trata la existencia, las partes, el consentimiento y la obligación respecto una de la otra. A diferencia de contrato electrónico los contratos informáticos son amplios y ha venido empleándose para hacer referencia a toda contratación en la que la informática tenga vital relevancia, que engloba a los contratos no sólo de bienes y servicios informáticos sino a aquellos que se concluyen mediante medios informáticos. Ahora bien, los contratos informáticos y los contratos electrónicos, son términos perfectamente bien diferenciados. Camacho, al respecto dice que el contrato informático “son todos aquellos contratos cuyo objeto está constituido por un bien y/o servicio informático, siendo por consiguiente la nota común su objeto: un bien o servicio informático”⁵⁹.

Vale señalar, que la complejidad y especialidad del bien objeto de los contratos informáticos, la contratación informática puede darse sobre cada parte configuradora del equipo, hardware y software, pero también puede referirse de forma conjunta a ambos aspectos que son los llamados contratos de equipamiento informático; y en cuanto al servicio informático, Camacho dice que serán “todos los que garanticen al usuario el correcto funcionamiento y utilización de los equipos informáticos y también aquéllos

⁵⁸ Ibídem. Op. cit. p. 168.

⁵⁹ CAMACHO CLAVIJO, Sandra (2005). Derecho de las Nuevas Tecnologías. Partes Intervinientes, Formación y Prueba del Contrato Electrónico. Universidad Autónoma de Barcelona. España: Editorial Reus, S.A. p. 88.

que sean complemento y seguimiento o apoyo de la actividad informática”⁶⁰.

Al respecto, la autora antes mencionada diferencia: a) los servicios, como los que tienen como objeto realizar una actividad sobre herramientas informáticas (hardware y software o ambos), caracterizándose de esta forma por ser “la prestación de una conducta positiva con un resultado concreto”⁶¹; b) los servicios de información, que tienen como objeto prestar al usuario, el acceso a un mercado de datos elaborados por un centro y que se caracterizan por ser obligación de medios; y c) servicios telemáticos, que son los que se prestan en el entorno de las telecomunicaciones, tales como el correo electrónico, los de conexión a la red, entre otros.

En Venezuela, la contratación electrónica tiene una nueva forma de expresar su voluntad a través de la materialización de los mensajes de datos, de acuerdo con el avance y las técnicas que imperan en la actualidad a través de los medios electrónicos. Con la celebración del contrato a través de los medios electrónicos, en la formación de los contratos, las partes podrán acordar que “la oferta y la aceptación se realicen por medio de mensaje de datos⁶²”, cuyos mecanismos y métodos para el acuse de recibo:

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 Datos⁶³.

Esta expresión del acuerdo entre las partes, no viene a ser más que la de no discriminar el soporte técnico como medio de prueba, pues lo que se

⁶⁰ Ibídem. p. 89.

⁶¹ Ibídem. Op. cit. p. 90.

⁶² Ley sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas. Art. 15. Op. cit.

⁶³ Ibídem. Art. 14. Op. cit.

considera son los efectos jurídicos deseados por el emisor de la declaración, que independientemente podrían producirse para su materialización. De forma tal, que la regulación del contrato electrónico se encuentra amparado bajo el Decreto Ley sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas, cuyo instrumento legal regula los mecanismos de intercambio de información, haciéndole jurídicamente trascendente a la administración de justicia y permitiendo su apreciación y valoración como medio de prueba, garantizando de esta forma el cumplimiento de las obligaciones asumidas, que le otorga el pleno valor jurídico a los mensajes de datos que hagan uso de dichas tecnología.

Con relación al a eficacia probatoria los mensajes de datos, tendrán la misma eficacia que la ley otorga a los documentos escritos, sin perjuicio de lo establecido en la primera parte del artículo 6 de este Decreto Ley, el cual establece 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 descritos en este Decreto-Ley. 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.

De igual forma en Colombia está regulada la contratación electrónica en su Ley 527 de 1999, la cual mediante el ámbito de aplicación acoge a todo tipo de información en forma de mensaje de datos⁶⁴; los mensajes de datos serán admisibles como medios de prueba y su fuerza probatoria es la que se otorga según el Código de Procedimiento Civil⁶⁵, y la formación y validez de los contratos , salvo el acuerdo expreso, entre las partes, la oferta y su aceptación podrá ser expresada por medio de un mensaje de datos. No se negará validez o fuerza obligatoria a un contrato por la sola razón de

⁶⁴ Ley 527 de 1999. Art. 1º. Op. cit.

⁶⁵ Ibídem. Art. 10. Op. cit.

haberse utilizado en su formación uno o más mensajes de datos⁶⁶.

En España, el aspecto jurídico de la sociedad de la información ha sido regulada por la Ley 34⁶⁷ de 11 de julio de 2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSICE), que incorpora al ordenamiento español la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo (relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular del comercio electrónico en el mercado interior). La mencionada Ley 34 regula la celebración de contratos por vía electrónica, admitiendo la validez y eficacia del consentimiento prestado por este sistema. Paralelamente, según esta Ley, es preciso que las partes, tanto el oferente, prestador del servicio, y aceptante, -destinatario-, estén conectados a redes o medios electrónicos, como el fax, el télex, el teléfono fijo o móvil, la televisión e Internet en particular. Los contratos, de esta forma concluidos, producen efectos siempre que concurren todos los requisitos de validez previstos en la propia Ley así como en el resto de la normativa civil o mercantil, especialmente en la de protección del consumidor y en el ordenación de la actividad comercial. Es decir que con la existencia del objeto, de la causa y del consentimiento expreso, la celebración del contrato será válida.

De esta forma, en España, el contrato electrónico surge mediante la aceptación, o sea que el destinatario formula una declaración en virtud de la cual manifiesta su conformidad con el contenido de la oferta; y la de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSICE) tiene como principal finalidad la protección de los destinatarios de los servicios en las transacciones comerciales celebradas por vía

⁶⁶ *Ibidem*. Art. 14. Op. cit.

⁶⁷ Ley 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSICE). España.

electrónica. A partir de ello, González⁶⁸ defiende el surgimiento de un renovado concepto de consumidor en el contexto de la contratación electrónica que se relaciona a toda persona física o jurídica que utiliza, para fines profesionales o particulares, cualquier servicio de la sociedad de la información, la cual debe ser regulada por normas específicas para que sea tan protectora como las transacciones tradicionales, generando así confianza a los consumidores.

Según el momento en que se forma el consentimiento electrónico, el contrato en España, según el Código Civil español, en su artículo 1262, establece que:

El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato. Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiendo remitido el aceptante no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe⁶⁹.

Formación y Perfeccionamiento de los Contratos Mercantiles a través de Medios Electrónicos

Venezuela dispone de una Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas (LMDFE)⁷⁰, inspirada en el derecho uniforme promovido por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. En dicha ley se proclama el valor jurídico y la eficacia de los actos y contratos celebrados por vía electrónica y se enuncian los principios sobre los cuales descansa esa proclamación: El principio de la equivalencia

⁶⁸ GONZÁLEZ GRANDA, Piedad. (2007). "Protección judicial y extrajudicial de consumidores y usuarios en el ámbito del comercio electrónico", Diario la Ley, N° 6733, Sección Doctrina, 12 de junio de 2007, Año XXVIII, pp. 1-14, p. 1.

⁶⁹ El Código Civil Español, (1889) Real Decreto del 24 de Julio de 1889, Anotado y Concordado por Dr. D. Manuel de Bofarull. 2da. Edición. Ministro de Gracia y Justicia. España. Artículo 1262.

⁷⁰ Ley sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas, (LMDFE) (2001). Op. cit.

funcional entre el documento con soporte de papel y el documento electrónico; y el principio de la equivalencia funcional entre la firma autógrafa y la firma electrónica.⁷¹

El contrato mercantil perfeccionado por vía electrónica pertenece a la categoría de los contratos celebrados entre personas distantes. Su adscripción al tipo de contrato concertado de manera instantánea o de modo sucesivo depende del servicio de internet a través del cual las partes entren en comunicación: correo electrónico o comunicación On line, mediante su vinculación con una página web, mediante la www. (World wide web).⁷²

Para Morles⁷³, la propuesta y la aceptación enviadas por correo electrónico ocupan el mismo lugar y cumplen la misma función de la correspondencia, de modo que el momento del perfeccionamiento del contrato será el instante en que el proponente adquiere conocimiento de la aceptación por parte del destinatario. Esta conclusión no solo constituye una aplicación de los principios generales que derivan de la teoría general de los contratos, sino que responde a la hipótesis regulada por la Ley de Mensajes de datos y Firmas Electrónicas en los artículos 10, 11 y 12.⁷⁴

Por tanto, el artículo 10 de la mencionada Ley, establece que: “salvo el acuerdo en contrario entre las partes, el mensaje de datos se tendrá por emitido cuando el sistema de información del emisor lo remita al destinatario”; así el artículo 11, predispone las reglas para la determinación de la recepción:

Salvo acuerdo en contrario entre el emisor y el destinatario, el momento de recepción de un mensaje de datos se determinará conforme a las siguientes reglas: 1) si el destinatario ha designado un

⁷¹ Ibíd. 20. p. 2233.

⁷² Ibíd.

⁷³ MORLES. A. Op. cit

⁷⁴ Ley de Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas (LMDFE) arts. 10, 11, 12. Op. cit.

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. 2. 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 Destinatario⁷⁵.

Por consiguiente, en el artículo 12 de la precitada Ley, establece el lugar de emisión y recepción de los datos. “Salvo prueba en contrario, 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”.

En dichos artículos de la Ley, indirectamente presupone que las negociaciones son realizadas de forma sucesiva; entonces, presume que el mensaje se emite en el lugar donde el emisor tiene su domicilio, por lo cual es irrelevante el sitio desde el cual se origina el mensaje o el lugar en que se encuentra el autor del mensaje al momento de su emisión, pues se presumirá que fue emitido desde el domicilio del emitente del mensaje.

El mensaje se tendrá por emitido cuando el sistema de información del emisor lo remita al destinatario⁷⁶. La aceptación se tendrá por conocida por el proponente cuando el mensaje que la contenga ingrese al sistema de información designado por las partes o, si no ha habido designación, cuando ingrese a un sistema de información utilizado regularmente por un destinatario⁷⁷. La contratación por correo electrónico envuelve el reconocimiento de la existencia de un espacio temporal entre el envío de la propuesta, la remisión de la aceptación y el conocimiento de ésta. A este último espacio temporal, por mínimo que sea, le asigna la doctrina un valor decisivo para la calificación del contrato como un negocio de formación sucesiva.

⁷⁵ Ibídem, Op. cit.

⁷⁶ Ibídem. Art. 10

⁷⁷ Ibídem. Art. 11

Cabe señalar que el mensaje de datos es toda la información inteligible en forma electrónico o similar que pueda ser almacenada o intercambiada por cualquier medio; y con respecto al emisor, según la Ley de Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas es “la persona que origina un Mensaje de Datos por sí mismo, o a través de terceros autorizados” y el destinatario es “la persona a quien va dirigido el Mensaje de Datos”⁷⁸.

Por esta parte, el contrato celebrado on-line en una página web, haciendo click en el lado izquierdo del ratón sobre ello o en el link o botón establecido al efecto, en sucesivas ocasiones que corresponden a conformidades con declaraciones contenidas en mensajes intercambiados entre las partes, pertenece, en principio, a la categoría de los contratos perfeccionados de manera inmediata. A esta clase corresponde la mayoría de las operaciones de compraventa de productos como libros, discos, flores, repuestos y servicios como programas, filmes, videos y demás, todos estos ofrecidos por establecimientos virtuales. La contratación por la página web puede, a veces, requerir el intercambio de mensajes de correo electrónico, desplazando el contrato hacia el espacio de los negocios de contratación sucesiva.⁷⁹

Es así que vale diferenciarlas operaciones on-line, referidas a “todo lo relacionado con el desarrollo de proyectos web”⁸⁰, aplicaciones para móviles, gestión de redes sociales, correo electrónico; es decir que están interconectadas a las páginas de internet, y off line, quiere decir todo lo contrario, no están conectadas, sino fuera de línea; en el comercio tradicional se asemejan, en gran medida las operaciones que se llevan a cabo en el comercio electrónico, una vez que el cliente decide formalizar una

⁷⁸ Ibídem. Art. 2. Op. cit.

⁷⁹ Ibídem. pp. 22-34.

⁸⁰ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. (2018). Edición electrónica [Consulta: 2018, agosto 11]. Disponible en: www.rae.es/recursos/diccionarios.

decisión se compra a través de una tienda online, comienza todo una legalización de operaciones comerciales dirigidas a colocar el producto en las manos del cliente y obtener el precio o contraprestación económica acordada por el producto, habitualmente a través de medios de pago electrónico y mediante la utilización del correo electrónico, para establecer la logística y gestión online de pedidos.

Inmediatamente vale señalar que las siglas “www” significan las iniciales de la expresión inglesa world wide web⁸¹, es un sistema de documentos de hipertexto, que enlazados entre sí se accede a internet a través del software conocido como navegador, las páginas web como comúnmente se les conoce, contienen texto, imágenes, videos y otros contenidos multimedia y se navega a través de ellos con hipervínculos y mediante el correo electrónico se puede acceder a la interferencia de datos.

En el mismo orden de ideas para el autor Morles⁸², el lugar de la formación del contrato electrónico no está definido por la Ley sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas, salvo una presunción en su artículo 12 como ha sido mencionado anteriormente. Para el caso excepcional de que en el contrato no se hubiere establecido un domicilio y la solución de la controversia sobre tal punto debiera decidirse conforme a la ley venezolana, cabría aquí la aplicación del artículo 115 del Código de Comercio: El contrato se forma en la plaza de residencia del autor de la oferta primitiva o de la propuesta modificada.⁸³

El artículo 15 de la Ley sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas⁸⁴ establece que la formación de los contratos, las partes podrán acordar que la oferta y aceptación se realicen por medio de mensaje de

⁸¹ PEREZ PORTO, Julián y MERINO, María (2012). Qué significa WWW. [Consulta: 2018, agosto 11]. Disponible en: <https://definicion.de/www/>.

⁸² MORLES, A. Op. cit.

⁸³ Código de Comercio art. 115. Op. cit.

⁸⁴ LMDFE Art. 15, Op. cit.

datos. Como lo regula el artículo 13 de la Ley sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas⁸⁵, la oferta realizada por medios electrónicos puede estar condicionada a la recepción de un acuse de recibo emitido por el destinatario y para ello las partes pueden establecer un plazo. Vencido el plazo convenido el mensaje de datos se tendrá como no emitido. En caso contrario de que las partes no hayan establecido plazo alguno para la recepción del acuse de recibo, el mensaje de datos se tendrá por no emitido si el destinatario no lo envía en un plazo de veinticuatro horas a partir de su emisión. En este particular solo cuando el emisor reciba el acuse de recibo del destinatario, el mensaje de datos curtirá todos sus efectos.

El artículo 14 ejusdem⁸⁶ establece que cuando las partes no han determinado el método a utilizar para el acuse de recibo, dicho requisito se cumplirá mediante: Toda comunicación del destinatario, automatizada o no, que señale la recepción del mensaje de datos y; todo acto del destinatario que resulte suficiente que evidencien al emisor que ha recibido su mensaje de datos.

Principios que Rigen la Contratación Electrónica

La Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Comercio Electrónico⁸⁷ ha desarrollado una serie de principios rectores que a su vez han sido acogidos las diferentes legislaciones internas, como sostiene Arrieta⁸⁸ con la finalidad de facilitar el desarrollo legal y armónico del comercio electrónico. Venezuela por su parte

⁸⁵ Ibídem Art. 13.

⁸⁶ Ley sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas. Art. 14. Op. cit.

⁸⁷ Organización de las Naciones Unidas. (1996). Ley modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Comercio Electrónico, 85ª de 19 de Diciembre de 1996.

⁸⁸ ARRIETA, M. (2008) El comercio electrónico y la descodificación mercantil. Bicentenario del Código de Comercio Francés. MORLES HERNANDEZ-IRENE VALERA. Capítulo IV. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Universidad Católica Andrés Bello, Asociación Franco-Venezolana de Juristas, Embajada de Francia en Venezuela. Caracas, Venezuela: Pág. 551-602.

lo ha incorporado en su Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas. Estos principios son: la equivalencia funcional, neutralidad tecnológica, no alteración del derecho preexistente de obligaciones y contratos, buena fe.

1. Principio de Equivalencia Funcional

Esto implica aplicar a los mensajes de datos electrónicos un valor no discriminatorio respecto de las mismas expresiones de voluntad contractual realizadas de manera escrita o verbal, según los casos por el sólo hecho de haberse efectuado por medios informáticos; por lo que dicha voluntad contractual debe ser respetada independientemente del soporte escrito o electrónico utilizado para tal fin.⁸⁹ La Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas en su artículo 2⁹⁰ define el mensaje de datos como toda información inteligible en formato electrónico o similar que pueda ser almacenada o intercambiada por cualquier medio.

La regla indicada se encuentra en el fundamento de la electronificación de los actos jurídicos, vale decir, la formación, perfección, formulación, administración de los actos por medios electrónicos sin detrimento de los efectos establecidos por las leyes para los realizados sobre soporte físico.⁹¹

Para Ramírez⁹², este principio permite equiparar los efectos que producen los documentos que se plasman en soporte papel y son firmados en forma autógrafa por su autor, con los efectos derivados de sus homólogos, los documentos electrónicos, que tienen un soporte y firma electrónica.

La exigencia que los documentos deban constar por escrito sobre

⁸⁹ Ibídem.

⁹⁰ Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas (LMDFE) art.2. Op. cit.

⁹¹ Ibídem.

⁹² RAMÍREZ, Sulmer Paola. (2014) "El documento electrónico en el ámbito laboral y su uso como medio de prueba". Revista Derecho y Tecnología. Edición 2014, N°15. Universidad Católica del Táchira. pp. 105-138.

papel, ha sido un obstáculo jurídico para el empleo masivo de las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC), en diversos campos del Derecho, entre ellos el Derecho laboral, pero la búsqueda de aplicación del principio de equivalencia funcional, hizo que se analizaran de una parte, la naturaleza de las exigencias legales sobre la escritura de un documento, y de otra, las razones por las cuales se solicita la presentación de un escrito, logrando que se establecieran las pautas tecnológico-jurídicas mínimas que 2deben cumplir los mensajes de datos para que cumplan el requisito de escritura.⁹³

La Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas acoge la equivalencia funcional en sus artículos 4 y 16 al otorgarle respectivamente al mensaje de datos, la misma eficacia probatoria que la ley otorga al documento escrito y a la firma electrónica, que permita vincular al signatario con el mensaje de datos y atribuir la autoría de éste, la misma validez y eficacia probatoria que la ley otorga a la firma autógrafa.⁹⁴ La firma electrónica que permite vincular al signatario con el mensaje de datos y atribuir la autoría de éste, tiene la misma validez y eficacia probatoria que la ley otorga a la firma autógrafa, según lo dispone el artículo 16 de la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas.⁹⁵

2. Principio de Neutralidad Tecnológica

Este principio lo acoge la legislación venezolana en el artículo 1 específicamente en su primer aparte de la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas cuando establece que “El presente Decreto-Ley será aplicable a los mensajes de datos y firmas electrónicas independientemente de sus características tecnológicas o de los desarrollos tecnológicos que se

⁹³ Ibídem.

⁹⁴ Ibídem.

⁹⁵ Ibídem.

produzcan en un futuro”⁹⁶. Es decir, no opta por un tipo de tecnología en particular existente y tampoco prohíbe en caso de cambios tecnológicos la utilización de las mismas. Esto es en relación de que la tecnología siempre está en constante movimiento de manera que no queden obsoletas los textos regulatorios. De igual forma lo menciona la exposición de motivos de esta ley.

Según Ramírez⁹⁷, este principio implica el respeto al uso de cualquier tecnología, impidiendo que se favorezcan unas tecnologías sobre otras, lo que responde a la velocidad de desarrollo e innovación de las TIC, que traería como consecuencia la no vigencia de la norma o acuerdo que establezca una determinada tecnología para ser usada.

Algunos tratadistas lo consideran como el principio fundamental de la contratación electrónica, como es el caso de Illescas⁹⁸; para éste la neutralidad tecnológica es la aptitud que debe imperar en las nuevas normas reguladoras del comercio electrónico, comprendiendo con sus reglas las tecnologías existentes en el momento en que se formulan y también las tecnologías futuras, sin necesidad de verse sometidas a modificación, bajo un criterio cronológico razonable. Las normas jurídicas relativas al comercio electrónico y la contratación en éste, deben ser aplicables al comercio electrónico y no a una tecnología específica entre las existentes en el mercado para la práctica de los intercambios comerciales a través de soporte electrónico. Además, el autor anota que los textos jurídicos elaborados o en elaboración tanto por jurisdicciones nacionales como por agencias compiladoras internacionales mantienen o aspiran a mantener vivo el principio de neutralidad tecnológica en toda su extensión.

El legislador venezolano, en respeto al principio de neutralidad

⁹⁶ Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas. Art 1. Op cit.

⁹⁷ RAMÍREZ, Sulmer, P., Op. cit.

⁹⁸ ILLESCAS, R. (s/f) Derecho de la contratación electrónica, Venezuela. p. 53.

tecnológica, utiliza el término firma electrónica en lugar de firma digital, aceptando que la firma electrónica contiene a la firma digital que está basada en una tecnología de dígitos (unos y ceros) propias del sistema binario, que es utilizado por las computadoras gracias a los dos niveles de voltajes que manejan, en el que uno (1) representa encendido y cero (0) representa apagado.⁹⁹

Con el avance propio de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC), el sistema binario dejará de ser utilizado trayendo como consecuencia el desuso de la firma digital, en contraposición con el uso de la firma electrónica que permite además del sistema binario, emplear cualquier otra tecnología capaz de producir una firma electrónica.¹⁰⁰

Para Arrieta ¹⁰¹ este principio implica que la normativa que se establezca a objeto de regular los fenómenos jurídicos vinculados al comercio electrónico, no debe estar necesariamente vinculada a la tecnología existente en la actualidad, o más precisamente a un tipo o tecnología particular, sino que por el contrario debe garantizarse que la normativa vigente permita adaptarse a las nuevas tecnologías que puedan aplicarse, sin que sea preciso en cada caso, modificar la normativa respectiva.

3. Principio de No Alteración del Derecho Preexistente de Obligaciones y Contratos Privados

Está contemplado en el artículo 5 de la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, al establecer que los mensajes de datos están

⁹⁹ Ibídem.

¹⁰⁰ Ibídem.

¹⁰¹ ARRIETA, Miguel. (2008) El comercio electrónico y la descodificación mercantil. Bicentenario del Código de Comercio Francés. Morles Hernández -Irene Valera. Capítulo IV. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Universidad Católica Andrés Bello, Asociación Franco-Venezolana de Juristas, Embajada de Francia en Venezuela. Caracas, Venezuela. pp. 551-602.

sometidos a la constitución y demás disposiciones legales de la República, es decir que el Derecho no cambia, este permanece inalterable. Según Ramírez, este principio indica que lo acordado en un documento electrónico no puede sufrir modificación alguna que esté basada solo en el medio que se utilizó como soporte de las declaraciones de voluntad de las partes, en otras palabras, los medios electrónicos son simplemente nuevas formas de representación de la voluntad de los contratantes, sin que esto sea óbice para el cumplimiento de sus deberes y derechos.¹⁰²

En el mismo orden de ideas, en un documento electrónico unilateral, o bilateral como el contrato electrónico, el principio de autonomía de la voluntad de las partes, que a su vez se traduce en libertad contractual, es el que faculta a los contratantes o al declarante a utilizar los medios electrónicos como forma para la celebración del negocio jurídico, no pudiendo luego excusarse del cumplimiento de sus obligaciones solo por la elección que hizo del referido medio.¹⁰³

Al respecto, Rico¹⁰⁴ considera que las normas jurídicas aplicables al proceso de formación del negocio jurídico y, por ende, las obligaciones adquiridas por los contratantes que usan medios electrónicos deben ser las mismas que cuando el contrato se celebra de forma verbal o a través de un documento tradicional, de acuerdo a las exigencias legales de cada tipo contractual. No obstante, las normatividad aplicable podría variar en virtud de las particularidades específicas que se derivan del medio de comunicación empleado.

¹⁰² RAMÍREZ, Sulmer, Paola. Op. cit. pp. 105-138.

¹⁰³ *Ibíd.*

¹⁰⁴ RICO CARRILLO, Mariliana. (2007). Derecho de las nuevas tecnologías, Buenos Aires, Argentina. Editorial La Roca. Op. cit, p. 276

4. Principio de Libertad Contractual

Este principio está establecido en la exposición de motivos de la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, en donde contempla que las partes pueden decidir si utilizar los medios electrónicos para sus transacciones y además en su artículo 10 cuando dice que salvo acuerdo en contrario entre las partes, la ley le da la posibilidad de introducir las cláusulas que sean convenientes para la realización de estas transacciones electrónicas siempre y cuando no sean contrarias al ordenamiento jurídico. La importancia radica en que estos principios rectores establecidos por la ley modelo le dan uniformidad en materia internacional con respecto al comercio electrónico.

La libertad contractual, según lo expresa Ramírez, como principio de interpretación de los documentos electrónicos, está basada en la autonomía de la voluntad de los declarantes, quienes deciden libremente emplear en sus negocios jurídicos medios electrónicos, ya sea para manifestar su voluntad, para conservar su declaración, para ejecutar lo pactado, o para verificar el cumplimiento de cualquier aspecto que haya sido acordado. La Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas recoge este principio en su articulado, citando entre otras normas el contenido del artículo 15, relativo a la formación de los contratos, en el que se establece la posibilidad de las partes de acordar que la oferta y aceptación se realicen por medio de mensajes de datos, de forma tal, que son los declarantes quienes deciden en principio la forma y soporte que quieran darle a sus manifestaciones de voluntad, siendo una opción el uso del documento y la firma electrónica.

Asimismo, son las partes de un negocio jurídico quienes pueden acordar el procedimiento para establecer cuándo el mensaje de datos proviene efectivamente del emisor, o cuándo se tendrá por emitido un mensaje de datos, o pactar sobre su lugar de emisión y de recepción o sobre

los mecanismos del acuse de recibo, entre otros aspectos.¹⁰⁵

Según lo refiere Arrieta el principio de la libertad contractual es una manifestación más de la inalterabilidad del derecho preexistente, dado que las obligaciones y relaciones contractuales privadas se encuentran por lo general, imbuidos por la autonomía de la voluntad.¹⁰⁶

5. Principio de Buena Fe

Venezuela establece este principio en el artículo 1.160 del Código Civil: Los contratos deben ejecutarse de buena fe y obligan no solamente a cumplir lo expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que se derivan de los mismos contratos, según la equidad, el uso o la Ley.

Así mismo, el principio de buena fe, forma parte de la doctrina general de los contratos, y tiene por lo demás expresa consagración en Venezuela. Cuando los contratos y operaciones electrónicas se realicen mediante la utilización de soportes electrónicos, la buena fe debe ser respetada en un grado importante, considerando las circunstancias de parcial desconocimiento entre las partes, aparte del carácter anteriormente indicado derivado de la diferencia entre las partes contratantes que usualmente se produce, dado que las partes normalmente no se conocen, se encuentran distantes el uno del otro.¹⁰⁷

Contratación Electrónica en el Derecho Comparado: Venezuela, Colombia y España

1. Contratación Electrónica en Venezuela

En primer término en Venezuela existen antecedentes en la

¹⁰⁵ Ibídem.

¹⁰⁶ ARRIETA, M. (2008). El comercio electrónico y la descodificación mercantil. pp. 551-602. Op. cit.

¹⁰⁷ Ibídem.

regulación del comercio electrónico, dentro de los cuales destaca la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela¹⁰⁸, que en su artículo 108 que reconoce el derecho al acceso universal a la información y el derecho al acceso a las innovaciones tecnológicas, así como el artículo 110 que reconoce el interés público de la tecnología, el conocimiento y la innovación, así como los servicios de información necesarios para ello.¹⁰⁹

Seguidamente se encuentra la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, que tiene por objeto 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 sea susceptible de ser atribuida a personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, así como regular la prestación de los servicios de certificación electrónica, y establece una administración reguladora de la actividad.¹¹⁰

En el mismo orden de ideas, existe la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios,¹¹¹ en su capítulo V, regula lo referente al comercio electrónico. En nuestro ordenamiento jurídico no existe un concepto legal de contrato electrónico, sin embargo, dicha ley si lo conceptualiza así:

Artículo 31: A los fines de esta Ley, se entenderá como comercio electrónico, cualquier forma de negocio, transacción comercial o intercambio de información con fines comerciales, bancarios, seguros o cualquier otra relacionada, que sea ejecutada a través del uso de tecnologías de información y comunicación de cualquier naturaleza.

¹⁰⁸ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 5.453 del 24 de Marzo de 2000. 1ra. Enmienda 15-02-2009, Gaceta Oficial No. 5.908. Caracas, Venezuela.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ Reglamento Parcial del Decreto Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas (2014). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N°38.086 del 14 de Diciembre de 2014.

¹¹¹ Ley para la Defensa de las personas en el Acceso a los Bienes y Servicios (2010), Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N°39.358 del 01 de Febrero de 2010.

Los alcances de la presente Ley, son aplicables al comercio electrónico entre la proveedora o proveedor y las personas, sin perjuicio de las leyes especiales.

Finalmente, cabe destacar que la Ley Especial contra Delitos Informáticos,¹¹² regula el fraude informático, tal como se prevé en el siguiente artículo:

Artículo 14. El que, a través del uso indebido de tecnologías de información, valiéndose de cualquier manipulación en sistemas o cualquiera de sus componentes o en la data o información en ellos contenida, consiga insertar instrucciones falsas o fraudulentas que produzcan un resultado que permita obtener un provecho injusto en perjuicio ajeno, será penado con prisión de tres a siete años y multa de trescientas a setecientas unidades tributarias.

2. Contratación Electrónica en Colombia

La contratación electrónica en Colombia está regulada por la Ley N°527¹¹³, en la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación. Esta ley constituye la primera en regular el comercio electrónico en el mundo, la cual va más allá de las propuestas de la Ley Modelo de las Naciones Unidas sobre Comercio Electrónico, aunque en muchos aspectos se ajustan a los principios establecidos en ella, regulando los mensajes de datos, la firma electrónica y las actividades de los prestadores de servicios de certificación. Dicha norma fue reglamentada, conforme Decreto N° 1747, de fecha 11 de septiembre de 2000, sobre los aspectos relativos a la Firma Digital y a la prestación de servicios de certificación electrónica, y cuenta además con el Resolución N° 26.930 del 26 de 10 octubre de 2000 por medio de la cual se fijan los estándares para la

¹¹² Ley Especial contra Delitos Informáticos (2001), Gaceta Oficial N°37.313 del 30 de Octubre del 2001

¹¹³ Colombia (1999). Ley N° 527 publicada en el Diario Oficial No. 43.673, de 21 de agosto de 1999.

autorización y funcionamiento de las Entidades de Certificación y sus Auditores.¹¹⁴

3. Contratación Electrónica en España

Desde algunos años España ha contribuido con diferentes leyes a la regulación de la contratación electrónica, para ello Rodríguez, en su trabajo las enumera de la siguiente manera:¹¹⁵ La Ley 7/1998, de 14 de abril, de Condiciones Generales de la contratación, en la misma se regula el régimen jurídico de las cláusulas predispuestas en los contratos, denominados contratos de adhesión al imponerse por una de las partes a la otra, sin negociación.

Son aplicables a la contratación electrónica, al ser este sistema el más extendido en Internet. La Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista. En dicha ley se establece el régimen general del comercio minorista, regulándose la venta a distancia, de especial aplicación en el comercio electrónico, en sede de B2C (de empresario a consumidor), ya que no se contempla la modalidad B2B (de empresario a empresario). La Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. El Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del artículo 5.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación.

Se puede observar de lo anteriormente expuesto que el Derecho se encuentra en constante dinámica junto a los avances tecnológicos que surgen día a día, es por ello la necesidad que tiene de regular situaciones nuevas como lo son las contrataciones virtuales. Analizamos que para el

¹¹⁴ ARRIETA, M.Op. cit

¹¹⁵ RODRIGUEZ, G. (2013). "Principios jurídicos del contrato electrónico en el marco del comercio B2B: Especial referencia a los PYMES de los países en desarrollo. Revista Derecho y Tecnología". Edición 2013, N°14. Universidad Católica del Táchira. pp. 11-36

estudio de la formación de un contrato por vía electrónico debemos tomar en cuenta en primer lugar la normativa internacional como lo es la Ley Modelo de Las Naciones Unidas de 1996, en segundo lugar, la legislación nacional como la Ley sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas. Ambos son esenciales para determinar si un contrato en su forma nace de manera tradicional o si es electrónico.

CAPITULO II

VALOR PROBATORIO DE LOS CONTRATOS ELECTRONICOS

Antecedentes

Sobre el valor probatorio de los contratos electrónicos existen diferentes tesis que lo han abordado, como por ejemplo, la de Odreman¹¹⁶, que lleva como título “La eficacia probatoria del mensaje de datos y la firma electrónica según la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas”, para optar a la especialidad de Derecho Procesal en la Universidad Católica Andrés Bello, en la investigación se analiza la situación jurídica y sus efectos del mensaje de datos y la firma digital a partir de la promulgación de la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas.

Para llevar a cabo dicho estudio estableció la analogía jurídica entre el mensaje de datos y el documento privado, determinó la eficacia probatoria de estos nuevos instrumentos legales con especial atención en su promoción, evacuación, control, contradicción, impugnación y la manera idónea en cómo llevarlos al proceso. En sus conclusiones se demuestra la equivalencia entre la firma electrónica y la firma manuscrita y en que la forma idónea de llevar al expediente los mensajes de datos es a través de los distintos medios probatorios establecidos en la ley procesal civil.

Otra de las tesis que se trae a colación es la realizada por Grande¹¹⁷,

¹¹⁶ ODREMAN, G. (2003). “La eficacia probatoria del mensaje de datos y la firma electrónica según la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas.” Tesis para optar a especialista en Derecho Procesal. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. Venezuela.

¹¹⁷ GRANDE SANZ, Marta (2015). La prueba del convenio arbitral electrónico ante los tribunales de justicia españoles. Trabajo de Tesis para la obtención de Título de Doctor en Derecho. Universidad Pontificia Comillas de Madrid, España.

titulada “La prueba del convenio arbitral electrónico ante los tribunales de justicia españoles”, presentada a la Universidad Pontificia Comillas de Madrid, para la obtención de su título de Doctorado en Derecho. En el trabajo respectivo se analizan entre otros temas las realidades negocials determinadas por el desarrollo de transacciones comerciales electrónicas, que puedan producir ciertas controversias que requieren de una solución rápida y eficaz, las partes pueden decidir someter su resolución al arbitraje.

Para ello, analiza las precisiones terminológicas en el convenio arbitral electrónico; los convenios arbitrales; la prueba del convenio arbitral electrónico ante los tribunales de justicia españoles y sus presupuestos; la introducción del convenio arbitral electrónico en el proceso, entre los que destaca el acceso, aseguramiento y exhibición del convenio arbitral electrónico, la aportación de ese convenio arbitral electrónico al proceso y su delimitación del objeto de la prueba; introduce igualmente, el desarrollo de la prueba del convenio arbitral electrónico ante los tribunales de justicia españoles, así como la proposición de los medios de prueba y su admisión o inadmisión y la práctica de la prueba y su valoración. Igualmente, el convenio arbitral electrónico surgido del intercambio de correos electrónicos y WhatsApp, dice que:

Debe presentarse al proceso en formato electrónico, para ello, la obtención de la copia en formato electrónico del correo electrónico puede ser tan sencillo como acceder a la opción “archivo/guardar como” y elegir el destino donde debe guardarse –por lo general, será un CD-ROM, una memoria electrónica, etc.- o cuando resulte del intercambio de mensaje de WhatsApp guardando un archivo con el historial de la conversación. Con ello, no se evitará que la parte contraria alegue la falta de exactitud entre la copia aportada y el original del que se obtuvo, incluso, su falta de autenticidad¹¹⁸.

Es decir, Grande, propone incorporar una cláusula arbitral en los

¹¹⁸ GRANDE SANZ, Marta. Op- cit. p. 404.

contratos que celebren mediante el intercambio de correos electrónicos, entre las condiciones generales de la contratación que figuren en la página web donde adquieran los bienes y servicios o, incluso, en un documento electrónico separado al que hagan referencia los mensajes cortos que reciban en sus terminales móviles, las conversaciones que mantengan a través de aplicaciones de mensajería instantánea o los mensajes que se intercambien como parte del proceso de contratación en un chat, blog, foro o red social y que debido a sus propias características sean aptos al cumplimiento de los contratos entre las partes.

Sin embargo, señala la autora que si en el momento de celebrar el contrato no hubieran incorporado una cláusula arbitral al mismo, podrán hacerlo después incluso una vez surgida la controversia mediante un convenio electrónico cuyo único objeto sea precisamente ese. Dicho trabajo tuvo como propósito elaborar un marco normativo adecuado que permita el uso generalizado del arbitraje telemático en la contratación electrónica y que los efectos del convenio arbitral electrónico se desplieguen tanto en el procedimiento arbitral correspondiente como, cuando sea preciso acudir al auxilio judicial, ante los tribunales de justicia, así como la elaboración de una serie de pautas que permitan practicar, cuando sea necesario, la prueba del convenio arbitral electrónico sin demasiados sobresaltos.

La autora concluyó resaltando la importancia de contar con un marco normativo que permita a las partes aportar y probar el convenio arbitral electrónico que hayan celebrado entre ellas sin que su carácter electrónico le impida desplegar idénticos efectos que un convenio arbitral tradicional; máxime cuando su aportación constituye un requisito de admisibilidad en algunos casos como ocurre cuando se solicite el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral extranjero. Se concluyó que el convenio arbitral electrónico tiene carácter contractual y efectos procesales. En este sentido, el examen de su validez queda sujeto al cumplimiento de los requisitos que,

con carácter general, resultan de aplicación a todos los contratos, y sus efectos procesales permitirán excluir el conocimiento de los tribunales de justicia, respecto de las controversias a las que se refiera el convenio arbitral electrónico, para someterlas a la decisión de los árbitros. Al mismo tiempo resulta necesario clarificar el sistema normativo existente del convenio arbitral electrónico y proceder a su armonización.

Así mismo, considera deseable la utilización por parte del legislador de un concepto de prueba documental más amplio que contribuya a equiparar realmente en materia probatoria a los documentos en soporte electrónico con los documentos tradicionales en papel y, hasta que eso suceda, proceder a la aclaración del sistema implantado sobre la figura de la firma electrónica en España. Por último, la autora considera imprescindible llevar a cabo una reforma en profundidad e impulsar medidas que permitan la generalización de la firma electrónica y la divulgación de los pasos o pautas que resultan más adecuadas para favorecer la aportación al proceso del convenio arbitral electrónico y de la prueba electrónica, en general.

En tercer lugar se observa el trabajo de grado realizado por Zuluaga¹¹⁹, para optar al título de Especialista en Derecho Procesal de la Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia, titulada “La prueba electrónica en el proceso civil en Colombia. Marco legal, aporte, valoración.” Dicho estudio consiste en analizar la norma aplicable a la prueba electrónica, en tal sentido se busca hallar si en Colombia resultaría aplicable la normativa del Código de Procedimiento Civil o si existe una regulación especial para ello y de ésta forma determinar cómo se aportan al proceso y como es su valoración, así como también cual ha sido la posición de la Corte Suprema de Justicia de este país, frente a este tipo de prueba. En este orden de ideas

¹¹⁹ ZULUAGA, LUIS, (2011). “La prueba electrónica en el proceso civil en Colombia. Marco legal, aporte, valoración.” Tesis para optar al título de Especialista en Derecho Procesal, Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia.

también analiza la Ley 527 de 1999, la cual regula lo referente a los mensajes de datos, comercio electrónico, firmas digitales y entidades de certificación.

El autor hace mayor énfasis en el uso del correo electrónico como mensaje de datos, sus características y la forma de aportarlo al proceso. El autor, concluye que, para que sea valorada la prueba electrónica en los mismos términos que las pruebas analógicas, es necesario que cumplan con los requisitos establecidos en la Ley 527 respetando lo establecido en el Código de Procedimiento Civil, ya que la mayoría de las veces el juez desnaturaliza estos medios de prueba cuando son llevadas al proceso de manera deficiente.

Marco Teórico

La Prueba

Ahora bien, respecto a este aspecto es importante señalar lo que sostiene Rengel¹²⁰, quien define la prueba como la actividad de las partes dirigida a crear en el juez la convicción de la verdad o falsedad de los hechos alegados en la demanda o en la contestación. Así mismo, para el autor Dellepiane (Apud Rengel)¹²¹ el concepto de prueba es complejo y señala varias acepciones: a) como medio de prueba, o sea para designar distintos elementos de juicio, producidos por las partes o recogidos por el juez, a fin de establecer de ciertos hechos en el proceso; b) como la acción de probar, de hacer la prueba, como cuando se dice que al autor incumbe la prueba de los hechos por él afirmados; c) como el fenómeno psicológico o espíritu provocado en el juez por los elementos de juicio aportados por las partes; es decir, la convicción o certeza acerca de ciertos hechos

¹²⁰ RENGEL-ROMBERG, Arístides. (1997) Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano, Volumen I, III y IV. 6ta edición. Caracas, Editorial Arte.

¹²¹ Ibídem.

trascendentales para la decisión del juez

De esta misma manera, expresa Rengel¹²², que la prueba es un acto de parte y no del juez. Las partes suministran el material probatorio al juez, del mismo modo que suministran los temas de la prueba en sus alegatos. Esto es debido al principio dispositivo establecido en el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil Venezolano¹²³, según el cual, el juez debe atenerse a lo alegado y probado en autos, sin poder sacar elementos de convicción fuera de estos, ni suplir excepciones o argumentos de hecho no alegados ni probados.

De manera que corresponde exclusivamente a las partes no solo determinar el alcance y contenido de la causa, sino también la carga de la alegación y de la prueba de los hechos. Solo excepcionalmente, en casos expresamente previstos, el juez puede tener la iniciativa probatoria, como en los siguientes casos: Para promover la prueba de experticia (artículo 451 Código de Procedimiento Civil; la de inspección judicial (artículo 472 ejusdem); realizar preguntas que considere conveniente al testigo (artículo 487 ejusdem)¹²⁴; y demás que establezca la ley. Pero esta iniciativa no es una carga, sino una facultad.

Si bien la prueba es un acto de parte, ella tiene como destinatario al juez, el cual la recibe en la parte de instrucción y luego la valora o aprecia en la fase de decisión, porque la prueba tiene como función, formar la convicción del juez acerca de la verdad o falsedad de los hechos afirmados por las partes en la demanda o en la contestación y esta convicción solo puede formarse en el juez luego de recibida la prueba en la etapa de

¹²² Ibídem.

¹²³ Código de Procedimiento Civil. (1990). Op. cit.

¹²⁴ Ibídem.

instrucción y de valorada en la fase de decisión.¹²⁵

La Prueba Documental

El régimen probatorio es una función fundamentalmente procesal, pues es una actividad que se realiza bajo las normas que determinan el debido proceso judicial. A cada medio de prueba que se promueve se exige cuál es el objeto que se desea probar, porque sólo así puede allanarse la parte contraria al promovente de la prueba; sólo se expresa precisamente lo que se desea probar con el medio que se ofrece; a tal efecto, el juez decidirá aceptarla o rechazarla. Por consiguiente, la prueba documental es uno de los medios disponibles para demostrar la veracidad de un hecho alegado, por cuanto la información que consta en documentos o escritos puede ser valorada por el juzgador como muestra veraz de la autenticidad de un hecho.

En cuanto a los instrumentos públicos y los privados reconocidos o tenidos legalmente por reconocidos, podrán producirse en juicios originales o en copia certificada expedida por funcionarios competentes con arreglo a las leyes¹²⁶. Asimismo, la prueba instrumental consiste en el medio probatorio que acredita los hechos controvertidos valiéndose de un documento preconstituido. En sí el documento, Calvo, dice que “es aquello en que consta por escrito una expresión del pensamiento o la relación de un hecho”¹²⁷. Puede ser así redactado durante el juicio o por lo menos con posterioridad a la demanda.

Por ende, la exigencia de acompañar los instrumentos en que se funde la pretensión está expresada en el Código de Procedimiento Civil; el 434 de la citada ley, determina la sanción por no acompañar tales

¹²⁵ Óp. Cit. Romberg.

¹²⁶ Código de Procedimiento Civil. Art. 429. Op. cit.

¹²⁷ Ibídem, p. 415. Op. cit.

instrumentos, esto es, la inadmisibilidad posterior a esta oportunidad procesal. Los instrumentos fundamentales son aquellos de los cuales se deriva inmediatamente el derecho deducido, en otras palabras, el instrumento en que se fundamenta la pretensión es aquel del cual deriva esa relación material entre las partes o ese derecho que de ella nace, cuya satisfacción se exige con la pretensión contenida en la demanda; entonces jurisprudencialmente se define al instrumento fundamental de la pretensión como aquel sin el cual la acción no nace o no existe.

Entonces, el documento es todo objeto o cosa producto de un acto humano, que representa un hecho del mundo exterior; y en cuanto al documento como prueba es un medio de prueba Judicial, consistente en objeto o cosa producto de un acto humano, que representa un hecho del mundo exterior que tiene significación probatoria dentro de un proceso para demostrar y convencer al juzgador de la existencia u ocurrencias de hechos jurídicos en el presente, pasado y futuro. Los documentos los define Calvo como el:

Escrito con que se avala, fundamenta o acredita algo. Según el Diccionario de la Lengua Española, la palabra “documento” significa diploma, carta, relación u otro escrito que ilustra acerca de algún hecho principalmente histórico. Figuradamente, para ese diccionario “documento” es cualquier otra cosa que se sirve para ilustrar o comprobar algo.¹²⁸

Ahora bien, los documentos, como prueba judicial, presentan características bien definidas: a) Es un objeto o cosa; b) debe ser producto de un acto humano; c) debe ser representativo de un hecho pasado, presente o futuro; y d) debe ser extraprocesal, es decir, el hecho debe haber ocurrido antes del proceso, es decir, que tenga significado probatorio y guarde relación con los hechos controvertidos en el proceso.

¹²⁸ CALVO BACA, Emilio p. 802. Op. cit.

Para que los documentos tengan validez en el proceso, debe presentar ciertos requisitos: a) cuando se trata de un documento que se haya realizado en forma consciente y sin coacción, es decir, que los hechos constitutivos, extintivos, impeditivos, o modificativos incluso aclaratorios de las relaciones jurídicas no pueden ser producto de actos de violencia, dolo, coacción, sino que deben ser elaborados de manera consciente y libre de quienes emanan; b) que se hayan aportado al proceso en tiempo útil y en forma legítima. Vale decir, en la oportunidad procesal establecida; y c) que de tratarse de instrumentos públicos copias o cualquier otro medio de reproducción se haya dado cumplimiento a los requisitos establecidos en la ley. Es decir, se cumplan las formalidades para su expedición ante el funcionario público que debe expedirlas, sin lo cual no será válida la prueba escrita.

Igualmente para que los documentos tengan eficacia probatoria, deberán presentar algunos requisitos: a) Que se encuentre establecida su autenticidad, es decir, que se demuestre su certeza o certidumbre, de lo contrario carecerá de eficacia probatoria no dejando lugar a dudas acerca de su verdad; b) igualmente que el documento sea idóneo o conducente para demostrar los hechos que alega en el proceso; y c) que el documento sea reproducido en el proceso sin alteraciones, tachaduras o enmendaduras.

Las clases de documentos para Martín¹²⁹, dice que los clasifica según el soporte físico o material, el mensaje informativo y la posibilidad de transmisión o difusión de este conocimiento. Esta triple información Asimismo, vale señalar que las pruebas documentales se clasifican en:

1. Documentos representativos: Son aquellos que contienen la representación determinada de un hecho pasado, presente o futuro,

¹²⁹ MARTÍN GAVILÁN, César. (2009). El documento y sus clases: Análisis documental: indización y resumen. Temas de Biblioteconomía. [Consulta: 2018, septiembre 4]. Disponible en: [www. http://eprints.rclis.org/14605/1/tipdoc.pdf](http://eprints.rclis.org/14605/1/tipdoc.pdf). p. 5.

proveniente de un acto humano o de la naturaleza que pueden llevar al juzgador sobre la ocurrencia, existencia o no de un hecho, que se debata en un proceso judicial tales como los hechos reflejados en fotografías, calcos, planos, postales, mapas.

2. Documentos declarativos: Son aquellos que tienen la declaración realizada por personas, tales como escritos, filmaciones, cintas, discos, videos, Compaq, dvd, CD. Pens drive, o cualquier otro tipo de cosa u objeto capaz de contener o reproducir declaraciones de ciencia o conocimientos de carácter narrativa, constitutivas, cuando contienen actos de voluntad para producir determinados efectos jurídicos, como documentos, testamentos, testimoniales o confesorios.

3. Documentos instrumentales y no instrumentales: Si el documento adopta carácter escrito estamos en presencia de instrumentos. Que a su vez pueden ser Públicos o Privados. En tanto, que si no adoptan tal carácter, estamos en presencia de documentos no instrumentales o documentos.

4. Documentos negóciales: y no negóciales: distinguir si contiene o no un negocio jurídico.

5. Documentos auténticos y no auténticos: Según se trate de documentos o instrumentos que gocen de autenticidad, se haya producido su veracidad o autenticidad en el proceso, bien por falta de impugnación, desconocimiento, tacha o prueba en contrario, según cada caso, o bien por haberse demostrado su autenticidad luego de impugnado.

De esta manera, el documento o instrumento autentico se refiere que son capaces de producir efectos probatorios plenos en el proceso Judicial, no dejando lugar a dudas acerca de su verdad y de las declaraciones en él contenidas tratándose de instrumentos públicos negóciales o administrativos que gozan de presunción de autenticidad desde el mismo momento de su

otorgamiento, o de instrumentos privados cuya autenticidad puede adquirirse cuando no sean desconocidos, ni tachados en tiempo oportuno, o, cuando luego de producido, el desconocimiento o tacha su autenticidad es demostrada posteriormente con las pruebas pertinentes del caso.

Luego, el carácter de auténtico a que se refiere esta clasificación está relacionado con el valor probatorio del instrumento especialmente con la certeza del mismo, demostrativo de las relaciones negócias o no negócias contenidas en ellas, y no se identifica con la presencia funcionario público en su realización, que obedece a la clasificación de los instrumentos públicos, los cuales son equiparados -sinónimo- con los auténticos conforme a lo previsto en el artículo 1.357 del Código Civil, que establece:

Instrumento público o auténtico es el que ha sido autorizado con las solemnidades legales por un Registrador, por un Juez u otro funcionario empleado público que tenga facultad para darle fe pública, en el lugar donde el instrumento se haya autorizado.

Pero si bien es cierto el legislador identifica la condición de público con auténtico para referirse al instrumento caracterizado por la presencia del funcionario público – por tanto se debe aclarar, que fuera de ello, se puede inferir a instrumentos privados que también tienen el carácter de auténtico – fehacientes ciertos, cuando no es cuestionable legitimidad, genuinidad, bien por no haber sido cuestionada su legitimidad, o que la misma ha sido demostrada luego de cuestionada, de manera que el instrumento público es auténtico. El instrumento auténtico, no necesariamente tiene que ser público.

Por su parte, el instrumento público puede adoptar la condición de negocial, si contienen o no un negocio o relación jurídica o, administrativo cuando no contiene un negocio jurídico. Luego, el instrumento público administrativo, es aquel emanado de funcionarios públicos, pero de

administración pública, en el ejercicio de sus funciones y en la forma exigidos por la ley, donde se representan actos provenientes, emanados y realizados por la administración pública, sea nacional, estatal o municipal, pues ante ellas, bien los administrados actúan, actuaciones que deben documentarse o, la propia administración actúa aún sin la petición e intervención de administrados, lo cual igualmente debe ser documentado - principio de documentación- formándose esta subespecie de instrumentos denominado administrativos no negociales, que contienen los actos realizados en y por la administración pública en sus tres niveles.

De esta manera el artículo 1.355 del Código Civil venezolano, señala:

El instrumento redactado por las partes y contenido de sus declaraciones es solo un medio probatorio; su validez o su nulidad o no tiene ninguna influencia sobre la validez del hecho jurídico que está destinado a probar, salvo los casos en que el instrumento se requiera como solemnidad del acto.

Bello¹³⁰, al referirse a esta clasificación, expresa que atendiendo a la función e importancia en las relaciones jurídicas, se clasifican los documentos tanto públicos como privados, en *ad probationem*, cuando sirven para demostrar la relación jurídica que diera lugar a su nacimiento y las convenciones en el contenido; y *ad solemnitatem*, cuando resultan imprescindibles para darle validez a la relación jurídica y sin su formación, el acto es considerado inexistente.

Documentos dubitados e indubitados: Según si los documentos, especialmente los instrumentos privados, requieren ser o no cotejados para demostrar su autenticidad, luego de haberse producido su desconocimiento, los mismos puede ser dubitados, vale decir, desconocidos y que requieren de cotejo e indubitados los cuales son auténticos, que no requieren de cotejo

¹³⁰ BELLO LOZANO, Humberto. Tratamiento de los Medios de Prueba en el Nuevo Código de Procedimiento Civil. Pp. 115-116.

y que sirven para ser cotejados con los dubitados para determinar la autenticidad de éstos últimos. Luego, conforme a lo previsto en el artículo 448 del Código de Procedimiento Civil, se consideran instrumentos indubitados los siguientes:

1. Los instrumentos que las partes reconozcan como tales, de común acuerdo.

2. Los instrumentos firmados ante un Registrador u otro funcionario público.

3. Los instrumentos privados reconocidos por la persona a quien se atribuya el que se trate de comprobar, pero no aquellos que ella misma haya negado, o no reconocido, aunque precedentemente se hubieran declarado como suyos.

4. La parte reconocida o no negada del mismo instrumento que se trate de comprobar.

Vale mencionar la clasificación de las pruebas que hace Carnelutti (en Calvo, 2008)¹³¹, tomadas principalmente del conocido tratado de las pruebas judiciales de Jeremías Bentham:

Directas o inmediatas; indirectas o mediatas; reales y personales; originales y derivadas; preconstituidas y por constituir; nominadas e innominadas; históricas y críticas; pertinentes e impertinentes; idóneas e ineficaces; útiles e inútiles; concurrentes y singulares; y morales e inmorales, legales o ilegales.

Finalmente, se resume la jurisprudencia que establece la diferencia entre instrumento público y autentico, emanada de la Sala de Casación Civil¹³², para decidir, se observa que a los efectos de la verificación de lo

¹³¹ CALVO BACA, Emilio. p. 800. Op. cit.

¹³² Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: Carlos

denunciado y en razón de haberse auxiliado el recurrente con el artículo 320 del Código Civil, bajará la Sala a realizar el análisis de los documentos señalados; no sin antes reproducir el contenido del artículo 1.357 del Código Civil, el cual señala cuáles instrumentos pueden considerarse como públicos, dado que cumplieron, en su creación, con los requisitos que allí se señalan. Reza así el mencionado artículo:

“Artículo 1.357º.- Instrumento público o auténtico es el que ha sido autorizado con las solemnidades legales por un Registrador, por un Juez u otro funcionario o empleado público que tenga facultad para darle fe pública, en el lugar donde el instrumento se haya autorizado”.

Sobre esta materia, la Sala, ratificando su decisión de fecha 27 de abril del 2000, en sentencia del 5 de abril del año que discurre, en el juicio de Rafael Antonio Macías Mata y otro contra Vittorio Piaccentini Puppato, expediente N° 99-911, sentencia N° 65, bajo la ponencia del Magistrado que con tal carácter suscribe ésta, señaló que del contenido del artículo 1.357 del Código Civil, es preciso hacer la siguiente distinción:

Documentos públicos, son aquellos que deben estar revestidos, al momento de su otorgamiento, de todas las solemnidades que la ley establece al efecto, y en cuya formación interviene un funcionario con la facultad de darle fe pública, la que alcanzará inclusive su contenido. Este documento público, es también auténtico. Ahora bien, existe otra categoría de instrumentos que se reputan auténticos, son aquellos que aun cuando deben ser otorgados ante un funcionario que de fe pública, éste sólo dejará constancia de que los interesados se identificaron ante él y firmaron en su presencia, este personero no interviene en ningún modo en la elaboración del documento; tampoco deja constancia del contenido del mismo.

La redacción del citado artículo 1.357 del Código Civil, pudiera llevar a

pensar que el documento público y el auténtico, son análogos, esto no es así y debe entenderse que el documento público por estar revestido de todas las formalidades para su perfeccionamiento, es también un documento auténtico. Sin embargo el documento autenticado es aquél, que se presenta ante un funcionario revestido de autoridad para otorgar fe pública (notario), a fin de que éste deje constancia que los firmantes se identificaron en su presencia y ante él suscribieron el instrumento, ya redactado previamente. Esta función está atribuida a los Notarios Públicos cuya actuación debe regirse por el Reglamento de Notarías Públicas. Aun así nada obsta para que un ciudadano pueda escoger otorgar un poder ante un Registrador, por ejemplo, en este último caso, el documento deberá considerarse, además de auténtico, público, sometido a las previsiones del artículo 1.357 del Código Civil mencionado.

Así mismo, se hará referencia a la doctrina autoral patria, en la voz de eminentes tratadistas, entre ellos Jesús Eduardo Cabrera R. y Allan Brewer Carías, quienes han opinado sobre este tema lo que de seguidas se transcribe: Cabrera, ha dicho:

Es la actividad de Registrador, cuando ab initio se otorga ante él un documento, la que más se compagina con las previsiones y efectos que los Arts. 1.357, 1.358, 1.359 y 1.360 cc (Sic) determinan para los instrumentos públicos. Por ello Brewer y Borjas, consideran que sólo es documento público negocial aquel que se otorga ab initio ante el Registrador, ya que en él se dan aproximadamente las fases señaladas y se cumplen los requisitos de estructura del documento público Notarial. No consideran instrumentos públicos a los documentos reconocidos o autenticados que se llevan a registrar, ya que en la formación de los mismos (contenido y percepción de la voluntad negocial bajo ciertos ritos), para nada ha intervenido un funcionario público, salvo en su transcripción en los Libros de Autenticaciones; y al no existir tal intervención, el instrumento sigue siendo privado aunque se registre, ya que el acto de registro en nada influye en el perfeccionamiento del negocio ni en la calidad del documento que lo recogió.

Dada, firmada y sellada en la Sala de Despacho de la Sala de Casación Civil, del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los seis (06) días del mes de junio de dos mil dos. Años: 192º de la Independencia y 143º de la Federación. Fin de la sentencia.

La Prueba Electrónica

Con respecto a la prueba electrónica es importante diferenciar la fuente de prueba del medio de prueba, pues el primero solo reviste importancia para el Derecho probatorio cuando se instaura un proceso. La fuente de prueba, según Rivera¹³³ es “un concepto extrajurídico que se corresponde con un hecho anterior al proceso”, es decir, el hecho existe independientemente que se instaure o no un proceso. En tal circunstancia, el medio de prueba “se refiere a los caminos que se utilizan para llevar, conducir, transportar los hechos al proceso”¹³⁴. Con base a este señalamiento, el medio de prueba es el canal utilizado para probar las causas que motivan el derecho alegado. Del medio de prueba surgen las pruebas propiamente dichas o expresado de otro modo, el medio de prueba es la vía que el legislador establece para llevar a prueba al proceso; son ejemplos la inspección judicial, los testigos, la experticia.

Con base a esto, todo hecho histórico que repose en un soporte informático constituye fuente de prueba y podrá ser llevado al proceso como medio de prueba electrónica; en Venezuela se aplican los principios y reglas de valoración que la prueba documental tradicional en cuanto a la eficacia probatoria, en soporte de papel. Al respecto Vásquez¹³⁵ indica que: “la prueba electrónica es el instrumento fundamental de la pretensión, deberá

¹³³ RIVERA MORALES, Rodrigo (2007). Nulidades procesales penales y civiles. Barquisimeto, Estado Lara, Editorial Librería Jurídica Rincón. p. 718.

¹³⁴ Ibídem. p. 719. Op. cit.

¹³⁵ VÁSQUEZ SÁNCHEZ, María Alejandra. (2012). La influencia de las nuevas tecnologías en el derecho probatorio venezolano: los desafíos de la administración de justicia del siglo XXI. En: Revista de Derecho y Tecnología No. 13/2012. p.14. Universidad Católica del Táchira.

producirse con el escrito libelar o señalar en él la oficina o lugar donde se encuentre”.

El Código de Procedimiento Civil en su artículo 398, regula las condiciones generales sobre la admisibilidad de la prueba electrónica, señalando al efecto que serán admitidas las que sean legales y procedentes y se desecharán las que aparezcan manifiestamente ilegales o impertinentes. Dicho de otra forma, los requisitos de admisibilidad de la prueba se contraen a su legalidad y pertinencia. Por tanto la legalidad hace referencia a que no sea contraria a la ley; de ahí que Cabrera¹³⁶ establece: “oposición por ilegalidad va a tener lugar cuando la prueba promovida es contraria a la ley y por tanto, no puede ser admitida por el Tribunal”.

Sobre los documentos electrónicos que deben ser probatorios conviene definir primero la distinción del “dato” como soporte físico de la información, el cual se puede identificar como acaecimientos físicos susceptibles de transportar asociada cierta información. Poseen una naturaleza material y pueden ser considerados como el soporte físico de la información. Cada uno de los enunciados impresos o en soporte electrónico, dependiendo del formato o versión que esté utilizando el lector ante el computador, pueden ser considerados como datos.

Según lo señalado por Martín¹³⁷ Es importante señalar algunas características de los datos de la mano de esta caracterización. Por un lado, al ser acaecimientos físicos, los datos son sencillos de capturar, estructurar, cuantificar o transferir. Por otro, que un mismo dato puede informar o no a un individuo dependiendo, como veremos a continuación, del bagaje previo de conocimiento del individuo. Además, los datos acostumbran a ser conjuntos de caracteres alfanuméricos materializados sobre un documento (físico o

¹³⁶ CABRERA ROMERO, Jesús Eduardo (1997). Contradicción y control de la prueba legal y libre. Tomo I. Caracas, Editorial Jurídica Alva. p. 99.

¹³⁷ MARTÍN GAVILÁN, César. P. 2. Op. cit.

electrónico).

Por su parte la información como contenido semántico del dato: no posee una naturaleza física o material (como pasa en el caso de los datos), sino que pertenece al territorio de lo conceptual. Lo que permite que un dato transporte cierta información es la existencia de un código (o clave de codificación) que le asocia cierto contenido informativo. La información no depende de los receptores, sino de la clave de codificación que pone en relación el dato y aquello sobre lo que éste informa. Martín identifica el documento como “todo aquel soporte donde se represente algún tipo de información: “En este sentido, se puede incluir un hoja de papel escrito, un libro, una fotografía, una cinta de video, un DVD, un archivo creado con un procesador de textos, una base de datos o una página web”.¹³⁸; los documentos se caracterizan por poseer dos dimensiones: por un lado son algo físico y, por otro, contienen asociado un contenido de información.

Se ha de tomar en cuenta los nuevos materiales que contienen (documento electrónico / documento impreso): un documento electrónico difiere de un documento impreso en el material que lo conforma. Tablas de cera o arcilla, papiro, pergamino y papel han abierto paso a los discos y cintas magnéticas (casete, cinta de vídeo, disquete, disco duro de un ordenador, tarjetas de memoria, etc.) y a los discos ópticos (CD-ROM, DVD, etc.) que se imprimen y leen mediante láser sin que exista un contacto directo con el soporte. Ambos, documento impreso y documento electrónico, pueden contener el mismo texto, aunque cambia el soporte. Un documento electrónico es aquel cuyo contenido está en un soporte electrónico que, para su acceso, requiere una pantalla textual, una pantalla gráfica y/o unos dispositivos de lectura de audio, vídeo, etc. según el tipo de información que contenga. En algunos casos también se precisa la mediación de un ordenador (cuando la información está digitalizada) y en otros no (si se trata

¹³⁸ Ibídem.

de información analógica).

Sobre la nueva codificación de la información (documento digital/documento analógico): a menudo se identifica un documento electrónico con un documento digital, sin embargo, si hablamos con propiedad, no son la misma cosa. Un documento electrónico puede ser bien analógico, bien digital. Documentos electrónicos son, por ejemplo, una cinta de casete o una cinta de vídeo, que precisan de un dispositivo electrónico para su lectura, pero no son digitales. Lo que distingue un medio electrónico de un medio digital es, por una parte, la forma en que está codificada la información y, por otra, la necesaria mediación de un ordenador para decodificar esta información. En el caso de un documento digital, la información está codificada en bits, y para leer, visualizar o grabar la información se precisa de un dispositivo que transmita o grabe información codificada en bits.

Igualmente, los tipos de documentos (documento virtual/documento real), Martín¹³⁹ establece que los documentos digitales pueden ser estáticos y persistentes o pueden ser generados dinámicamente y ser virtuales. Un documento virtual es un documento para el que existe un estado no persistente y en el que algunas o todas sus instancias se generan automáticamente en un lapso de tiempo. Un documento virtual puede entonces consistir de múltiples páginas, una visita guiada, applets de Java y puede tener o no tener enlaces (esto es, puede o no ser hipertextual). El contenido puede definirse mediante etiquetas o tags, una plantilla de documento, un programa informático, una consulta a una base de datos u otras muchas aplicaciones que sindicán contenidos. Los documentos virtuales han emergido al mismo tiempo que la interactividad y el deseo de obtener y recuperar documentos "a la carta", particularmente en la Web.

¹³⁹ MARTÍN GAVILÁN, César. p. 7. Op. cit.

Hasta el nacimiento de la www, el acceso a la información ha consistido en la recuperación de copias electrónicas de los documentos de un gran depósito de información relativamente estática. El término estático no se refiere aquí a la estabilidad de los documentos (que en la web se modifican y actualizan constantemente, cambian de lugar, desaparecen, etc.) sino a que el documento ya existe y tiene unos límites bien definidos. Lo que sucede ahora es que el acceso a la información se realiza a través de la manipulación de una gran colección de fuentes y recursos de información diferentes y que algunos de esos recursos son documentos y otros son procesos que crean documentos. El nacimiento de este nuevo tipo de documentos establece una nueva dicotomía entre los términos documento real (es el que se puede consultar sin ningún cambio, esto es, en su estado presente, actual) y el documento virtual, entendido como un documento que no es real, pero que contiene los datos específicos necesarios para producirlo. Se trata de una colección no organizada de bloques de información, junto con las especificaciones necesarias (herramientas y técnicas) que permiten la generación de un documento real.

Medio de Prueba

Definición. Para Echandia (Apud Rengel)¹⁴⁰ Define el medio de prueba como los modos aceptados en cada ley procesal como vehículos de la prueba: Por ejemplo, el testimonio, el documento, el indicio, la confesión, la inspección por el juez mismo, dictamen de peritos y concluye que el juez llega a conocer el hecho fuente y de éste deduce el hecho que se va a probar, así sea en forma directa e inmediata, si el hecho fuente es el mismo hecho que se quiere probar.¹⁴¹

¹⁴⁰ Ibídem.

¹⁴¹ Ibídem. p. 328

Por su parte, Calvo¹⁴² estima que los medios probatorios requieren las siguientes condiciones: a) la legalidad, es decir, debe estar admitido como tal en la ley; b) la oportunidad, es preciso que se haga uso del medio oportunamente, esto es dentro del lapso establecido por la ley; c) la publicidad, es necesario para que tenga validez y surta efectos, que se produzca la citación de la parte contra la que se ofrecen para que tenga oportunidad de oponerse a ellas; y d) la pertinencia, que la prueba guarde relación con los hechos controvertidos.

Por su parte, el Código de Procedimiento Civil de Venezuela¹⁴³ dentro de su articulado, establece respecto de los medios de prueba, de su promoción y evacuación en el Capítulo III, artículo 395: “Son medios de prueba admisibles en juicios 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 contempladas en el Código Civil, y en su defecto, en la forma que señale el juez. De esta forma se establece el principio de la libertad probatoria.

De igual forma Calvo¹⁴⁴ señala como medios de prueba de las obligaciones: Los instrumentos públicos, los privados, las tarjetas, las copias de documento auténticos, los instrumentos de reconocimiento, la prueba de testigos, las presunciones, la confesión, el juramento, la experticia, y el reconocimiento o inspección ocular. Asimismo, el Código de Comercio de Venezuela a su vez señala en su artículo 124 respecto de los medios de prueba de las obligaciones mercantiles y su liberación:

¹⁴² CALVO BACA, Emilio. (2015). Código de Procedimiento Civil. Op. cit. p. 398.

¹⁴³ Código de procedimiento Civil. Op. cit. Art. 395.

¹⁴⁴ CALVO BACA, Emilio. Código Civil Venezolano Op. cit. pp. 802-805.

Con documentos públicos, con documentos privados, con los extractos de los libros de los corredores, con las facturas aceptadas, con los libros mercantiles de las partes contratantes, con telegramas, con declaraciones de testigos, y con cualquier otro medio de prueba admitido por la ley civil.¹⁴⁵

Por otra parte, Jurado¹⁴⁶ sostiene que, tanto el documento electrónico como la firma electrónica, tienen valor jurídico y probatorio, siendo responsabilidad y obligación de los jueces el apreciarlas, darles el valor y eficacia jurídica que las leyes les otorga. Así, de conformidad con lo establecido en la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas del año 2001, siempre que se cumplan los requisitos que en la ley se establecen, será plena prueba, como elementos de convicción valorable conforme a las reglas de la sana crítica o tendrá el valor de simple indicio.

Valor Probatorio de los Contratos Electrónicos en Venezuela

El artículo 395 del Código de Procedimiento Civil de Venezuela¹⁴⁷, establece que 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 prueba semejantes contemplados en el Código Civil, y en su defecto, en la forma que señale el juez.

Del anterior artículo se resalta que cualquier medio probatorio es válido y conducente para acreditar los hechos afirmados por las partes, a no ser que esté expresamente prohibido por la Ley. A esta posibilidad de utilizar

¹⁴⁵ Código de Comercio de Venezuela. Op. cit. Art. 124.

¹⁴⁶ JURADO A. (2013). Valor probatorio del documento electrónico en Venezuela. [Consulta: 2018, junio 25]. Disponible en: <http://www.alc.com.ve/valor-probatorio/>.

¹⁴⁷ Código de Procedimiento Civil. Op. cit.

diversos medios de pruebas es a lo que los doctrinarios han llamado la libertad de medios probatorios, lo cual permite a las partes acreditar sus alegatos mediante cualquier medio probatorio pertinente enumerado o no en la ley, siempre y cuando se circunscriba al criterio de la pertinencia y, conducencia o utilidad del medio de prueba propuesto.

En este orden de ideas, no se deberán admitir por ser impertinentes los medios de prueba que se dirijan a probar hechos no alegados, no controvertidos y que no sean relevantes. La decisión sobre la pertinencia o no de las pruebas propuestas por las partes, como la valoración de las mismas, le corresponde a los órganos judiciales de conformidad con los Artículos 507 al 510 del Código de Procedimiento Civil¹⁴⁸.

En este sentido, para demostrar algún hecho ocurrido en Internet, se podrán utilizar todos los medios de prueba pertinentes, siempre que contribuya a formar el convencimiento del juez y haya sido obtenido en forma lícita. Al llegar al punto de la contratación electrónica sucede lo mismo respecto a la demostración de un hecho ocurrido en la Red.

No obstante, la prueba de las obligaciones encuentra limitaciones legales en el ordenamiento jurídico venezolano, tal es el caso del artículo 1387 del Código Civil, que dictamina la inadmisibilidad de probar la existencia o extinción de una convención celebrada con el fin de establecer una obligación o extinguirla. Esto mismo sucede con la prueba documental negocial, por cuanto algunas convenciones deben constar por escrito, en instrumento público o privado, para poder lograr efectos jurídicos frente a terceros, como por ejemplo el contrato de compra-venta de bienes inmuebles en el que la tradición del bien se cumple con el otorgamiento del documento de propiedad (artículo 1.488 del Código Civil), el cual debe ser registrado para surtir sus plenos efectos legales (artículo 1.920 del Código

¹⁴⁸ Ibídem, Op. cit.

Civil).

Salvo situaciones como la mencionada anteriormente que son establecidas en la ley, donde se exige la existencia de un documento escrito, las excepciones son tan amplias que habrían verdaderos obstáculos para acreditar la existencia o extinción de sus contratos realizados vía internet por cualquier medio de prueba. Aunque el Código de Comercio en su artículo 126, establece que:

Cuando la Ley mercantil requiere como necesidad de forma del contrato que conste por escrito, ninguna otra prueba de él es admisible, y a falta de escritura, el contrato no se tiene como celebrado. (...) Si la escritura no es requerida como necesidad de forma, se observarán las disposiciones del Código Civil sobre la prueba de las obligaciones, a menos que en el presente Código se disponga otra cosa en el caso.¹⁴⁹

Por estas razones los documentos electrónicos sí pueden constituir evidencia de la existencia o extinción de un contrato, situación ésta que es recogida en la Exposición de Motivos del Decreto Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas¹⁵⁰, al explicar que:

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

Es importante destacar que para el legislador venezolano los mensajes de datos constituyen documentos escritos, tal como se expresa anteriormente, por lo que gozan de la misma naturaleza de las pruebas documentales escritas.

¹⁴⁹ Código de Comercio. Op. cit.

¹⁵⁰ Decreto Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas. Artículo 4. Op. cit.

Es por lo expresado anteriormente que los mensajes de datos se equiparan a la prueba documental. En otras palabras, deberá probarse su existencia, cuando una determinada ley exija que para la prueba de un negocio jurídico, éste conste en original, este requisito se entenderá cumplido con relación a un mensaje de datos, si la información que allí se contiene es accesible para su ulterior consulta, en el caso de que la ley exija constancia escrita del negocio jurídico, tal como prevé la Ley sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas, dicho requisito se entenderá satisfecho si el mensaje de datos se ha conservado en el formato en que se generó, archivó o recibió o si ha sido guardado en un formato que haya conservado la integridad del mensaje original, asegurando que no ha habido alteraciones desde que se generó, archivó o recibió, salvo algún cambio de forma propio del proceso de comunicación, archivo o presentación tal como lo señala el artículo 7° de la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas¹⁵¹.

Este Decreto Ley otorga eficacia probatoria a los documentos electrónicos; constituyendo así los mensajes de datos, que en sí son documentos electrónicos, medios de prueba legales, independientemente de que para su promoción y evacuación se remita a las reglas procesales establecidas para las pruebas libres según el art. 6 del Decreto Ley¹⁵².

Otro factor importante que se debe mencionar, es referente a que la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas en el artículo 4, como se mencionó anteriormente, sostiene entre otras cosas que la información contenida en un mensaje de datos, reproducida en formato impreso tendrá la misma eficacia probatoria que la ley atribuye a las copias o reproducciones fotostáticas¹⁵³; sin embargo esto puede ser subsanado si la parte que

¹⁵¹ Ibídem.

¹⁵² Ibídem.

¹⁵³ Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Caracas 26 de septiembre de 2013. "Recurso interpuesto contra la sentencia del Juzgado Superior Primero del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Aragua, de fecha 26 de mayo de

promueve produce dentro de ese proceso otros medios de prueba que demuestren que esa impresión del contenido del documento electrónico es la copia fiel y exacta del original, porque si así fuera el caso, por lo que se ha explicado con anterioridad, la prueba suministrada deberá ser valorada en su totalidad; tal como lo explica la sentencia de la Sala de Casación Social¹⁵⁴:

Si bien la impresión de los correos electrónicos y página Web tienen la misma eficacia probatoria que la Ley otorga a los documentos escritos, la misma dependerá de que el mensaje de datos esté asociado a algún mecanismo de seguridad que permita identificar su origen y autoría, cuestión que no se verificó en el presente asunto, razón por la cual carecen de eficacia probatoria.

Como se ha mencionado anteriormente, en el artículo 4 del ya nombrado Decreto Ley se hace una equiparación del documento electrónico respecto al documento escrito, situación que es llamada en la doctrina y legislaciones internacionales equivalencia funcional. De manera que a los fines de tutelar el ofrecimiento, control y valoración de estos medios de prueba como pruebas documentales, deberán aplicarse por analogía las normas sobre la prueba por escrito contenidas en el Código de Procedimiento Civil.

Por consiguiente, sobre el principio de equivalencia funcional, la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL)¹⁵⁵, sobre comercio electrónico, dispone en su artículo 5 que:

No se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a la

2011". En Revista Derecho y Tecnología. No. 15/2014. Universidad Católica del Táchira. p. 344.

¹⁵⁴ Ibídem, Op. cit.

¹⁵⁵ UNCITRAL: United Nations Commission on International Trade Law. (1996). Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico con la guía para su incorporación al derecho interno (1996). Naciones Unidas, New York, 1999.

información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos 'que se supone ha de dar lugar a este efecto jurídico, sino que figure simplemente en el mensaje de datos en forma de remisión.¹⁵⁶

Es decir, la equivalencia funcional atribuye la eficacia probatoria o el mismo valor probatorio a los mensajes de datos y firmas electrónicas que los que la ley consagra para los instrumentos escritos; así tal como lo dispone el artículo 4 de la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas sobre la eficacia probatoria: "...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"¹⁵⁷; y el cumplimiento de solemnidades y formalidades tal como lo explica en su artículo 6:

Cuando para determinados actos o negocios jurídicos la ley exija el cumplimiento de solemnidades o formalidades, éstas podrán realizarse utilizando para ello los mecanismos descritos en este Decreto Ley. (...) 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.

Ahora bien, con la finalidad de otorgarle seguridad jurídica necesaria para la aplicación de la Ley sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas, así como la debida eficacia probatoria a los mensajes de datos y firmas electrónicas, se le atribuyó en el artículo 4 estos mensajes de datos y firmas electrónicas, el valor que las pruebas consagran a los documentos escritos, que constituyen plena prueba entre las partes y frente a terceros; y lo referido a su incorporación en el proceso judicial donde se pretende hacer valer sus derechos, está establecido en el Código de Procedimiento Civil en su Artículo 395, siendo de esta forma incorporado en Venezuela el Principio de Equivalencia Funcional:

¹⁵⁶ UNCITRAL, Artículo 5 Bis. Op. cit. p. 5

¹⁵⁷ Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas. Artículo 4. Op. cit.

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 contempladas en el Código Civil, y en su defecto, en la forma que señale el Juez.

De esta forma, al proclamarse el valor jurídico y la eficacia de los actos y contratos celebrados por vía electrónica, se está en el enunciado de Morles¹⁵⁸ sobre los principios sobre los cuales descansa esa proclamación, esto es el principio de la equivalencia funcional entre el documento con soporte de papel y el documento electrónico; y el principio de la equivalencia funcional entre la firma autógrafa y la firma electrónica. A este tratamiento se acogen la Ley Modelo UNCITRAL sobre Comercio Electrónico y la Ley Orgánica de Telecomunicaciones de Venezuela en su artículo 4.

Con respecto a la validez del documento electrónico y su equiparación al documento en soporte papel, la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico UNCITRAL, enuncia el principio funcional en su artículo 5, como ya se dijo, bajo el título de reconocimiento jurídico de los mensajes de datos; según Landáez y Landáez¹⁵⁹, cuyo principio de equivalencia funcional, se refiere a:

Los actos jurídicos celebrados a través de medios electrónicos respecto de aquellos actos jurídicos suscritos en forma manuscrita, e incluso oral, constituye el principal fundamento del Comercio Electrónico. Se trata de un requisito sine qua non del Comercio Electrónico, sin el cual no podría desarrollarse con la seguridad y confianza requerida por la sociedad.

Es decir, este Principio de Equivalencia Funcional es la base

¹⁵⁸ MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo (2005). Cuso de Derecho Mercantil. Los Contratos Mercantiles. Tomo IV. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas. p. 2233.

¹⁵⁹ LANDÁEZ OTAZO, Leoncio y LANDÁEZ ARCAYA, Nelly (2007). La equivalencia funcional, la neutralidad y la libertad informática. en Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, No. 3. p. 17.

fundamental para evitar la discriminación de los mensajes de datos electrónicos con respecto a las declaraciones de voluntad expresadas de manera escrita o tradicional; por ende, está referido a que el contenido de un documento electrónico surta los mismos efectos que el contenido en un documento en soporte papel, o que la función jurídica que cumple con la instrumentación mediante soportes documentales en papel y firma autógrafa respecto de todo acto jurídico, la cumpla igualmente la instrumentación electrónica a través de un mensaje de datos. Por ende, la en su artículo 8, establece que los mensajes de datos tendrán la Ley sobre Mensajes de Datos y firmas Electrónicas misma eficacia probatoria que la ley otorga a los documentos escritos.

Ahora bien, para que el documento electrónico tenga valor probatorio, cada medio propuesto debe ser sometido al criterio de la pertinencia para su admisión, cuya apreciación corresponde al órgano jurisdiccional. Al llegar al punto relacionado a la pertinencia, es necesario tener en consideración: a) Que el objeto de la prueba sean hechos y no normas jurídicas o elementos de derecho; b) Que los hechos estén previamente alegados y, por tanto, aportados al proceso; c) Que no se trate de hechos exonerados de prueba. Vitoria¹⁶⁰ señala que se deben tener en cuenta otros criterios que deben concurrir para que el juez o árbitro admita una prueba, tales como:

i) La posibilidad material de que la prueba sea practicada. Esto supone que si por ejemplo, se propone un medio de prueba (inspección judicial) respecto de una fuente que ya no existe, porque se encuentra en un país en guerra o porque se destruyó completamente por causa de un incendio, al no ser posible la práctica, la misma deberá ser inadmitida. ii) la legalidad del medio propuesto y la licitud del medio: la legalidad del medio propuesto significa que la actividad procesal que es preciso desarrollar para incorporar la fuente al proceso, deberá realizarse de acuerdo con lo dispuesto en la ley.

¹⁶⁰ VITORIA, M. (2000). Los Mensajes de Datos y la Prueba de los Negocios, Actos y Hechos con relevancia jurídica soportados en Formatos Electrónicos. Caracas – Venezuela p. 23

Es decir, que al hacer referencia a la ilegalidad, consiste en el hecho de que la prueba promovida sea contraria a la ley, por lo que no puede ser admitida por el juez. En lo que respecta a la licitud, consiste en el modo de obtener la fuente que se incorpora al proceso, es decir, saber cómo se obtuvo la prueba, lo que será relevante para determinar si es legal o no. En esta secuencia de ideas, la mencionada autora Vitoria M.¹⁶¹ resalta que como quiera que la actividad de obtención de la fuente no sea procesal, la forma, en principio, libre, está sujeta a una importante limitación:

Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso, de modo pues que, de acuerdo con el artículo 49, numeral 1° de la Constitución de 1999, las pruebas obtenidas directa o indirectamente violando los derechos fundamentales no surtirán efectos en el proceso y deberán ser inadmitidas por ilegalidad o por inconstitucionalidad.

En este mismo sentido se ha legislado en el Decreto Ley sobre Mensajes de Datos y firmas Electrónicas, cuando se determina en el artículo 5 que “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”; es decir que si un mensaje de datos es interceptado y/o adquirido en violación de garantías constitucionales, como también el secreto de las comunicaciones privadas, no podrá ser utilizado válidamente como prueba. Al ser indudable el carácter documental que tienen los mensajes de datos, se debe aplicar la analogía a las reglas sobre la prueba por escrito previstas en el Código Civil y en el Código de Procedimiento Civil, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 395 de dicho Código.

Ahora bien, es importante destacar como se debe llevar a cabo la promoción de los documentos electrónicos pues se tiene en cuenta que un

¹⁶¹ *Ibidem*.

mensaje, correo electrónico o de cualquier documento electrónico es el que circula en la Red y que sólo puede ser leído a través del computador; deberá el interesado para que prospere la prueba del mismo, consignar en el expediente el documento electrónico archivado en un formato que permita su consulta por el juez (disquete, CD) o su impresión.

El artículo 7 del Decreto Ley sobre Mensajes de Datos y firmas Electrónicas, en estudio, señala que cuando la ley requiera que la información sea presentada o conservada en su formato original, este requisito se entenderá cumplido con relación a un mensaje de datos si se ha conservado su integridad y cuando la información contenida en dicho mensaje esté disponible. A tales efectos se entenderá 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

Por su parte el artículo 8° de la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, determina que cuando la ley requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con relación a un mensaje de datos, si la información que éste contiene es accesible para su ulterior consulta. Cuando requiera que ciertos actos o negocios jurídicos consten por escrito y su soporte deba permanecer accesible, conservado o archivado por un periodo de tiempo determinado o en forma permanente.

Es necesario señalar que estos requisitos quedarán satisfechos mediante la conservación de los mensajes de datos, siempre que se cumplan con una serie de condiciones: a) que la información que contengan pueda ser consultada posteriormente; 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; y c) 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.

Ahora bien, se debe señalar que en juicio, la parte demandante debe acompañar al libelo de demanda, el documento electrónico ya sea a través de la impresión del mismo o la copia en un medio electrónico equivalente dependerá del avance tecnológico al que tenga acceso la persona, lo cual deberá indicar el lugar donde éste se encuentra (la dirección electrónica), así como la fecha y la hora en la que fue enviado o recibido.

Además, se debe hacer referencia al hecho de que la información contenida en el documento electrónico se ha conservado inalterable en el formato en que se generó, archivó o recibió o en algún formato que sea demostrable, el cual reproduce con exactitud la información contenida en el mensaje de datos y que está disponible para su ulterior consulta, con la finalidad de buscar la integridad del mensaje (Artículo 7° de la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas), en busca de que el promovente logre acreditar credibilidad de ese medio de prueba. Ahora bien, el Artículo 8° de la mencionada Ley, establece la constancia por escrito del mensaje de datos y su disponibilidad a futuro.

Cuando la ley requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con relación a un Mensaje de Datos, si la información que éste contiene es accesible para su ulterior consulta. Cuando la ley requiera que ciertos actos o negocios jurídicos consten por escrito y su soporte deba permanecer accesible, conservado o archivado por un período determinado o en forma permanente, estos requisitos quedarán satisfechos mediante la conservación de los Mensajes de Datos, siempre que se cumplan las siguientes condiciones: 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.

Conviene señalar que Vitoria¹⁶² considera que las cualidades especiales del formato que reproduce el mensaje de datos (a saber, “fehaciencia” y “durabilidad”), será necesario acreditar a su vez, la confiabilidad del sistema de almacenamiento utilizado a través de cualquier medio de prueba.

Es decir, por ejemplo, se puede demostrar el grado de seguridad y el buen funcionamiento del sistema de almacenamiento utilizado para “guardar” o “archivar” el contenido de un mensaje de datos, con una experticia informática o mediante pruebas preconstituídas como un justificativo de testigo (justificativo para perpetua memoria), contenido del testimonio de personas que, por sus conocimientos tecnológicos, puedan certificar la confiabilidad de un determinado sistema de almacenamiento de información digitalizada. Claro está que, en este último caso, será necesario la ratificación en juicio de tales testimonios a los fines de que la prueba testifical pueda producir todos sus efectos jurídicos”.

Es necesario mencionar que la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas dictamina en el artículo 9° que las partes podrán acordar un procedimiento para establecer cuándo el mensaje de datos proviene efectivamente del emisor. A falta de acuerdo entre las partes, se entenderá que un mensaje de datos proviene del emisor, cuando éste ha sido enviado por: a) el propio emisor; b) persona autorizada para actuar en nombre del emisor respecto de ese mensaje; c) por un sistema de información programado por el emisor o bajo su autorización, para que opere automáticamente.

En otras palabras, en juicio se le reconoce a las partes, la posibilidad de acordar un procedimiento que les permita establecer cuándo el Mensaje de Datos proviene efectivamente del emisor. Y si no hay acuerdo, entonces

¹⁶²VICTORIA. Op. cit. p.23.

se entenderá que el emisor del mensaje electrónico es: a) El propio emisor, b) Persona autorizada para actuar en nombre del Emisor respecto de ese mensaje y c) Por un sistema de información programado por el Emisor o bajo su autorización, para que opere automáticamente.

Ahora bien, también para probar la autoría del documento electrónico se deben exaltar a las firmas digitales, o firmas electrónicas, cuyo concepto lo establece la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, en su artículo 2, así: “Es la 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”¹⁶³, las cuales no son el único sistema o método para acreditar la autoría de un mensaje de datos; pero si es uno de los más seguros, además a través de ellas se garantiza tanto el intercambio de voluntades para concretar y realizar el contrato, en los mismos términos que una firma tradicional. No obstante, aunque el documento electrónico no esté firmado digitalmente, no deja de ser un documento privado cuya autoría no pueda ser imputada a una determinada persona.

El artículo 16 del Decreto Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, señala entre otras cosas que La Firma electrónica permite vincular al signatario con el Mensaje de Datos y atribuir la autoría de éste, tendrá la misma validez y eficacia probatoria que la ley otorga a la firma autógrafa.

En este sentido, si para determinados actos o negocios jurídicos la ley exige la firma autógrafa en el documento, ese requisito quedará satisfecho en relación con un mensaje de datos o documento electrónico al tener al mismo, una firma electrónica. Para que la firma digital tenga la misma validez y eficacia probatoria de la firma manuscrita, debe estar elaborada bajo mecanismos de seguridad que permitan a las partes contratantes

¹⁶³ Ley sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas, Art. 2. Op. cit.

garantizar que los datos utilizados para la realización del documento electrónico sean confiables; así como ofrecer seguridad de que la firma no pueda ser falsificada con la tecnología existente para la fecha de la suscripción.

En este Decreto Ley se prevé también la figura de los Proveedores de Servicios de Certificación y todo lo relativo a los certificados electrónicos para otorgar mayor seguridad en el comercio y comunicaciones electrónicas. Los proveedores de Servicios de Certificación son aquellas personas autorizadas y acreditadas por la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica (Art. 21 Decreto Ley).

Los Proveedores de Servicios de Certificación tienen la función de proporcionar Certificados Electrónicos y demás actividades previstas en ese Decreto Ley además, los Proveedores de Servicios de Certificación tienen la función de certificar la autenticidad e integridad de los mensajes, en el sentido de establecer la autoría de un mensaje, además de servicios vinculados a las firmas electrónicas, siguiendo el procedimiento legalmente previsto en la misma ley.

Las funciones de los proveedores de certificados electrónicos no sustituyen las funciones de los notarios o registradores, cuando para determinados actos jurídicos se requiera la intervención de éstos. En otras palabras, cuando se trate de negocios o actos jurídicos que para su validez frente a terceros, la propia ley exija las formalidades de registro, dicho requisito en ningún modo se entenderá cumplido con la emisión de un certificado electrónico; que para efectos de la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, lo conceptualiza así: “Es el mensaje de datos proporcionado por un Proveedor de Servicios de Certificación que le atribuye certeza y validez a la Firma Electrónica”¹⁶⁴; y el Proveedor de Servicios de

¹⁶⁴ Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas. Art. 2. Op. cit.

Certificación es “una persona dedicada a proporcionar Certificados Electrónicos y demás actividades previstas en la Ley”¹⁶⁵.

Con base a lo anterior, se señala que un certificado electrónico es un documento electrónico expedido por una Autoridad de Certificación e idéntica a una persona física o jurídica, la cual consta de un par de claves cuya misión es validar y certificar que una firma electrónica se corresponde con una persona o entidad concreta, la cual contiene la información necesaria para firmar electrónicamente e identificar a sus propietario con todos sus datos personales; está Autoridad de Certificación da fe de que la firma electrónica se corresponda con un usuario correcto; por estas razones los certificados están firmados a su vez por una Autoridad de Certificación.

Es importante indicar que los documentos, actos y sentencias que la ley sujeta a las formalidades del registro y que no hayan sido anteriormente registrados, no tienen ningún efecto contra terceros que, por cualquier título, hayan adquirido y conservado legalmente derechos sobre inmuebles vehículos, naves y aeronaves, etc., los cuales también pueden ser objeto de operaciones electrónicas. Cuando la ley exige un título registrado para hacer valer un derecho, no puede suplirse aquél con otra clase de prueba, salvo disposiciones especiales (Artículo 1924 del Código Civil).

En este orden de ideas, “los documentos privados no pueden registrarse, si la firma de los contratantes, o la de aquél contra quien obran, no han sido autenticadas o comprobadas judicialmente” según lo dispuesto en el artículo 1923 del Código Civil. Ahora, si bien la tendencia mundial apunta hacia la digitalización de los trámites registrales, no existe un registro electrónico de documentos sino una electronificación y automatización de ciertos trámites registrales; tal como lo establece la Ley de Registro Público y Notariado, por ejemplo.

¹⁶⁵ Ibídem. Art. 2, p. 3. Op. cit.

Por su parte el artículo 6 del Decreto Ley determina que cuando para determinados actos la ley exija el cumplimiento de formalidades y solemnidades, éstas podrán realizarse utilizando para ella los mecanismos establecidos en este Decreto-Ley. Sin embargo, en el mismo Decreto Ley se deja claro que las funciones de los proveedores de certificados electrónicos no sustituyen las funciones de los notarios o registradores, cuando para determinados actos jurídicos se requiera la intervención de éstos. Al respecto Viloría¹⁶⁶ considera una contradicción que se niegue que los certificados electrónicos puedan conferir autenticidad a los mensajes de datos que hayan sido objeto de certificación.

Entonces, si se entiende el texto de la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, parece absurdo conferir los efectos de la autenticidad a los certificados electrónicos, ya que los documentos autenticados a diferencia de los documento públicos, pueden ser emitidos por funcionario a los cuales la ley no les otorga la facultad de transmitir “fe pública”, pero sí de imprimir al documento de “autenticidad”, es decir, de una presunción de “certeza” en cuanto a la autoría del documento y en cuanto a la “veracidad” de las declaraciones en el contenidas, salvo prueba en contrario. Así pues, la presunción de “plena fe” que otorga la “autenticidad” cede por cualquier prueba en contrario; de allí que se considere que la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, debió tomar en cuenta la distinción entre estos dos efectos jurídicos (a saber “autenticidad” y “fe pública”) y establecer que el certificado electrónico sí confiere “autenticidad” a los documentos y firmas electrónicas; de otra forma, cómo es posible que señale que dichos certificados garantizan la autoría y la integridad de un mensaje y por otro, le reste cualquier valor a esa certificación.

Este criterio de la autora antes citada no es compartido por el autora de este trabajo de investigación, porque cuando la ley exige que sea

¹⁶⁶ VICTORIA. Op. cit. p. 25.

necesariamente el que tenga el carácter de autenticado deben seguirse las formalidades establecidas en la legislación venezolana. En este orden de ideas, el artículo 1357 del Código Civil venezolano dictamina que el instrumento público o autenticado es: “el que ha sido autorizado con las solemnidades legales por un Registrador, por un juez u otro funcionario o empleado público, que tenga facultad para darle fe pública, en el lugar donde el instrumento se haya autorizado”. Es decir, que el legislador exige que para considerar un documento como público y otro como auténtico, deben seguirse las solemnidades legales ante los funcionarios competentes señalados en el Código civil, en este caso.

Es importante aclarar que se llaman documentos públicos a aquellos emanados de funcionarios que tienen la capacidad para dar fe pública de los actos que se realizan en su presencia, bajo las condiciones establecidas en la Ley, mientras que son documentos privados, en los que no interviene, por lo menos en el ejercicio de sus funciones, ningún funcionario sino sólo personas privadas. Calvo, dice que:

El documento es el escrito con que se avala, fundamenta o acredita algo” (...) la doctrina nacional ha tenido la tendencia constante a considerar como documento sólo a los escrito (...) es cualquier otra cosa que sirve para ilustrar o comprobar algo.¹⁶⁷

Para Dominici, Borjas y Feo (citados en Calvo, 2008), dicen que los documentos son únicamente los escritos: “la prueba por escrito o prueba instrumental no es en realidad sino la prueba de testigos preestablecida. La escritura es el resultado del testimonio de los hombres...”¹⁶⁸; y respecto a tratadistas contemporáneos como Mujica (citado en Calvo), se refiere a los instrumentos públicos escritos cuando particulariza algunos aspectos en tono a la prueba instrumental, que para este caso sería en formatos

¹⁶⁷ CALVO BACA, Emilio. (2008). Código de Procedimiento Civil. p. 802. Op. cit.

¹⁶⁸ Ibídem. p. 803. Op. cit.

digitales: “Enfoca la fotografía, películas, etc., como documentos”.¹⁶⁹

Es por esto que el instrumento público hace plena fe, así entre las partes como respecto de terceros, mientras no sea declarado falso: 1º. De los hechos jurídicos que el funcionario público declare haber efectuado, si tenía facultad para ejecutarlos; 2º, de los hechos jurídicos que el funcionario público declara haber visto u oído, siempre que esté facultado para hacerlos constar.¹⁷⁰

En tal sentido, la diferencia entre los documentos públicos y los documentos privados, es que en los primeros interviene un funcionario público en ejercicio de sus funciones, mientras que en el privado intervienen partes privadas, sin un funcionario público que esté desarrollando sus funciones públicas. Tal como lo declara Calvo, los documentos privados:

Pueden ser definidos como aquellos que por su esencia pertenecen al ámbito del orden jurídico privado, que dejan constancia de acaecimientos realizados dentro de la esfera privada y trascienden tan sólo a situaciones jurídicas de esta índole. La intervención de sujetos no oficiales, lo particular de la materia documentada, la ausencia de formas o solemnidades, son elementos característicos indispensables en su constitución.

Es así como, un documento privado es aquel que ha sido suscrito o firmado entre las partes privadas. Pero ¿qué sucede si a este documento privado se le quiere dar fe pública? El artículo 927 del Código de Procedimiento Civil (1990)¹⁷¹ estatuye todo instrumento que se presente ante un Juez o Notario para ser autenticado se leerá en su presencia por el otorgante o cualquiera de los asistentes al acto y el Juez o Notario lo declarará autenticado, extendiéndose al efecto, al pie del mismo

¹⁶⁹ Ibídem. p. 803. Op. cit.

¹⁷⁰ Código Civil. Op. cit.

¹⁷¹ Código de Procedimiento Civil. Gaceta Oficial N° 4.209 Extraordinaria de fecha 18 de septiembre de 1990

instrumento, la nota correspondiente, la cual firmarán el Juez o el Notario, el otorgante u otro que lo haga a su ruego si no supiere o no pudiere firmar, dos testigos mayores de edad y el Secretario del Tribunal.

Entonces, la autenticación de documentos consiste en autorizar o legalizar un acto o documento, revistiéndolo de ciertas formalidades y solemnidades, para su firmeza y validez. Los documentos autenticados se llevan por el notario, juez, registrador. En la actualidad, los documentos no se autentican en los tribunales, a excepción de las localidades donde todavía no se han creado Notarías. Asimismo, la Ley de Registro Público y Notariado establece en su artículo 76, que las copias certificadas o simples de los documentos y demás asientos que reposen en su oficina, siempre que las copias se soliciten con indicación de la clase de actos o de sus otorgantes, circunstancias éstas que se harán constar en la correspondiente nota de certificación. “También podrán expedir copias de documentos originales por procedimientos electrónicos, fotostáticos u otros semejantes de reproducción”.¹⁷²

Para los fines y medios electrónicos la Ley de Registro Público y Notariado, garantiza la seguridad jurídica, la libertad contractual y el principio de legalidad de los actos o negocios jurídicos, bienes y derechos reales; así como “para el cumplimiento de las funciones registrales y notariales, de las formalidades y solemnidades de los actos o negocios jurídicos, se aplicarán los mecanismos y la utilización de los medios electrónicos consagrado en dicha ley”.¹⁷³

Conforme a la digitalización de imágenes de los testimonios notariales y de los documentos que ingresen al Registro, están digitalizadas y

¹⁷² Ley de Registro Público y del Notariado. (2014). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. No. 6.156, Extraordinario, de fecha: 19 de noviembre de 2014. Art. 76.

¹⁷³ *Ibidem*, Art. 2. Op. cit.

relacionadas tecnológicamente por el sistema: "Estas imágenes serán incorporadas en la base de datos y podrán ser consultadas de manera simultánea con los asientos registrales y notariales relacionados" ¹⁷⁴ Igualmente, el registro mercantil es público y cualquier persona puede obtener copia simple o certificada de los asientos y documentos, así como "tener acceso material e informático a los datos"¹⁷⁵

En el caso del comercio electrónico, el manejo que hay es de documentos electrónicos privados y como documentos privados que son, nunca por sí son auténticos ni reconocidos legalmente, de manera que para que tengan fe pública entre las partes contratantes, siempre es necesario que se reconozcan ante el notario o juez competente; pero cuando se trata de propiedad inmobiliaria o la naturaleza del hecho que determina el acto jurídico así lo amerite, la fe pública sólo se adquiere frente a los terceros cuando el documento haya sido protocolizado en el registro público competente, como expresamente lo señala el artículo 1924 del Código Civil¹⁷⁶.

En definitiva, los certificados electrónicos otorgados por proveedores de servicios de certificación, ya sean proveedores de carácter público o privado¹⁷⁷, lo que logran es una garantía de presunción de la autoría de la firma electrónica, así como de la integridad del mensaje de datos, pero esto no se debe interpretar como la autenticidad o fe pública que conforme a la ley otorguen los notarios o jueces competentes a los actos, documentos y certificaciones que con tal carácter suscriban.

Es decir, que los certificados electrónicos según lo ordena la

¹⁷⁴ Ibídem. Art. 33. Op. cit.

¹⁷⁵ Ibídem. Art. 63. Op. cit.

¹⁷⁶ Código Civil. Op. cit.

¹⁷⁷ Decreto Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas. Art. 31. Op. cit.

comentada Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas¹⁷⁸ en estudio, no tienen efectos de reconocimiento legal ni de autenticidad, porque para reconocer legalmente o autenticar un documento, es necesario seguir el procedimiento formal establecido en la legislación civil venezolana, ya mencionada anteriormente, y serán los notarios y los jueces en cuyas circunscripciones no exista un notario, quienes podrán realizar estas funciones de reconocimiento y autenticación.

Otra conclusión importante es que como lo manifiesta el legislador civil venezolano en el artículo 1357 del Código Civil se refiere a instrumento público o autenticado como si se tratara de sinónimo. Al respecto, se ha relatado que no es cierta tal sinonimia, sino que entre uno y otro existe más bien una relación género a especie, toda vez que un instrumento público, por el sólo hecho de serlo debe reputarse auténtico más la inversa no es cierto por cuanto un documento auténtico puede no ser público.

Por lo que, si se aplican los señalamientos anteriormente descritos al documento electrónico y firma digital, se puede afirmar que en materia de comercio electrónico y firma digital, cuyo objeto de la Ley sobre Mensaje de Datos y Firmas electrónicas, es de: “otorgar y reconocer eficacia y valor jurídico a la firma electrónica, al mensaje de datos y a toda información inteligible en formato electrónico”.¹⁷⁹ Independientemente de su soporte material, atribuible a personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, así como regular todo lo relativo a los Proveedores de Servicios de Certificación y los Certificados Electrónicos.

Lo que se suscriben son documentos privados, que pueden ser reconocidos y en la actualidad en Venezuela no pueden existir hasta el momento, puede que en el futuro sí, los documentos electrónicos

¹⁷⁸ Ibídem. Art. 38. Op. cit.

¹⁷⁹ Ibídem, Art. 1. Op. cit.

autenticados, porque para tener tal carácter es necesario que se suscriba el documento ante el notario, y en este caso el documento se suscribe entre las partes vía internet. Por lo que, para lograr un documento electrónico autenticado, en este caso en Venezuela, será necesaria la creación de nuevas leyes y proyectos, porque a simple vista una forma idónea de poder autenticar un documento electrónico sería a través de la creación de la figura del Cybernotario.

Sin embargo, si se podría hablar en Venezuela de documento público electrónico, según la finalidad que establece la Ley de Registro Público y Notariado en su artículo 2 que garantiza la seguridad jurídica y libertad contractual y el principio de legalidad de los actos o negocios jurídicos, bienes y derechos reales; y más aún cuando el artículo 31, del ya mencionado Decreto Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas,¹⁸⁰ determina que podrán ser Proveedores de Servicios de Certificación, las personas, que cumplan y mantengan los siguientes requisitos: 1. La capacidad económica y financiera suficiente para prestar los servicios autorizados como Proveedor de Servicios de Certificación. En el caso de organismos públicos, éstos deberán contar con un presupuesto de gastos y de ingresos que permitan el desarrollo de esta actividad. El caso, de que sea generado por un organismo público en sus funciones, no significa que es un documento público autenticado, será público, pero para que logre el carácter de autenticado deberá seguirse lo pautado en el artículo 927 del Código de Procedimiento Civil, en la forma como ya se explicó con antelación.

Es decir que, los documentos que emita en general, un ente público vía electrónica tendrán el carácter de documento público electrónico, los cuales tendrán fe pública, pero no gozarán del carácter de ser considerado un documento público autenticado. Para este último efecto, como se mencionó anteriormente, se tendrán que crear nuevas leyes y normativas

¹⁸⁰ Ibídem.

que permitan, la autenticación de documentos por estos medios o mecanismos específicos, para poderles dar ese carácter.

Valor Probatorio de los Contratos Electrónicos en Colombia

Ahora bien, en lo que respecta a Colombia La Ley 527 de 1999¹⁸¹ o de Comercio Electrónico y Firmas Digitales, sostiene Gutiérrez (2003)¹⁸² que fue promulgada algunos años después de las discusiones que realizó la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional CNUDMI y que se materializó con la expedición de la Resolución 51/162 de 1996 por medio de la cual se aprobó la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico.

Posteriormente a la promulgación de la Resolución 51/162, se creó en dicho país una comisión interinstitucional que estudió la naciente ley modelo y que determinó los mecanismos para la implementación de dicho instrumento en la legislación colombiana. Esta comisión redactora fue conformada por miembros de los Ministerios de Justicia y del Derecho, Transporte, Desarrollo Económico y Comercio Exterior además de la academia y sectores del comercio. Fue así como en agosto de 1999 fue sancionada la Ley 527 de 1999 o de Comercio Electrónico en Colombia.

Ahora bien, es conveniente considerar que la Ley 527 de 1999 le otorga plena validez a los mensajes de datos reconociéndoles pleno valor jurídico. Así las autoridades tanto jurisdiccionales como administrativas, deben concederle plenos efectos a los documentos contenidos de manera digital. Se indica también, que para ello se deben tener en cuenta los principios que se encuentran en la misma legislación; en su artículo segundo

¹⁸¹ Ley 527 (1999) Comercio Electrónico y Firmas Digitales. Diario oficial de la República de Colombia No. 43.673 de fecha 21 de agosto de 1999.

¹⁸² GUTIÉRREZ, M (2003) Consideraciones sobre el tratamiento jurídico del comercio electrónico. Internet Comercio Electrónico y Telecomunicaciones. Bogotá. Universidad de los Andes. Ediciones Legis.

describe el principio de neutralidad tecnológica en el que señala entre otras cosas que los mensajes de datos se dan por cualquier información generada, enviada, recibida, archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el Intercambio Electrónico de Datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el telex o el telefax.

El otro principio que se observa en la ley, es la equivalencia funcional se encuentra contenido en el artículo 6 señalando que cuando cualquier norma requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos, si la información que éste contiene es accesible para su posterior consulta, por lo que se señala que los mensajes de datos deben ser tratados de la misma forma como los escritos en papel.

Entonces, no quedan dudas de que efectivamente el documento electrónico puede ser utilizado como medio probatorio en un proceso judicial o administrativo. Al respecto es necesario señalar lo que sostiene el artículo 10 de la Ley 527¹⁸³ entre otras cosas que en toda actuación administrativa o judicial, no se negará eficacia, validez o fuerza obligatoria y probatoria a todo tipo de información en forma de un mensaje de datos, por el sólo hecho que se trate de un mensaje de datos o en razón de no haber sido presentado en su forma original.

De lo expresado, se puede inferir que el documento electrónico goza de plena validez probatoria y conduce a la idea que en el entorno digital no existen a ciencia cierta documentos originales, ya que tanto el archivo “original” como su “copia” son perfectamente idénticos. En consecuencia, todos los documentos electrónicos de cierta forma son considerados originales.

¹⁸³ Ley 527. Op. cit.

Al respecto sostiene Nisimblatt¹⁸⁴ que en los referente a los documentos electrónicos se presentan inconvenientes cuando se requiere que las pruebas sean presentadas en su forma original ya que lo que se hace es suministrar una copia impresa en papel, cuando lo que debe hacerse es entregar el documento en la misma forma en que fue creado; es decir, en medios digitales con sistemas de almacenamiento que impidan su alteración o modificación.

Ahora bien, es importante indicar que al igual que cualquier tipo de prueba, los mensajes de datos también deben tener una serie de criterios para ser valorados. En este sentido el artículo 11 de la Ley 527 de 1999¹⁸⁵, establece los elementos que deben tenerse en cuenta al momento que se promuevan, tales como: a) Las reglas de la sana crítica y demás criterios reconocidos legalmente para la apreciación de pruebas; b) La confiabilidad en la forma en que se haya generado, archivado o comunicado el mensaje; c) La confiabilidad acerca de la manera de conservación de la integridad de la información; y d) La forma que se identifique a su iniciador.

Se puede inferir entonces que para que el documento electrónico tenga un valor probatorio debe cumplir con los mismos requisitos de autenticidad con respecto a que el documento es verídico y no ha sido alterado, la confiabilidad referida a que los métodos por los cuales se obtuvo el documento o una copia del mismo son seguros y sobre todo verificables, la integridad que corresponde al hecho de que el contenido del documento no ha sido alterado de ninguna forma que comprometa su integridad y el no repudio que significa que la persona creadora del mensaje de datos no pueda declarar que este no fue el iniciador del mensaje de datos.

¹⁸⁴ NISIMBLATT, N. (2010) El Manejo de la Prueba Electrónica en el Proceso Civil Colombiano. Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías de Información. Universidad de los Andes. Colombia.

¹⁸⁵ Ley 527. Op. cit.

Así cuando un documento electrónico cumple con los requisitos, mencionados anteriormente en el Estado colombiano, debe ser valorado como prueba en el proceso judicial, máxime cuando precisamente el documento electrónico por su naturaleza, mejor se adapta a los tipos de prueba digital. Al respecto expresa Téllez¹⁸⁶ que:

Si bien es cierto que la mayoría de los medios de prueba pueden interrelacionarse con las computadoras, es la prueba documental la que, en última instancia, guarda un vínculo más estrecho debido a que los soportes magnéticos pueden 'constar' al igual que un documento.

De todas formas y de acuerdo con lo expresado en la Ley 527 de 1999, es la sana crítica empleada por el juez el factor determinante para la valoración del documento electrónico como prueba en el proceso, ya que se debe señalar que en Colombia no existe el sistema de tarifa legal. Así el juez puede, o decretar un peritaje o valorar la prueba presentada de manera digital como simple indicio o hechos sobre los que se infieren otros hechos desconocidos, cuando le ofrezcan certeza al juez sobre la veracidad total de la prueba.

En este sentido la Corte Suprema de Justicia de Colombia¹⁸⁷ ha expresado sobre los documentos electrónicos como medios de prueba que en el entendido que los mensajes de datos se asimilan a los documentos tradicionales, como se previó en el artículo ya mencionado 10º de la Ley 527, la situación de que da cuenta este caso, equivale al supuesto en que un trabajador decida guardar escritos privados en alguna de las carpetas de archivo de la empresa donde labora (v. gr. un consecutivo) y que luego de que ese legajado fuera exhibido y reproducido en cumplimiento de la orden impartida en proceso judicial.

¹⁸⁶ TÉLLEZ VALDÉS, Julio, (2004) Derecho Informático, 3ª. Edición, México, p. 8.

¹⁸⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 4 de septiembre de 2007. M P. Arturo Solarte Rodríguez

Asimismo, el Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones ¹⁸⁸, establece que las firmas electrónicas, están referidas a los métodos tales como, códigos, contraseñas, datos biométricos, o claves criptográficas privadas, que permite identificar a una persona, en relación con un mensaje de datos, siempre y cuando el mismo sea confiable y apropiado respecto de los fines para los que se utiliza la firma, atendidas todas las circunstancias del caso, así como cualquier acuerdo pertinente.

Por su parte, el mismo organismo señala que la firma digital se configura como un valor numérico que se asocia a un mensaje de datos y permite determinar que dicho valor ha sido generado a partir de la clave originaria, sin modificación posterior. La firma digital se basa en un certificado seguro y permite a una entidad receptora probar la autenticidad del origen y la integridad de los datos recibidos. Como medida, en el marco de la conservación de los documentos electrónicos a largo plazo, se recomienda la actualización de la firma digital. Esta medida de control consiste en el resellado o la refirma, como medios para prevenir la obsolescencia o la vulneración del sistema de firma. La diferencia entonces es fundamentalmente probatoria, pues si bien la firma digital de manera automática incorpora la autenticidad, integridad y no repudio, en la firma electrónica es necesario probarla, además de determinar que se trata de un mecanismo confiable y apropiable.

Es claro entonces que la Corte Colombiana ratifica el valor probatorio de los documentos electrónicos, poniendo en práctica de manera muy ilustrativa el principio de equivalencia funcional. Sin embargo esta Corte es enfática al observar que la prueba debe ser obtenida de manera legítima, ya que no tendría sentido menoscabar los derechos de terceras personas solo

¹⁸⁸ Ministerio de Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones. Guía para la gestión de documentos y expedientes electrónicos. Archivo General de la Nación, Colombia.

porque se trata de medios electrónicos. Sí una prueba ha sido producto de la vulneración de un sistema electrónico u otro medio de almacenamiento digital la prueba debe ser declarada inadmisibile por el juez competente.

En este orden de ideas, Sánchez¹⁸⁹ señala que la Corte otorga un valor probatorio a los mensajes de datos no solo desde lo conceptualizado en los distintos instrumentos normativos, sino que le da una especial consideración a los elementos técnicos utilizados en la generación de un mensaje de datos, en cumplimiento del principio de la equivalencia funcional.

Valor Probatorio de los Contratos Electrónicos en España

En el caso de España es conveniente señalar que en la antigua vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la admisibilidad de los soportes electrónicos como prueba era unánimemente aceptada por la doctrina y por la jurisprudencia. Sánchez¹⁹⁰ sostiene en cuanto al medio probatorio al cual debían introducirse en el proceso, la jurisprudencia y la mayoría de la doctrina acabaron optando por la vía de la prueba documental. En cambio, otra parte de la doctrina y alguna jurisprudencia mantenían que la vía adecuada para llevar estos soportes al proceso era por medio del reconocimiento judicial. En realidad, el soporte electrónico no se adecuaba íntegramente a ninguno de los dos medios probatorios, es decir que ni era exactamente equiparable a un documento, aunque presentara varias semejanzas con el mismo, ni el reconocimiento judicial era el medio probatorio apto para llevarlo al proceso.

Ahora bien, en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil¹⁹¹, el legislador

¹⁸⁹ SÁNCHEZ F. (2011) Del correo electrónico, su valor probatorio y otras vicisitudes. Revista *Ámbito Jurídico*. 13 de julio de 2011. Colombia

¹⁹⁰ SÁNCHEZ, O El valor probatorio de la firma electrónica. En: PEGUERA POCH, Miguel (coordinador). *Derecho y nuevas tecnologías*, primera edición. Barcelona, España: Universidad Abierta de Cataluña.

¹⁹¹ Ley de Enjuiciamiento Civil. (2000) Publicado en el BOE N° 7 de fecha 08/01/2000. España.

decidió esclarecer definitivamente esta cuestión y lo hizo de manera que no favoreció ninguna de las dos posturas antes descritas, o sea que la Ley de Enjuiciamiento Civil admite la aportación de los registros electrónicos al proceso, pero se refiere a ellos como instrumentos. En lo referente a la regulación de la prueba por instrumentos la Ley los equipara al documento (artículos 265 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil), esto significa que se tienen que aportar junto con la demanda y su contestación o, por excepción, en otros momentos procesales posteriores (artículos 265.2, 3, 4; 270 y 271 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española).

De esta manera, sin perjuicio de cualquier otro medio de prueba admitido en derecho, los registros electrónicos y telemáticos serán aceptados como medio de prueba, pero para ello deberán: garantizar su autenticidad; identificar de modo fiable a las partes; no alterar su contenido; identificar el momento de su emisión y recepción.

La consideración del documento electrónico como verdadera prueba documental puede parecer carente de contenido, pero es importante puesto que de la misma se deriva su valor probatorio, pasando de prueba de libre valoración a prueba tasada. Si bien es cierto que la prueba de libre valoración que es la que recoge el Art. 384 de la Ley de Enjuiciamiento Civil¹⁹² no significa una prueba arbitraria sino que es una valoración basada en las reglas de la sana crítica, no es menos cierto que la misma conlleva un cierto carácter de “desasosiego” que no es predicable de la prueba tasada.

Así, si un particular presenta un documento tradicional ante los Tribunales, redactado en soporte papel y manuscrito, aunque sea con un simple lápiz que es fácilmente manipulable, si la contraparte no se opone a su veracidad, el mismo deberá ser tomado como cierto por el Tribunal. Por el contrario, si el mismo particular presenta un documento electrónico ante los

¹⁹² Ibídem. Op. Cit.

Tribunales, en el sentido de redactado en soporte electrónico pero igualmente mediante signos escritos (ya no manuscritos), si no lo incluyéramos en la prueba documental, aun siendo aceptado como cierto por ambas partes, podría ser valorado libremente por el Tribunal.

Aún en el caso de que la contraparte se opusiera a la veracidad del documento electrónico, tampoco es descabellado adoptar la misma solución que se otorga a la prueba documental, debido a que la regulación propia de este medio probatorio, concretamente en el artículo 326.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española ¹⁹³, ya hace claramente referencia al documento electrónico dentro del ámbito tradicional, al proclamar que “Cuando la parte a quien interese la eficacia de un documento electrónico lo pida o se impugne su autenticidad, se procederá con arreglo a lo establecido en el artículo 3 de la Ley de Firma Electrónica¹⁹⁴”;

Esta Ley de Firma Electrónica, indica que la firma electrónica, es el conjunto de datos en forma electrónica, consignados con otros o asociados con ellos, que pueden ser utilizados como medio de identificación del firmante, tal como lo prevé en su artículo 3. Asimismo, la firma electrónica avanzada permite identificar al firmante y detectar cualquier cambio ulterior de los datos firmados, que está vinculada al firmante de manera única y a los datos a que se refiere y que ha sido creada por medios que el firmante puede utilizar, con un alto nivel de confianza, bajo su exclusivo control.

Igualmente, la mencionada Ley de Firma Electrónica española, considera la firma electrónica reconocida a la firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido y generada mediante un dispositivo seguro de creación de firma; esta firma electrónica reconocida tendrá respecto de los datos consignados en forma electrónica el mismo valor que

¹⁹³ Ibídem. Op. cit.

¹⁹⁴ Ley de Firma Electrónica. (2003). Ley 59/2003. Ley de Firma Electrónica. Boletín Oficial del Estado. BOE No. 304 Legislación Consolidada. España. Art. 3.

la firma manuscrita en relación con los consignados en papel; considera al documento electrónico a la información de cualquier naturaleza en forma electrónica, archivada en un soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado; y, para que un documento electrónico tenga la naturaleza de documento público o de documento administrativo deberá cumplirse, que el documento electrónico será soporte de:

- a) Documentos públicos, por estar firmados electrónicamente por funcionarios que tengan legalmente atribuida la facultad de dar fe pública, judicial, notarial o administrativa, siempre que actúen en el ámbito de sus competencias con los requisitos exigidos por la ley en cada caso.
- b) Documentos expedidos y firmados electrónicamente por funcionarios o empleados públicos en el ejercicio de sus funciones públicas, conforme a su legislación específica.
- c) Documentos privados.¹⁹⁵

Por consiguiente, los documentos a que se refiere el apartado anterior tendrán el valor y la eficacia jurídica que corresponda a su respectiva naturaleza, de conformidad con la legislación que les resulte aplicable; por ende, el soporte en que se hallen los datos firmados electrónicamente será admisible como prueba documental en juicio; en caso de impugnarse la autenticidad de la firma electrónica reconocida con la que se hayan firmado los datos incorporados al documento electrónico se procederá a comprobar que se trata de una firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido, que cumple todos los requisitos y condiciones establecidos en esta Ley para este tipo de certificados, así como que la firma se ha generado mediante un dispositivo seguro de creación de firma electrónica.

La carga de realizar las citadas comprobaciones corresponderá a quien haya presentado el documento electrónico firmado con firma electrónica reconocida. Si dichas comprobaciones obtienen un resultado

¹⁹⁵ Ley de Firma Electrónica. p. 8. Op. cit.

positivo, se presumirá la autenticidad de la firma electrónica reconocida con la que se haya firmado dicho documento electrónico siendo las costas, gastos y derechos que origine la comprobación exclusivamente a cargo de quien hubiese formulado la impugnación. Igualmente, todos los sistemas de identificación y firma electrónica previstos en la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y en la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público español, para que tengan plenos efectos jurídicos.

Igualmente, el Artículo 17 de la Ley de Firma Electrónica 59/2003, española, acota sobre la protección de los datos personales, en la que refiere al tratamiento de los datos personales que precisen los prestadores de servicios de certificación para el desarrollo de su actividad y los órganos administrativos para el ejercicio de las funciones atribuidas por esta ley se sujetará a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999¹⁹⁶, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y en sus normas de desarrollo.

Al efecto son certificados reconocidos los certificados electrónicos expedidos por un prestador de servicios de certificación que cumpla los requisitos establecidos en esta ley en cuanto a la comprobación de la identidad y demás circunstancias de los solicitantes y a la fiabilidad y las garantías de los servicios de certificación que presten.

Con respecto a la expedición de certificados electrónicos al público, los prestadores de servicios de certificación únicamente podrán recabar datos personales directamente de los firmantes o previo consentimiento expreso de éstos. Estos datos requeridos serán exclusivamente los necesarios para la expedición y el mantenimiento del certificado electrónico y la prestación de otros servicios en relación con la firma electrónica, no

¹⁹⁶ Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. España.

pudiendo tratarse con fines distintos sin el consentimiento expreso del firmante. Así, los prestadores de servicios de certificación que consignen un seudónimo en el certificado electrónico a solicitud del firmante deberán constatar su verdadera identidad y conservar la documentación que la acredite.

Igualmente, los prestadores de servicios de certificación estarán obligados a revelar la identidad de los firmantes cuando lo soliciten los órganos judiciales en el ejercicio de las funciones que tienen atribuidas y en los demás supuestos previstos en el artículo 11.2 de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal en que así se requiera. También, los prestadores de servicios de certificación, en cualquier caso, no incluirán en los certificados electrónicos que expidan, los datos a los que se hace referencia en el artículo 7 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, el cual refiere a los datos especialmente protegidos; el cual consagra lo siguiente:

1. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias. Cuando en relación con estos datos se proceda a recabar el consentimiento a que se refiere el apartado siguiente, se advertirá al interesado acerca de su derecho a no prestarlo.

2. Sólo con el consentimiento expreso y por escrito del afectado podrán ser objeto de tratamiento los datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión y creencias. Se exceptúan los ficheros mantenidos por los partidos políticos, sindicatos, iglesias, confesiones o comunidades religiosas y asociaciones, fundaciones y otras entidades sin ánimo de lucro, cuya finalidad sea política, filosófica, religiosa o sindical, en cuanto a los datos relativos a sus asociados o miembros, sin perjuicio de que la cesión de dichos datos precisará siempre el previo consentimiento del afectado.

3. Los datos de carácter personal que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual sólo podrán ser recabados, tratados y cedidos cuando, por razones de interés general, así lo disponga una ley o el afectado consienta expresamente.

4. Quedan prohibidos los ficheros creados con la finalidad exclusiva de almacenar datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión, creencias, origen racial o étnico, o vida sexual.

5. Los datos de carácter personal relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas sólo podrán ser incluidos en ficheros de las Administraciones públicas competentes en los supuestos previstos en las respectivas normas reguladoras.

6. No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, podrán ser objeto de tratamiento los datos de carácter personal a que se refieren los apartados 2 y 3 de este artículo, cuando dicho tratamiento resulte necesario para la prevención o para el diagnóstico médicos, la prestación de asistencia sanitaria o tratamientos médicos o la gestión de servicios sanitarios, siempre que dicho tratamiento de datos se realice por un profesional sanitario sujeto al secreto profesional o por otra persona sujeta asimismo a una obligación equivalente de secreto. También podrán ser objeto de tratamiento los datos cuando el tratamiento sea necesario para salvaguardar el interés vital del afectado o de otra persona, en el supuesto de que el afectado esté física o jurídicamente incapacitado para dar su consentimiento.

Continuando con este orden de ideas, no es nada nuevo advertir la desconfianza que existe en la Administración de Justicia ante las nuevas tecnologías, que no acaban de implantarse con total normalidad en el ámbito del proceso, en el caso español. Ello lleva a que se plantee que al no considerar al documento electrónico como auténtico documento en el ámbito de la prueba, si se sigue avanzando en un futuro hacia las nuevas

tecnologías y llega un momento en el que el soporte papel quede extinto, también quedará extinta la prueba documental.

Sanchís¹⁹⁷ sostiene que tal consideración del documento electrónico como prueba sui generis no tiene sentido, más aún cuando la propia Ley de Enjuiciamiento Civil española sí considera a los documentos electrónicos públicos como auténtica prueba documental, con lo cual no se está midiendo con el mismo rasero a los particulares que a los entes públicos que están dotados de mayores privilegios. Dentro de este ámbito relativo a la valoración del documento electrónico como verdadera prueba documental y por tanto, con valor de prueba tasada, es interesante examinar las resoluciones de los Tribunales para ver el estado práctico de la cuestión, es decir, si se posicionan a favor o en contra de tal manifestación.

Visto todo lo anterior, la solución ideal en cuanto a los documentos electrónicos tal vez hubiese sido crear un mecanismo de prueba que se ajustase a su verdadera naturaleza pero a la vez sin restarles valor por tratarse de soportes electrónicos. Pero como eso está lejos de la realidad, al existir una regulación escueta y llena de contradicciones, la mejor solución sería la de aceptar al documento electrónico como tal, como verdadero documento que es, con todas sus consecuencias, incluidas las probatorias que son las más trascendentes para los ciudadanos.

Conclusión Comparativa de las Tres Legislaciones

Las legislaciones anteriormente señaladas como en el caso de Venezuela, Colombia y España, consagran los documentos electrónicos como medios de pruebas y que son reconocidos en tribunales siempre que cumplan un conjunto de requisitos de los cuales ya se trató anteriormente.

En la actualidad Venezuela no cuenta con una Ley en materia de

¹⁹⁷ SANCHIS, C. (1999) La prueba por soportes informáticos. Valencia: Tirant lo Blanch

protección de datos personales que reúna sistemáticamente los principios y normas regulatorias mediante la cual se establezcan los aspectos sustantivos y adjetivos a los efectos de tutelar los derechos de las personas en cuanto al tratamiento de sus datos personales y de los derechos fundamentales. Hernández dice que: “Ha habido cierto rezago en ello, sobre todo si se tiene en cuenta las investigaciones que, a partir de la década de los 90, son emprendidas por la Organización de Estados Americanos y el Comité Jurídico Interamericano”¹⁹⁸

Asimismo, al examinar el ordenamiento jurídico de Venezuela, el Derecho Informático tiene una estrecha relación con el Derecho Constitucional, por cuanto a la forma y manejo de la estructura y órganos fundamentales del Estado, es materia constitucional. Se observa en la Carta Magna el artículo 28, que establece a toda persona el acceso al derecho de acceder a la información y a los datos sobre sí misma o sobre sus bienes consten en registros oficiales o privados; así como de conocer el uso que se haga de los mismos y su finalidad;

Con base a lo anterior, se está en presencia de derechos personalísimos e inherentes al ser humano; el artículo 60 de la mencionada carta política, indica el derecho de todo individuo a la protección de su honor, vida privada, intimidad, propia imagen, confidencialidad y reputación. “La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar, de los ciudadanos y ciudadanas y el pleno ejercicio de sus derechos”. Con respecto a la protección el numeral 281 establece las atribuciones del Defensor del Pueblo, como interponer acciones de inconstitucionalidad, amparo, habeas corpus, habeas data y las demás acciones o recursos necesarios para ejercer las atribuciones señaladas cuando fueren procedentes conforme a la ley.

¹⁹⁸ HERNÁNDEZ, Juan Carlos. (2012). La protección de datos personales en Internet y el habeas data. En Revista Derecho y Tecnología No. 13, 2012. p. 72.

Más sin embargo con respecto al ordenamiento jurídico venezolano, el documento electrónico se equipara a lo mencionado por Rico (citado en Peñaranda, 2005¹⁹⁹), sobre la aparición de este nuevo tipo de documento, el cual puede originar ciertos problemas, sobre todo en materia probatoria, debido a que como no se encuentran mencionados de forma expresa en las leyes procesales, el juez se encuentra en la disyuntiva de aceptarlos o no, y, en caso de aceptarlo, surgen dudas acerca del valor probatorio que debe atribuírsele, situación que es necesario esclarecer con la finalidad de no dejar a las partes en un estado de indefensión e inseguridad jurídica.

Finalmente, para Venezuela, con que la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas haya otorgado validez jurídica a los mensajes de datos y a las firmas electrónicas, va a repercutir en distintas formas en la interacción de los particulares entre sí y de éstos con la Administración. En efecto, a raíz de la entrada en vigencia de la Ley en comento, las personas naturales y jurídicas podrían, válidamente, realizar actividades comerciales vía internet tales como: suscribir contratos de toda naturaleza, manifestar su voluntad de participar en los procedimientos licitatorios, todo ello con el solo cumplimiento de los requisitos establecidos en esta Ley para la certificación de la firma electrónica.

En Colombia, la Ley de Comercio Electrónico y Firmas Digitales, promulgada algunos años después de las discusiones que realizara la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional CNUDMI y que se materializó con la expedición de la Resolución 51/162 de 1996 por medio de la cual se aprobó la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico. Posteriormente se creó en dicho país una comisión interinstitucional que determinó los mecanismos para la implementación de

¹⁹⁹ PEÑARANDA QUINTERO, Héctor. (2005). El documento electrónico como medio de prueba en el proceso civil venezolano. Trabajo de Grado para optar al título de Magister en Derecho Procesal Civil. Universidad del Zulia.

dicho instrumento electrónico en la legislación colombiana.

Ahora bien, en Colombia se le otorga plena validez a los mensajes de datos reconociéndoles pleno valor jurídico; y las autoridades tanto jurisdiccionales como administrativas, le conceden plenos efectos a los documentos contenidos de manera digital. Se indica también, que para ello se deben tener en cuenta los principios que se encuentran en la misma legislación; tal como el principio de neutralidad tecnológica en el que señala entre otras cosas que los mensajes de datos se dan por cualquier información generada, enviada, recibida, archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el Intercambio Electrónico de Datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el telex o el telefax.

El otro principio es la equivalencia funcional que señala cuando cualquier norma requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos, si la información que éste contiene es accesible para su posterior consulta, por lo que se señala que los mensajes de datos deben ser tratados de la misma forma como los escritos en papel.

Entonces, no quedan dudas de que efectivamente el documento electrónico puede ser utilizado como medio probatorio en un proceso judicial o administrativo. Al respecto es necesario señalar, entre otras cosas, que en toda actuación administrativa o judicial, no se negará eficacia, validez o fuerza obligatoria y probatoria a todo tipo de información en forma de un mensaje de datos, por el sólo hecho que se trate de un mensaje de datos o en razón de no haber sido presentado en su forma original.

Finalmente, en Colombia, se infiere que el documento electrónico goza de plena validez probatoria y conduce a la idea que en el entorno digital no existen a ciencia cierta documentos originales, ya que tanto el

archivo “original” como su “copia” son perfectamente idénticos. En consecuencia, todos los documentos electrónicos de cierta forma son considerados originales.

Finalmente, en España aún la prueba electrónica no se encuentra del todo aceptada, pues si bien la legislación ha tratado de incluir lo electrónico, no se ajusta del todo bien a la valoración o no que pueda recibir, pues no queda claro bajo que preceptos o cuales son los requisitos que debe cumplir dicha prueba para ser aceptada y valorada, debido a que los registros electrónicos y telemáticos serán aceptados como medio de prueba, pero para ello deberán: garantizar su autenticidad; identificar de modo fiable a las partes; no alterar su contenido; identificar el momento de su emisión y recepción. Tal consideración del documento electrónico como verdadera prueba documental puede parecer carente de contenido, pero es importante puesto que de la misma se deriva su valor probatorio, pasando de prueba de libre valoración a prueba tasada.

CAPITULO III

ESTABLECER LAS VICISITUDES QUE ENFRENTA EL VALOR PROBATORIO DE LOS CONTRATOS ELECTRÓNICOS EN VENEZUELA Y EN EL DERECHO COMPARADO

El presente capítulo enmarca las vicisitudes que enfrenta el valor probatorio de los contratos electrónicos que se celebran en el Derecho Comparado, específicamente respecto de los marcos normativos del Reino de España y la República de Colombia, países que se tomaron como referencia, en virtud de la importancia y vinculación de dichos países en relación con Venezuela.

Antecedentes

En Venezuela, Velandia²⁰⁰ en su tesis intitulada: “Documento Electrónico y sus dificultades probatorias”, analiza el documento electrónico como prueba instrumental y busca soluciones desde las fuentes del Derecho y la Filosofía para la aplicabilidad de la prueba informática. De su investigación concluye que la naturaleza de la misma es compleja y debe ser analizada y evaluada mediante la integración de diferentes medios de prueba que permiten al juez dilucidar acerca de la veracidad de la prueba en las mejores condiciones posibles, para asegurar el principio de seguridad jurídica y el debido proceso; de igual forma establece que los códigos procesales deben ser revisados para armonizar la normativa con la nueva realidad determinada por la era de la información.

En España, Gomes²⁰¹, en su tesis de especialización en Teoría

²⁰⁰ VELANDIA, P. (2011). “El documento electrónico y sus dificultades probatorias”. Tesis Doctoral para optar al título de Doctor en Ciencias mención Derecho. Universidad Central de Venezuela. Caracas. Venezuela.

²⁰¹ GOMES SOARES, Fernanda Sabah (2009). La prueba en la contratación electrónica de consumo”. Tesis de Especialización en Teoría General de Derecho. Academia Brasileira

General de Derecho, titulada: “La prueba en la contratación electrónica de consumo”, establece que el comercio electrónico también posibilita el desarrollo de las relaciones de consumo, por tanto, el autor examina la forma cómo el consumidor obtiene la prueba de la contratación electrónica, a partir del análisis del Real Decreto 1906/1999²⁰², sobre la Contratación Electrónica con Condiciones generales de la Contratación; de la Ley 34/2002²⁰³ de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico; y de la Ley 59/2003 sobre la Firma Electrónica.

El antes mencionado autor concluye que el Real Decreto 1906/1999 y la Ley 34/2002 determinan los derechos de los consumidores, así como el valor probatorio de los soportes informáticos y su carga probatoria. Con relación a la probanza de la celebración del contrato, de la prestación o no del consentimiento por el consumidor, y de la autoría del registro electrónico, éstas son obtenidas mediante el uso de la firma digital y la intervención de las entidades certificadoras, conforme regula la Ley 59/2003. No obstante, la mayoría de los contratos electrónicos de consumo no utilizan la firma digital ni los servicios de los entes de certificación, debido a que se les dificulta la complejidad de trámites que para ello representa así como lo ven con practicidad la prescindencia de dichos entes, lo que resulta en la desprotección del consumidor ante tales transacciones.

El Real Decreto español 1906 establece que las condiciones generales que se plantean al momento de la realización del contrato, se prevén una doble instancia, anterior y posteriormente a dicha celebración, en línea, según lo dispuesto en la norma objeto de desarrollo y concordado con

de Derecho Constitucional. En: Revista Internacional de Estudios sobre Derecho Procesal y Arbitraje. No. 3 – 2009. [Consulta, 2018, julio 24], Disponible en: file:///C:/Users/windows/Downloads/Dialnet-LaPruebaEnLaContratacionElectronicaDeConsumo-3194106.pdf.

²⁰² Real Decreto 1906/1999, del 17 de diciembre de 1999, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica en España.

²⁰³ Ley 34/2002 del 11 de Julio de 2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico en España.

el contenido de la Directiva Europea en materia de contratos a distancia. En tal sentido, se aplican a los contratos a distancia, o sin presencia física simultánea de las partes, que bien pueden ser realizados por vía telefónica, electrónica o telemática, y que conlleven en su contenido las condiciones generales de la contratación.

Por tanto la Ley Española 34/2002, tropieza con algunas incertidumbres jurídicas, mediante la implantación del internet y las nuevas tecnologías; por lo que es preciso aclarar mediante el establecimiento de un marco jurídico adecuado, que genere entre las partes intervinientes la confianza necesaria para el uso de estos nuevos medios de contratación electrónica. Pues, pretende esta ley, que parte de la aplicación de las actividades realizadas por medios electrónicos de las normas tanto generales como especiales que las regulan, ocupándose tan sólo de aquellos aspectos que, ya sea por su novedad o por las peculiaridades que implica su ejercicio a través de internet, no están cubiertos por dicha regulación.

En efecto, la firma digital, amparada en España por la Ley De Firma Electrónica 59/2003²⁰⁴, además de proporcionar seguridad para las contrataciones electrónicas, permite definir si las partes son quienes dicen ser y si el contenido del contrato ha sido alterado o no, ya que para este autor²⁰⁵ posee alto valor probatorio. En general, la firma digital suele unirse al documento que se envía por vía electrónica como si se tratara de la firma tradicional y manuscrita, así el receptor del mensaje está seguro de quién ha sido el emisor, y se asegura de que el mensaje no ha sido alterado o modificado.

²⁰⁴ Ley 59/2003, 19 de diciembre, De Firma Electrónica. España.

²⁰⁵ GOMES. Op. cit.

Marco Teórico

Instrumentos Probatorios en la Electronificación en el Derecho Mercantil

La electronificación en Derecho Mercantil parte de la doctrina española para referirse a la sustitución del papel, referido a documentos en actos jurídicos por medio de soportes electrónicos; con esta desmaterialización se producen importantes consecuencias en el campo del Derecho Mercantil dada la versatilidad de redes comunicacionales en el sector empresarial, por ejemplo: la aplicación en la transmisión de mensajes SWIFT (Society for World Wide Interbank Financial Telecommunications), propia del ámbito bancario, o de la representación de acciones mediante anotaciones en cuenta, sistema propio del medio bursátil, pues el tradicional “título es sustituido por una anotación contable llevada en forma electrónica, sin que exista el papel como soporte representativo de los derechos del accionista”²⁰⁶; de allí que se hace énfasis en el intercambio electrónico de mensajes para las negociaciones comerciales y los documentos de ellos derivan, y que internet permite que se realicen las operaciones a distancia con la prescindencia absoluta del papel.

Hoy día con la evolución tecnológica, existe una vasta gama de técnicas electrónicas abiertas al campo de la acción con respecto a los instrumentos legales en la rama del Derecho, y de aquí la adopción del término “electronificación”²⁰⁷, que identifica este fenómeno y las consecuencias jurídicas en materia mercantil. Tales transacciones en materia empresarial-consumidor son de diversa índole, pudiendo señalarse las nuevas operaciones comerciales caracterizadas por medios electrónicos: registro de documentos, contratos de transporte, cartas de crédito, medios y

²⁰⁶ RICO CARRILLO, Mariliana. (2015). La electronificación del Derecho mercantil. [Consulta: 2018, julio 25]. Disponible en: material de consulta Dra. Betina Contreras, Diciembre 2015, p. 72.

²⁰⁷ *Ibidem*. Op. cit. p. 72.

comprobantes de pago, celebración de asambleas y videoconferencias, entre otras actividades que son objeto de regulación del Derecho mercantil, siguiendo la enumeración del artículo 2 del Código de Comercio²⁰⁸, realizadas a través de Internet, fundamentados legalmente en Venezuela en la Ley sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas²⁰⁹, cuyo origen lo tiene en la Ley Modelo de Comercio Electrónico de la Comisión de las Naciones Unidas para la Unificación del Derecho Mercantil Internacional²¹⁰.

En este sentido, la Ley sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas, en su artículo 5, expresa la no negación del efecto jurídico sobre la validez o fuerza que tenga la información en forma de mensaje de datos, lo cual proclama su equivalencia funcional cuando se requiere que la información conste por escrito, y que quede en un mensaje de datos su información para una consulta posterior²¹¹; asimismo, dictamina la mencionada Ley, que la exigencia que la información pueda ser consultada en cualquier momento, conservando el formato que lo generó, archivó o recibió, es decir la exactitud de la información generada o recibida, y que conserve todas las características que le permitan determinar el origen y destino del mensaje, fecha y hora de enviado o recibido; con estas salvedades se equiparan los efectos de los mensajes de datos electrónicos y los producidos en un documento tradicional.

También, el Código de Comercio en su marco normativo hace referencia a la exigencia de documentos escritos y al empleo de la firma autógrafa, tal como sucede en la emisión de cheques y letras de cambio,

²⁰⁸ Código de Comercio (1955). Op. cit.

²⁰⁹ Ley de Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas, (LMDFE) (2001), Decreto Ley No. 1204, Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.148, Extraordinario, Caracas, 10 de Febrero de 2001.

²¹⁰ Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico [Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, CNUDMI (o UNCITRAL, por su siglas en inglés United Nations Commission for the Unification of International Trade Law)]. Establecida por la Asamblea General en 1966 (resolución 2205 (XXI), de 17 de diciembre de 1966)

²¹¹ Ley de Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas. Ob. cit. Art. 6.1.

cuyo principio de equivalencia funcional está establecido en la Ley sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas, actos pueden ser desarrollados a través de medios electrónicos:

Permite la sustitución del papel por un mensaje de datos y de la firma autógrafa por una firma electrónica a la cual se le otorga en mismo valor de aquella, siempre que se cumplan los requisitos exigidos en la mencionada Ley.²¹²

Esta práctica frecuente en el campo de las negociaciones entre empresarios hoy día, trata de perfeccionar electrónicamente el contrato entre las partes, cuyos obstáculos han sido superados con la promulgación de la Ley sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas, encargada de regir los documentos escritos y a su vez los equipara con los mensajes de datos; pero para el tema del cumplimiento sometido a solemnidades o formalidades escapa de Venezuela una reglamentación fundamentada para el caso de bienes inmuebles con ánimo de reventa o registro de contrato de sociedad²¹³. Igualmente la Ley sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas establece en su artículo 15 la formación de los contratos entre las partes, acordados que la oferta y aceptación sean realizadas por medio de mensaje de datos; dado que en el Código Civil²¹⁴ la diferencia encontrada en la expresión del consentimiento, que en estos casos se lleva a cabo a través de técnicas e instrumentos electrónicos.

²¹² RICO CARRILLO, Mariliana. Ob. cit. p. 75.

²¹³ RICO CARRILLO, Mariliana. "Si bien la LMDFE y la Ley de Registro Público y del Notariado, prevén el uso de medios electrónicos en el cumplimiento de las formalidades y solemnidades, estas normas están sujetas a un desarrollo reglamentario que aún no se ha producido". Op. cit. p. 79.

²¹⁴ CALVO BACCA, Emilio. (2008). Comentario con relación a fijar el momento en que queda perfeccionado un contrato entre ausentes, ya que se han dado diferentes doctrinas, tales como: Doctrina del conocimiento; de la declaración; de la recepción y el sistema de la expedición que es el más aceptado. El contrato se forma desde cuando el declarante se desprende de su aceptación, o sea de la comunicación escrita en que avisa haber aceptado su oferta, ya sea depositando su carta o telegrama en la oficina respectiva. Código Civil Venezolano. Op. cit. p. 616.

En este orden de ideas, son escasas las legislaciones que estudian las condiciones de emisión y circulación electrónica de los títulos valores modificados en su entorno negocial, sobre el soporte documental tradicional al electrónico; pero por esta parte el pagaré electrónico es el único título susceptible de emisión y circulación electrónica en iguales condiciones que se le viene dando al documento tradicional en papel. Asimismo, la normativa norteamericana excluye al cheque y letra de cambio; por lo que es necesario reformulación en el entorno digital las consecuencias que implica la sustitución del soporte documental por un soporte intangible ya que el comercio electrónico ha generado una serie de normas orientadas a otorgar validez y eficacia a los documentos electrónicos. Así los títulos valores se constituyen, en su concepto tradicional sobre la ficción de la incorporación del derecho al título, siendo éste derecho de naturaleza intangible y se materialice en un documento tangible que se emita en papel, tal que la exigencia con relación a los títulos cambiarios, es la obligación para pagar una suma de dinero en documento elaborado en papel y cuyo poseedor legítimo o tenedor es quién está facultado para ejercer ese derecho de crédito, por lo que estas exigencias son uno de los obstáculos para el uso de estos instrumentos en el ámbito del comercio electrónico.

En estas condiciones, es importante reconocer la electronificación de los títulos cambiarios, pero ello implica hoy día un proceso de desmaterialización del soporte representativo del derecho, lo que incide en la desaparición del papel y la inclusión de un archivo electrónico intangible, como característica básica de estos títulos, donde se le otorgue un derecho de igual naturaleza; pero el título valor lo conceptualiza Santos²¹⁵, como: “el soporte materializado (papel) o desmaterializado (en una anotación en cuenta registrada en una Institución de Compensación y Liquidación de

²¹⁵ SANTOS, Ling. (2015). *Reflexiones y comentarios jurídicos*. [Disponible en: material de consulta de Contreras, Betina, UCAT, 2015, p. 1] [<http://www.estudiosjuridicolingsantos.com/2012/01/nociones-básicas-sobre-los-títulos.html>].

Valores) formal, destinado a la circulación...”; lo cual incluye una materialización o desmaterialización que deben constar por escrito, como más adelante lo conceptúan: “Un título valor es un soporte material o desmaterializado/informático) que representa un valor (en dinero, en derecho o en bienes)”²¹⁶; haciendo referencia a lo desmaterializado como informático. Igualmente, los títulos desmaterializados son los títulos que “tienen soporte informático, porque al carecer de un soporte físico tienen que estar anotados en un registro (anotación en cuenta por una institución de Compensación y Liquidación de Valores)...”²¹⁷; poniendo en evidencia la anotación en un registro, lo que es cotejado con Rico²¹⁸ cuando hace referencia a los títulos valores tangibles e intangibles, presente este derecho incorporado como soporte representativo.

Por consiguiente, para aplicar el principio de equivalencia funcional en la inserción de la firma electrónica y las formalidades que se exigen para emitir estos documentos, representa un problema, dada las características de los instrumentos derivados de la vinculación tradicional con el soporte del papel. Es por ello que, la intangibilidad del documento y la relevancia jurídica de la presentación original del mismo en papel, es un desafío para el entorno electrónico, porque la facilidad de la copia en un archivo electrónico puede presentar dificultades cuando se pretenda diferenciar entre un original de una copia, por lo que se pone de manifiesto la elaboración de una regulación específica, orientada a lograr la adaptación de estos títulos negociables, que es un documento que contiene una promesa o una orden de pagar una cantidad determinada de dinero; “se incluyen las letras de cambio y los cheques en su consideración de órdenes de pago, y el pagaré,

²¹⁶ *Ibidem.* Op. cit. p.2.

²¹⁷ *Ibidem.* Op. Cit. p.4.

²¹⁸ RICO CARRILLO, Mariliana. (2015). La electrificación de los títulos cambiarios en el Derecho estadounidense. Disponible en: [material de consulta Dra. Betina Contreras, Diciembre 2015].

cuya naturaleza jurídica se identifica con una promesa de pago”.²¹⁹ Ahora bien, en caso de los pagarés electrónicos, cuando se hace a través de un soporte intangible, se mantiene incorporado en el documento electrónico representativo de este título, el derecho, por lo que el archivo electrónico debe reunir las condiciones de instrumento negociable: emisión en papel, firma del emisor, inclusión de la promesa incondicional de pagar una cantidad específica de dinero, fecha de pago, y ser pagadero a la orden de una determinada persona que esté en posesión del instrumento.

Finalmente, vale señalar que las condiciones en el ordenamiento jurídico en cuanto a la desmaterialización de los documentos electrónicos están parcialmente dadas, porque por una parte la Ley de Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas, regula los soportes electrónicos en el Derecho de Sociedades y le dan valor jurídico probatorio a la hora de enfrentar juicios o demandas entre las partes contratantes, sin importar las distancias que se susciten en ellas; y de acuerdo al artículo 211 del Código de Comercio, el contrato de sociedad debe otorgarse por documento público o privado, y el artículo 215 exige la inscripción de dicho documento (en papel) ante el Registrador Mercantil para tener su asiento la Compañía, por tanto, es necesario la creación de un marco normativo que regule el registro de este tipo de documentos²²⁰ para cuando se trate de documentos electrónicos; hoy es posible llevar libros de contabilidad en soportes informáticos, tal como lo prevé la Ley de Cajas de Valores²²¹ que son sociedades anónimas privadas cuyo objeto es prestar los servicios de depósito de custodia, transferencia, compensación y liquidación de títulos valores, en forma electrónica; o la Ley

²¹⁹ RICO CARRILLO, Mariliana. Ob. Cit. p. 9.

²²⁰ Decreto con Fuerza de Ley de Registro Público y Notariado, Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No.5.556. Extraordinario de 13 de noviembre de 2001.

²²¹ Ley de Caja de Valores (1996). Gaceta Oficial de la República de Venezuela No. 36.020 del 13 de Agosto de 1966.

de Comercio Marítimo²²² ante el tratamiento electrónico del conocimiento de embarque al admitir, la posibilidad de hacer constar la firma en el conocimiento en forma manuscrita, mecánica o electrónica.

Por último, para los títulos cambiarios en Venezuela como: cheques y letras de cambio, el mecanismo de circulación electrónico difiere porque siguen soportados en la emisión de papel, dando el derecho al portador de los mismos ante la exigencia del pago; y que equiparado estos títulos con la normativa norteamericana, al igual no los ha incluido en el ánimo de la total desmaterialización.

Valor Probatorio de la Firma Electrónica

La firma electrónica permite la identificación de las partes que realicen cualquier tipo de negocio jurídico vía electrónica y que conciba un intercambio de información o datos a través de soportes electrónicos, por ende es el requisito más importante, que le da autenticidad a las partes contratantes, proporcionando 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 tales como criptografía biométrica, asimétrica, entre otros”.²²³

Asimismo, el valor jurídico de la firma electrónica, parte del hecho que la normativa venezolana: Ley sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas señala como objeto de regulación otorgar y reconocer eficacia y valor jurídico a la firma electrónica²²⁴. Igualmente es importante señalar la igualdad en cuanto a efectos legales de la firma electrónica con la manuscrita, tal como se prevé en los principios rectores, pilares

²²² Ley de Comercio Marítimo (2001). Decreto con Fuerza de Ley de Comercio Marítimo, Gaceta Oficial No. 5.5512, de fecha 09 de noviembre de 2001. Artículo 233.

²²³ MONSALVE GONZÁLEZ, Karlith (2009). Valor jurídico de la firma electrónica en el sistema legal venezolano. Universidad Católica del Táchira. Caracas, Venezuela.pp-157-177.

²²⁴ Ley sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas. Art. 1. Op. cit.

fundamentales del nuevo comercio, de los cuales dos son el fundamento de la firma electrónica: el principio de equivalencia funcional y el principio de neutralidad tecnológica.

Son requisitos para la validez de la firma electrónica en Venezuela: a) garantizar que los datos utilizados para su generación puedan producirse sólo una vez, y asegurar razonablemente su confidencialidad; pues considera la autora:

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 de 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 instrumentos²²⁵.

En este orden de ideas la firma electrónica, contiene validez, y debe cumplir ciertos requisitos: 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 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. Por tanto la doctrina se ha encargado de distinguir en categorías las condiciones mínimas requeridas para otorgar validez y eficacia a la firma electrónica, y señala que existen dos tipos de requisito exigidos por el legislador, y que a pesar de su especificidad resultan

²²⁵ MONSALVE GONZÁLEZ, K. Op. cit. p. 164.

aplicables al Derecho venezolano:

1. Requisitos relativos a los certificados que contienen el par de claves: referidos exclusivamente al certificado electrónico. Es sine qua non ya que su función básica es la de adjudicar un par de claves a una determinada persona²²⁶; a lo que se agrega que aunque el legislador venezolano no menciona 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, tanto a nivel nacional como internacional; “de esta forma se logra interoperatividad e interconexión entre los distintos sistemas”²²⁷; sustentado este comentario, por la Ley de Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas²²⁸, ya que los Proveedores de Servicios de Certificación (PSC) deben garantizar el uso de herramientas y estándares adecuados a los usos internacionales referentes al par de claves hoy día ampliamente utilizados.

2. Condiciones respecto del dispositivo de creación de firmas: En el Derecho Español, 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. Pero en Venezuela la Ley²²⁹ 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 corresponden a los Proveedores de Servicios de Certificación (PSC) verificar.

Con esto último vale señalar que debe plantearse a mediano plazo la

²²⁶ Ley Sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas. Art. 2. Op. cit.

²²⁷ MONSALVE GONZÁLEZ, K. Op. cit. p. 166.

²²⁸ Ley Sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas. Art. 35. Op. cit.

²²⁹ *Ibidem*. Op. cit.

inclusión de los denominados dispositivos técnicos en la ley, y quienes deban velar por el debido cumplimiento sean los mismos Proveedores de Servicios de Certificación (PSC), que serían los sujetos más indicados para el ejercicio de tal función; pues 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 quien corresponde tal decisión. Por lo que es necesario que los requisitos contenidos en la Ley²³⁰ 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.

Entonces, su valor jurídico radica en que se parta del hecho de que las firmas, cualquiera que sea el método empleado para originarlas, gozan de reconocimiento legal y por ende son admisibles en juicio como medios de prueba, así está dispuesto en la mayoría de las legislaciones. Vale señalar que la reafirmación sobre 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 Ley Sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas. Dicha duplicidad en un futuro no muy lejano puede llegar a requerir regulación para evitar posteriores inconvenientes. (Subrayado propio).²³¹

Por consiguiente, el manejo de los datos de generación de la firma electrónica en Venezuela, son creados por el proveedor de servicios de

²³⁰ Ibídem. Art. 16. Op. cit.

²³¹ MONSALVE GONZÁLEZ, Op. cit. p. 168.

certificación electrónica²³², cuyo contenido de los certificados electrónicos emitidos por dichos proveedores acreditados por la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica, podrán incluir información adicional a la requerida, siempre y cuando no dificulte o impida su lectura o reconocimiento de dichos certificados por terceros; estos datos deberán ser entregados al signatario en forma personal y de manera inmediata de forma tal que quede comprobada la recepción de los mismos mediante acuse de recibo. A partir de este momento, el signatario pasará a ser responsable del uso y resguardo de los Datos de Generación de Firma Electrónica; y de ninguna forma el Proveedor de Servicios de Certificación Electrónica podrá mantener copia de los Datos de Generación de la Firma Electrónica del signatario.

Por otra parte, la Ley Española 59/2003²³³, establece la regulación de la firma digital, su eficacia jurídica, y la prestación de servicios de certificación los cuales aseguran la autenticidad de la negociación; también se aplica a los prestadores de servicios de certificación establecidos en España y a los servicios de certificación de los prestadores residentes o domiciliados en otro Estado que ofrezcan a través de un establecimiento permanente situado en España. Entonces, dicha ley se denomina prestador de servicios de certificación a:

La persona física o jurídica que expide certificados electrónicos o presta otros servicios en relación con la firma electrónica”. Un prestador de estos servicios está establecido en España cuando su residencia o domicilio social se halle en territorio español, siempre que éstos coincidan con el lugar en que éste efectivamente centralizada la gestión administrativa y la dirección de negocios. En otro caso, se atenderá al lugar en que se realice dicha gestión o dirección.

Con ello se considera que un prestador de servicios de certificación

²³² Reglamento de la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas. Arts. 32 y 33.

²³³ Ley 59/2003, 19 de diciembre, De Firma Electrónica. España.

de firma electrónica debe estar establecido en España; a diferencia de Venezuela, el prestador de servicios de certificación es una persona dedicada a proporcionar certificados electrónicos; pueden ser personas naturales o jurídicas con capacidad económica suficiente para prestar los servicios autorizados como Prestador de Servicios de Certificación, y, cuando sean organismos públicos, éstos deberán contar con un presupuesto de gastos y de ingresos que permitan el desarrollo de esta actividad; así como la capacidad y elementos técnicos necesarios para proveer Certificados Electrónicos, entre otros requerimientos, de conformidad a la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas²³⁴.

Definición de Firma Electrónica. Se define como firma electrónica como el “conjunto de datos en forma electrónica consignados junto a otros o asociados con ellos, que pueden ser utilizados como medio de identificación del firmante”²³⁵. Igualmente, se considera la firma electrónica reconocida a la firma electrónica avanzada, basada en un certificado reconocido y generada mediante un dispositivo seguro de creación de firma. En España, esta firma electrónica reconocida tendrá respecto de los datos consignados en forma electrónica “el mismo valor que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel”.²³⁶

Conforme la precitada Ley, se pueden distinguir tres tipos de firmas: la electrónica, la electrónica avanzada y la reconocida. La firma electrónica es el conjunto de datos electrónicos que identifican a una persona en concreto. La firma electrónica avanzada es la firma que permite identificar de manera única al que firma el documento y a los datos que él incorpora o cambia. La firma reconocida es la firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido y generado mediante un dispositivo seguro de creación de firma.

²³⁴ Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas. Art. 31. Op. cit.

²³⁵ Ibídem. Art. 3, 1º. Op. cit.

²³⁶ Ibídem. Art. 3. 4º. Op. cit.

Al igual que en Venezuela, en España se prevé el Régimen de Prestación de los Servicios de Certificación de Firma Electrónica. En la precitada Ley 59/2003 establece que no está sujeta a autorización previa y se realizará en régimen de libre competencia, por lo cual tampoco podrán establecerse restricciones para los servicios de certificación que procedan de otro Estado miembro del Espacio Económico Europeo²³⁷; asimismo los órganos de defensa de la competencia velarán por el mantenimiento de condiciones de competencia efectiva en la prestación de servicios de certificación al público mediante el ejercicio de las funciones que tengan legalmente atribuidas; y por ende, la prestación al público de servicios de certificación por las Administraciones públicas, sus organismos públicos o las entidades dependientes o vinculadas a las mismas se realizará con arreglo a los principios de objetividad, transparencia y no discriminación.

En la Administración pública española, es aplicable la firma electrónica con sus organismos públicos y las entidades dependientes o vinculadas a las mismas y en las relaciones que mantengan aquellas y éstos entre sí o con los particulares. Pero, para salvaguardar las garantías de cada procedimiento se establecen condiciones adicionales a la utilización de la firma electrónica en los procedimientos. Dichas condiciones podrán incluir, entre otras, la imposición de fechas electrónicas, sobre los documentos electrónicos integrados en un expediente administrativo.

Definición de la Fecha Electrónica. La fecha electrónica se define como: “el conjunto de datos en forma electrónica utilizados como medio para constatar el momento en que se ha efectuado una actuación sobre otros datos electrónicos a los que están asociados”.²³⁸

²³⁷ Ibídem. Art. 5, 1º, 2º, 3º. Op. cit.

²³⁸ Ley 59/2003. Art. 4, 1º. Op. cit.

Valor Probatorio del Correo Electrónico

Para la autora Ramírez²³⁹, en su artículo “Valor probatorio del correo electrónico promovido en formato impreso”, realiza comentarios a la sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia de 30 de Mayo de 2013, en la cual se otorga pleno valor probatorio a los correos electrónicos promovidos en formato impreso al no haber sido impugnados son fidedignos según lo establecido en el artículo 429 del CPC. Dicho criterio está basado en la sentencia N°.460 de fecha 05 de octubre de 2011 por la Sala de Casación Civil de Tribunal Supremo de Justicia, en la cual las copias fotostáticas de los documentos promovidos en juicio pasan a tener pleno valor probatorio. Establece que según el principio de equivalencia funcional los documentos electrónicos privados como es el correo electrónico tiene el mismo valor probatorio que los documentos privados en soporte papel y que su contenido puede ser desvirtuado por cualquier otro medio de prueba. Por lo tanto es importante su impugnación. Con respecto a la autoría del correo al no poseer firma electrónica asociada y a falta de acuerdo entre las partes en Venezuela se aplica el artículo 9 de la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas.

Valor Probatorio de la Facturación Electrónica

En Colombia según el Decreto 2242 de 2015, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN)²⁴⁰, establece el proyecto de factura electrónica, y su importancia radica en que el documento soporta transacciones de venta de bienes y/o servicios, operativamente tiene lugar a

²³⁹ RAMIREZ, Sulmer P. (2014) “Valor jurídico probatorio del correo electrónico promovido en formato impreso” Revista Derecho y Tecnología. Edición 2013, N°14. Universidad Católica del Táchira. pp. 265-269.

²⁴⁰ Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) (2017), Proyecto de Factura Electrónica. República de Colombia. [Consulta: 2018, julio 25]. Disponible en: <https://www.dian.govco/fizcalizacioncontrol/herramientaconsulta/FacturaElectronica/FacturaElectronica/Mar%C3%ADa%20Pierina%20Gonz%C3%A1lez%20-%20Colombia%2004%2012%202017.pdf>

través de sistemas computacionales y/o soluciones informáticas; y a su vez permite el cumplimiento de las condiciones establecidas en relación con la expedición (generación y entrega), recibo, rechazo y conservación.

Por tanto, los beneficios de la factura electrónica a nivel mundial, en el sector empresarial, tienen alto impacto global en la modernización administrativa, mejora los procesos electrónicamente comerciales, facilita el cumplimiento de las obligaciones, disminuye costos y optimiza la trazabilidad. Asimismo, para los exportadores: reducirá el costo en almacenamiento de papel, facilitará la digitalización de la contabilidad, poseerá relaciones directas con la autoridad tributaria, información a tiempo real, es el primer paso para la digitalización de los procesos industriales en el comercio internacional, posee alto grados de confiabilidad en la información gracias a la firma electrónica, evoluciona naturalmente de un modelo asíncrono a un modelo en tiempo real por las validaciones en línea, la interoperabilidad de sistemas gracias a la fe mejora la logística, y alcanza mayor celeridad a la hora de solicitar devoluciones de saldos a favor.

Por ende, los ahorros en costo²⁴¹ actual del ciclo de una factura es de US\$ 0,88 = \$2.663 pesos; el costo inicial de la factura electrónica es de US\$ 0,28 = \$840 = 69%. Y el costo de la factura electrónica masificada es de US\$0,18 = \$540 = 80%²⁴² en descenso. Como antecedente la factura electrónica ha evolucionado, en el 2014 se impulsó y masificó con la formulación e inicio del proyecto; un año después la expedición, masificación y control fiscal mediante la emisión del Decreto 2242/15; y en el 2016, surge la Reglamentación y anexos tecnológicos, la Resolución 019/16 y la Ley 1819/16 RT; es decir con esto se aplicaría una diversidad de leyes y Decretos para dar valor probatorio a la facturación electrónica en Colombia.

²⁴¹ *Ibidem*. Op. cit. p. 6.

²⁴² *Ibidem*. Estudio del Centro Interamericano de Administraciones Tributaria CIAT. 2015-2016.

Igualmente, el ámbito de aplicación del mencionado Decreto 2242, en ese país, va dirigido a personas naturales o jurídicas, que poseen obligación de facturar y sean seleccionadas por la DIAN para expedir la factura electrónica; e igualmente personas que no siendo obligadas a facturar opten por expedir la factura electrónica. Es decir, incluye la responsabilidad a todos los ciudadanos que declaren y paguen IVA e Impuesto Nacional al Consumo²⁴³, quienes deberán expedir la factura electrónica a partir del 01 de Enero de 2019; y en las vigencias fiscales 2017-2018 la DIAN seleccionará algunos sectores económicos para expedir factura electrónica, de acuerdo con estudios sectoriales.

Asimismo, en cuanto a la operatividad técnica, la factura electrónica prevé: a) un lenguaje de Mercado Extensible, a diferencia del HTML (internet), separa el contenido de la presentación y se está convirtiendo en un estándar de amplio uso para el intercambio de datos; b) la librería estándar de documentos XML: Universal Business Language (UBL); c) la firma electrónica definida en la política de firma de la DIAN, estándar Xader Epes. Como protocolo de transferencia de archivos (File Transfer Protocol, FTP) son conectados entre sistemas a una red TCP basado en la arquitectura cliente servidor; y una web service que asuman el rol de protocolos y estándares en intercambio de datos entre las partes contratantes.

Según este modelo evolucionado la facturación electrónica en Colombia, tiene validación previa a la expedición para efectos tributarios, la que es realizada por proveedores autorizados, quienes deberán transmitir a la DIAN las facturas electrónicas que validen; para que puedan ser validadas por la DIAN, serán transmitidas; la factura electrónica se entiende

²⁴³ Ley 1819/2016 – Artículo 308 de la Ley que modifica el Artículo 616-1 Factura o Documento Equivalente. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN-Colombia) (2017), Op. cit. p. 23.

expedida cuando sea validada y entregada al comprador (adquirente); y la validación previa no excluye facultades de fiscalización de la DIAN. Su efecto probatorio del modelo evolucionado sería amplio, los facturadores electrónicos podrán corregir errores de facturación antes de ser entregada al adquirente; los adquirentes reciben una factura validada previamente; para otros propósitos tal como los títulos valores se cuenta con facturas validadas previamente; es por ello que el proyecto de la facturación electrónica en Colombia permitirá que la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales obtenga información en tiempo real a través de la web.

Una vez clarificada la obligatoriedad y responsabilidad de la emisión de la factura electrónica en Colombia, se ha establecido que los grandes contribuyentes tendrán que hacerlo entre junio y septiembre del 2018 y las demás empresas, gradualmente, lo comenzarán a partir del 1 de enero del 2019, cuando sean responsables de declarar y pagar IVA e impuestos al consumo. Asimismo, la factura electrónica es un documento, fundamental para el desarrollo del comercio electrónico, mejorará las condiciones de productividad, competitividad y eficiencia de organizaciones públicas y privadas, por ejemplo, en temas operativos se pronostican grandes ahorros en impresión, logística, archivo de documentos, además de la posibilidad de estandarizar el intercambio de datos entre las empresas que intervienen en los asuntos de negocios. Por tanto, la factura electrónica es el documento que soporta transacciones de venta de bienes y/o servicios a través de sistemas computacionales o soluciones informáticas, por medio de los cuales, sus procesos de expedición, recibo, rechazo y conservación, y verificación de la identidad se realizan a través de medios electrónicos.

La factura electrónica tiene los mismos efectos que la factura expedida en papel, sólo que se expiden y se reciben en formato electrónico; y, en el desarrollo de la factura electrónica, es esencial el rol que ejercen los proveedores tecnológicos autorizados por la Dirección de Impuestos y

Aduanas Nacionales. La habilitación de los proveedores tecnológicos, por parte del principal organismo aduanero, ha estado precedida del cumplimiento de exigentes requisitos técnicos, económicos y operacionales.

Ahora bien, cuando las empresas, facturen electrónicamente, deberán tener presente los siguientes aspectos: a) La ventaja del proceso de facturación electrónica corresponde a que las empresas no tendrían que cambiar sus plataformas tecnológicas dado que los Proveedores Tecnológicos autorizados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales prestan el servicio de emisión y recepción de facturas; y b) La Factura electrónica debe ser implementada por las personas naturales o jurídicas que tienen la obligación de facturar y que sean seleccionadas por el órgano receptor de impuestos aduaneros (DIAN) para expedirla (obligados). Las personas naturales o jurídicas que tienen la obligación de facturar y no son seleccionadas por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales pueden facturar electrónicamente de manera voluntaria (voluntarios); y las personas que, no siendo obligadas a facturar, también pueden optar por expedir factura electrónica (voluntarios)²⁴⁴.

Valor Probatorio de los Comprobantes Fiscales Digitales

Las personas naturales como jurídicas buscan seguridad frente a la autoridad, y el Derecho le provee la igualdad, legalidad, seguridad y equidad; esta protección de todas las operaciones mercantiles o no, deben estar respaldadas jurídicamente dado el origen y consecuencias de dichas actividades, que puedan suscitarse, es por ello la importancia del valor que la legislación le ha otorgado a los documentos electrónicos “para evitar controversias y sobre todo pérdidas en las inversiones y obligaciones de los

²⁴⁴ Cámara Colombiana de Comercio Electrónico (2018). La realidad de la factura electrónica en Colombia. [Consulta: 2018, septiembre 19]. Disponible en: <https://www.ccce.org.co/noticias/la-realidad-de-la-factura-electronica-en-colombia>

contribuyentes”²⁴⁵. Asimismo, en todo proceso es indispensable en materia jurídica, para darle legitimidad a los documentos a la luz de las leyes, por ello, el proceso es:

La acción heterocompositiva, es decir, la solución imparcial, a cargo de un órgano o autoridad del Estado, el juzgador, que interviene a instancia de una de las partes y cuya autoridad deriva del imperio del propio Estado y de la fuerza de la Ley.²⁴⁶

Es decir, esta acción en materia jurídica, son las pruebas, pues a través de las pruebas se puede conocer los hechos narrados por los involucrados; la prueba documental es una de las más certeras y verosímiles, con las que se puede convencer a las autoridades, refleja una ventaja enorme en documentos impresos, pero los documentos electrónicos a través de procesos tecnológicos se crean y avanzan a la par con la tecnología. Muchas veces se oye hablar de documentos electrónicos y más cuando se trata de pagos con carácter de contribuyentes especiales en materia fiscal, que precisan seguridad, probabilidad, pro según Villegas, opina que: “Al instante se piensa en inseguridad, probabilidad de ser alterados, la duda de que sin son auténticos, que si la autoridad lo va a tratar como un documento totalmente válido, entre otras y muchas cosas más.”²⁴⁷

Por tanto, la documentación digital en materia de tributación, en este caso, está referido a los documentos electrónicos, como un conjunto de impulsos eléctricos que recaen en un soporte de computadora, y que sometidos a un adecuado proceso, permiten su traducción al lenguaje natural a través de una pantalla o una impresora. Sin embargo, aclara

²⁴⁵ VILLEGAS CASTILLEJOS, José Guadalupe (2014). Comprobantes Fiscales Digitales y Facturación Electrónica. México. En: Revista Derecho y Tecnología No. 15/2014. México. p. 81

²⁴⁶ OVALLE FAVELA, José (2014). Teoría general del proceso. 7ma. Edición. Universidad de Oxford. GB. s/n/p.

²⁴⁷ VILLEGAS C. José G. Op. cit. p. 82.

Téllez²⁴⁸, que: “lo que se lee en la pantalla o lo impreso no son el documento electrónico original sino copias, ya que el original no se podrá utilizar directamente, debido a que su contenido no puede ser aprehendido por nuestros sentidos”.

Por tanto, los comprobantes fiscales digitales jurídicamente son válidos, ante diversas legislaciones que le dan ese carácter de legitimidad, además que al igual como los comprobantes fiscales impresos pueden ser signados, los digitales constan de una firma electrónica avanzada, firma digital, sello digital, con lo cual se autentica al mismo; la legislación fiscal a los comprobantes los adopta como totalmente válidos y exigibles; aquí se mencionan en el derecho comparado a:

1. En **Venezuela**, se implementó a partir del 2016 la facturación electrónica. Modalidad que permite al Servicio Nacional de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT)²⁴⁹ disminuir entre un 20% a un 30% la evasión fiscal. Los tiques electrónicos que se pueden emitir con este sistema son comprobantes de venta, facturas, boletas, notas de crédito y débito, así como guías de remisión, que son de vital importancia para el sistema tributario.²⁵⁰

²⁴⁸ TÉLLEZ VALDÉS, Julio. Op. cit. p. 247.

²⁴⁹ Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT) Ministerio del Poder Popular para la Economía y Finanzas. (1994) Decreto No. 310. Se fusionan Aduanas de Venezuela, Servicio Autónomo (AVSA) y el Servicio Nacional de Administración Tributaria (SENAT) para dar paso a la creación del Servicio Nacional Integrado de Administración Tributaria (SENIAT), según Decreto Presidencial N° 310 de fecha 10 de agosto de 1994, publicado en la Gaceta N° 35.525, 16 de agosto de 1994.

²⁵⁰ ANDINO ALARCÓN, Mauro (2016). Sistema de facturación electrónica reducirá hasta un 30% de evasión fiscal en el país. En: Correo del Orinoco, lunes 04 de abril de 2016.

2. Por parte de **Colombia**, según Rodríguez²⁵¹, la facturación electrónica reducirá la evasión de impuestos fiscales, apunta que serán varios los beneficios que traerá la factura electrónica, pero “Uno de tantos será el de vaciar sus bolsillos de lo que seguramente se consideran como papeles innecesarios”. Pues se tiene que con el tema de la facturación electrónica, las empresas podrán tener un control más juicioso de sus actividades contables para la declaración de impuestos; por una parte, y por la otra, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) tendrá la posibilidad de hacer una revisión más detallada en la búsqueda por acabar con la afectación que le supone a las arcas del Estado la evasión de impuestos; ya que con esta innovación tecnológica se espera una reducción cercana al 50% en la evasión del Impuesto de Valor Agregado (IVA); Rodríguez opina que: “Si hoy la evasión en IVA se calcula en 15 billones de pesos, quiere decir que el proyecto de facturación electrónica, en cuatro o cinco años, generará ingresos al Estado por 7,5 y 10 billones de pesos anuales”²⁵².

En materia fiscal colombiana, podría brindarse un respiro financiero a las empresas. Es decir, si el Estado recibe más dinero, podría rebajar impuestos, puesto que parte del dinero que necesita, le estaría llegando por este concepto. “Podría empezarse a pensar en reducir la carga impositiva para los empresarios”²⁵³. Pero al concretarse lo presupuestado por la entidad, se estaría logrando una de las máximas de esta innovación. Entre los otros objetivos de los documentos electrónicos se encuentran: promover un manejo más cuidadoso de la información financiera de las empresas, simplificar los procesos de pago y ayudar al medio ambiente con la eliminación del papel como comprobante de pago.

²⁵¹ RODRÍGUEZ SARMIENTO, Sergio (2018). Factura electrónica reducirá la evasión. [Consulta: 2018, julio 30]. En: Diario en línea www.elcolombiano.com/negocios/factura-electronica-reducira-la-evasion-DF8610216.

²⁵² RODRÍGUEZ SARMIENTO. Op. cit.

²⁵³ IBÍDEM. Op. cit.

Pero este proyecto se viene implementando hace varios años, con lo cual se espera se concrete a todo el nivel de empresarios que facturan y cancelan IVA e Impuestos al Estado, con lo cual se busca aliviar la carga a los pequeños comerciantes para que sea menos traumático ya que en su haber, muchos nunca han utilizado una factura o carga fiscal electrónica. Asimismo, existen en Colombia 49 proveedores tecnológicos (compañías autorizadas por la DIAN para prestar servicios de facturación electrónica a terceros), serán estas las encargadas, en principio, de presentar iniciativas que vayan en pro de mejorar estos tiempos de entrega, para así evitar la evasión fiscal.

3. En **España**, por otra parte, la forma de comprar ha revolucionado en la era digital y la población tiende cada día a utilizar la vía de internet por las ventajas que ofrece a los consumidores: accesibilidad a un gran número de ofertas detalladas, la atención al cliente, bajos precios en comparación con los que se encuentran en los sistemas de compra tradicional y la rápida distribución del producto hasta el hogar o negocio; pero con los beneficios de la venta online conviene que el gobierno Español, evalúe los impactos en materia de fiscalización e impuestos debido a las actividades de grandes empresas como Amazon (internet), un gigante del comercio electrónico, que ha conllevado al cierre de muchas tiendas de comercio con las cuales los empresarios no pueden resistir la competencia, aunado al urbanismo comercial y la compra por las calles, por lo que es necesario la urgente transformación de la supervivencia comercial española, pues según Elorza, apunta, que le corresponde a la administración pública:

Como defensoras del interés general, garantizar que en la competencia de estas operadoras gigantes frente al pequeño comercio se respeten los principios de aplicación habitual a los sectores de actividad económica; referido al respeto a los derechos humanos en los trabajos de producción en origen, normas de la competencia,

contratación laboral, niveles salariales dignos y, en especial, al cumplimiento de las obligaciones fiscales.²⁵⁴

Es decir, que “los complejos entramados societarios ligados a la ingeniería fiscal de las grandes compañías tecnológicas, la elusión fiscal y la evasión fiscal son prácticas a combatir si se quiere conseguir el pago efectivo de los impuestos”²⁵⁵. Esto exige disponer de las normas adecuadas en cada Estado para acabar con los fraudes en base a directivas previas armonizadoras desde las instancias de la Unión Europea, así como la práctica de políticas de transparencia fiscal internacional que muchos países no cumplen; por lo que se exige su regulación, control y sanción de los comportamientos ilegales, como lo intenta la misma Comisión Europea.

Desde que se implantó la fiscalización electrónica, existen problemas en la tributación de este tipo de empresas online, hasta el punto de convertirse en uno de los grandes retos del presente para España y la Unión Europea; es por ello que estas grandes corporaciones tecnológicas deben pagar sus impuestos allí donde obtienen sus beneficios. De allí que, Elorza apunta que:

La Comisión Europea estima que la tasa impositiva efectiva de las empresas digitales que operan en la UE llega a ser la mitad de la que soportan las empresas tradicionales e incluso menor. La realidad es que la normativa actual del Impuesto de Sociedades fue diseñada antes de la explosión del comercio en internet y se ha visto sobrepasada. Es urgente acordar los criterios para fijar una base imponible común²⁵⁶.

Por lo cual vale decir, que el comercio electrónico para la tasa impositiva no está aún regulada y requiere urgente régimen legal para el

²⁵⁴ ELORZA, Odón. (2018). La fiscalidad del comercio online. [Consulta: 2018, Julio 30]. Disponible en: https://www.eldiario.es/tribunaabierta/fiscalidad-comercio-online_6_748985104.html.

²⁵⁵ *Ibidem*. Op. cit.

²⁵⁶ *Ibidem*. Op. cit.

control de evasión fiscal en España, dado que el comercio electrónico, al igual que el tradicional, son actividades lucrativas, y con la utilización de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, principalmente con las transacciones intangibles, obliga a que se tenga que realizar análisis y replantearse, el verdadero funcionamiento del sistema tributario que se posea, pues los tributos clásicos están basados en hechos imponibles conocidos, se enfrentan a bienes y servicios tangibles entre personas en lugares o países distantes a través de la red internet.

Autenticidad del Documento Electrónico

La autenticidad de un documento electrónico está referida a la necesidad de indicar quién es su autor y poder certificar que esté comprobado el contenido; por tanto, para satisfacer este requisito es necesario que lleve la firma electrónica. El artículo 6 de la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas establece prevé como norma que la ley exige como requisito que el documento deba contener la firma autógrafa, pues de allí que este requisito, al tratarse de un mensaje de datos quedará satisfecho al tener asociada una firma electrónica.

Esta normativa proviene del artículo 7 de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre el Comercio Electrónico que dispone que cuando la ley requiera la firma de una persona, ese requisito quedará satisfecho en relación con un mensaje de datos: “si se utiliza un método para identificar a esa persona y para indicar que esa persona aprueba la información que figura en el mensaje de datos”. Principio que es incorporado también en la Ley Modelo sobre Firmas Electrónica. Pues en el artículo 6 sobre la Ley Modelo sobre Firmas Electrónicas, se establece que quedará satisfecho en relación con un mensaje de datos si se utiliza una firma electrónica fiable y apropiada para los fines que se generó o comunicó el mensaje.

Para la generación de la firma electrónica con efectos equivalentes a la manuscrita. La Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas exige determinados requisitos, que en la actualidad son satisfechos mediante la emisión de los certificados electrónicos por parte de los proveedores de servicios de certificación electrónica.

El Documento Electrónico en el Ámbito Laboral

El documento electrónico en el ámbito laboral, es un instrumento emitido o recibido en forma conjunta o separada por las autoridades administrativas y/o judiciales del trabajo, por el trabajador o patrono, con contenido de información inteligible en formato electrónico, el cual se relaciona en forma directa o indirectamente con el cumplimiento o no de los derechos y obligaciones de las partes de una relación de trabajo subordinada. Hay una suerte de contenido y continente entre el documento electrónico laboral y el documento electrónico propiamente dicho, debido a que el primero, se encuentra contenido dentro del documento electrónico, por lo que no todo documento electrónico será un documento electrónico laboral, tal como lo expresa Ramírez²⁵⁷, en el que, el documento electrónico laboral posee aspectos característicos, que lo diferencian, ellos son:

1. Sujetos: El documento electrónico laboral, para ser considerado como tal, debe ser emitido o recibido en forma conjunta o separada, por las autoridades administrativas y/o judiciales del trabajo, el trabajador y el patrono.

2. Contenido: Se encuentra inmersa toda la información inteligible en formato electrónico relacionado en forma directa o indirecta con el cumplimiento o incumplimiento de los derechos y obligaciones inherentes a las partes de una relación de trabajo subordinada, vale decir, trabajador y

²⁵⁷ RAMÍREZ, Sulmer Paola. Op. cit. p. 110

patrono.

3. Forma: La forma del documento electrónico laboral es de un mensaje de datos en formato electrónico.

4. Firma: El documento electrónico laboral, puede tener asociado a él, una información creada o utilizada por su signatario, que permite atribuirle su autoría bajo el contexto en el cual ha sido empleado, esta información es la firma electrónica de la autoridad administrativa y /o judicial del trabajo, del patrono o del trabajador.

Es común en las relaciones laborales que el trabajador, el patrono o contratados puedan emplear documentos electrónicos en el cumplimiento de sus obligaciones, tales documentos pueden ser en la práctica, la notificación de riesgos laborales, incluyendo empresas aseguradoras, banca electrónica, seguro social obligatorio; también relaciones laborales efectuadas por el empleador a su trabajador mediante un documento electrónico, o el cumplimiento de una determinada tarea que el trabajador informe a su patrono a través de un mensaje de datos, a lo que Ramírez dice que “prácticas que cada vez son más comunes, gracias a que responden a principios de eficiencia, eficacia, conservación del planeta por la disminución del uso de hojas de papel, disminución de costos, entre otras razones”.²⁵⁸

Cada vez más son las empresas u organizaciones que utilizan la firma de contratos de trabajos en formato electrónico, para mantener las garantías legales y probatorias necesarias, de las personas que se están contratando, esta demanda de trabajo considera que los contratantes y empresarios pueden hallarse en diferentes ubicaciones físicas. La voluntad expresa de aceptar el contenido del documento es requisito indispensable para aportar validez a cualquier contrato en general, y al contrato de trabajo en particular.

²⁵⁸ Ibídem. Op. cit. p. 111.

Asimismo, el documento electrónico laboral tiene la misma naturaleza del documento electrónico en general, basado en su forma inteligible en forma electrónica. Al igual que sucede con los documentos laborales emitidos en papel, cuando se trata de documentos electrónicos laborales, pueden existir documentos privados, emanados del trabajador o del patrono, documentos oficiales electrónicos (emanados de autoridades administrativas o judiciales) o documentos públicos, autorizados por funcionarios encargados de dar fe pública a los actos que se celebren en su presencia, como en los casos de Registro Público y Notariado.

Necesidad de Expansión y Protección de los Contratos Electrónicos

En el comercio electrónico se presenta un porcentaje elevado de contrataciones electrónicas de consumo que se desarrollan sin el uso de la firma digital ni tampoco la intervención de las entidades certificadoras, ciertamente, debido a sus elevados costos. De esta forma, los consumidores celebran contratos electrónicos por medio de contratos “browsewrap” y “clickwrap”. La cuestión es saber cómo probar la celebración de estos contratos realizados en Internet, ya que su contenido en el registro electrónico es inmaterial y no poseen, en su mayoría, firmas digitales.

Con base a lo anterior, no ha sido resuelta esta problemática en su totalidad, de poco sirve la impresión de la página web o el archivo electrónico de los mismos porque son fácilmente manipulables, por ello la prueba resultará extremadamente difícil, teniendo las partes que buscar la prueba de indicios, la persistencia de la información de la página web en el momento del pleito, la coincidencia no acordada de varios destinatarios de servicios de la sociedad de la información en el contenido del contrato, entre otros; y debido a ello se hace imprescindible expandir los contratos electrónicos mediante un control más eficaz, y que el origen de los contratos, cancele los impuestos en el país que se celebre, tales negociaciones se dan

mucho mediante las ventas y compras por internet, y además cuyos costos del producto se asumen sólo los de entrega en físico; problema que debería ser resuelto si se acatará la normativa vigente española y lo contenido en la Ley venezolana sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas.

Por ende, el desarrollo tecnológico, facilita la transmisión de datos (ofertas y aceptaciones a distancia), la desmaterialización del dinero electrónico, han marcado las últimas tendencias de la evolución del comercio electrónico, cuyo potencial económico muestra la vía por la que una gran parte de las transacciones tienen lugar, convirtiéndose en una sociedad de masas, de consumo, y los consumidores buscan la protección de su contratación. Vega opina que: “En Europa ha sido uno de los órganos comunitarios los que quizá han apostado más decididamente por impulsar la política de protección de los consumidores”²⁵⁹.

También apunta Vega, que las dificultades del comercio electrónico en la práctica “vienen por consiguiente motivadas no solo a cuestiones técnicas o económicas que pueden afectar a las transacciones en sí, como son la inseguridad jurídica”²⁶⁰, los riesgos e incertidumbres en las operaciones económicas o la insuficiente regulación legal en determinados aspectos, sino también la posibilidad de invadir la intimidad y conculcar derechos individuales básicos con motivo de acciones de comunicación promoción. Por consiguiente debe imponerse al lado de una regulación limitativa de este tipo de actos, que originan pérdidas económicas y molestias, la necesidad de someter a preceptos que salvaguarden la intimidad personal.

Es fácil suponer, que para que el comerciante pueda desarrollar su

²⁵⁹ VEGA VEGA, José Antonio. (2005) Contratos Electrónicos y Protección de los Consumidores. Universidad Complutense de Madrid. Colección de Derecho de las Nuevas Tecnologías. Madrid: Editorial Reus. p. 21.

²⁶⁰ *Ibidem*. Op. cit. p. 38.

actividad comercial a través de la red, no le sean vulnerados sus derechos con publicidad engañosa o fraudulenta, y lo pueda hacer con protección ante los organismos competentes, es necesario que se produzcan comunicaciones comerciales, vía telefónica o a través de la web, y por medio de ella los empresarios puedan dar a conocer sus bienes y servicios. Pero, la tendencia en la tutela de los consumidores y usuarios del comercio electrónico en España, sigue siendo insuficiente, obedece a la actuación de los órganos comunitarios a lo largo de los últimos años. Al respecto, Vega²⁶¹ opina que:

1. Las directivas comunitarias existentes en materia de protección de los consumidores no constituyen un marco reglamentario completo para las prácticas comerciales entre empresas y consumidores, objetivo central de la protección de los consumidores electrónicos. Si bien determinados ámbitos pueden estar bien cubiertos, en otros, ante la carencia normas, se han tenido que ir perfilando normas más recientes, en particular en lo que se refiere a los contratos, pagos y servicios postventa. Esta irrupción de nuevas prácticas tecnológicas en el ámbito de la contratación también ha contribuido a poner de manifiesto la necesidad de nuevas normas que faciliten la tutela.

2. Algunas directrices específicas aplicadas a determinados sectores surgieron como respuesta muy precisa para resolver problemas concretos, surgidos en un determinado momento. Pero, a través del tiempo las propuestas normativas han quedado obsoletas para la aplicación, debido a que la práctica mercantil electrónica ha ido evolucionando. Por ende es necesario modificar las directivas e ir adaptándolas al progreso tecnológico manteniendo el mismo nivel de los consumidores.

3. La interacción entre la reglamentación en materia de protección de

²⁶¹ *Ibidem.* Op. cit. p. 51.

los consumidores y las normas internas ha creado un marco jurídico complejo que, a veces resulta difícil de entender para operadores económicos y consumidores.

4. La ausencia de una jurisprudencia general y válida de los tribunales de justicia sobre la posible justificación de barreras al libre movimiento de bienes y servicios por motivos de protección de los consumidores, pues se ha limitado a resolver cuestiones específicas de casos puntuales, también representa una rémora en la materia.

5. La falta de un programa efectivo de protección a los consumidores de Europa no ha resultado de los conflictos inherentes entre dos políticas: a la creación de un mercado electrónico común, versus la protección de los consumidores, sino que ha derivado del fracaso de la Comunidad por no crear instituciones y procedimientos de coordinación para aplicar la política de protección de los consumidores.

6. La situación de diferencia de trato que cada Estado Miembro de la Unión Europea otorga a prácticas comerciales idénticas, supone un factor de disuasión frente a las ventas transfronterizas y la explotación del mercado interior. Se refleja también una falta de seguridad y de claridad en lo que respecta a cada Estado. Para los consumidores esta falta de claridad y seguridad sobre sus derechos supone un freno importante para su confianza, por lo que se demanda más uniformidad legislativa y más protección, como sujetos débiles de la contratación, máxime cuando las nuevas orientaciones contractuales, como el comercio electrónico, incorpora más incertidumbre e inseguridad en las transacciones comerciales.

Modalidades del Comercio Electrónico

Es necesario resaltar las diversas modalidades en las que puede

realizarse el comercio electrónico para las transacciones, según Alcaide²⁶², las describe así:

1. Business to business (B2B): Es una realización de intercambio directo, esta modalidad supone la realización de intercambios comerciales entre proveedores y clientes intermediarios (no finales); pueden adherirse otros intermediarios. En una empresa cuyo proceso de producción sea consecutivo se hace necesaria la continuidad del flujo de los aprovisionamientos para que la cadena de producción no quede estancada, así surge la Extranet en la cual una empresa está permanentemente en contacto con sus empresas proveedoras a través de terminales informáticos.

2. Business to customer (B2C): Esta modalidad permite que los proveedores de productos y servicios orienten sus funciones hacia el usuario final y obtengan información al detalle acerca de los potenciales consumidores: quién accede, qué busca, cuánto tiempo utiliza, entre otras interrogantes. Con esta información, se está en disposición de ofrecer a los usuarios los paquetes exactos de bienes y servicios de cara a lograr un impacto efectivo, ya que los datos están efectivamente registrados.

3. Consumer to Consumer (C2C): Esta modalidad se da a través de la plataforma, en la que los consumidores actúan como vendedores y compradores a través de ella para el intercambio. Las subastas son el modelo más extendido dentro de esta categoría.

4. Consumer to Business (C2B): Es el modelo más destacado de la categoría de agrupación de compradores. Por tanto, un consumidor o grupo de ellos utiliza la Red de alguna forma para conseguir mejores condiciones en la oferta presentada por una empresa.

²⁶² ALCAIDE DE LA FUENTE, María A. (2009) Relaciones comerciales por medios electrónicos. Edición electrónica No. ISBN-13: 978-84-692-5044-0. [Consulta: 2018, septiembre 19]. Disponible en: <http://www.eumed.net/libros/2009b/556/>.

Análisis de la Jurisprudencia en el Derecho Comparado

A continuación se realiza un análisis crítico sobre algunas sentencias en el Derecho Comparado (República Bolivariana de Venezuela, República de Colombia y Reino de España).

1. República Bolivariana de Venezuela. Se encontraron sentencias que siguen la doctrina del Tribunal Supremo de Justicia sobre la naturaleza informativa de la página web de este organismo, al entender que se trata de medio auxiliar de información para que las partes puedan recrear su comparecencia ante los tribunales de justicia.

a) Según el amparo constitucional, introducido ante la Sala Constitucional²⁶³ por el Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, Tránsito, Trabajo y Menores de la Circunscripción Judicial del Estado Aragua, donde se fundamenta en la denuncia de la violación del derecho a la defensa, consta en autos las infructuosas citaciones a las partes, no encontrándose domicilio procesal ni para sus apoderados, se solicita la perención de la causa por haber transcurrido más de un año.

Dada la presente causa por tratarse de que la presente es una doctrina que ahora se declara por vez primera por este Tribunal Supremo de Justicia, en salvaguarda de los intereses de quienes tienen causas de amparo pendientes ante la Sala y ante otros tribunales constitucionales de la República, en protección del derecho a la tutela judicial efectiva que la Constitución garantiza a todos los justiciables y respetando, por último, la confianza legítima que tienen éstos en la estabilidad de las decisiones judiciales, la Sala ordena la publicación de la presente decisión en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela y no aplicará –ni lo hará ningún tribunal del país- este criterio a las causas que se encuentren

²⁶³ Tribunal Supremo de Justicia. (2001). Sentencia No.982. Sala Constitucional de 06 de Junio de 2001.

paralizadas en las circunstancias expuestas en dicho fallo sino transcurridos que sean treinta (30) días contados a partir de dicha publicación –en aplicación analógica del lapso previsto en el artículo 267.1 del Código de Procedimiento Civil-, para que, dentro de ese lapso, las partes actoras puedan desvirtuar la presunción de abandono que, hasta ahora, revela su inactividad. Dicho de otra forma, la página web del Tribunal Supremo de Justicia a través de internet, cumple la función informativa para las partes del proceso, aboga para todo aquel que tenga a bien disponer una fuente de consulta sobre los diferentes fallos y/o paralización de las causas.

b). La sentencia de la Sala de Casación Civil de fecha 03 de febrero de 2014²⁶⁴, sobre la solicitud de exequátur de sentencia extranjera sobre la disolución del vínculo matrimonial en la cual el procedimiento se pone a utilidad de la página web del Tribunal Supremo de Justicia como medio complementario para la práctica de las notificaciones por citación en carteles. En este sentido, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia en conformidad con lo dispuesto en los artículos 85, 93 y 98 establece la normativa para este tipo de procedimientos. Asimismo, la Sala de Casación Civil ordenó citar a la demandada mediante cartel fijado en la cartelera de la Secretaría de la Sala de Casación Civil y en el portal electrónico del TSJ; para proceder a citar a una de las partes involucradas ante la imposibilidad de hacerlo.

Con base a lo anterior, el exequátur es el procedimiento judicial en virtud del cual las sentencias definitivamente firmes dictadas en el extranjero, en materia privada pueden producir el efecto de cosa juzgada o ser ejecutadas en otro Estado. Al respecto, el Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 01561 del 4 de julio del 2000, estableció que debe aplicarse lo

²⁶⁴ Tribunal Supremo de Justicia (2014). Sentencia. [Consulta: 2018, Julio 31]. Disponible el texto íntegro de la sentencia en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/febrero/160791-exe-000044-3214-2014-09-615>.

establecido en el artículo 53 de la Ley de Derecho Internacional Privado, quedando derogados los artículos 850 y 851 del Código de Procedimiento Civil, donde recepta los requisitos que deben concurrir para que las sentencias extranjeras tengan efecto en Venezuela; con lo cual el artículo 53 señala entre otros: "...5º Que el demandado haya sido debidamente citado, con tiempo suficiente para comparecer y que le hayan otorgado en general, las garantías procesales que aseguren una razonable posibilidad de defensa.."; es decir acá la citación a la demanda ha de hacerse por Carteles de la Secretaría y por la página web del Tribunal Supremo de Justicia, para el tipo de sentencias de exequátur, pueda lograrse la comparecencia de la parte involucrada en la controversia.

c) Igualmente, se extrae parte de la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 16 de diciembre de 2013,²⁶⁵ mediante la cual se solicita el recurso de revisión de la sentencia No. 518, dictada el 04 de julio de 2013, por la Sala de Casación Social que declaró desistido el recurso de Casación interpuesto contra la decisión del Juzgado Cuarto Superior del Trabajo de la circunscripción judicial del Estado Zulia, de 21 de noviembre de 2011, mediante la cual la Sala Constitucional declaró sin lugar la solicitud de revisión, porque se legó que hubo indefensión de las partes, pues la audiencia oral y pública fue programada con suficiente tiempo; y se transcribe un fragmento de ella, así:

...Y esa información estaba reflejada en el portal electrónico de este máximo tribunal, por lo que la parte contaba con la manera de enterarse y asistir a la misma. Por tanto, lo que se evidencia en el caso de autos es que la falta de seguimiento a la causa constituyó un acto de negligencia de la parte accionante.

²⁶⁵ Tribunal Supremo de Justicia (2013). Sentencia de la Sala Constitucional de fecha 16 de diciembre 2013. [Consulta: 2018, julio 30]. Disponible el texto íntegro de la sentencia en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/diciembre/159750-1777-161213-2013-13->

d) Mediante sentencia N° 905 la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia²⁶⁶, ratificó el criterio sobre el valor probatorio de las comunicaciones enviadas por correo electrónico cuando son llevadas al proceso judicial de carácter laboral. En la referida decisión, la Sala ratificó el criterio expuesto en la decisión N° 717 de Julio de 2010, por medio de la cual se estableció que "...con independencia de que al mensaje de datos se haya asociado o no una firma electrónica que identifique al emisor, su reproducción en formato impreso debe considerarse siempre como una copia fotostática..." y con respecto a esto se evaluó la eficacia de las copias fotostáticas según la normativa procesal aplicable en la materia, en este caso, la Ley Procesal del Trabajo. La Sala indicó que:

Los correos electrónicos tienen la misma eficacia probatoria de una copia o reproducción fotostática, debiendo realizarse su control, contradicción y evacuación, de la forma prevista para los documentos escritos, por lo que el formato impreso de dicho medio electrónico se asemeja a una copia fotostática.

En ese sentido, la Sala expresó que a los correos electrónicos llevados a autos se les debe dar la misma eficacia probatoria que los documentos privados, como fue expuesto supra, al ser documentales que emanan de la propia parte actora sin presentar sello ni señal de recepción de la empresa, no podía el ad-quem atribuirles valor probatorio, toda vez que vulneran el principio de alteridad de la prueba. Siendo este principio el que protege que "...nadie pueda procurarse una prueba a su favor sin la intervención de una persona ajena, distinta a quien pretende aprovecharse del medio, lo que implica excluir del análisis probatorio las pruebas emitidas unilateralmente...". Por ende se concluye que se ratifica el valor probatorio de los correos electrónicos.

²⁶⁶ Tribunal Supremo de Justicia (2015), Sala de Casación Social. Sentencia No. 905. [Consulta: 2018, julio 29]. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/octubre/181594-0905-71015-2015-14-880.HTML>

e) Esta sentencia corrobora la anterior, en la cual la Sala de Casación Civil mediante sentencia No. RC000369 de fecha 15 de junio de 2016²⁶⁷, trata el recurso de casación de la empresa Orion Realty en el juicio por resolución de contrato de obra que sigue contra Franklyn del Valle Rodríguez Roca, y en la sentencia dictada por la Sala se estableció que los correos electrónicos tienen valor probatorio, y que el artículo 395 del Código de Procedimiento Civil es aplicable en el supuesto que sea ejercido el control y contradicción de la prueba. Es interesante destacar que en un gran número de pruebas promovidas como correos electrónicos son desechados por los jueces, lo que destaca la importancia de la forma de promover y justificar el objeto de la prueba y por parte del oponente de impugnarla.

Según lo analizado de la sentencia al imprimir el correo y ser presentado en juicio, pasa a ser una simple fotocopia que puede ser impugnada. Así, lo ideal es que se tenga registrada la firma electrónica del correo para que quede constancia del remitente a través de los mecanismos pautados por la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica²⁶⁸.

Concluyendo en esta sentencia que el hecho cierto de que la aplicación de los artículos 395 y 398 del Código de Procedimiento Civil, viene dada por la contradicción de la prueba del mensaje de datos o correo electrónico y que en el caso de autos, -se reitera- como la señala el juez Superior en la recurrida, la experticia no fue impugnada por la parte demandante -reconvenida en la forma y con los criterios de valoración de mensajes de datos establecido por la Sala de Casación Civil del Tribunal

²⁶⁷ Tribunal Supremo de Justicia (2016). Sentencia de la Sala de Casación Civil. [Consulta: 2018, julio 30]. Disponible el texto completo en: <http://www.tsj.gob.ve/decisiones/scc/junio/188346-RC.000369-15616-2016-15-909.html>.

²⁶⁸ Superintendencia de Certificación Electrónica (SUSCERTE) (2001). Decreto Ley No. 1204. De 10 de febrero de 2001, sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas, publicado en la Faceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 37.148 del 28 de Febrero de 2001.

Supremo de Justicia; y por tanto, concluye la Sala de Casación Civil, que:

El Juez Superior no infringió por falsa aplicación los artículos 429 del Código de Procedimiento Civil, y 4 del Decreto con Fuerza de Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, ni por falta de aplicación los artículos 395 y 398 del Código de Procedimiento Civil, razón suficiente para declarar la improcedencia de la presente denuncia.²⁶⁹

2. República de Colombia: Se resume la Sentencia de la Corte Constitucional No. C-604/16²⁷⁰, del 2 de noviembre de 2016, sobre la “Norma del Código General del Proceso sobre la valoración de mensajes de datos”, trata: a) la inhibición para decidir de fondo por ineptitud sustantiva de la demanda; b) Código General del Proceso: - Valoración de impresión en papel de mensajes de datos de conformidad con las reglas generales de documentos; c) Demanda por inconstitucionalidad: Requisitos mínimos; d) Demanda de inconstitucionalidad: Requisitos de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia: contra el artículo 247 (parcial) de la Ley 1564 de 2012. Actores: José Salomón Blanco Gutiérrez; demandantes: Karen Viviana Suárez Ruiz y Andrés Guzmán Caballero.

Admitida la sentencia, en la Sala Plena de la Corte Constitucional, el Magistrado sentenciador, dispuso admitir la demanda por considerar reunidos los requisitos, previo el Decreto 2067,1991, comunicando el inicio del proceso a: los Presidentes de la República y del Congreso, Ministros del Interior, de Justicia y del Derecho, y de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, y a los Directores del Departamento Nacional de Planeación y del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

Igualmente, tomaron participaron para la resolución del conflicto las

²⁶⁹ Ibídem. Op. cit.

²⁷⁰ Sentencia de la Sala Plena de la Corte Constitucional (2/11/2016), República de Colombia. [Consulta: 2018, Julio 27]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-604-16.htm>

Facultades de Derecho de las Universidades Externado de Colombia, Javeriana, Nacional de Colombia, ICESI de Cali, Libre, Eafit de Medellín, del Atlántico, de la Sabana, Sergio Arboleda, Industrial de Santander, de Ibagué, de Antioquia y del Rosario. Así mismo, a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, a la Defensoría del Pueblo, a la Fiscalía General de la Nación, al Instituto Colombiano de Derecho Procesal, a la Cámara de Comercio Electrónico, al Grupo de Estudios en Internet, Comercio Electrónico, Telecomunicaciones e Informática de la Universidad de Los Andes – GECTI- y a la Fundación Karisma, con el objeto de que emitieran concepto técnico sobre la demanda, de conformidad con lo previsto en el artículo 13 del Decreto 2067 de 1991, sobre la norma objeto de la demanda, de la Ley 1564 de 2012:

El Congreso de La República Decreta:(...)Artículo 247. Valoración de mensajes de datos. Serán valorados como mensajes de datos los documentos que hayan sido aportados en el mismo formato en que fueron generados, enviados, o recibidos, o en algún otro formato que lo reproduzca con exactitud. La simple impresión en papel de un mensaje de datos será valorada de conformidad con las reglas generales de los documentos. (Subrayado propio).

Se vulnera el debido proceso y, en específico, el derecho a la contradicción probatoria, entendido como la posibilidad de oponerse a un acto realizado por la contraparte dentro de un proceso judicial y controlar la legalidad de las pruebas allegadas. Sostienen que al establecer la obligación de valorar los mensajes de datos a partir de su impresión en papel y conforme a las reglas generales de los documentos, el apartado desconoce la garantía citada, por cuanto dicha prueba resulta “imposible” de controvertir, a causa del riesgo de que su contenido haya sido modificado o suprimido.

Es por ello que los actores argumentan que la norma impugnada “viola los preceptos procesales relacionados con la incorporación de las pruebas documentales, así como los requisitos de validez jurídica de los

mensajes de datos vigente”, que permiten establecer la veracidad y examinar ese tipo de información con el “rigor técnico necesario”. En este sentido, señalan que los artículos 6, 7 y 8 de la Ley 527 de 1999, sobre comercio electrónico, establece como requisitos de validez jurídica de un mensaje de datos, que “esté escrito... esté firmado y... sea original”. Ya que los mensajes de datos son medios probatorios, como lo son también los documentos impresos en papel, de manera que ambos se encuentran procesalmente en igualdad de condiciones, según la jurisprudencia constitucional. Agregan que si este es impreso, no es confiable en cuanto a su forma de producción, debido la posibilidad de haber sufrido alteraciones y de que, en consecuencia, no conserve la integridad de la información, ni suministre certeza. La “volatilidad” de esta clase de documentos los haría susceptibles de ser modificados, al momento de ser consultados, copiados, impresos o comunicados.

En suma, para la impugnación, la inconstitucionalidad del aparte cuestionado se deriva de que, al otorgar el mismo valor probatorio a la impresión de los mensajes de datos que a los mensajes de datos mismos, presentados estos de la manera exigida por la Ley 527 de 1999, se ignora que la primera modalidad no refleja “ni sumariamente” el contenido de la información, de manera que “si en todos los casos que medien pruebas, se les diera validez jurídica a los mensajes de datos impresos, es decir, a la simple impresión de un documento digital, se estaría violando el debido proceso, el derecho defensa, además del derecho de contradicción que se puede ejercer sobre estos”.

Desde otro punto de vista, los actores consideraron un “contrasentido legal” que dos leyes prevean “dos criterios de valoración de los mensajes de datos”. Por un lado, se hallaría el artículo 11 de la Ley 527 de 1999, que ordena tener en cuenta “la confiabilidad en la forma en la que se haya generado, archivado o comunicado..., la confiabilidad en la forma en que se

haya conservado la integridad de la información, la forma en la que se identifique a su iniciador y cualquier otro factor pertinente”, y por otro lado, se contaría con la disposición demandada del Código General del Proceso, según la cual: “la simple impresión en papel de un mensaje de datos será valorada de conformidad con las reglas generales de los documentos”. La situación se vería agravada por la remisión que hace el artículo 103 del citado Código a la ley de comercio electrónico, en todos los aspectos relativos a los mensajes de datos.

El representante de Justicia del Ministerio del Derecho en defensa de la constitucionalidad asevera que la norma impugnada es improcedente de pronunciamiento de fondo, de un lado, porque la demanda carece de la argumentación adecuada en orden a estructurar un cargo de inconstitucionalidad; y del otro, por cuanto ignora que tanto en la ley de comercio electrónico, como en el Código General del Proceso, se contemplan, respectivamente, la prohibición de restar valor probatorio a un mensaje electrónico por el solo hecho de no ser presentado en su forma original y se consagran medidas para garantizar la posibilidad de controvertir la copia de un documento, en este caso, la copia impresa de un mensaje de datos.

Con relación a algunos de los intervinientes: a) El Departamento Nacional de Planeación, exponen sus representantes que a pesar que la norma demandada otorga la categoría de documento a la impresión de un mensaje de datos, esto no implicaría que constituya per se una prueba auténtica e idónea. La prueba siempre estaría constituida por el soporte del medio electrónico que evidencia lo impreso en el documento, pues la disposición no hace de la simple impresión una prueba suficiente y veraz del mensaje de datos; b) El Fiscal General de la Nacional, en su intervención a la Corte presentó algunos argumentos en defensa de la constitucionalidad de la norma acusada. Sostiene que el inciso demandado solo reitera lo que,

en cierta medida, es una obviedad procesal, es decir, que la impresión de un mensaje de datos debe ser valorado por el juez de conformidad con las reglas que gobiernan las pruebas documentales; c) El Jefe de la Oficina Jurídica del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, intervino en el trámite para defender la constitucionalidad del inciso acusado, en el cual indica que se deben aplicar conjuntamente la reglas de la sana crítica y demás criterios preordenados por la ley para la apreciación de las pruebas.

El inciso objetado infringe el bloque de constitucionalidad, por cuanto desconoce el mandato de uniformidad probatoria, incorporado en la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico aprobada por la ONU. Indican que, sobre la base del informe de la Sexta Comisión (A/51/628) de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), la ONU expidió la Resolución 51/162 de 1996, por medio de la cual aprobó la Ley Modelo, que busca fundamentalmente la uniformidad de las legislaciones internas de los Estados, relativas a los métodos de comunicación y al almacenamiento de información, sustitutivos de los mecanismos basados en papel.

Por esta parte, la Ley Modelo, objeto de controversia, fue adoptada por el Estado colombiano a través de la citada Ley 527 de 1999, sobre comercio electrónico, por medio de la cual se definió y reglamentó el acceso y uso de los mensajes de datos en ese tipo de operaciones y el empleo de las firmas digitales y se establecieron las entidades de certificación; además el documento electrónico se equipara en todos sus efectos y posee el mismo valor probatorio que el documento escrito, bajo condición de que se satisfagan las exigencias de originalidad, firma y posibilidad de acceso o consulta digital.

En razón de lo anterior, la Comisión de las Naciones Unidas para el

Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)²⁷¹, creada en 1966 por la Asamblea General con el propósito de fomentar la armonización y la unificación progresivas del derecho mercantil internacional, diseñó en 1996 una Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, con el fin de que fuera considerada por los Estados al crear la legislación aplicable a las transacciones comerciales, basadas en el intercambio electrónico de datos y en otros medios de comunicación y almacenamiento usados en el denominado Comercio Electrónico.

Vale señalar que ésta Ley Modelo estableció diecisiete artículos, divididos en dos partes: la primera recogió disposiciones generales acerca de los mensajes de datos y la segunda sobre comercio de la misma naturaleza en algunas materias específicas. Así mismo, en la primera se previeron reglas definatorias de términos aplicados a las transacciones electrónicas y normas sobre la interpretación de la propia Ley, los requisitos, admisibilidad y fuerza probatoria, conservación, reconocimiento, atribución, validez y formas de acuse de recibo, así como tiempo y lugar del envío y la recepción de los mensajes de datos. En la segunda parte, se contemplaron algunas disposiciones sobre el contrato y los documentos de transporte de mercancías.

En Colombia se reglamenta en el sistema jurídico nacional, el anterior modelo de regulación de mensajes de datos, en lo sustancial, a través de la Ley 527 de 1999, "mediante la cual se reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones"²⁷²,

²⁷¹ Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) (1985). Con las enmiendas aprobadas en el 2006. Organización de las Naciones Unidas. New York, 1999, Centro Internacional de Viena. [Consulta: 2018, julio 27]. Disponible en: www.uncitral.org.

²⁷² Ley 527 de 1999, "Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones". Diario Oficial No. 43673,

creada con el objeto de proporcionar fundamento jurídico a las transacciones comerciales realizadas por medios electrónicos y darle fuerza probatoria a los mensajes de datos con relevancia jurídica en la materia. Igualmente, en el capítulo IX, Título Único, Sección Tercera, Libro Segundo del Código General del Proceso, el legislador fija las reglas relativas a los documentos; de esta forma se establece el tratamiento de los documentos originales y las copias, los documentos públicos y privados, su autenticidad, valor, forma de aportación y uso, y los procedimientos de exhibición, tacha de falsedad y desconocimiento. Estas normas son aplicables a los mensajes de datos, con arreglo a las disposiciones sobre equivalentes funcionales reseñadas con anterioridad y previstas en la Ley 527 de 1999.

Finalmente, en la Ley 527 el legislador estableció un conjunto de disposiciones generales sobre el uso de los mensajes de datos, previó reglas sobre el comercio electrónico en materia de transporte de mercancías, y reglamentó lo relativo a las firmas digitales, los certificados y las entidades de certificación. Bajo del Modelo de la CNUDMI, inicialmente el proyecto de ley preveía normas destinadas a organizar y regular primordialmente el comercio electrónico. Sin embargo, se adoptó una perspectiva más amplia sobre el problema del uso general de los documentos electrónicos y se creó una legislación también más integral al respecto. Pues, esta Ley 527, así como el modelo de la CNUDMI, pretenden crear, en relación con el uso masivo del documento tradicional en papel, una nueva plataforma documental homóloga, a partir de una reconceptualización de nociones como “escrito”, “firma” y “original”, con el propósito de dar entrada al empleo de técnicas basadas en la informática. Por tanto, para esta sentencia, se declara inhibida para emitir pronunciamiento de fondo

del 21 de Agosto de 1999. Modificada por el Decreto 19 de 2012, publicado en el Diario Oficial No. 48.308 de 10 de enero de 2012, “Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública”. República de Colombia. 17 de agosto de 1999.

sobre el inciso 2º del artículo 247 de la Ley 1564 de 2012²⁷³.

3. Sentencia en el Reino de España

La sentencia del 8 de febrero de 2018, en el ámbito laboral, el Tribunal Supremo fija la doctrina, teniendo en cuenta la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) *Barbulescu II*²⁷⁴, mediante la cual es dictado el Recurso de Casación para la unificación de la doctrina No. 1121/2015 analiza por primera vez el cumplimiento por parte de una empresa, de la doctrina fijada por la Sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) de 5 de septiembre de 2017, en el caso *Barbulescu II*, en relación con la posibilidad de revisar los correos electrónicos de un trabajador por parte de la empresa.

En el análisis de los hechos se evidenció que la empresa había procedido al despido del trabajador demandante por motivos disciplinarios como consecuencia de un incumplimiento muy grave de su código ético. El incumplimiento, indiciariamente, se detectó a través de un hallazgo casual, que fue corroborado a través de una investigación interna llevada a cabo por la propia compañía, que incluyó la revisión de determinados correos electrónicos del actor. La empresa cuenta con una política clara de utilización de los medios informáticos, que establecía tanto la prohibición del uso personal de las herramientas informáticas de trabajo como la posibilidad de que la empresa pudiera vigilar el cumplimiento por parte de sus empleados de tal política. Asimismo, todos los trabajadores de la empresa (incluido el empleado despedido), antes de iniciar una sesión en los sistemas informáticos de la compañía, debían aceptar (a través del correspondiente

²⁷³ Ley 1564 de 2012. Diario Oficial 48489 del 12 de julio de 2012, Congreso de la República por medio del cual se dictan otras disposiciones. República de Colombia. [Consulta, 2018, julio 27]. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html.

²⁷⁴ Tribunal Supremo España. (2018). Sentencia Recurso de Casación. [Consulta: 2018, julio 31]. Disponible en: https://www.elderecho.com/tribuna/laboral/Control-empresa-correo-electronico-empleado-sentencia-Barbulescu_11_1211680001.html

“click”) un recordatorio de sus políticas de uso, en el que se les reiteraba que solo estaba permitido un uso exclusivamente profesional de los medios informáticos y que la empresa podía controlar ese uso.

La investigación se limitó a un análisis de aquellos correos electrónicos que podían tener alguna relación con las transferencias localizadas, utilizando para ello limitaciones temporales y palabras clave de búsqueda. Por lo que las sentencias de instancia y la del Tribunal Superior de Justicia de Galicia que resolvió el recurso de suplicación presentado por el actor declararon la procedencia del despido, si bien la sentencia de suplicación consideró nula la prueba obtenida por la empresa consistente en la revisión de correos electrónicos, por entender que se había vulnerado el secreto de las comunicaciones del trabajador.

La empresa y el trabajador recurrieron en casación para la unificación de la doctrina frente a la sentencia de suplicación. Mientras que el Tribunal Supremo desestimó (por falta de contradicción) el recurso interpuesto por el trabajador, estimó el recurso de la empresa, revocando parcialmente la sentencia de suplicación en lo referente a la validez de la prueba obtenida.

El Tribunal Supremo, antes de entrar a analizar en profundidad el recurso de la empresa y la aplicabilidad de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en el caso *Barbulescu*, analiza y acepta la posibilidad de que una empresa recurra una sentencia, aunque esta contenga un fallo plenamente estimatorio de sus pretensiones. En concreto, el Tribunal Supremo concluye que no se puede negar el acceso al recurso a la empresa, dado que: (i) estaba en juego la determinación de la extensión de los poderes empresariales de control; (ii) se debe permitir a la empresa acreditar todos los incumplimientos imputados en la carta de despido; y (iii), especialmente, la empresa debe tener la posibilidad de revocar la declaración de que había infringido los derechos fundamentales del actor, lo

que podría dar lugar a responsabilidades de toda índole.

Del mismo modo, el Tribunal Supremo concluye que la sentencia alegada como contradictoria por la empresa, la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 170/2013, de 7 de octubre, es una sentencia válida a efectos de casación unificadora de doctrina y que, además, es la que contiene la doctrina acertada sobre la materia. Así, el Tribunal Supremo considera que la sentencia de contraste es consecuente con un consolidado cuerpo jurisprudencial emanado del Tribunal Supremo (Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2007, de 8 de marzo de 2011 y de 6 de octubre de 2011) y del propio Tribunal Constitucional, que resume de la siguiente manera:

1) El poder de control empresarial: (a) es indispensable para la buena marcha de la organización productiva; (b) en las relaciones laborales se ha de producir una necesaria coordinación entre el interés y los derechos del trabajador y los de la empresa; y (c) el empresario puede regular el uso de los medios y sistemas informáticos de su titularidad, así como la facultad de su vigilancia y control.

2) El derecho a la intimidad: (a) garantiza el secreto respecto de la vida personal, cuyos contornos no pueden ser delimitados por terceros; (b) no se reduce al ámbito doméstico, sino que incluye otros ámbitos como el del trabajo; y (c) no es un derecho absoluto, sino que se puede ver limitado por otros fines constitucionalmente legítimos, siempre que sea de forma proporcionada.

3) El correo electrónico facilitado por el empresario puede formar parte del ámbito de protección del derecho a la intimidad, en función de las condiciones e instrucciones de uso fijadas por el propio empresario, ya que ello determinará la expectativa razonable de privacidad y confidencialidad del trabajador.

4) A la hora de llevar a cabo el control empresarial se deberá tener en cuenta: (i) la expectativa de privacidad, inexistente en supuestos de prohibición absoluta de uso personal de los medios empresariales; y (ii) los tradicionales criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida de control empleada.

En este sentido, el Tribunal Supremo considera que los criterios enunciados en el caso *Barbulescu II* por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) son perfectamente compatibles y coherentes con los tres principios tradicionales de la doctrina constitucional española (idoneidad, necesidad y proporcionalidad). En concreto, a la hora de realizar el análisis de proporcionalidad tradicionalmente exigido por el Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo afirma que se deberán tener en cuenta los aspectos señalados por el TEDH, es decir: (i) si el empleado fue informado por su empresa de que existían medidas de vigilancia de sus comunicaciones; (ii) cuál fue el alcance de la supervisión realizada y si se limitó a constatar el flujo de comunicaciones o si se accedió también a su contenido; (iii) si existía justificación empresarial para la vigilancia efectuada; (iv) si no existían medios menos intrusivos que los empleados por el empresario para conseguir el objetivo; (v) cuál fue el uso que hizo el empresario de la información obtenida; y (vi) las garantías ofrecidas al empleado, incluida la información previa de la posible revisión.

Por tanto, en esta sentencia el Tribunal Supremo ratifica la validez y vigencia de la doctrina y jurisprudencia españolas previas al caso *Barbulescu II* y ofrece, mediante esta relevante Sentencia, una guía de actuación más clara y precisa a las empresas a la hora de proceder a la revisión del correo electrónico de sus empleados.

Por todo lo antes expuesto se concluye que la empresa descrita cumple con los parámetros expuestos a sus trabajadores, pero si se ha

producido la vulneración a los derechos fundamentales del actor, el derecho a la intimidad al ser revisado sus correos electrónicos por parte de la empresa. Y la doctrina aplicada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) es sustancialmente coincidente con la jurisprudencia constitucional española, ya que ambas tienen como objetivo cohonestar el derecho a la vida privada y al secreto de las comunicaciones del trabajador con la facultad empresarial de comprobar la actividad profesional de sus trabajadores.

Conclusión del Capítulo

Como conclusión a este capítulo, sobre los elementos jurisprudenciales de los países estudiados, se puede decir que en **Venezuela** el Tribunal Supremo de Justicia posee una página electrónica a través de internet, la cual es de naturaleza informativa; al entender que se trata de medio auxiliar para que las partes puedan recrear su comparecencia ante los tribunales de justicia, o cualquier ciudadano pueda acceder libremente como fuente de consulta para ampliar sus conocimientos; además que brinda un amplísimo alcance sobre las normativas reglamentarias vigentes aplicables en el ámbito jurídico, entre otros puntos de interés.

Igualmente, para los medios de citación procesal, la Sala Constitucional prevé mediante la utilización de su página web las publicaciones electrónicas en Gaceta Oficial de las sucesivas citaciones de las partes en este proceso, no encontrándose domicilio procesal, ni para sus apoderados, motivo por el cual se solicita la perención de la causa por haber transcurrido más de un año.

Asimismo, la Sala de Casación Civil ordena citar a la demandada mediante cartel fijado en la cartelera de la Secretaría de la Sala de Casación Civil y en el portal electrónico del TSJ; para proceder a citar a una de las

partes involucradas ante la imposibilidad de hacerlo, para el tipo de sentencias de exequátur, y pueda lograrse la comparecencia de la parte involucrada en la controversia.

Igualmente, la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante la cual la Sala declaró sin lugar la solicitud de revisión, porque se legó que hubo indefensión de las partes, pues la audiencia oral y pública fue programada con suficiente tiempo. Y esa información estaba reflejada en el portal electrónico de este máximo tribunal, por lo que la parte contaba con la manera de enterarse y asistir a la misma. Por tanto, lo que se evidencia en el caso de autos es que la falta de seguimiento a la causa constituyó un acto de negligencia de la parte accionante.

Sobre el valor probatorio de las comunicaciones enviadas por correo electrónico cuando son llevadas al proceso judicial de carácter laboral, por medio de la cual se establece que con independencia de que al mensaje de datos se haya asociado o no una firma electrónica que identifique al emisor, su reproducción en formato impreso debe considerarse siempre como una copia fotostática. Asimismo, los correos electrónicos tienen la misma eficacia probatoria de una copia o reproducción fotostática, debiendo realizarse su control, contradicción y evacuación, de la forma prevista para los documentos escritos, por lo que el formato impreso de dicho medio electrónico se asemeja a una copia fotostática.

Por esta parte, los correos electrónicos tienen valor probatorio, y el artículo 395 del Código de Procedimiento Civil es aplicable en el supuesto que sea ejercido el control y contradicción de la prueba. Es interesante destacar que en un gran número de pruebas promovidas como correos electrónicos son desechados por los jueces, lo que destaca la importancia de la forma de promover y justificar el objeto de la prueba y por parte del

oponente de impugnarla. Pues, según lo analizado de la sentencia al imprimir el correo y ser presentado en juicio, pasa a ser una simple fotocopia que puede ser impugnada.

En cuanto a la conclusión sobre el criterio jurisprudencial de **Colombia** se aplica la Norma del Código General del Proceso sobre la valoración de mensajes de datos, que trata: a) la inhibición para decidir de fondo por ineptitud sustantiva de la demanda; b) Código General del Proceso: - Valoración de impresión en papel de mensajes de datos de conformidad con las reglas generales de documentos; c) Demanda por inconstitucionalidad: Requisitos mínimos; d) Demanda de inconstitucionalidad: Requisitos de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia. En la cual el Congreso de La República Decreta la Valoración de mensajes de datos: los documentos que hayan sido aportados en el mismo formato en que fueron generados, enviados, o recibidos, o en algún otro formato que lo reproduzca con exactitud. La simple impresión en papel de un mensaje de datos será valorada de conformidad con las reglas generales de los documentos.

En la Ley 527 el legislador estableció un conjunto de disposiciones generales sobre el uso de los mensajes de datos, previó reglas sobre el comercio electrónico en materia de transporte de mercancías, y reglamenta lo relativo a las firmas digitales, los certificados y las entidades de certificación. Bajo del Modelo de la CNUDMI, inicialmente el proyecto de ley preveía normas destinadas a organizar y regular primordialmente el comercio electrónico. Sin embargo, se adoptó una perspectiva más amplia sobre el problema del uso general de los documentos electrónicos y se creó una legislación también más integral al respecto.

En **España**, se concluye que se reconoce la procedencia del despido y se da validez a la prueba porque existen empresas que no realizan de un

modo genérico e indiscriminado la monitorización del ordenador de los empleados despedidos, sino tratan de encontrar elementos que permitieran seleccionar que correos examinar, así como utilizan para ello limitaciones temporales y palabras clave que pudieran concluir en qué correos podría existir información relevante para la investigación. En este sentido, se parte sobre la limitación de las políticas previas impuestas por el patrono hacia sus empleados, a la hora de realizar correos electrónicos.

CONCLUSIONES

A continuación se exponen los resultados obtenidos del presente estudio, cuyo objetivo general fue analizar el valor probatorio de los contratos electrónicos en el Derecho Mercantil Venezolano, con base a los objetivos específicos desarrollados en los diferentes capítulos, se puede concluir que representa un aporte significativo al Derecho Mercantil en su Temática: Contratación Electrónica. Con respecto al **primer capítulo** sobre la formación del contrato mercantil por medios electrónicos en Venezuela y en el derecho comparado, se concluye que:

El contrato es una convención entre dos o más personas para construir, reglar, transmitir, modificar o extinguir entre ellas un vínculo jurídico; pero no existe un concepto de contrato mercantil ya que este se sujeta de lo establecido en materia civil, de manera que un contrato será de carácter civil o mercantil de acuerdo a las personas que lo celebran y la finalidad que persigan al contratar. Así se puede mencionar que los contratos mercantiles son aquellos que tienen por objeto un acto de comercio de acuerdo a lo establecido en el Código de Comercio de Venezuela en su artículo 1º, aunque estos no sean ejecutados por comerciantes.

Sobre la prueba de las obligaciones mercantiles, impera el principio de libertad de pruebas mediante el cual las obligaciones mercantiles y su liberación se prueban con documentos públicos y privados, con los extractos de los libros de los corredores, firmados por las partes, con los libros de los corredores, facturas aceptadas, con los libros mercantiles de las partes contratantes, con telegramas, y/o cualquier otro medio de prueba que sea admitido por la ley civil.

El régimen jurídico de los contratos mercantiles se basa en el principio

general y común de la autonomía de la voluntad. Dicho principio está limitado por el orden público o buenas costumbres. Por consiguiente el principio de autonomía de la voluntad, es la facultad de los particulares para regir y ordenar su propia conducta mediante sus propias normas sin depender de nadie ni ser obligado a ello por algún impulso externo.

El ordenamiento jurídico venezolano, resuelve sobre el momento y lugar de la celebración del contrato mercantil: a) El contrato se forma tan pronto como el autor de la oferta tiene conocimiento de la aceptación de la otra parte; b) La oferta, la aceptación o la revocación por una cualquiera de las partes, se presumen conocidas desde el instante que ellas llegan a la dirección del destinatario, a menos que éste pruebe haberse hallado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerla; c) El contrato se forma en el lugar de residencia del autor de la oferta primitiva o de la propuesta modificada.

La contratación electrónica es aquella que se oferta y la aceptación se transmite por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos conectados a una red de telecomunicaciones; es decir, todo contrato es celebrado sin la presencia física simultánea de las partes, prestando éstas su consentimiento en origen y en destino por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenaje de datos.

El contrato mercantil perfeccionado por vía electrónica pertenece a la categoría de los contratos celebrados entre personas distantes; su adscripción al tipo de contrato concertado de manera instantánea o de modo sucesivo depende del servicio de internet a través del cual las partes entren en comunicación: correo electrónico o comunicación on line, mediante la vinculación con una página web.

El mensaje de datos es toda la información inteligible en forma electrónica o similar que pueda ser almacenada o intercambiada por cualquier medio; el emisor es la persona que origina un mensaje de datos

por sí mismo, o a través de terceros autorizados; y el destinatario es la persona a quien va dirigido el mensaje de datos.

La Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Comercio Electrónico desarrolló los principios rectores que a su vez han sido acogidos las diferentes legislaciones internas, para facilitar el desarrollo legal y armónico del comercio electrónico: tales como principio de la equivalencia funcional, neutralidad tecnológica, no alteración del derecho preexistente de obligaciones y contratos, y principio de buena fe.

En cuanto a la contratación electrónica en Venezuela, existen antecedentes sobre la regulación del comercio electrónico, destacando la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que reconoce el derecho al acceso universal a la información y el derecho al acceso a las innovaciones tecnológicas, reconoce el interés público de la tecnología, el conocimiento y la innovación, así como los servicios de información necesarios para ello.

Seguidamente la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, la cual tiene por objeto 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 sea susceptible de ser atribuida a personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, así como regular la prestación de los servicios de certificación electrónica, y establece una administración reguladora de la actividad.

La contratación electrónica en Colombia está regulada por la Ley 527, en la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación. Y España ha contribuido con diferentes leyes a la regulación de la contratación electrónica: La Ley 7/1998, sobre las

Condiciones Generales de la contratación, en la misma se regula el régimen jurídico de las cláusulas predispuestas en los contratos, denominados contratos de adhesión al imponerse por una de las partes a la otra, sin negociación. Son aplicables a la contratación electrónica, al ser este sistema el más extendido en Internet. La Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista, que regula la venta a distancia, de especial aplicación en el comercio electrónico. La Ley 34/2002, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. El Real Decreto 1906/1999, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales de la contratación.

En cuanto a la conclusión a que se llegó en el desarrollo del **segundo capítulo**, se observó lo siguiente:

La prueba es la actividad de las partes dirigida a crear en el juez la convicción de la verdad o falsedad de los hechos alegados en la demanda o en la contestación; es decir, la prueba es un acto de parte y no del juez, dado que las partes suministran el material probatorio al juez, del mismo modo que suministran los temas de la prueba en sus alegatos.

La prueba documental es uno de los medios disponibles para demostrar la veracidad de un hecho alegado, por cuanto la información que consta en documentos o escritos puede ser valorada por el juzgador como muestra veraz de la autenticidad de un hecho; para que los documentos tengan eficacia probatoria, deberán presentar algunos requisitos: a) Que se encuentre establecida su autenticidad, es decir, que se demuestre su certeza o certidumbre, de lo contrario carecerá de eficacia probatoria no dejando lugar a dudas acerca de su verdad; b) igualmente que el documento sea idóneo o conducente para demostrar los hechos que alega en el proceso; y c) que el documento sea reproducido en el proceso sin alteraciones, tachaduras o enmendaduras.

Es conveniente diferenciar la fuente de con el medio de prueba; en la fuente de prueba es un concepto extrajurídico que se corresponde con un hecho anterior al proceso, es decir, el hecho existe independientemente que se instaure o no un proceso. En tal circunstancia, el medio de prueba se refiere a los caminos que se utilizan para llevar, conducir, transportar los hechos al proceso. Por tanto, la prueba electrónica es el instrumento fundamental de la pretensión, deberá producirse con el escrito libelar o señalar en él la oficina o lugar donde se encuentre.

El medio de prueba son los modos aceptados en cada ley procesal como vehículos de la prueba, ejemplo: el testimonio, el documento, el indicio, la confesión, la inspección por el juez mismo, dictamen de peritos y concluye que el juez llega a conocer el hecho fuente y de éste deduce el hecho que se va a probar, así sea en forma directa e inmediata, si el hecho fuente es el mismo hecho que se quiere probar. También son medios de prueba admisibles en juicios aquellos que determina el Código Civil, el presente Código y otras leyes de la República.

El valor probatorio de los mensajes de datos en Venezuela, tendrán la misma eficacia probatoria que la ley otorga a los documentos escritos, 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. Es importante destacar que para el legislador venezolano los mensajes de datos constituyen documentos escritos, tal como se expresa anteriormente, por lo que gozan de la misma naturaleza de las pruebas documentales escritas.

Por ello, el principio de equivalencia funcional, se refiere a los actos jurídicos celebrados a través de medios electrónicos respecto de aquellos actos jurídicos suscritos en forma manuscrita, e incluso oral, constituye el principal fundamento del Comercio Electrónico. Se trata de un requisito sine

qua non del Comercio Electrónico, sin el cual no podría desarrollarse con la seguridad y confianza requerida por la sociedad. Es decir, este Principio de Equivalencia Funcional es la base fundamental para evitar la discriminación de los mensajes de datos electrónicos con respecto a las declaraciones de voluntad expresadas de manera escrita o tradicional.

En cuanto al valor probatorio de los contratos Electrónicos en Colombia La Ley 527 de 1999 o de Comercio Electrónico y Firmas Digitales, le otorga plena validez a los mensajes de datos reconociéndoles pleno valor jurídico. Así las autoridades tanto jurisdiccionales como administrativas, deben concederle plenos efectos a los documentos contenidos de manera digital. Se indica que para ello, se deben tener en cuenta los principios que se encuentran en la misma legislación; tales como: el principio de neutralidad tecnológica en el que señala entre otras cosas que los mensajes de datos se dan por cualquier información generada, enviada, recibida, archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el Intercambio Electrónico de Datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el telex o el telefax.

Otro principio que se observa en la citada ley, es la equivalencia funcional señalando que cuando cualquier norma requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos, si la información que éste contiene es accesible para su posterior consulta, por lo que se señala que los mensajes de datos deben ser tratados de la misma forma como los escritos en papel. Por tanto, el documento electrónico puede ser utilizado como medio probatorio en un proceso judicial o administrativo.

En el caso de España el valor probatorio de los contratos electrónicos, sin perjuicio de cualquier otro medio de prueba admitido en derecho, los registros electrónicos y telemáticos serán aceptados como medio de prueba,

pero para ello deberán: garantizar su autenticidad; identificar de modo fiable a las partes; no alterar su contenido; identificar el momento de su emisión y recepción. La consideración del documento electrónico como verdadera prueba documental puede parecer carente de contenido, pero es importante puesto que de la misma se deriva su valor probatorio, pasando de prueba de libre valoración a prueba tasada. Igualmente, la Ley de Firma Electrónica 59/2003, española, acota sobre la protección de los datos personales, en la que refiere al tratamiento de los datos personales que precisen los prestadores de servicios de certificación para el desarrollo de su actividad y los órganos administrativos para el ejercicio de las funciones atribuidas por esta ley.

En el **tercer capítulo** sobre las vicisitudes que enfrenta el valor probatorio de los contratos electrónicos en Venezuela y en el derecho comparado, se observaron las siguientes conclusiones:

La electrificación en Derecho Mercantil parte de la doctrina española para referirse a la sustitución del papel, referido a documentos en actos jurídicos por medio de soportes electrónicos; con esta desmaterialización se producen importantes consecuencias en el campo del Derecho Mercantil dada la versatilidad de redes comunicacionales en el sector empresarial.

La Ley sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas, en su artículo 5, expresa la no negación del efecto jurídico sobre la validez o fuerza que tenga la información en forma de mensaje de datos, lo cual proclama su equivalencia funcional cuando se requiere que la información conste por escrito, y que quede en un mensaje de datos su información para una consulta posterior.

Existe escasez en cuanto a las legislaciones encargadas de estudiar las condiciones de emisión y circulación electrónica de los títulos valores

modificados en su entorno comercial, sobre el soporte documental tradicional al electrónico; pero, el pagaré electrónico es el único título susceptible de emisión y circulación electrónica en iguales condiciones que se le viene dando al documento tradicional en papel.

Asimismo, la normativa norteamericana excluye al cheque y letra de cambio; por lo que es necesario reformulación en el entorno digital las consecuencias que implica la sustitución del soporte documental por un soporte intangible ya que el comercio electrónico ha generado una serie de normas orientadas a otorgar validez y eficacia a los documentos electrónicos. Por ende, los títulos valores se constituyen, en su concepto tradicional sobre la ficción de la incorporación del derecho al título, siendo éste derecho de naturaleza intangible y se materialice en un documento tangible que se emita en papel, tal que la exigencia con relación a los títulos cambiarios, es la obligación para pagar una suma de dinero en documento elaborado en papel y cuyo poseedor legítimo o tenedor es quién está facultado para ejercer ese derecho de crédito, por lo que estas exigencias son uno de los obstáculos para el uso de estos instrumentos en el ámbito del comercio electrónico.

La intangibilidad del documento y la relevancia jurídica de la presentación original del mismo en papel, es un desafío para el entorno electrónico, porque la facilidad de la copia en un archivo electrónico puede presentar dificultades cuando se pretenda diferenciar entre un original de una copia, por lo que se pone de manifiesto la elaboración de una regulación específica, orientada a lograr la adaptación de estos títulos negociables.

La firma electrónica permite la identificación de las partes que realicen cualquier tipo de negocio jurídico vía electrónica y que conciba un intercambio de información o datos a través de soportes electrónicos, por ende es el requisito más importante, que le da autenticidad a las partes

contratantes , proporcionando 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 tales como criptografía biométrica, asimétrica, entre otros.

La firma electrónica es el conjunto de datos en forma electrónica consignados junto a otros o asociados con ellos, que pueden ser utilizados como medio de identificación del firmante. Igualmente, se considera la firma electrónica reconocida a la firma electrónica avanzada, basada en un certificado reconocido y generada mediante un dispositivo seguro de creación de firma. En España, esta firma electrónica reconocida tendrá respecto de los datos consignados en forma electrónica el mismo valor que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel.

La fecha electrónica es el conjunto de datos en forma electrónica utilizados como medio para constatar el momento en que se ha efectuado una actuación sobre otros datos electrónicos a los que están asociados.

La sentencia N^o.460 de fecha 05 de octubre de 2011 de la Sala de Casación Civil de Tribunal Supremo de Justicia, refiere que las copias fotostáticas de los documentos promovidos en juicio pasan a tener pleno valor probatorio.

Sobre los beneficios de la factura electrónica a nivel mundial, en el sector empresarial, tienen alto impacto global en la modernización administrativa, mejora los procesos electrónicamente comerciales, facilita el cumplimiento de las obligaciones, disminuye costos y optimiza la trazabilidad. Asimismo, para los exportadores: reducirá el costo en almacenamiento de papel, facilitará la digitalización de la contabilidad, poseerá relaciones directas con la autoridad tributaria, información a tiempo real, es el primer paso para la digitalización de los procesos industriales en el comercio internacional, posee alto grados de confiabilidad en la

información gracias a la firma electrónica, evoluciona naturalmente de un modelo asíncrono a un modelo en tiempo real por las validaciones en línea, la interoperabilidad de sistemas gracias a la fe mejora la logística, y alcanza mayor celeridad a la hora de solicitar devoluciones de saldos a favor.

La factura electrónica tiene los mismos efectos que la factura expedida en papel, sólo que se expiden y se reciben en formato electrónico; y, en el desarrollo de la factura electrónica, es esencial el rol que ejercen los proveedores tecnológicos autorizados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

La documentación digital en materia de tributación, en este caso, está referido a los documentos electrónicos, como un conjunto de impulsos eléctricos que recaen en un soporte de computadora, y que sometidos a un adecuado proceso, permiten su traducción al lenguaje natural a través de una pantalla o una impresora, pero lo que se lee en la pantalla o lo impreso no son el documento electrónico original sino copias, ya que el original no se podrá utilizar directamente, debido a que su contenido no puede ser aprehendido por nuestros sentidos.

En Venezuela, mediante la incorporación de la modalidad de facturación electrónica por el Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), se busca disminuir la evasión fiscal. El Estado Venezolano dispone de información directa en línea de las transacciones compra-venta por lo que le es difícil a las personas naturales y jurídicas cometer fraude.

En Colombia, la facturación electrónica reducirá la evasión de impuestos fiscales, con esta nueva normativa las empresas podrán tener un mejor control de sus actividades contables para la declaración de impuestos, y a su vez, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) tendrá la posibilidad de hacer una revisión más detallada en la búsqueda por

acabar con la afectación que le supone al Estado la evasión de impuestos.

En el comercio electrónico se presenta un porcentaje elevado de contrataciones electrónicas de consumo que se desarrollan sin el uso de la firma digital ni tampoco la intervención de las entidades certificadoras, ciertamente, debido a sus elevados costos.

No ha sido resuelta la problemática en su totalidad sobre la documentación electrónica, de poco sirve la impresión de la página web o el archivo electrónico de los mismos porque son fácilmente manipulables, por ello la prueba resultará extremadamente difícil, teniendo las partes que buscar la prueba de indicios, la persistencia de la información de la página web en el momento del pleito, la coincidencia no acordada de varios destinatarios de servicios de la sociedad de la información en el contenido del contrato, entre otros; y debido a ello se hace imprescindible expandir los contratos electrónicos mediante un control más eficaz, y que el origen de los contratos, cancele los impuestos en el país que se celebre, tales negociaciones se dan mucho mediante las ventas y compras por internet, y además cuyos costos del producto se asumen sólo los de entrega en físico; problema que debería ser resuelto si se acataran las normativas vigentes.

En Venezuela el Tribunal Supremo de Justicia posee una página electrónica a través de internet, la cual es de naturaleza informativa, además que brinda un amplísimo alcance sobre las normativas reglamentarias vigentes aplicables en el ámbito jurídico, entre otros puntos de interés; y cuyos medios de citación procesal a las partes del proceso, se ordena citar mediante cartel fijado en la cartelera de la Secretaría de la Sala de Casación Civil y en el portal electrónico del Tribunal Supremo de Justicia; Igualmente, la Sala declaró sin lugar la solicitud de revisión, porque se alegó que hubo indefensión de las partes, pues la audiencia oral y pública fue programada con suficiente tiempo. Y esa información estaba reflejada en el portal

electrónico de este máximo tribunal, por lo que la parte contaba con la manera de enterarse y asistir a la misma.

Sobre el valor probatorio de las comunicaciones enviadas por correo electrónico cuando son llevadas al proceso judicial de carácter laboral, por medio de la cual se establece que con independencia de que al mensaje de datos se haya asociado o no una firma electrónica que identifique al emisor, su reproducción en formato impreso debe considerarse siempre como una copia fotostática. Al igual que los correos electrónicos tienen valor probatorio, y el artículo 395 del Código de Procedimiento Civil es aplicable en el supuesto que sea ejercido el control y contradicción de la prueba.

En cuanto a la conclusión sobre el criterio jurisprudencial de Colombia se aplica la Norma del Código General del Proceso sobre la valoración de mensajes de datos, que trata: a) la inhibición para decidir de fondo por ineptitud sustantiva de la demanda; b) Código General del Proceso: - Valoración de impresión en papel de mensajes de datos de conformidad con las reglas generales de documentos; c) Demanda por inconstitucionalidad: Requisitos mínimos; d) Demanda de inconstitucionalidad: Requisitos de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia. En la Ley 527 el legislador estableció un conjunto de disposiciones generales sobre el uso de los mensajes de datos, previó reglas sobre el comercio electrónico en materia de transporte de mercancías, y reglamenta lo relativo a las firmas digitales, los certificados y las entidades de certificación.

En España, se concluye que se reconoce la procedencia del despido y se da validez a la prueba porque existen empresas que no realiza de un modo genérico e indiscriminado la monitorización del ordenador de los empleados despedidos, sino tratan de encontrar elementos que permitieran seleccionar que correos examinar, así como utilizan para ello limitaciones temporales y palabras clave que pudieran concluir en qué correos podría

existir información relevante para la investigación. En este sentido, se parte sobre la limitación de las políticas previas impuestas por el patrono hacia sus empleados, a la hora de realizar correos electrónicos.

RECOMENDACIONES

Se insertan en este aparte, las recomendaciones que dieron lugar en el presente estudio:

El contrato debe darse entre dos o más personas para construir, reglar, transmitir, modificar o extinguir entre ellas el vínculo jurídico; y en los contratos mercantiles deben poseer por objeto un acto de comercio de acuerdo a lo establecido en el Código de Comercio de Venezuela en su artículo 1º, aunque estos no sean ejecutados por comerciantes.

Sobre la prueba de las obligaciones mercantiles, debe imperar el principio de libertad de pruebas mediante el cual las obligaciones mercantiles y su liberación se prueban con documentos públicos y privados, y/o cualquier otro medio de prueba que sea admitido por la ley civil.

El régimen jurídico de los contratos mercantiles debe estar basado en el principio general y común de la autonomía de la voluntad; el cual debe estar limitado por el orden público o buenas costumbres; esta facultad de los particulares rige y ordena su propia conducta mediante sus propias normas sin depender de nadie ni se obliga a ello por algún impulso externo.

El ordenamiento jurídico venezolano, debe resolver sobre el momento y lugar de la celebración del contrato mercantil: a) El contrato ha de formarse tan pronto como el autor de la oferta tiene conocimiento de la aceptación de la otra parte; b) La oferta, la aceptación o la revocación por una cualquiera de las partes, deben presumirse conocidas desde el instante que ellas llegan a la dirección del destinatario, a menos que éste pruebe haberse hallado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerla; c) El contrato debe formarse en el lugar de residencia del autor de la oferta primitiva o de la propuesta modificada.

Para la contratación electrónica ha de ofertarse y su aceptación debe ser transmitida por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos conectados a una red de telecomunicaciones. Igualmente, para que se dé el contrato mercantil perfeccionado por vía electrónica debe pertenecer a la categoría de los contratos celebrados entre personas distantes; y las partes entran en comunicación mediante la web.

Asimismo el mensaje de datos debe contener toda la información inteligible en forma electrónica o similar que pueda ser almacenada o intercambiada por cualquier medio; debe tener un emisor y un receptor. Por tanto, los principios rectores que a su vez han sido acogidos las diferentes legislaciones internas, deben facilitar el desarrollo legal y armónico del comercio electrónico: tales como principio de la equivalencia funcional, neutralidad tecnológica, no alteración del derecho preexistente de obligaciones y contratos, y principio de buena fe.

En este orden de ideas, la prueba como actividad de las partes, debe estar dirigida a crear en el juez la convicción de la verdad o falsedad de los hechos alegados en la demanda o en la contestación; es decir, la prueba deber ser un acto de parte y no del juez; las partes suministran el material probatorio al juez, del mismo modo que suministran los temas de la prueba en sus alegatos.

La prueba documental debe ser uno de los medios disponibles para demostrar la veracidad de un hecho alegado, por cuanto la información que consta en documentos o escritos puede ser valorada por el juzgador como muestra veraz de la autenticidad de un hecho. Por consiguiente, es conveniente diferenciar la fuente de con el medio de prueba; en la fuente de prueba es un concepto extrajurídico que se corresponde con un hecho anterior al proceso, es decir, el hecho existe independientemente que se instaure o no un proceso.

El medio de prueba debe ser el modo aceptado en cada ley procesal como vehículo de la prueba, ejemplo: el testimonio, el documento, el indicio, la confesión, la inspección por el juez mismo, dictamen de peritos.

El valor probatorio de los mensajes de datos en Venezuela, ha de tener la misma eficacia probatoria que la ley otorga a los documentos escritos, 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. Es importante destacar que para el legislador venezolano los mensajes de datos deben constituir documentos escritos, por lo que gozan de la misma naturaleza de las pruebas documentales escritas.

El principio de equivalencia funcional, debe estar referido a los actos jurídicos celebrados a través de medios electrónicos respecto de aquellos actos jurídicos suscritos en forma manuscrita, e incluso oral, pues constituye el principal fundamento del Comercio Electrónico.

En cuanto al valor probatorio de los contratos Electrónicos en Colombia La Ley 527 de 1999 o de Comercio Electrónico y Firmas Digitales, le otorga plena validez a los mensajes de datos reconociéndoles pleno valor jurídico. Se deben tener en cuenta los principios que se encuentran en la misma legislación; tales como: el principio de neutralidad tecnológica en el que señala entre otras cosas que los mensajes de datos se dan por cualquier información generada, enviada, recibida, archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el Intercambio Electrónico de Datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el telex o el telefax.

El valor probatorio de los contratos electrónicos, sin perjuicio de cualquier otro medio de prueba admitido en derecho, los registros electrónicos y telemáticos deberán ser aceptados como medio de prueba, pero para ello deben: garantizar su autenticidad; identificar de modo fiable a

las partes; no alterar su contenido; identificar el momento de su emisión y recepción. La consideración del documento electrónico como verdadera prueba documental puede parecer carente de contenido, pero es importante puesto que de la misma se deriva su valor probatorio, pasando de prueba de libre valoración a prueba tasada.

La intangibilidad del documento y la relevancia jurídica de la presentación original del mismo en papel, es un desafío para el entorno electrónico, es recomendable porque la facilidad de la copia en un archivo electrónico puede presentar dificultades cuando se pretenda diferenciar entre un original de una copia, por lo que se pone de manifiesto la elaboración de una regulación específica, orientada a lograr la adaptación de estos títulos negociables,

La firma electrónica debe permitir la identificación de las partes que realicen cualquier tipo de negocio jurídico vía electrónica y que conciba un intercambio de información o datos a través de soportes electrónicos, por ende es el requisito más importante, que le da autenticidad a las partes contratantes, proporcionando además protección de la misma, contenida en el documento electrónico para la conservación íntegra de dicho instrumento.

La fecha electrónica ha de ser el conjunto de datos en forma electrónica la cual debe ser utilizada como medio para constatar el momento en que se ha efectuado una actuación sobre otros datos electrónicos a los que están asociados. Las copias fotostáticas de los documentos promovidos en juicio pasarán a tener pleno valor probatorio; y sobre los beneficios de la factura electrónica a nivel mundial, en el sector empresarial, deben tener alto impacto global en la modernización administrativa, mejorar los procesos electrónicamente comerciales, facilitar el cumplimiento de las obligaciones, disminuir costos y optimizar la trazabilidad. Asimismo, para los exportadores: debe reducir el costo en almacenamiento de papel, facilitar la digitalización

de la contabilidad, poseer relaciones directas con la autoridad tributaria, información a tiempo real, es el primer paso para la digitalización de los procesos industriales en el comercio internacional

La factura electrónica debe tener los mismos efectos que la factura expedida en papel, sólo que se expidan y se reciben en formato electrónico; y, en el desarrollo de la factura electrónica, es esencial el rol que ejercen los proveedores tecnológicos autorizados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

La documentación digital en materia de tributación, en este caso, deberá estar referido a los documentos electrónicos, y que sometidos a un adecuado proceso, permitirán su traducción al lenguaje natural a través de una pantalla o una impresora.

En Venezuela la factura Electrónica será determinada las pautas a seguir por el Servicio de Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), el cual dispondrá de información directa en línea con la finalidad de reducir en su mínima expresión la evasión fiscal.

Por su parte en Colombia con la Facturación Electrónica las empresas podrán tener un control más juicioso de sus actividades contables para la declaración de impuestos. Esta modalidad de factura también contribuye a disminuir la evasión de impuestos fiscales.

Para el Reino de España y la comunidad Europea representa un gran reto la fiscalización electrónica por cuanto existen problemas en la tributación de las empresas online; es por ello que estas grandes corporaciones tecnológicas deben pagar sus impuestos allí donde obtienen sus beneficios.

En el comercio electrónico debe minimizarse los costos, ya que se

presenta un porcentaje elevado de contrataciones electrónicas de consumo que se desarrollan sin el uso de la firma digital ni tampoco la intervención de las entidades certificadoras.

Sobre el valor probatorio de las comunicaciones enviadas por correo electrónico cuando son llevadas al proceso judicial de carácter laboral, por medio de la cual se establece que con independencia de que al mensaje de datos se haya asociado o no una firma electrónica que identifique al emisor, su reproducción en formato impreso debe considerarse siempre como una copia fotostática.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALCAIDE DE LA FUENTE, María A. (2009) Relaciones comerciales por medios electrónicos. Edición electrónica No. ISBN-13: 978-84-692-5044-0. [Consulta: 2018, septiembre 19]. Disponible en: <http://www.eumed.net/libros/2009b/556/>.
- ANDINO ALARCÓN, Mauro (2016). Sistema de facturación electrónica reducirá hasta un 30% de evasión fiscal en el país. En: Correo del Orinoco, lunes 04 de abril de 2016.
- ARIAS M, (2002). La formación y perfección del contrato por internet. Revista Chilena de Derecho, Vol.29, No.1, Sección Estudios.
- ARRIETA, Miguel (2008) El comercio electrónico y la descodificación mercantil. Bicentenario del Código de Comercio Francés. MORLES HERNANDEZ-IRENE VALERA. Capítulo IV. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Universidad Católica Andrés Bello, Asociación Franco-Venezolana de Juristas, Embajada de Francia en Venezuela. Caracas, Venezuela.
- BÁEZ, J y PÉREZ (2007), Investigación Cualitativa, Madrid, España: ESIC Editorial.
- BALESTRINI ACUÑA, Mirian (2002). *Cómo se elabora el proyecto de investigación*. Sexta Edición. Caracas, Venezuela. Consultores Asociados Servicio Editorial.
- BELLO LOZANO, Humberto. Tratamiento de los Medios de Prueba en el Nuevo Código de Procedimiento Civil.
- BONIVENTO CORREA, Pedro Felipe (2000). La autonomía privada de la voluntad frente a los Contratos de Derecho Privado. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, República de Colombia.
- CABRERA ROMERO, Jesús Eduardo (1997). Contradicción y control de la prueba legal y libre. Tomo I. Caracas, Editorial Jurídica Alva.
- CALVO BACA, Emilio (2015) Código de Procedimiento Civil de Venezuela comentado y concordado. Décima Edición. Ediciones Libra. Caracas – Venezuela.
- CAMACHO CLAVIJO, Sandra (2005). Derecho de las Nuevas Tecnologías.

Partes Intervinientes, Formación y Prueba del Contrato Electrónico. Universidad Autónoma de Barcelona. España: Editorial Reus, S.A.

Cámara Colombiana de Comercio Electrónico (2018). La realidad de la factura electrónica en Colombia. [Consulta: 2018, septiembre 19]. Disponible en: <https://www.ccce.org.co/noticias/la-realidad-de-la-factura-electronica-en-colombia>.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 5.453 del 24 de Marzo de 2000. 1ra. Enmienda 15-02-2009, Gaceta Oficial No. 5.908. Caracas, Venezuela

Código Civil de Venezuela (1982). Publicado en la Gaceta Extraordinaria Nº2.990 del 26 de Julio de 1982.

Código Civil Español, (1889) Real Decreto del 24 de Julio de 1889, Anotado y Concordado por Dr. D. Manuel de Bofarull. 2da. Edición. Ministro de Gracia y Justicia. España.

Código de Comercio (1955). Gaceta Oficial Extraordinaria, Nº 475 de la República de Venezuela. Caracas, Venezuela.

Código de Procedimiento Civil (1990). Gaceta Oficial Nº 4.209 Extraordinaria de fecha 18 de septiembre de 1990.

CORBETTA, P. (2007) Metodología y técnicas de investigación social, editorial Mac-Graw/Hill,

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 4 de septiembre de 2007. M P. Arturo Solarte Rodríguez.

Decreto con Fuerza de Ley de Registro Público y Notariado, Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No.5.556. Extraordinario de 13 de noviembre de 2001.

Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. (2018).Edición electrónica [Consulta: 2018, agosto 11]. Disponible en: www.rae.es/recursos/diccionarios.

Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) (2017), Proyecto de Factura Electrónica. República de Colombia. [Consulta: 2018, julio 25]. Disponible en: <https://www.dian.govco/fizcalizacioncontrol/herramientaconsulta/FacturaElectronica/Factura%20Electronica/Mar%C3%ADa%20Pierina%20Gonz%C3%A1lez%20>

%20Colombia% 2004%2012%202017.pdf.

ELORZA, Odón (2018). La fiscalidad del comercio online. [Consulta: 2018, Julio 30]. Disponible en: https://www.eldiario.es/tribunaabierta/fiscalidad-comercio-online_6_748985104.html.

FINOL, T., & Nava, H. (1996). Procesos y Productos en la Metodología de la Investigación. Maracaibo. Ediluz.

GRANDE SANZ, Marta (2015). La prueba del convenio arbitral electrónico ante los tribunales de justicia españoles. Universidad Pontificia Comillas de Madrid, España. Trabajo de Tesis para la obtención de Título de Doctor.

GOMEZ SOARES, Fernanda Sabah (2009). La prueba en la contratación electrónica de consumo. En: Revista Internacional de Estudios sobre Derecho Procesal y Arbitraje. No. 3 – 2009. [Consulta, 2018, julio 24], Disponible en: <file:///C:/Users/windows/Downloads/Dialnet-LaPruebaenlacontratacionElectronicaDeConsumo-3194106.pdf>.

GOMEZ, V. (2004). La realidad jurídica del comercio electrónico en Colombia. Trabajo de grado. Universidad Javeriana de Bogotá. República de Colombia.

GONZÁLEZ GRANDA, Piedad (2007). “Protección judicial y extrajudicial de consumidores y usuarios en el ámbito del comercio electrónico”, Diario la Ley, Nº 6733, Sección Doctrina, 12 de junio de 2007, Año XXVIII.

GUTIÉRREZ, María (2003) Consideraciones sobre el tratamiento jurídico del comercio electrónico. Internet Comercio Electrónico y Telecomunicaciones. Bogotá, República de Colombia. Universidad de los Andes. Ediciones Legis.

HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto; FERNÁNDEZ COLLADO, Carlos; y BAPTISTA LUCIO, Pilar (2009). *Metodología de la investigación*. 4ta. Edición. México: Mc Graw Hill Interamericana.

HERNÁNDEZ, Juan Carlos (2012). La protección de datos personales en Internet y el habeas data. En Revista Derecho y Tecnología No. 13, 2012.

HERNÁNDEZ W, Civilizar (2012). La formación del Contrato Electrónico en el Marco de la Comunidad Andina de Naciones.

HOYOS C. (2000). Un modelo para investigación documental. Medellín: Señal Editora,

- ILLESCAS, R. (s/f) Derecho de la contratación electrónica, Venezuela.
- JELEZTCHEVA, María y RODRÍGUEZ, Luisa (2010). Los contratos electrónicos. Derecho y Tecnología. Edición No. 11. Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal, Venezuela.
- JURADO A. (2013). Valor probatorio del documento electrónico en Venezuela. [Consulta: 2018, junio 25]. Disponible en: <http://www.alc.com.ve/valor-probatorio/>.
- LANDÁEZ OTAZO, Leoncio y LANDÁEZ ARCAYA, Nelly (2007). La equivalencia funcional, la neutralidad y la libertad informática. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, No. 3.
- Ley 527. Comercio Electrónico y Firmas Digitales. Diario oficial 43.673 de fecha 21 de agosto de 1999. República de Colombia.
- Ley 906 de 2004. Código de Procedimiento Penal Colombiano. República de Colombia. 31 de Agosto de 2004.
- Ley 1819/2016 – Artículo 308 de la Ley que modifica el Artículo 616-1 Factura o Documento Equivalente. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN-Colombia) (2017).
- Ley 1564 de 2012. Diario Oficial 48489 del 12 de julio de 2012, Congreso de la República por medio del cual se dictan otras disposiciones. República de Colombia. [Consulta, 2018, julio 27]. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html.
- Ley 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSICE). España.
- Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. España.
- Ley de Firma Electrónica. (2003). Ley 59/2003. Ley de Firma Electrónica. Boletín Oficial del Estado. BOE No. 304 Legislación Consolidada. España.
- Ley de Comercio Marítimo (2001). Decreto con Fuerza de Ley de Comercio Marítimo, Gaceta Oficial No. 5.5512, de fecha 09 de noviembre de 2001.
- Ley de Enjuiciamiento Civil. (2000) Publicado en el BOE N° 7 de fecha 08/01/2000. España.
- Ley Especial contra Delitos Informáticos (2001), publicada en Gaceta Oficial N°37.313 del 30 de Octubre del 2001.

Ley de Caja de Valores (1996). Gaceta Oficial de la República de Venezuela No. 36.020 del 13 de _Agosto de 1966.

Ley para la Defensa de las personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, publicada en la Gaceta Oficial N°39.358 del 01 de Febrero de 2010.

Ley de Registro Público y del Notariado. (2014). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. No. 6.156, Extraordinario, de fecha: 19 de noviembre de 2014.

Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico. UNCITRAL: United Nations Commission on International Trade Law. (1996). Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico con la guía para su incorporación al derecho interno (1996). Naciones Unidas, New York, 1999.

Ley sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas, (LMDFE) (2001), Decreto Ley No. 1204, Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.148, Extraordinario, Caracas, 10 de Febrero de 2001.

MARTÍN GAVILÁN, César (2009). El documento y sus clases: Análisis documental: indización y resumen. Temas de Biblioteconomía. [Consulta: 2018, septiembre 4]. Disponible en: [www.http://eprints.rclis.org/14605/1/tipdoc.pdf](http://eprints.rclis.org/14605/1/tipdoc.pdf).

MARTINEZ, J. (2011). Métodos de investigación cualitativa N°8 (1) julio-diciembre (2011). [Consulta, 2018, julio 15]. <http://www.cide.edu.co/ojs/index.php/silogismo/article/viewFile/64/53>.

Ministerio de Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones. Guía para la gestión de documentos y expedientes electrónicos. Archivo General de la Nación, Colombia.

MONSALVE GONZÁLEZ, Karlith (2009). Valor jurídico de la firma electrónica en el sistema legal venezolano. Universidad Católica del Táchira. Caracas, Venezuela.

MORENO, M. (1998). Contratos Electrónicos. Granada, editorial Marcial Pons. Madrid.

MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo (2005). Cuso de Derecho Mercantil. Los Contratos Mercantiles. Tomo IV. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas.

MORLES HERNANDEZ, Alfredo (2008). Curso de Derecho Mercantil Tomo

- VI. Caracas. Universidad Católica Andrés Bello. Editorial Texto, C.A.
- Nisimblatt, N. (2010) El manejo de la Prueba Electrónica en el Proceso Civil Colombiano. Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías de Información. Universidad de los Andes. Colombia.
- ODREMAN, G. (2003). “La eficacia probatoria del mensaje de datos y la firma electrónica según la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas.” Tesis para optar a especialista en Derecho Procesal. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. Venezuela.
- Organización de las Naciones Unidas. (1996). Ley modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Comercio Electrónico, 85ª de 19 de Diciembre de 1996.
- OVALLE FAVELA, José (2014). Teoría general del proceso. 7ma. Edición. Universidad de Oxford. GB.
- PEÑARANDA QUINTERO, Héctor (2005). El documento electrónico como medio de prueba en el proceso civil venezolano. Trabajo de Grado para optar al título de Magister en Derecho Procesal Civil. Universidad del Zulia.
- PEREZ PORTO, Julián y MERINO, María (2012). Qué significa WWW. [Consulta: 2018, agosto 11]. Disponible en: <https://definicion.de/www/>.
- RAMÍREZ, Sulmer Paola (2014) “El documento electrónico en el ámbito laboral y su uso como medio de prueba”. Revista Derecho y Tecnología. Edición 2014, N°15. Universidad Católica del Táchira.
- RAMIREZ, Sulmer Paola (2014) “Valor jurídico probatorio del correo electrónico promovido en formato impreso” Revista Derecho y Tecnología. Edición 2013, N°14. Universidad Católica del Táchira.
- Real Decreto 1906/1999, del 17 de diciembre de 1999, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica en España.
- Reglamento Parcial del Decreto Ley sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas (2004). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 38.086 del 14 de Diciembre de 2004. Decreto Ley No. 3.335 del 12 de Diciembre de 2004.
- RENGEL-ROMBERG, Arístides (1997) Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano, Volumen I, III y IV. 6ta edición. Caracas, Editorial Arte.
- RICO CARRILLO, Mariliana. (2007). Derecho de las nuevas tecnologías,

Buenos Aires, Argentina. Editorial La Roca.

RICO CARRILLO, Mariliana. (2015). La electrificación de los títulos cambiarios en el Derecho estadounidense. Disponible en: [material de consulta Dra. Betina Contreras, 2018, julio 29].

RICO CARRILLO, Mariliana. (2015). La electrificación del Derecho mercantil. [Consulta: 2018, julio 25]. Disponible en: material de consulta Dra. Betina Contreras, Diciembre 2015.

RIVERA MORALES, Rodrigo (2007). Nulidades procesales penales y civiles. Barquisimeto, Estado Lara, Editorial Librería Jurídica Rincón.

RODRIGUEZ, G. (2013). "Principios jurídicos del contrato electrónico en el marco del comercio B2B: Especial referencia a los PYMES de los países en desarrollo. Revista Derecho y Tecnología". Edición 2013, N°14. Universidad Católica del Táchira.

RODRÍGUEZ SARMIENTO, Sergio (2018). Factura electrónica reducirá la evasión. [Consulta: 2018, julio 30]. En: Diario en línea www.elcolombiano.com/negocios/factura-electronica-reducira-la-evasion-DF8610216.

RUIZ OLABUENAGA, José Ignacio (2012). *Metodología de la Investigación Cualitativa*. 5ta. Edición. Universidad de Deusto. Bilbao. España.

SAAVEDRA ROJAS, Edgar (2002). Temas actuales de Derecho Procesal Penal. VI Jornadas de Derecho Penal. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas.

SANTOS, Ling (2015). Reflexiones y comentarios jurídicos. [Disponible en: material de consulta Dra. Betina Contreras, UCAT, 2018, julio 29, p. 1] [<http://www.estudiosjuridicoslingsantos.com/2012/01/nociones-basicassobrelos-titulos.html>].

Sánchez F. (2011) Del correo electrónico, su valor probatorio y otras vicisitudes. Revista *Ámbito Jurídico*. 13 de julio de 2011. Colombia

SÁNCHEZ, O.(s/f)El valor probatorio de la firma electrónica. En: PEGUERA POCH, Miquel (coordinador). *Derecho y nuevas tecnologías*, 1ª ed. Barcelona: Universidad Abierta de Cataluña

SANCHIS, C. (1999) *La prueba por soportes informáticos*. Valencia: Tirant lo Blanch

SARTORI, G. (1984) *La política, lógica y método en las ciencias sociales*. México. Fondo de Cultura Económico.

Sentencia de la Sala Plena de la Corte Constitucional (2/11/2016), República de Colombia. [Consulta: 2018, Julio 27]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-604-16.htm>

Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT) Ministerio del Poder Popular para la Economía y Finanzas. (1994) Decreto No. 310. Se fusionan Aduanas de Venezuela, Servicio Autónomo (AVSA) y el Servicio Nacional de Administración Tributaria (SENAT) para dar paso a la creación del Servicio Nacional Integrado de Administración Tributaria (SENIAT), según Decreto Presidencial N° 310 de fecha 10 de agosto de 1994, publicado en la Gaceta N° 35.525, 16 de agosto de 1994.

SORO RUSSEL, Olivier (2016). Principio de autonomía de la voluntad privada en la contratación: Génesis y contenido actual. Colección Jurídica General, Monografías. Universidad Complutense de Madrid. España, Editorial Reus, S.A.

Superintendencia de Certificación Electrónica (SUSCERTE) (2001). Decreto Ley No. 1204. De 10 de febrero de 2001, sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas, publicado en la Faceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 37.148 del 28 de Febrero de 2001.

TÉLLEZ, Julio (2009) Derecho Informático, 3ª. Ed., México.

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Caracas 26 de septiembre de 2013. "Recurso interpuesto contra la sentencia del Juzgado Superior Primero del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Aragua, de fecha 26 de mayo de 2011". En Revista Derecho y Tecnología. No. 15/2014. Universidad Católica del Táchira.

Tribunal Supremo de Justicia. (2001). Sentencia No.982. Sala Constitucional de 06 de Junio de 2001.

Tribunal Supremo de Justicia (2013). Sentencia de la Sala Constitucional de fecha 16 de diciembre 2013. [Consulta: 2018, julio 30]. Disponible el texto íntegro de la sentencia en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/diciembre/159750-1777-161213-2013-13->

Tribunal Supremo de Justicia (2014). Sentencia. [Consulta: 2018, Julio 31]. Disponible el texto íntegro de la sentencia en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/febrero/160791-exe-000044-3214-2014-09-615>.

Tribunal Supremo de Justicia (2015), Sala de Casación Social. Sentencia No. 905. [Consulta: 2018, julio 29]. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/octubre/181594-0905-71015->

2015-14-880.HTML

Tribunal Supremo de Justicia (2016). Sentencia de la Sala de Casación Civil. [Consulta: 2018, julio 30]. Disponible el texto completo en: <http://www.tsj.gob.ve/decisiones/scc/junio/188346-RC.000369-15616-2016-15-909.html>.

Tribunal Supremo España. (2018). Sentencia Recurso de Casación. [Consulta: 2018, julio 31]. Disponible en: https://www.elderecho.com/tribuna/laboral/Control-empresa-correo-electronico-empleado-sentencia-Barbulescu_11_1211680001.html

Universidad Pedagógica Experimental Libertador (2010). *Manual de Trabajos de Grado de Especialización y Maestría y Tesis Doctorales*. 5ta. Edición. Caracas: Fondo Editorial de la Universidad Pedagógica Experimental Libertador. FEDUPEL.

VASQUEZ SÁNCHEZ, María Alejandra (2012). La influencia de las nuevas tecnologías en el derecho probatorio venezolano: los desafíos de la administración de justicia del siglo XXI. En: Revista de Derecho y Tecnología No. 13/2012. Universidad Católica del Táchira.

VEGA VEGA, José Antonio (2005) Contratos Electrónicos y Protección de los Consumidores. Universidad Complutense de Madrid. Colección de Derecho de las Nuevas Tecnologías. Madrid: Editorial Reus.

VELANDIA, P. (2011). “El documento electrónico y sus dificultades probatorias”. Tesis Doctoral para optar al título de Doctor en Ciencias mención Derecho. Universidad Central de Venezuela. Caracas. Venezuela.

VILLEGAS CASTILLEJOS, José Guadalupe (2014). Comprobantes Fiscales Digitales y Facturación Electrónica. México. En: Revista Derecho y Tecnología No. 15/2014. México.

VICTORIA, M. (2000). Los Mensajes de Datos y la Prueba de los Negocios, Actos y Hechos con relevancia jurídica soportados en Formatos Electrónicos. Caracas – Venezuela

ZULUAGA, Luis (2011). “La prueba electrónica en el proceso civil en Colombia. Marco legal, aporte, valoración.” Tesis para optar al título de Especialista en Derecho Procesal, Universidad de Antioquia, Colombia.