



Jurisprudencia





La Ley sobre Mensajes de Datos y Firma Electrónica. Comentarios a la Sentencia de fecha 12 de febrero de 2008

María Inés Arias Ferrer
Instituto de Filosofía del Derecho
Maracaibo-Venezuela
ariasderincon@hotmail.com

1. Introducción

El objeto de estudio de este comentario se circunscribe a una parte muy concreta de la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 12 de febrero de 2008, la cual tuvo como ponente al Magistrado Levy Ignacio Zerpa, de la Sala Político-Administrativa, que tiene que ver con la valoración de los mensajes de datos remitidos por correo electrónico promovidos como pruebas en el juicio.

2. Resumen de los hechos

La sociedad mercantil **PDV-IFT, PDV-INFORMÁTICA Y TELECOMUNICACIONES, S.A.**, interpuso demanda contra las sociedades mercantiles **INTESA INFORMÁTICA, NEGOCIOS Y TECNOLOGÍA, S.A.** y **SAIC (BERMUDA) LTD**, para declarar disuelta a **INTESA** y proveer a su liquidación, conforme a lo pautado en el Código de Comercio, los Estatutos Sociales y **EL CONVENIO DE ASOCIACIÓN**". Atendiendo a la necesidad de facilitar la comprensión del fallo, la Sala estimó pertinente tratar,

con carácter previo, la valoración de algunas probanzas producidas en la causa; entre ellas, cinco mensajes de datos promovidos por la parte actora, remitidos por correo electrónico. En dichos mensajes, se especifican los puntos a tratar en reuniones de Junta Directiva de INTESA, se realizan convocatorias para reuniones extraordinarias de Junta Directiva de INTESA y, se hacen alusiones a la Asamblea Anual Ordinaria de Accionistas de INTESA.

3. Planteamiento del problema y resumen de la doctrina jurisprudencial contenida en la sentencia

La valoración de los mensajes de datos, entendidos éstos como toda información inteligible generada por medios electrónicos o similares que pueda ser almacenada o intercambiada por cualquier medio, se rige por la normativa prevista en el Decreto con Fuerza de Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, publicado en Gaceta Oficial No. 37.148 del 28 de febrero de 2001 (en adelante, LMDFE) y por el Código de Procedimiento Civil, texto legal aplicable por remisión expresa del artículo 4 de la LMDFE.

En concordancia con la previsión anterior, debe atenderse a lo dispuesto en el artículo 395 del Código de Procedimiento Civil, que enuncia el principio de libertad probatoria.

De acuerdo a los dispositivos transcritos y tratándose de mensajes que han sido formados y transmitidos por medios electrónicos, éstos tendrán la misma eficacia probatoria de los documentos sobre soporte papel. Sin embargo, su promoción, control, contradicción y evacuación deberán regirse por lo que el legislador ha establecido para las pruebas libres en el Código de Procedimiento Civil. Así, para tramitar la impugnación de la prueba libre promovida, corresponderá al juez emplear analógicamente las reglas previstas en el referido texto adjetivo sobre medios de prueba semejantes, o implementar los mecanismos que considere idóneos en orden a establecer la credibilidad del documento electrónico.

Dicho esto, y volviendo al caso de autos, observa la Sala que el valor probatorio de las impresiones de los correos electrónicos consignadas, es el que debe darse a las pruebas documentales. En este sentido, se aprecia que los referidos mensajes de datos fueron enviados por *FERRERO, HORST ALEJANDRO* a los ciudadanos Oswaldo Contreras y Jorge Baralt; además, cuentan con un logo de INTESA que deviene en firma electrónica, entendida en los términos expresados en su artículo 2.

Para considerar que el mensaje transmitido con firma electrónica es cierto, es preciso que cuente con el certificado electrónico, definido en el mismo dispositivo como “*Mensaje de Datos proporcionado por un Proveedor de Servicios de Certificación que le atribuye certeza y validez a la Firma Electrónica*”.

Ahora bien, como aún no ha entrado en funcionamiento la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica, servicio autónomo que el texto legal en estudio ordenó crear a los fines de la acreditación, supervisión y control de los proveedores de servicios de certificación públicos o privados, la firma electrónica contenida en los mensajes electrónicos no permite que éstos generen certeza de su forma y contenido.

No obstante lo dicho, estima la Sala que en razón de que la falta de certificación electrónica no puede ser atribuida a la parte que se quiere servir de las pruebas emitidas por medios electrónicos, lo procedente, en aplicación de los medios probatorios previstos en el Código de Procedimiento Civil, es analizarlas tomando en cuenta otros aspectos que se evidencian de su contenido.

Así, se observa que tanto el emisor como el destinatario resultan ser terceros ajenos al juicio que ha dado lugar a este fallo, ambos debieron ratificarlos por vía testimonial a tenor de lo dispuesto en el artículo 431 del Código de Procedimiento Civil. Así, la ausencia de ratificación de las impresiones de los mensajes de datos tiene por consecuencia la desestimación de las referidas probanzas en el mencionado juicio por la Sala.

La argumentación de la resolución puede resumirse en los siguientes puntos:

1. El logo de INTESA puede devenir en firma electrónica, entendida en los términos expresados en su artículo 2 LMDFE.

2. Para considerar que el mensaje transmitido con firma electrónica es cierto, es preciso que cuente con el certificado electrónico.

3. Como aún no ha entrado en funcionamiento la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica, la firma electrónica contenida en los mensajes electrónicos no permite que éstos generen certeza de su forma y contenido.

4. Tal falta de certificación electrónica no puede ser atribuida a la parte que se quiere servir de las pruebas emitidas por medios electrónicos, por lo tanto, lo procedente, es analizarlas tomando en cuenta otros aspectos que se evidencian de su contenido.

4. Comentarios a la sentencia

La sentencia en estudio plantea que por aseveración expresa del artículo 4 de la LMDFE, los mensajes que han sido formados y transmitidos por medios electrónicos, tendrán la misma eficacia probatoria de los documentos escritos sobre soporte papel.

Un concepto genérico de documento lo describe como un escrito en que constan datos fidedignos o susceptibles de ser empleados como tales para probar algo; escribir es representar las palabras o las ideas con letras u otros signos trazados en papel u otra superficie. Aunque escrito, funciona como sinónimo de documento o cualquier papel manuscrito, mecanografiado o impreso, en realidad la superficie donde se representan las ideas o las palabras puede ser también electromagnética o de cualquier otro tipo de las utilizadas por la informática y la representación de las palabras puede realizarse con otros signos, por ejemplo, la codificación binaria de los mensajes de datos. En conclusión, la noción de documento es amplia y en ella tiene cabida la idea de documento electrónico, como

aquel soporte electrónico o informático sobre el que se encuentran palabras u otros signos que identifican ideas.

Una noción amplia de documento electrónico lo entiende como aquel formado cuando la electrónica, la informática y/o telemática intervienen en la elaboración de cualquiera de los elementos del documento. Sin embargo, nos interesa una noción estrictamente jurídica de documento electrónico, en la cual no encaja una visión tan genérica del mismo. Desde este punto de vista más restringido, documento electrónico es la representación idónea capaz de reproducir una manifestación de voluntad, materializada a través de las tecnologías de la información sobre soportes informáticos, que se expresa a través de mensajes digitalizados que requieren de máquinas para ser percibidos y comprendidos por el hombre.

De tal forma que documento electrónico debe entenderse como los datos creados mediante el intercambio de Mensajes de Datos con una estructura determinada (por ejemplo el EDI) o mediante una estructura abierta (páginas web). De la noción de documento electrónico, surge necesariamente la noción de Mensaje de Datos, pues constituye un documento electrónico por excelencia; para definirlo es obligatorio remitirse a su definición legal, contenida en el artículo 2 de la LMDFE, a saber: Toda información inteligible en formato electrónico o similar que pueda ser almacenada o intercambiada por cualquier medio.

Ahora bien, para valorar desde el punto de vista probatorio un Mensaje de Datos, es necesario diferenciar los Mensajes de Datos que reúnen las condiciones del artículo 8 de la LMDFE y aquellos que no las reúnen, a saber:

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.

Tal condicionamiento del Mensaje de Datos, no significa más que la aplicación del principio de equivalencia funcional de los Mensajes de Datos respecto de los documentos escritos sobre soporte papel. Ahora bien, interesa ahondar sobre algunas manifestaciones concretas de la regla de la equivalencia funcional, en relación con:

La equivalencia funcional del Mensaje de Datos respecto del documento escrito.

La equivalencia funcional del Mensaje de Datos respecto del documento original.

La equivalencia funcional del Mensaje de Datos respecto de la prueba documental.

Todas estas manifestaciones de la equivalencia no discriminatoria hacen referencia a las condiciones necesarias para que los Mensajes de Datos resulten funcionalmente equivalentes a los documentos escritos, originales y que además funcionen como prueba documental.

5. Mensaje de datos y documento escrito

La equivalencia funcional entre el Mensaje de Datos y el documento escrito solo podrá producirse cuando los mensajes de datos reúnan características que permitan su intercambio físico (no jurídico) con el papel (Illescas Ortíz, 2001). El artículo 8 de la LMDFE establece expresamente 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, requisito que quedará satisfecho mediante la conservación de los Mensajes de Datos, bajo tres condiciones específicas, a saber:

1. Que la información que contengan pueda ser consultada posteriormente.

Tal condición hace alusión a lo que en doctrina se llama recuperabilidad del Mensaje de Datos. La recuperabilidad es una condición física del Mensaje de Datos en virtud del cual el mensaje debe permanecer accesible para su ulterior consulta por las partes involucradas, después de haber sido enviado y recibido. Esta recuperabilidad del mensaje depende también de la capacidad del Sistema de Información utilizado, el cual necesariamente debe estar capacitado para ello. Por ejemplo, un Mensaje de Datos firmado electrónicamente, debe aplicarse la correspondiente clave pública por el destinatario, y es a partir de dicho momento, si se archiva el mensaje, que este podrá ser consultado y recuperado posteriormente cuantas veces se desee por el iniciador, por el destinatario o por un tercero.

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.

Esto significa que para que el Mensaje de Datos resulte funcionalmente equivalente a los documentos escritos, la información recuperada por el Sistema de Información debe necesariamente concordar con la totalidad del mensaje de datos a consultar; si falta algo o está alterado su contenido, el mensaje de datos afectado no será equivalente a un documento escrito. Tal condición alude a la integridad del mensaje de datos; la Ley considera 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 (artículo 7 de la LMDFE).

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. Toda persona podrá recurrir a los servicios de un tercero para dar cumplimiento a los requisitos señalados en este artículo.

6. Mensaje de datos y documento original

La LMDFE establece en su artículo 7 ciertos requisitos a los Mensajes de Datos para que pueda establecerse su equivalencia con los documentos originales, a saber:

1. Conservación íntegra y sin alteraciones del Mensaje de Datos desde el momento en que se genero hasta el momento en que dicha información es objeto de utilización frente a terceros como original, salvo algún cambio de forma propio del proceso de comunicación, archivo o presentación.

2. Disponibilidad del Mensaje de Datos, lo cual apunta necesariamente a su recuperabilidad.

Cumplidos ambos requisitos, un Mensaje de Datos debe considerarse original, aún cuando su primera recuperación no agote las posibilidades de su reproducción, de lo que puede concluirse que todo Mensaje de Datos conservado íntegramente en un soporte informático y disponible para ulteriores consultas es siempre un original, porque bajo estas condiciones, respecto a los Mensajes de Datos no existen copias solo originales.

7. Mensaje de datos y prueba documental escrita

El valor probatorio del documento electrónico está plenamente admitido en Venezuela, el artículo 4 de la LMDFE consagra la eficacia probatoria del documento electrónico, a saber: Los Mensajes de Datos tendrán la misma eficacia probatoria que la ley otorga a los documentos escritos. De esta forma se establece una regla general de no discriminación desde el punto de vista probatorio, de los Mensajes de Datos respecto de los documentos escritos, sin perjuicio de las solemnidades o formalidades que la Ley exija para determinados actos o negocios jurídicos. Después, el precepto establece un criterio específico para la promoción, control, contradicción y evacuación de la prueba, el de los medios de prueba libre.

La citada norma aclara la situación procesal en Venezuela de este tipo de prueba, sin embargo, aparta innecesariamente nuestra legislación de la tendencia doctrinal y jurisprudencial internacional, que se caracteriza por la postura de considerar la prueba documental como la más adecuada para presentar en juicio el documento electrónico que resulta equivalente al documento escrito y al documento original. Los documentos electrónicos en general, pueden y deben subsumirse en el concepto de documento en cuanto cosas muebles aptas para la incorporación de señales expresivas de un determinado significado. La prueba por escrito aparece regulada en los artículos 1.355 y siguientes del Código Civil y en los artículos 429 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, normativa que no prevén los documentos electrónicos. La falta de atención de los legisladores a estados de progreso científico, no significa que la doctrina y la jurisprudencia deban quedarse estáticas y pasivas, frente a la labor de hacer el Derecho más próximo y útil a los hombres por su adecuación a la realidad histórica, social y científica presente y complementación del ordenamiento jurídico.

De la lectura de los artículos mencionados no se da prohibición expresa de la utilización de estos tipos de medios probatorios y los artículos 1355 del Código Civil y 395 del Código de Procedimiento Civil no están herméticamente cerrados al efecto. En todo caso su utilización probatoria exige siempre la necesaria y precisa certificación de autenticidad, veracidad y fidelidad, mediante el reconocimiento judicial, sometido a las reglas de procedimiento y valoración previstos para la prueba por escrito.

Dice el artículo 1.355 del Código Civil que el instrumento redactado por las partes y contenido de sus convenciones es sólo un medio probatorio; su validez o su nulidad no tienen 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. Así por ejemplo, si dos personas celebran un contrato por medio de un correo electrónico y otras dos, documentan su contrato sobre soporte papel; quienes contrataron por medios electróni-

cos podrán aportar a juicio el documento electrónico como prueba libre y las otras personas, aportan el mismo contrato como prueba documental. ¿Por qué la diferencia? Ambos instrumentos contienen los acuerdos suscritos por las partes, lo cual en función del artículo 1.355 del Código Civil los incluye en el concepto jurídico de prueba por escrito que puede resultar de un instrumento público o privado (artículo 1.356 del Código Civil), según haya sido autorizado por un funcionario público (instrumento público) o simplemente reconocido por las partes (instrumento privado).

Respecto a la admisión de la prueba del contrato contenido en soporte informático, se aporta como medio de prueba el dispositivo de memoria informática que contenga el contrato; en este caso ha de considerarse el soporte como un documento, entendido “documento” como cualquier soporte contentivo de una declaración de voluntad, y promover una experticia para hacer comprensible su contenido al juez y a las partes.

Respecto a la valoración de la prueba, ésta queda sometida a la libre apreciación del juez. El problema radica que, en condiciones normales, los contratos electrónicos contenidos en soportes informáticos, podrían ser vulnerados por las partes; dicha vulnerabilidad debe ser eliminada mediante la implementación de tecnologías (firma electrónica) que lo permitan y de la intervención de terceros confiables. Esto llevaría a la consecución de un valor probatorio análogo al de los documentos escritos en soporte papel.

En este sentido, la LMDFE reconoce la fuerza probatoria y la validez jurídica de la firma electrónica, así como, de la información (Mensaje de Datos) que ésta contenga (artículo 16). De forma que, la firma electrónica otorgará a un Mensaje de Datos la misma valoración probatoria y los mismos efectos jurídicos que la firma manuscrita, actualmente regulada.

Al respecto sostiene el Tribunal Supremo que como aún no ha entrado en funcionamiento la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica, la firma electrónica contenida en los

mensajes electrónicos no permite que éstos generen certeza de su forma y contenido. Lo cual es necesariamente cierto, toda vez que la intervención de una o mas de una, terceras partes de confianza que emitan certificados que, a la vez que sirvan para distribuir la clave pública, sirvan, de forma fundamental, para asociar de forma segura la identidad de una persona concreta a una clave pública determinada, es la única manera de establecer una vinculación segura y con ello la seguridad y certeza que atribuyan validez y eficacia probatoria a la firma electrónica. La asociación entre unas claves y un posible firmante, la emite una autoridad de certificación mediante un certificado.

Una firma digital verificada utilizando un certificado emitido por un Proveedor de Servicios de Certificación tendrá la misma validez y eficacia probatoria que la ley otorga a la firma autógrafa.

Sin embargo, la valoración probatoria del documento electrónico debe admitir la existencia de distintos tipos de documentos, clasificados a partir de las diversas clases de firmas electrónicas, con distintos niveles de seguridad (las que reúnen los requisitos del artículo 16 de la LMDFE y las que no los reúnen) y el cumplimiento además, por parte de los mensajes de datos de las condiciones que lo hacen funcionalmente equivalentes a los documentos sobre papel, pautadas en el artículo 8 de la LMDFE, lo cual supone, desde el punto de vista jurídico, el reconocimiento de distintos efectos. Así tenemos:

1. Documentos electrónicos funcionalmente equivalentes al documento sobre papel con la firma electrónica que reúna los requisitos del artículo 16 de la LMDFE.
2. Documentos electrónicos funcionalmente equivalentes al documento sobre papel con la firma electrónica que no cumpla los requisitos señalados en el artículo 16 LMDFE.
3. Documentos electrónicos no equiparables al documento escrito con la firma electrónica que no cumpla los requisitos señalados en el artículo 16 de la LMDFE.

De acuerdo al tipo de documento electrónico así será su valoración como prueba y, aunque no existe una disposición expresa que establezca que el documento electrónico (Mensaje de Datos) pueda presentarse en el proceso como prueba documental, y el artículo 4 de la LMDFE expresamente establece su promoción, control, contradicción y evacuación como medio de prueba libre, en virtud del principio de equivalencia funcional que rige el Derecho del Comercio Electrónico y, por la remisión del mismo artículo 4 de la LMDFE al Código de Procedimiento Civil, puede considerarse admitir en juicio como prueba documental aquellos que por cumplimiento de las condiciones del artículo 8 de la LMDFE resulten funcionalmente equivalentes a los documentos en soporte papel y que además, se encuentren firmados electrónicamente bajo el esquema del artículo 16 de la LMDFE. En cuanto a la valoración de las pruebas, al no existir un sistema tasado para estas pruebas, el juez debe acudir a la sana crítica, de acuerdo a lo pautado en el artículo 507 Código de Procedimiento Civil.

Para terminar nuestro comentario, es argumento de la Sala que como la falta de certificación electrónica no puede ser atribuida a la parte que se quiere servir de las pruebas emitidas por medios electrónicos, por lo tanto, lo procedente, es analizarlas tomando en cuenta otros aspectos que se evidencian de su contenido; pero además, deben tomarse en cuenta circunstancias que incidan en la prueba y que naturalmente se evidencien de ella, así por ejemplo, el contenido de los derechos que pretendan probarse (por ejemplo, si se trata de derechos fundamentales), en este caso, debe vincularse el Mensaje de Datos con cualquier otro medio de prueba, que permita llevar al juez la certeza de su forma y contenido.

8. Conclusiones

1. Desde el punto de vista jurídico, no puede hablarse de un único tipo de documento electrónico, por el contrario, debe admitirse la existencia de diferentes clases de documentos electrónicos, clasificados a partir de los diversos tipos de firmas electrónicas y del cumpli-

miento además, de las condiciones que lo hacen funcionalmente equivalentes a los documentos sobre papel, pautadas en el artículo 8 de la LMDFE, lo cual supone, desde el punto de vista jurídico, el reconocimiento de distintos efectos para cada uno de ellos.

2. Por lo tanto, de acuerdo al tipo de documento electrónico, así será su valoración como prueba y, aunque no existe una disposición expresa que establezca que el documento electrónico (Mensaje de Datos) pueda presentarse en el proceso como prueba documental, y el artículo 4 de la LMDFE expresamente establece su promoción, control, contradicción y evacuación como medio de prueba libre, en virtud del principio de equivalencia funcional que rige el Derecho del Comercio Electrónico y, por la remisión del mismo artículo 4 de la LMDFE al Código de Procedimiento Civil, puede considerarse admitir en juicio como prueba documental aquellos que por cumplimiento de las condiciones del artículo 8 de la LMDFE resulten funcionalmente equivalentes a los documentos en soporte papel y que además, se encuentren firmados electrónicamente bajo el esquema del artículo 16 de la LMDFE. En cuanto a la valoración de las pruebas, al no existir un sistema tasado para estas pruebas, el juez debe acudir a la sana crítica.

3. Evidentemente el documento electrónico funcionalmente equivalente al documento sobre papel, del cual habla el artículo 4 de la LMDFE es aquel que requiere estar avalado por una firma electrónica certificada y por lo tanto, acordes estamos con la doctrina expresada por la Sala en que como aún no ha entrado en funcionamiento la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica, la firma electrónica contenida en los mensajes electrónicos no permite que éstos generen la certeza de forma y contenido que exige el referido artículo 4 de la LMDFE. No obstante, la certeza probatoria de un Mensaje de Datos no puede ser desechada a priori, sino que va a depender del tipo de documento electrónico al cual se haga referencia y de otros aspectos y circunstancias que se evidencian de su contenido, que deben ser tomados en cuenta por el Juez en el momento de efectuar su análisis.

Lista de Referencias

ILLESCAS ORTÍZ, R. (2001). **Derecho de la contratación electrónica**. Madrid: Civitas.

Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas. Gaceta Oficial No. 37.148 del 28 de febrero de 2001.

Código Civil de Venezuela. Gaceta Oficial N° 2.990 del 26 de julio de 1982.

Código de Procedimiento Civil. Gaceta Oficial (Extraordinaria) N° 4.209 del 18 de septiembre de 1990.