

Federación Latinoamericana de Bancos (FELABAN)

**LA SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO CLICKWRAP A
TRAVÉS DE LA BANCA ONLINE, EN AMÉRICA Y
ESPECIALMENTE EN VENEZUELA**

Autor:

Abog. **Cristhian G. Di Fabio L.**

Caracas, Julio 2018

ÍNDICE

<u>Tema</u>	<u>Página</u>
▪ Introducción	03
▪ Documento Electrónico	06
▪ Contrato Electrónico	09
▪ Contrato Electrónico <i>Clickwrap</i>	10
▪ Validez de la Manifestación del Consentimiento en el Contrato <i>Clickwrap</i>	12
▪ Suscripción del Contrato <i>Clickwrap</i>	18
▪ El Contrato <i>Clickwrap</i> en la Práctica Comercial Bancaria	33
-Utilización del Contrato <i>Clickwrap</i> en la Práctica Comercial Bancaria	33
-Seguridad Jurídica en la Utilización del Contrato <i>Clickwrap</i> en la Práctica Comercial Bancaria	36
▪ Conclusiones	39
▪ Bibliografía	42

INTRODUCCIÓN

En el siglo XXI, el voraz avance de la tecnología está jugando un papel determinante en casi todos los aspectos de la vida humana. Novedosas tecnologías están modificando la forma de comunicarnos, de informarnos, de hacer negocios, de trabajar, de estudiar, entre otras muchas cosas. Si, la tecnología está presente en cosas nunca antes imaginadas.

No obstante, los ordenamientos jurídicos siempre han estado un paso atrás ante los supuestos de hecho carentes de regulación expresa creados a partir de los adelantos de la tecnología. Ante tal situación, el intérprete de la Ley debe intervenir activamente para verificar cómo armonizar las normas jurídicas existentes ante tales particulares supuestos de hecho.

Tal armonización adquiere particular relevancia en cuanto a los contratos electrónicos. Así, tradicionalmente al documento (visto desde el punto de vista jurídico) se le ha vinculado con una hoja de papel en donde se plasman por escrito unos términos y condiciones de carácter vinculante para las partes. En similar sentido y de forma inveterada, la firma se ha considerado como aquella escritura efectuada por el puño y letra de una persona sobre un documento, como señal inequívoca de aprobación de su contenido.

Ahora bien, la tecnología ha hecho que dicha concepción varíe, aunque la sustancia o esencia de tales conceptos (documento y firma), permanezcan intactos. Pues bien, a través del presente trabajo se

examinará el valor jurídico de los contratos electrónicos denominados Contratos *Clickwrap*, dentro del ámbito bancario, particularmente los perfeccionados a través de la denominada Banca Virtual o Banca Online.

De manera específica, el objetivo del presente trabajo será analizar los Contratos *Clickwrap* por las características únicas que presenta, especialmente por el hecho que, como señala LANDAEZ OTAZO (2009, 157) “los contratos *Clickwrap* no hacen generalmente uso de firma electrónica alguna, en muchas ocasiones se permite, además, contratar en el anonimato”.

Por eso, como quiera que los Contratos *Clickwrap* no son o están suscritos a través de una firma manuscrita o de su equivalente, esto es, una firma electrónica certificada, el presente trabajo analizará la factibilidad jurídica de dicha situación y, si existen o no alternativas en el ordenamiento jurídico venezolano. Asimismo, se examinarán las soluciones existentes en otros ordenamientos en la región.

De tal manera, es sabido que la resistencia al cambio muchas veces impide o retarda la implantación de una determinada tecnología, máxime cuando versa sobre formas milenarias de hacer las cosas. Asimismo, los paradigmas creados por hábitos, muchas veces son difíciles de cambiar.

Es por ello que, el objetivo del presente trabajo será despejar algunas dudas importantes que generalmente refuerzan la resistencia al cambio en el caso de contratos electrónicos y demoler parte de los paradigmas más importantes creados en torno a ellos.

I. DOCUMENTO ELECTRÓNICO

Según la Real Academia Española (RAE), el documento se define como “diploma, carta, relación u otro escrito que ilustra acerca de algún hecho, principalmente de los históricos”. Explica Rico Carrillo (2005, 95) que, “tradicionalmente, el termino documento se viene identificando con escritura, entendiendo por tal, la que procede de mano del hombre o en su defecto, la que se encuentra autenticada con su firma autógrafa”.

El destacado jurista venezolano Rengel Romberg (2003, 111-112) apunta: “se entiende por documento, una cosa representativa de un hecho o de un acto jurídicamente relevante”. Asimismo, el referido autor señala: “en el documento --enseña Carnelutti-- se distingue la materia, el medio y el contenido”

De tal manera, aunque la materia o soporte por excelencia sea el papel, nada impide que pueda ser la tela, el cuero, o inclusive el electrónico. El medio de la representación, generalmente es la escritura, pero nada impide que sea otro, por ejemplo, la fotografía. Y el contenido, puede ser cualquier declaración de voluntad.

De allí que, el documento vale como tal, independiente de la materia o soporte que lo contenga, del tipo de medio de representación seleccionado y de su contenido.

Específicamente, la norma venezolana denominada Ley sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas (LMDFE)¹ señala en su artículo 2 que el mensaje de datos es “toda información inteligible en formato electrónico o similar que pueda ser almacenada o intercambiada por cualquier medio”. Por ello, siendo el mensaje de datos una escritura en formato electrónico, cuyo soporte en donde almacene o intercambie puede ser también en formato electrónico, por ejemplo en la nube, en la memoria física de un ordenador o en otro soporte, es dable concluir que el mensaje de datos al que se refiere la Ley, es efectivamente un documento electrónico. De forma directa, una relativamente reciente sentencia venezolana del Juzgado Superior Segundo del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, de fecha 29 de noviembre de 2013, (Caso Daniel Briceño Hernández Vs. Skanska Venezuela, S.A.) estableció: “para la Ley venezolana, los documentos electrónicos se denominan mensajes de datos”.

También, la LMDFE en su artículo 4 señala que los mensajes de datos “tendrán la misma eficacia probatoria que la Ley otorga a los documentos escritos”. De esa manera, tanto desde el punto de vista probatorio como sustancial, un mensaje de datos o documento electrónico es totalmente equivalente a un documento escrito.

¹ Publicada en la Gaceta Oficial Ordinaria No. 37.148 del 28 febrero 2001.

A su vez, el documento escrito puede ser público o privado. En Venezuela, de los artículos 1357² y 1368³ del Código Civil⁴ se desprende que el documento público es aquel autorizado por el funcionario público que tenga facultad para darle fe pública. Por interpretación en contrario, en cambio, el documento privado es aquel, en donde sin la intervención de dicho funcionario, ha sido suscrito por las partes interesadas.

En cuanto a su eficacia probatoria, el documento público hace plena fe o constituye una plena prueba (según los artículos 1359 – 1361 del Código Civil venezolano). El documento privado por su parte, debe estar reconocido para poder tener la misma fuerza probatoria del documento público (según los artículos 1363 del Código Civil venezolano y 444 del Código de Procedimiento Civil⁵ venezolano).

En función de todo ello, el documento electrónico suscrito de forma privada⁶, es decir, sin la intervención de un funcionario público, por ejemplo de un Notario, tendrá desde el punto de vista probatorio la misma

² “Artículo 1.357. 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.”

³ “Artículo 1.368. El instrumento privado debe estar suscrito por el obligado, y, además debe expresarse en letras la cantidad en el cuerpo del documento, en aquéllos en que una sola de las partes se obligue hacia otra a entregarle una cantidad de dinero u otra cosa apreciable en dinero.

Si el otorgante no supiere o no pudiere firmar, y se tratare de obligaciones para cuya prueba se admiten testigos, el instrumento deberá estar suscrito por persona mayor de edad que firme a ruego de aquél, y, además, por dos testigos.”

⁴ Publicado en la Gaceta Oficial No. 2.990 Extraordinario del 26 de julio de 1982.

⁵ Publicado en la Gaceta Oficial No. 4.196 Extraordinario, del 02 de agosto de 1990.

⁶ Se hace referencia al documento electrónico como documento privado, ya que suele ser la forma más común en cómo se suscribe.

fuerza de un documento público, siempre y cuando haya sido reconocido por parte de quien lo suscribió o de quienes lo suscribieron. De tal manera, una vez cumplido el requisito del reconocimiento, el documento electrónico obtiene suficiente eficacia probatoria alcanzando hasta la plena prueba, lo cual garantiza desde el punto de vista jurídico su aplicación en la práctica comercial.

Asimismo, señala el autor venezolano Nemironsky (2009, 512) a modo de resumen de los argumentos antes esbozados: “tanto en los documentos electrónicos en sentido estricto como en sentido amplio (documentos informáticos) reúnen los requisitos para ser considerados por nuestro ordenamiento jurídico, no solo dentro del género documentos sino también prueba por escrito”.

II. CONTRATO ELECTRÓNICO

El eminente jurista patrio Morles Hernández (2006, 2236) señala que “una noción amplia de contrato electrónico comprende los negocios celebrados a través de medios de comunicación y por medios informáticos.”

Landaez Otazo (2009, 155) indica: “se entiende por contratación electrónica aquella contratación que se realiza mediante la utilización de algún elemento electrónico, cuando este tiene, o puede tener, una incidencia real y directa sobre la formación de la voluntad o el desarrollo o interpretación futura del acuerdo”.

Rico Carrillo (2005, 123) precisa: “la esencia del contrato electrónico radica en el medio utilizado en la contratación, independientemente del objeto sobre el cual recae el acuerdo.”

Por otro lado, Pérez & Carranco (2013, 65) enseñan: “estamos frente a un contrato electrónico cuando se ponen de acuerdo dos o más personas sobre una declaración de voluntades en común, tendientes a regular sus derechos a través del Internet, es decir, que la voluntad de contratar se manifiesta a través de una computadora”.

Villalba Cuellar (2008, 89) señala con respecto a este contrato: “la doctrina mayoritaria hoy en día acepta que la aparición de esta clase de contratos no implica una modificación a los postulados clásicos de la contratación, aunque si se inclina a estudiarlos como una categoría contractual con características propias”.

De la forma más elemental y según lo antes indicado, el contrato electrónico es aquel que se caracteriza por celebrarse utilizando el medio electrónico; del tipo que sea.

III. CONTRATO ELECTRÓNICO CLICKWRAP

Una modalidad informal de contrato electrónico, es el denominado *Clickwrap Agreement* o Contrato *Clickwrap*. Este contrato ha recibido múltiples denominaciones, entre las que están: *Clicktrought*, *Point and Click*, *Click On* y *Click and Accept*. Ahora bien, tampoco se trata de una

nueva categoría de contratos. Sencillamente se le denomina de esa manera, por la forma en cómo se manifiesta el consentimiento.

Noodt (2002, 10) indica que “a partir de la aparición de Internet, se ha difundido como modo de expresión del consentimiento “clickear” con el botón del “*mouse*” en un ventana que dice “acepto” o una expresión equivalente, lo que ha dado en llamarse *Click Wrap Agreement*”.

Landaez Otazo (2009, 157) lo define como “el acuerdo en el cual el vendedor requiere que el comprador manifieste su consentimiento clickeando con el mouse en un icono o botón que demuestra tal consentimiento”.

Behar & Yañez (2014) indican que “los *Clickwrap* son los contratos web por excelencia”.

Goldman (2012)⁷ expresa que un *Clickthrough Agreement* [nombre preferido por el autor para estos contratos] es presentado a los usuarios de manera tal, que deben efectuar alguna acción –usualmente haciendo clic en un botón- lo que sin ambigüedades significa que han asentido con el contrato”.

De tal manera, la peculiar denominación del presente contrato deriva del sonido que efectúa el botón del *mouse* o ratón al presionarlo. Ese clic o toque que se produce, generalmente en una casilla ubicada al final de

⁷ Traducción libre del original: “A clickthrough agreement is presented to users in such a way that they must take some action—usually, clicking on a button—that unambiguously signifies that they are assenting to the contract.”

unos términos y condiciones de una página web o, a continuación de estos, constituye una señal de asentimiento y adhesión a un contrato. Claro está, ese clic o toque debe ser producido por la voluntad consciente de una persona, manifestada con la clara e inequívoca intención de contratar.

A modo de historia, Scotti (2015) citando a Lorenzetti, narra: “el tema comenzó a tener relevancia con los contratos de ventas de programas de computación que se enviaban empaquetados; ese envoltorio estaba diseñado de manera tal que, cuando se abre, importa una forma de asentir tácitamente”. Y añade dicha autora lo siguiente: “en la contratación que se realiza por Internet no existe el paquete real, pero si el paquete virtual o bien se utiliza la práctica de hacer clic sobre un área que dice acepto”.

IV. VALIDEZ DE LA MANIFESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO EN EL CONTRATO *CLICKWRAP*

Maduro & Pittier (2003, 610 y 611) se expresan sobre el consentimiento en los siguientes términos: “es uno de los elementos esenciales para la existencia del contrato, cualquiera que fuere su tipo o naturaleza” y, añaden: “está integrado por lo menos de dos voluntades que libremente son emitidas y comunicadas entre las partes de un contrato, se integran, combinan o complementan recíprocamente.” El Código Civil venezolano en su artículo 1.141 enumera las condiciones requeridas para la

existencia del contrato, de la siguiente manera: “1º Consentimiento de las partes; 2º Objeto que pueda ser materia de contrato; y 3º Causa lícita.”

Por consiguiente, las declaraciones de voluntad que constituyen el consentimiento pueden ser efectuadas mediante el lenguaje escrito, hablado o por “medios técnicos (radio, teléfono, telegrama) y tecnológicos”. Maduro & Pittier (2003, 613). Así las cosas, como quiera que el ordenamiento jurídico venezolano no exige que las declaraciones de voluntad deban efectuarse haciendo uso de un determinado medio, entonces es plausible interpretar que, se pueden efectuar a través de cualquier medio, incluyendo por supuesto el medio electrónico.

Es más, el artículo 15 de la LMDFE reconoce positivamente: “en la formación de los contratos, las partes podrán acordar que la oferta y aceptación se realicen por medio de Mensajes de Datos”, es decir, las declaraciones de voluntad pueden manifestarse validamente a través de documentos electrónicos.

El autor venezolano Salgueiro (2007, 189) categóricamente afirma: “por eso concluimos, sin lugar a equivocación, que el uso de la informática como medio de expresión para la comunicación entre las personas es un medio válido para manifestar la voluntad y por tanto, un medio válido para contraer derechos y obligaciones, con o sin Ley especial o general que lo admita o reconozca como tal”.

En lo que se refiere a la contratación electrónica en los Estados Unidos de América, Kunz, Et Al (2003, 306) indica que los tribunales han sostenido

consistentemente la validez del asentimiento cuando el vendedor con suficiente antelación informa que el hacer clic en un botón claramente etiquetado, constituye asentimiento a los términos presentados.

Sobre el mismo país, Leroy Millar & Jentz (2011, 271) expresan que los tribunales estadounidenses, basándose en el *Restatement (Second) of Contracts* y el Código Uniforme de Comercio (UCC), han concluido que “un contrato vinculante puede ser creado por la conducta, incluyendo el acto de hacer clic en una casilla que indica “Acepto” o “Estoy de Acuerdo” para aceptar una oferta en línea. Cuando un comprador en línea indica su consentimiento a quedar obligado por los términos de la oferta haciendo clic en alguna de la pantalla del sistema, un *Contrato Click On* (a veces denominado *Click On License* o *Contrato Click-Wrap*) se forma.”⁸

El autor argentino Novelli (2013) declara que “haciendo click con el *mouse* en “Aceptar”, se celebran diariamente millones de contratos, habiendo sido la jurisprudencia de los Estados Unidos pionera en reconocer la conclusión de contratos mediante *Clic-Wrap*”. Sin embargo, añade que en dicho país se han fijado algunas pautas importantes. En primer lugar, “el

⁸ Traducción libre del siguiente texto: “The *Restatement (Second) of Contracts*- a compilation of common law contract principles- states that parties may agree to a contract “by written or spoken words or by other action or by failure to act”. The *Uniform Commercial Code (UCC)*, which governs sales contracts, has a similar provision. Section 2.204 of the UCC states that any contract for the sale of goods “may be made in any manner sufficient to show agreement, including conduct by both parties which recognizes the existence of such contract”. **Click On Agreements.** The courts have used these provisions to conclude that a binding contract can be created by conduct, including the act of clicking on a box indicating “I Accept” or “I Agree” to accept an on line offer. When an online buyer indicates his or her assent to be bound by the terms of the offer by clicking on some on-screen Prompt, a click-on agreement (sometimes referred to as *click on license* or *click-wrap agreement*) is formed.”

contrato sólo produce sus efectos si quien cliquea su aceptación ha tenido la oportunidad de examinar en la pantalla los términos contractuales y, pudiendo haberse rehusado a admitirlos, los ha aceptado mediante ese procedimiento (Compuserve Inc. v. Patterson, Richard S., Court Appeal 6th Circ., 22/07/1996). En segundo lugar, no se entenderá perfeccionado el contrato “cuando sólo se ha dado acceso en pantalla a ciertos aspectos generales del contrato, sin aclararse que al cliquear el botón “Aceptar” se admitían además otras condiciones; y menos aún cuando sólo se ha puesto en pantalla la leyenda “el uso significa aceptación de las condiciones del servicio”, sin que el navegante haya tenido oportunidad de examinarlas previamente (Ticketmaster Co. et al v. Tickets Com. Inc., Trib. Fed. California, 27/03/2000).”

En México, Pérez & Carranco (2013, 70) apuntan: “desde el punto de vista contractual, el problema principal de la contratación se refiere al consentimiento”. Por tal sentido, argumentan: “no se trata de un consentimiento electrónico, sino de una forma electrónica de consentir”. Asimismo, el punto no necesita efectuar mayor labor interpretativa en la legislación mexicana, ya que exponen los prenombrados autores que el Código Civil Federal mexicano en su artículo 1811 claramente otorga efectos a las declaraciones de voluntad “hechas a través de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología”.

En el caso de Argentina, indica Bruzone (2014) que el nuevo Código Civil y Comercial, el cual entrará en vigencia a partir del 01 de enero de 2016,

“contempla la celebración de contratos utilizando medios postales, electrónicos, telecomunicaciones, etc.

En el caso de Chile, Pinochet Olave (2005) comentando acerca de la normativa interna de dicho país, expresa que según el artículo 12 A de la Ley de la Ley 19.496 del Consumidor, en los contratos celebrados por medios electrónicos “el consentimiento no se entenderá formado si el consumidor no ha tenido previamente un acceso claro, comprensible e inequívoco de las condiciones generales del mismo y la posibilidad de almacenarlos o imprimirlos””. De igual modo, dicha norma prevé que la obligación de consumidor no se generará “a menos que haya aceptado en forma inequívoca las condiciones”.

En los Estados Unidos de América, Goldman (2012) refiriéndose a los contratos *Clickwrap*, concluye que “cuando son adecuadamente implementados, son extremadamente efectivos en los tribunales”. El mismo autor agrega que la correcta implementación de este tipo de contratos en los casos de páginas de compraventa *on line*, debe incluir la aceptación por parte del usuario de los términos y condiciones del contrato respectivo al momento de efectuar el registro del mismo en la página web, mediante una cuenta de suscripción. Ello debería incluir, la posibilidad por parte del usuario, de poder consultar los términos y condiciones que acepta.

Sobre la implementación adecuada, los tribunales estadounidenses, particularmente en el caso *Feldman vs. Google* (2007) citado por Cross & Miller (2009, 278), han dicho: “para determinar si un acuerdo *Clickwrap* es ejecutable, los tribunales abordan el asunto verificando los principios tradicionales del derecho de los contratos y se centran en si los demandantes tenían un aviso razonable y el asentimiento manifestado al acuerdo *Clickwrap*. A falta de una demostración de fraude, el incumplimiento de leer un *Clickwrap* exigible, como con cualquier contrato vinculante, no excusará el cumplimiento de sus términos”⁹.

En virtud de todo lo antes señalado, las declaraciones de voluntad emanadas por cada una de las partes a efectos de constituir el consentimiento como elemento esencial para la existencia del contrato, pueden efectuarse de forma jurídicamente válida utilizando medios electrónicos o mensajes de datos.

Ahora bien, cuando el consentimiento se forme a través de medios electrónicos, debe tenerse particular cuidado, ya que su incorrecta implementación puede traer consecuencias graves, incluida la invalidez o inexistencia del consentimiento. Así, para evitar la ocurrencia de vicios del

⁹ Traducción libre del original: “To determine whether a clickwrap agreement is enforceable, courts presented with the issue apply traditional principles of contract law and focus on whether the plaintiffs had reasonable notice and manifested assent to the clickwrap agreement. Absent a showing of fraud, failure to read an enforceable Clickwrap, as with any binding contract, will not excuse compliance with its terms”. Sentencia de la Corte de Distrito de Estados Unidos. Eastern District of Pennsylvania, 2007. 513 F.supp.2d 229.

consentimiento, particularmente del vicio del error¹⁰, es importante asegurarse que el diseño y estructura de la página web que se utilice, le permita al usuario conocer de forma sencilla, amigable e inequívoca, antes de aceptar o hacer clic, todas las consecuencias que implica la operación que está llevando a cabo, así como el texto completo de los términos y condiciones generales y particulares del contrato. De igual manera, deben utilizarse mecanismos de seguridad que permitan autenticar la identidad del usuario.

Sobre esos aspectos, el artículo 69, numeral 7, de la norma venezolana denominada Ley de Instituciones del Sector Bancario¹¹ prevé la obligación por parte de Instituciones financieras de “informar y orientar adecuadamente al público en general, a través de comunicación verbal, impresa, audiovisual, virtual o a través de otros medios, sobre los servicios o procedimientos a seguir para efectuar cualquier operación o transacción, así como acerca de las diferentes especificaciones inherentes a cada producto o servicio financiero, que les permita elegir conforme a sus necesidades”.

De manera tal, en la medida que el usuario de la banca online esté adecuadamente informado respecto al producto financiero que está

¹⁰ Sobre el error, RODRIGUEZ AZUERO (1990, 74) enseña: “el error como vicio del consentimiento supone que uno de los contratantes se haya equivocado o ambos, incluso, respecto a uno de los elementos o presupuestos fundamentales del negocio, bien de hecho, ya de derecho”.

¹¹ Publicada en la Gaceta Oficial Extraordinaria No. 6.154 del 19 noviembre 2014.

adquiriendo y los procedimientos a seguir para suscribir el contrato electrónico que le permitirá obtenerlo, menor será el riesgo de que existan vicios en el consentimiento.

V. SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO *CLICKWRAP*

Verificados los aspectos relativos a la validez y reconocimiento jurídico del contrato electrónico y la formación del consentimiento, es preciso proceder a profundizar sobre la manera en la cual ha de suscribirse o firmarse este tipo de contratos.

Con respecto a la suscripción del documento privado, es decir, de aquel en donde no interviene un funcionario público, caso ordinario del contrato electrónico, el ordenamiento jurídico venezolano señala en el artículo 1.368 del Código Civil lo siguiente:

“El instrumento privado debe estar suscrito por el obligado, y, además debe expresarse en letras la cantidad en el cuerpo del documento, en aquéllos en que una sola de las partes se obligue hacia otra a entregarle una cantidad de dinero u otra cosa apreciable en dinero.

Si el otorgante no supiere o no pudiere firmar, y se tratare de obligaciones para cuya prueba se admiten testigos, el instrumento deberá estar suscrito por persona mayor de edad que firme a ruego de aquél, y, además, por dos testigos.”

El referido artículo exige que necesariamente sea suscrito por el obligado, ya que es la manera de vincular el contenido del instrumento con la persona obligada. Ahora bien, ¿es la tradicional firma manuscrita la única manera de efectuar dicho vínculo?

Jurisprudencia del Tribunal Supremo Español (STESE del 03 de noviembre de 1997. RJA 8251) citada por Rico Carrillo (2005, 116) ha señalado que “la firma autógrafa no es la única manera de signar, pues hay otros mecanismos que, sin ser firma autógrafa, constituyen trazados gráficos, que asimismo conceden autoría y obligan”.

El autor venezolano Jurado (2011, 62) declara que, como quiera que “la experiencia ha probado que las diversas técnicas de autenticación de documentos electrónicos son tanto o más confiables que la firma manuscrita”, visto que las nuevas tecnologías han puesto en marcha sistema de seguridad de gran garantía, como la criptografía, código secreto, biometría, entre otras, y teniendo en consideración que la firma manuscrita “estaba fundada en el simple hecho de no existir otras maneras de registro permanente de la voluntad expresada por las personas”, entonces –concluye el autor de forma bastante congruente- “el documento privado puede prescindir de la firma, en la medida en la cual por otros medios se pueda cumplir con las finalidades perseguidas con su utilización, es decir, la determinación de la autoría y autenticidad de la declaración” y en tal sentido “debe ser valorado como documento privado”.

La LMDFE en su artículo 16 expresamente reconoce que “la firma electrónica que permita vincular al signatario con el mensaje de datos y atribuir la autoría de este, tendrá la misma validez y eficacia probatoria que la Ley otorga a la firma autógrafa”. El mismo artículo añade que para que se cumpla el principio de equivalencia funcional entre una y otra

firma, se exige, salvo que las partes dispongan otra cosa, lo siguiente: “1. Garantizar que los datos utilizados para su generación puedan producirse solo una vez y asegurar razonablemente su confidencialidad; 2. Ofrecer seguridad suficiente de que no pueda ser falsificada con la tecnología existente en cada momento; 3. No alterar la integridad del mensaje de datos”. De igual manera, el artículo 18 *eiusdem* señala que la firma electrónica certificada por parte de un Proveedor de Servicios de Certificación, se considerará que cumple con los tres requisitos antes señalados.

Pero, ¿qué se entiende por firma electrónica? Pues bien, la firma electrónica “se refiere a las diferentes maneras en que una persona puede indicar una asociación a un documento electrónico”, Pérez & Carranco (2013, 71).

Rico Carrillo (2005, 198) explica: “en sentido amplio, la firma electrónica consiste en cualquier método o símbolo basado en medios electrónicos, utilizado o adoptado por una parte con la intención de vincularse o autenticar un documento, cumpliendo todas o algunas de las funciones características de la firma manuscrita”.

La Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas (2001)¹² establece en su artículo 2: “Por “firma electrónica” se entenderán los datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos, o

¹² Adoptada el 5 de julio de 2001. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

adjuntados o lógicamente asociados al mismo, que puedan ser utilizados para identificar al firmante en relación con el mensaje de datos e indicar que el firmante aprueba la información recogida en el mensaje de datos”.

Salgueiro (2007, 191) la define como “el elemento por excelencia para la determinación de la identidad de quien envía un mensaje de datos y por tanto, de la validez del consentimiento manifestado por este medio”.

De la manera más sencilla, la firma electrónica es cualquier manera, método o símbolo electrónico que permita vincular un contrato electrónico con una persona. Para que la firma electrónica sea irrefutable, se requerirá además que esté certificada, como ya se mencionó, por parte de un Proveedor de Servicios de Certificación.

No obstante, ¿qué consecuencias jurídicas ocasiona que la firma electrónica no esté certificada por parte de un Proveedor de Servicios de Certificación?

Pues bien, el artículo 18 de la LMDFE señala: “la Firma Electrónica, debidamente certificada por un Proveedor de Servicios de Certificación conforme a lo establecido en este Decreto-Ley, se considerará que cumple con los requisitos señalados en el artículo 16”. Por interpretación en contrario, la firma electrónica carente de certificación no goza de la presunción *iuris et de iure* de que cumple con los tres (3) requisitos indicados en el artículo 16 de la prenombrada Ley para que se verifique el principio de equivalencia funcional. Ello, visto que el Proveedor de

Servicios de Certificación es una persona debidamente acreditada por el Estado de conformidad con la Ley.

Al respecto, el Sistema Económico Latinoamérica y del Caribe (2012, 11), al diferenciar entre una firma certificada y una que carezca de certificación o también llamada firma simple, asevera:

“la diferencia entre una firma digital y/o electrónica avanzada, certificada o calificada y una firma electrónica simple es que la primera tiene mayor fuerza probatoria, pues no será necesario determinar su confiabilidad y apropiabilidad, gozando de esa presunción, no solo por la tecnología utilizada, sino porque exige la intervención de un prestador de servicios de certificación o entidad de certificación digital, quien compromete su responsabilidad en la identificación inequívoca de una persona en medios electrónicos”.

Desde la perspectiva argentina, Márquez (2002, 205) hablando de la Ley de Firma Digital argentina, expresa que la misma distingue entre firma digital y firma electrónica, así como “las legislaciones, proyectos, leyes uniformes y doctrina realizan: firma digital, que es el procedimiento técnico que adosado a un documento digital asegura ciertos resultados (autenticación y no alteración del documento transmitido), y firma electrónica, el que no asegura estas prestaciones”.

En consecuencia, en los ordenamientos jurídicos analizados, la firma electrónica carente de certificación es jurídicamente válida y vinculante. Su único detalle es, particularmente del punto de vista venezolano, que carece de la presunción *iuris et de iure* relativa al cumplimiento de los requisitos necesarios para que sea funcionalmente equivalente. Sin

embargo, la carencia de dicha presunción de ningún modo le resta validez o eficacia.

Apoyando esa idea, el prenombrado Sistema Económico Latinoamérica y del Caribe (2012, 11) afirma: “en los ordenamientos electrónicos en América Latina y el Caribe se encuentran reconocidas tanto la firma electrónica simple como la firma digital y/o electrónica avanzada”.

En consecuencia, una firma electrónica simple o no certificada será equivalentemente funcional a una firma autógrafa, en la medida que cumpla los tres (3) requisitos antes señalados previstos en el artículo 16 de LMDFE: 1. Los datos utilizados para su generación se produzcan solo una vez y sea confidencial; 2. No sea falsificable y, 3. Se conserve la integridad del mensaje de datos.

Ahora bien, ¿qué consecuencias jurídicas ocasiona que la firma electrónica no cumpla con los tres (3) requisitos antes indicados para que tenga equivalencia funcional? ¿Significa eso que el documento electrónico carecerá de firma y por tanto de valor jurídico alguno?

La respuesta se puede encontrar en una disposición clave incluida en el artículo 16 de la LMDFE, que prevé: “salvo que las partes dispongan otra cosa”. Es decir, que el acatamiento o no de los tres (3) requisitos antes señalados estará supeditado a la autonomía de la voluntad de las partes, es decir, a lo que las partes libremente y de mutuo y común acuerdo, puedan libremente convenir al respecto.

De tal manera, no es de orden público y por ende de cumplimiento forzoso, la observancia de los requisitos previstos en el artículo 16 de la LMDFE para hacer equivalente una firma electrónica simple a una tradicional firma autógrafa. Por lo tanto, prevalece o prima la voluntad de las partes al respecto. Ello implica que, si las partes acordaron que utilizarían una tecnología que aunque no cumple cabalmente con tales requisitos, si garantiza la seguridad técnica del proceso, permitiendo efectivamente la autenticación del documento y satisfaciendo las exigencias de autoría e integridad necesarias, como lo desarrolla Rico Carrilo (2005, 202), entonces la suscripción del contrato electrónico será vinculante y perfectamente exigible ante tribunales. Al respecto, señala el Sistema Económico Latinoamérica y del Caribe (2012, 10) abordando a la firma electrónica de conformidad con las referencias legislativas latinoamericanas y del Caribe:

“piénsese en los contratos bancarios, en los que, precisamente, se establece que los sistemas de PIN y claves son mecanismos técnicos que permiten autenticar al consumidor financiero ante su Banco, y en el mismo contrato se señala que ese mecanismo es confiable y apropiable. Así pues la clave de un cajero, la contraseña, y un PIN son firmas electrónicas que utilizamos cotidianamente. La firma electrónica entonces tiene plena vigencia, y lo que será determinante dentro del modelo utilizado, es que las partes de una comunicación electrónica hayan establecido, a través de un acuerdo previo, la confiabilidad y apropiabilidad del mecanismo en cuestión”.

En el mismo orden de ideas, asegura Salgueiro (2007, 202) que aquel “mensaje de datos al cual le falten algunos de los elementos establecidos en la Ley, hará plena prueba si existe convención previa entre las partes,

ya que, como se ha mencionado, este régimen es supletorio y la autonomía de la voluntad de las partes está por encima de cualquier de las normas establecidas en la LMDFE”. Igualmente, el referido autor precisa: “podemos citar, como ejemplos cotidianos de convención entre las partes para identificarse en ambientes electrónicos, las claves asociadas para el uso de cajeros electrónicos de instituciones bancarias, *login* asociado a una clave o *password* para la realización de operaciones bancarias y pagos a través de servicios en línea de instituciones bancarias”, entre otros que cita el autor.

A mayor profundidad y para despejar cualquier tipo de dudas en lo que respecta al ordenamiento jurídico venezolano, la Exposición de Motivos de la LMDFE, la cual ayuda a comprender la intención de legislador al crear la norma, señala entre los principios que rigen dicha Ley, el siguiente:

“Respeto a las firmas electrónicas preexistentes. Las firmas electrónicas utilizadas en grupos cerrados donde existan relaciones contractuales ya establecidas pueden ser excluidas del campo de aplicación del Decreto-Ley. En este contexto debe prevalecer la libertad contractual de las partes.”

De tal manera, la exposición de motivos de la LMDFE no hace más que ratificar la validez, eficacia y primacía, de la autonomía de la voluntad de las partes en cuanto a la utilización de firmas electrónicas.

Asimismo, el artículo 9 de la LMDFE adicionalmente prevé que “las partes podrán acordar un procedimiento para establecer cuándo el Mensaje de Datos proviene efectivamente del Emisor”. El hecho que las partes

puedan libremente convenir sobre la proveniencia del documento electrónico, constituye un argumento adicional para defender el principio de la autonomía de la voluntad de las partes en lo que respecta a la autoría del documento electrónico y su suscripción.

En tal modo, señala la autora venezolana González Guzmán (2009, 312), refiriéndose a las operaciones efectuadas mediante la Banca Virtual¹³: “tenemos que la información electrónica intercambiada entre el Banco y el usuario con el objeto de realizar una operación bancaria, constituye un mensaje de datos, y que la clave de seguridad que identifica al destinatario del servicio es, sin duda alguna, una firma electrónica en los términos de la Ley”. En virtud de dichas afirmaciones, concluye la referida autora: “no bastaría alegar como excusa para restarle eficacia [a las declaraciones electrónicas], el hecho de que la operación bancaria haya sido realizada por medios electrónicos, o, que la firma electrónica no posea un certificado emitido por un Proveedor de Servicios de Certificación”.

En igual caso ocurre en España, así, Flores Doña (2007, 215) señala que para encontrar un equilibrio entre la inseguridad derivada de la amplitud de firmas electrónicas y los elevados costes que conllevaría el uso obligatoria de las firmas avanzadas certificadas, el legislador de ese país

¹³ En Venezuela, la Resolución No. 641.10 sobre las Normas que Regulan el Uso de los Servicios de la Banca Electrónica, define a la Banca Virtual o Banca por Internet, de la siguiente manera: “Canal electrónico utilizado por los Bancos y demás Instituciones Financieras para ofrecer a sus clientes los productos y servicios, a través de sus portales transaccionales.”

“ha optado por reconocer efectos internos a las firmas convencionales en el artículo 3.10 LFE, que dice: cuando una firma electrónica se utilice conforme a las condiciones acordadas por las partes para relacionarse entre sí, se tendrá en cuenta lo estipulado entre ellas.” De igual manera añade la referida autora: “de este modo, nuestra Ley de firma opta por una solución más flexible que la de seguridad alemana (*Büchner: “Internetspezifische Vertragsformen in euroäischen Kontext”*, pp. 342-343) mediante la exigencia de nuestra equivalente firma avanzada reconocida”.

También, en el mismo país la Sentencia TS, Sala 2ª, de 16 de marzo de 2009, analizó la equiparación con la firma manuscrita en el supuesto de banca a distancia o por Internet, visto que entre las partes se había previamente celebrado un contrato de banca a distancia para particulares, estableciendo al respecto que “la utilización de las claves de acceso y la validación de la operación, sustituirán a su firma manuscrita y producirán plenos efectos jurídicos, asumiendo plenamente como propia y respondiendo de dicha operativa frente al Banco sin que éste deba hacer comprobaciones adicionales sobre la identidad del ordenante.” AAVV (2010).

Asimismo, en el caso de Colombia, señala Villalba Cuellar (2008, 103) que “el art. 7 de la Ley 527/99 es la columna vertebral de las firmas, que aplicadas a los mensajes de datos, tiene el valor que se concede a las firmas manuscritas, siempre y cuando se haya utilizado el medio apropiado de identificación del iniciador. Este método debe ser confiable y apropiado para los fines de las partes”. De igual manera, en virtud de las

anteriores afirmaciones, añade el citado autor: “se podría afirmar entonces que un mensaje de e-mail enviada desde una cuenta de correo determinada y asociada a su creador, podría ser considerado como firmado. Todo depende claro está, de la finalidad específica, nadie osaría celebrar un contrato de millones de dólares solo con base en un mensaje de e-mail”. Por otro lado, el mismo autor acepta: “Sin embargo para lograr un grado de seguridad una firma electrónica puede consistir en una firma digital”.

En el mismo orden de ideas, Rincón Cárdenas (2013) comenta que el novísimo Decreto 2364 de 2012 estableció la reglamentación del antes citado artículo 7º de la Ley 527/99 de Colombia, complementando así el marco jurídico de los mecanismos de autenticación previstos en ese país. Asimismo, agrega dicho autor que, a través de dicho Decreto “se instaure el uso de la firma mediante acuerdo de las partes de una relación jurídica, pero se establece también de manera clara que éstos mecanismos deben garantizar las condiciones de confiabilidad, y en ese orden de ideas quien predisponga métodos de autenticación, como por ejemplo bancos o entidades financieras, deberán garantizar las condiciones de autenticidad e integridad definidas como alcance del concepto de confiabilidad.”

Por otro lado, en lo que respecta a los acuerdos previos que pueden convenir las partes sobre contrato y firma electrónica, la Cámara de Comercio Internacional (o ICC por sus siglas en inglés) aprobó en el año 2004 los *ICC eTerms 2004*, en donde se establecieron cláusulas modelo, las cuales fueron diseñadas para mejorar la seguridad jurídica de los

contratos celebrados por medios electrónicos y para ser fácilmente incorporadas con las demás cláusulas contractuales acordadas entre las partes¹⁴. Así, por ejemplo, el artículo 1 se refiere a términos y condiciones contractuales, referidos a la validez, ejecutoriedad, fuerza probatoria y creación recíproca de derechos y obligaciones entre las partes sobre la utilización de mensajes electrónicos.

Por todo lo antes indicado, ha quedado bastante claro que no solo en Venezuela sino también en otros países Latinoamericanos y en otras latitudes, las partes pueden establecer a través de un contrato previo, los términos y condiciones que consideren más favorables para regular el intercambio de mensajes de datos que efectuarán, la validez en la suscripción de los mismos, así como los mecanismos de seguridad que utilizaran. Particularmente en el caso de la Banca Virtual o Banca Online, el referido contrato previo puede ser suscrito tanto de la manera tradicional, es decir, a través de un contrato escrito autenticado ante un Notario Público, de forma privada sin la intervención de ningún funcionario público, o a través de un contrato electrónico. Ahora bien, a fines de reforzar aún más el aspecto probatorio, las partes podrían autenticar dicho contrato previo ante Notaría Pública, visto que precisamente ese contrato servirá de paraguas para los demás contratos que se generen a través de ese mecanismo.

¹⁴ Según lo indicado en la página web de la Cámara de Comercio Internacional: <http://www.iccwbo.org/products-and-services/trade-facilitation/tools-for-e-business/>. Fecha de consulta: 18 de mayo de 2015.

Por otro lado, ¿qué sucede si las partes de una relación jurídica utilizan una firma electrónica que no cumple los requisitos para que se verifique la equivalencia funcional y sobre la cual no se efectuó ningún acuerdo de voluntades previo para regularla? ¿Significa ello que la firma electrónica empleada carece de todo valor jurídico? Tampoco. El ordenamiento jurídico venezolano favorece la utilización de las firmas electrónicas y las ampara. Así, la LMDFE en su artículo 17 establece que en ese caso, aunque la firma electrónica no será totalmente equivalente con la manuscrita, si constituirá “un elemento de convicción valorable conforme a las reglas de la sana crítica”.

En Venezuela, la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, en Sentencia de fecha 20 de agosto de 2004 (Caso Mireya Torres De Belisario Vs. José Román Belisario López) Exp. AA-20-C-2003-000448, se reconoció que: “la doctrina patria ha establecido que a través de la sana crítica el sentenciador tiene libertad de apreciar las pruebas aportadas al juicio de acuerdo con la lógica y las reglas de la experiencia que, según su criterio personal, son aplicables en la valoración de determinada prueba. (Henríquez La Roche, Ricardo: Código de Procedimiento Civil. Tomo III. Ediciones Liber, Caracas 2004, p. 594 y ss.).”

Por otro lado, a los efectos de determinar la validez o no de una firma electrónica, una reciente sentencia venezolana del Juzgado Superior Segundo del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, de 29

de noviembre de 2013, (Caso DANIEL Briceño Hernández Vs. Skanska Venezuela, S.A.) mencionó:

“al respecto, observa este Juzgador que el autor Peñaranda Quintero, Héctor en su obra “El Documento Electrónico” señala que para el caso de que se niegue formalmente el reconocimiento de la validez jurídica del documento electrónico, “tocará a la parte promovente de la prueba demostrar su autoría, y tratándose de documentos electrónicos, no es posible acudir al cotejo ni a ningún procedimiento similar a éste, de forma que de ser rechazada la autoría del mismo, es necesario que se lleve a efecto la prueba de experticia, a través de la cual, expertos en informática puedan analizar la autoría y medios de conducencia del mensaje electrónico””.

Por todo ello, se puede afirmar que el ordenamiento jurídico venezolano otorga suficiente valor jurídico formal a la firma electrónica, bien sea que ésta sea certificada o no. A mayor abundamiento, el artículo 1 de la LMDFE señala:

“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 produzcan en un futuro. A tal efecto, sus normas serán desarrolladas e interpretadas progresivamente, orientadas a reconocer la validez y eficacia probatoria de los Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas.”

Por ello, ante un caso en donde se dilucide la validez o no de un Contrato *Clickwrap*, el juez al momento de abordarlo, está en la obligación de interpretar “progresivamente” las normas que sean aplicables, es decir, debe procurar que en un número mayor de situaciones o supuestos, de acuerdo a los avances de la tecnología, se reconozca cada vez más la “validez y eficacia probatoria de los Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas.” Vale resaltar que, son 2 cosas que el intérprete judicial

debe procurar reconocer con respecto a los documentos electrónicos y firmas electrónicas: (i) su validez formal y, (ii) eficacia probatoria. Ello significa que, por mandato legal, no podrá descartar ligeramente a los documentos y firmas electrónicas, tanto desde el punto de vista formal como desde el aspecto probatorio. Bajo esa misma óptica progresiva, debe también entenderse la aplicación de la sana crítica por parte del Juez en el caso que así se requiera, según lo previsto en el artículo 17 de la LMDFE.

En tal sentido, bajo este lente, las previsiones normativas actualmente existentes adquieren un significado distinto.

Por ejemplo, el artículo 6 de la LMDFE prevé en parte: “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”.

Así, entre muchos otros, el supuesto previsto en el numeral 8 del artículo 410 del Código de Comercio venezolano aplicable a la letra de cambio sobre “la firma del que gira la letra (librador)”, adquiere un nuevo matiz. En igual sentido, el supuesto previsto en cuanto al endoso previsto en el artículo 421 *eiusdem*, el cual prevé: “El endoso debe escribirse sobre la letra de cambio o sobre una hoja adicional. Debe estar firmado por el endosante.”

Por tanto, la firma a secas, se concibe no únicamente como la firma autógrafa, pero tampoco como la firma electrónica certificada o firma

digital, sino como cualquier traza, electrónica o no, presente o futura y de la tecnología que sea, que de la forma más elemental, vincule *lato sensu*, a una persona con una declaración de voluntad.

VI. EL CONTRATO CLICKWRAP EN LA PRÁCTICA COMERCIAL BANCARIA

a. Utilización del Contrato *Clickwrap* en la Práctica Comercial Bancaria.

La norma jurídica especial venezolana, esta es, la Ley de Instituciones del Sector Bancario, prevé parcialmente en su artículo 70 bajo el titulillo “Mejora Continua del Servicio Bancario” lo siguiente: “Las instituciones bancarias no podrán prestar ni ofrecer, a través de la banca virtual, productos o servicios distintos a los contemplados en este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, o los autorizados por la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario.”

Por interpretación en contrario, dicho artículo reconoce jurídicamente el derecho de los bancos de prestar a través de la Banca Virtual o Banca Online, los productos y servicios financieros contemplados en dicha norma. En caso de no estar contemplados, entonces los bancos podrán prestar todos los demás productos financieros que previamente autorice el órgano regulador en materia bancaria.

En tal sentido, ¿cuales productos o servicios financieros expresamente contempla la Ley de Instituciones del Sector Bancario?

Pues bien, el primer párrafo del artículo 51 de la prenombrada Ley, ubicado tal artículo dentro del Capítulo I, en el acápite referido a Operaciones, capítulo ese que forma parte del Título V, referido a las Operaciones, Funcionamiento y Atención al Público, señala cuales son los productos financieros:

“las modalidades y condiciones de los depósitos, en moneda nacional o en divisas, el crédito, el fideicomiso, las estipulaciones contractuales, las inversiones en títulos valores y cualquier otra modalidad de intermediación propias de la actividad bancaria así como los servicios prestados al usuario o usuaria, serán establecidas y reguladas en la normativa prudencial que la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario dicte al efecto y en las normas que determine el Órgano Superior del Sistema Financiero Nacional.”

Por su parte, los primeros párrafos del artículo 58 de la Ley *eiusdem* precisan:

“A los efectos del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, se consideran como:

1. Crédito: todas aquellas operaciones en moneda nacional, que comprenden el arrendamiento financiero, descuento de facturas, cartas de crédito, descuentos, anticipos, reportos, garantías y cualesquiera otras modalidades de financiamiento u operaciones activas realizadas por las instituciones bancarias.

En todo caso, las instituciones bancarias, podrán emitir, avisar, confirmar y negociar cartas de crédito, a la vista o a plazo, de acuerdo con los usos internacionales y en general canalizar operaciones de comercio exterior, en cumplimiento de las normas establecidas por el Banco Central de Venezuela.

Las instituciones bancarias podrán efectuar operaciones de reporto únicamente con títulos valores emitidos o avalados por la República Bolivariana de Venezuela o por empresas del Estado, ya como reportadores o como reportados. La Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario dictará las normas prudenciales para regular estas

operaciones con la opinión vinculante del Órgano Superior del Sistema Financiero Nacional.”

En tal sentido, no solo las operaciones de carácter pasivo, como los depósitos, sino también cualquier tipo de operaciones de carácter activo, como los préstamos, son plausibles de ser efectuados a través de la Banca Virtual o Banca Online. Vale destacar que, ello puede realizarse sin que medie una autorización previa por parte del órgano regulador, visto que se trata de operaciones expresamente previstas en el texto de la Ley.

Entonces, los bancos pueden valerse de la Banca Online, no solo para prestar servicios financieros y otorgar productos de la misma índole, sino también para instrumentar jurídicamente a través de ese medio los contratos electrónicos que tengan por objeto operaciones financieras (constitución de Líneas de Crédito, Pagarés, Préstamos, etc.)

Por ende, la correcta adecuación o implementación, según se trate, de la Banca Virtual, con el fin de permitir la suscripción de contratos electrónicos, particularmente de Contratos *Clickwrap*, garantizará entre otras cosas, la seguridad jurídica en las operaciones financieras que se lleven a cabo.

b. Seguridad Jurídica en la Utilización del Contrato *Clickwrap* en la Práctica Comercial Bancaria.

¿Cómo pueden los bancos garantizar la seguridad jurídica en la utilización de contratos electrónicos, cuando las partes lo suscriben utilizando firmas

electrónicas carentes de certificación, es decir, a través de la Banca Virtual por medio de un Contrato *Clickwrap*?

Al respecto, el autor venezolano Muci Facchin (2004, 51) indica que con el fin de certificar adecuadamente la identidad y capacidad de los usuarios, los bancos pueden “utilizar diversidad de metodologías existentes para establecer tal autenticación, entre las cuales se encuentran: los números de identificación personas (PINs); contraseñas, tarjetas inteligentes, tecnología que aplique la biometría”.

En Venezuela, la Resolución No. 641.10 sobre las Normas que Regulan el Uso de los Servicios de la Banca Electrónica¹⁵, expresamente establece un marco jurídico para la utilización de contratos electrónicos en la Banca On Line y las formas de autenticación del usuario de la misma. Asimismo, establece diversos factores de autenticación, dependiendo el tipo de operación de que se trate.

En tal sentido, el artículo 4 de dicha norma señala lo siguiente:

“en cuanto a la afiliación del servicio de Banca por Internet y Banca Móvil, las Instituciones Financieras podrán implementar la aceptación de contratos electrónicos, utilizando Factor de autenticación categoría 1 a que hace referencia el artículo 5 de las presentes normas. Lo anterior, se considerará como la confirmación y autorización de uso de los servicios de Banca Electrónica.”

A su vez, el artículo 5 *eiusdem* prevé: “los Bancos y demás Instituciones Financieras deberán utilizar factores de autenticación para verificar la

¹⁵ Publicada en la Gaceta Oficial No. 39.597 del 9 enero 2011.

identidad de sus clientes y la cualidad de éstos para realizar operaciones mediante la Banca Electrónica”, y de seguidas establece al menos 5 categorías de factores de autenticación, que incluyen: cuestionarios con información del cliente, contraseñas, claves dinámicas de un único uso, uso de tarjetas bancarias con circuito integrado (chip), uso de firmas electrónicas certificadas y biometría, siendo esta última, una tecnología muy común en Venezuela en el último año.

Asimismo, la referida norma establece mecanismos de seguridad con los cuales debe contar la página web de la Banca Virtual, como mecanismos de cifrado en la transmisión y almacenamiento de la información y la utilización de certificados digitales (SSL) u otros mecanismos que permitan autenticar el sitio transaccional.

En consecuencia, los mecanismos de seguridad que se utilicen en la firmas electrónicas (carentes de certificación pero reguladas por un contrato previo), por lo menos deben ser capaces de garantizar razonablemente, los principios referentes a la autenticación, integridad, confidencialidad y disponibilidad.

Siguiendo las pautas previamente señaladas, se mitigaría el Riesgo Operativo, al cual se expone la banca al utilizar formas de contratación electrónica. Así, propone Rincón Cárdenas (2006, 111) diversas soluciones para mitigar el referido riesgo, entre las que está, el mecanismo de encriptación conocido como *Secure Socket Layer* (SSL), antes indicado y el *Secure Electronic Transaction* (SET). Asimismo, aplicando los mecanismos de seguridad antes señalados y la ejecución

apropiada de la Banca On Line, también se evitaría el Riesgo Legal, el cual está asociado, como señala Linares (2013, 188) “con la calidad de los documentos de crédito y con las demandas contra la institución”, entre otras cosas.

CONCLUSIONES

En Venezuela, el mensaje de datos es equivalente a un documento electrónico. El documento electrónico es a su vez, un documento escrito. Un documento escrito debidamente reconocido, tiene el mismo valor probatorio que un documento público, esto es, plena prueba.

El contrato electrónico, es aquel que se caracteriza por celebrarse utilizando medios electrónicos.

El Contrato *Clickwrap* no constituye una nueva categoría de contratos, sino más bien, se trata de una derivación del contrato electrónico en el cual, la forma de celebrarse por el medio electrónico incluye una actuación característica por parte del contratante: hacer clic en una casilla con la leyenda “acepto”.

La manifestación del consentimiento por medios electrónicos es jurídicamente válida. De la muestra geográfica extraída, esto es, de Venezuela, Chile, Argentina, México y Estados Unidos, es un hecho comprobado la eficacia jurídica del consentimiento manifestado electrónicamente, particularmente a través de Contratos *Clickwrap*.

La correcta implementación que se efectúe en los Contratos *Clickwrap* jugará un papel decisivo en lo que respecta a la validez y eficacia de estos contratos y su suscripción. De forma general, ello deberá incluir que, el usuario haya podido conocer los procedimientos, así como los

términos y condiciones de la contratación, previo a esta, y se le haya permitido la posibilidad de aceptar o no, de forma clara e inequívoca.

La firma electrónica es jurídicamente válida y eficaz en Latinoamérica. Su validez y eficacia no está condicionada a que haya sido certificada por un ente acreditado por el Estado. De tal manera, la firma electrónica simple tiene validez formal y eficacia probatoria.

En Venezuela, Colombia y España, entre las muestras geográficas específicas extraídas, pero sin limitarse a otros países de Latinoamérica, se reconoce la validez formal y eficacia probatoria del convenio que puedan hacer las partes de una relación jurídica, para establecer conforme a los principios de autonomía de la voluntad de las partes y libertad contractual, la utilización de una tecnología que garantice la seguridad técnica del proceso de contratación electrónica, permitiendo la autenticación del documento y satisfaciendo las exigencias de autoría e integridad necesarias.

Particularmente en el caso de Venezuela, existe un argumento adicional a favor de las firmas y documentos electrónicos. Por mandato expreso de Ley, las normas existentes en este ámbito deben ser interpretadas de forma progresiva, es decir, orientadas a reconocer cada vez y en mayores supuestos, su validez y eficacia probatoria.

A través de la Banca On Line y particularmente en el caso especial de Venezuela, tanto desde el punto de vista comercial como jurídico, es viable que las instituciones financieras celebren contratos de créditos con

sus clientes. Como antes se indicó si los medios electrónicos utilizados para el proceso de contratación electrónica son adecuados, ello no impactará negativamente en lo que respecta al Riesgo Operativo y al Riesgo Legal, a los cuales está sujeto la banca.

La implementación de contratos electrónicos a través de la Banca Virtual genera múltiples beneficios para las instituciones financieras, que van desde el ahorro de papel y gastos de impresión, hasta la mejora en calidad de servicio y tiempos de respuesta, por solo decir algunos. Además, permite el autoservicio por parte del usuario, proceso ese cada día más solicitado y exitoso a nivel mundial.

BIBLIOGRAFÍA

AAVV. (2010). Contratación Mercantil y Bancaria. España: El Derecho Editores.

Bruzzone, Hugo (2014). *Manifestación del Consentimiento para la Celebración, Modificación y Terminación de Contratos de Servicios Financieros. La Situación en Argentina*. FELABAN.

Behar Quiñones, G., Yañez Figueroa, A. (2014). *Introducción a los Contratos Tecnológicos*. México: ITESO.

Cross, Frank & Miller, Roger. (2009). *The Legal Environment of Business*. (7^{ma} Edition). USA: Cengage learning.

Flores Doña, María de La Sierra. (2007). *Autenticidad en la contratación bancaria electrónica. La Contratación Bancaria*. España: Editorial Dykinson, S.L.

Goldman, Eric. (2012). *How Zappos' User Agreement Failed In Court And Left Zappos Legally Naked*. Recuperado en Mayo 10, 2015, de <http://www.forbes.com/sites/ericgoldman/2012/10/10/how-zappos-user-agreement-failed-in-court-and-left-zappos-legally-naked/>

Jurado, A. (2011). *Cuestiones Jurídicas. Valor Probatorio del Documento Electrónico*. Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta, Venezuela.

Kunz, Christina L. Ottaviani, John E. Ziff, Elaine D., Moringielio, Juliet M., Porto, Kathleen M.; and Debrow, Jennifer C. (2003) *Browse-Wrap Agreements: Validity of Implied Assent in Electronic Form Agreements*. Business Lawyer, Vol. 59, No. 1. USA: William Mitchell Legal Studies Research Paper

Landaez Otazo, L. (2009). *El Comercio Electrónico nueva tecnología e internet*. Caracas: Vadell Hermanos Editores.

LeRoy Millar, Roger. Jentz, Gaylord A. (2010). *Fundamental of Business Law*. South-Western. USA: Cengage Learning.

Linares, Humberto. (2013) *Banca Venezolana*. Tercera Edición. Caracas.

Márquez, J. (2002). *La ley de Firma Digital Argentina*. Argentina: Abeledo-Perrot.

Morles Hernández, A. (2006). *Curso de Derecho Mercantil*. (4^{to} Tomo). Caracas: Publicaciones UCAB.

Muci Facchin, G. (2004). *Tecnología y Derecho. "Sus fronteras legales"*. Caracas: Editorial Torino.

Nemironsky, Hugo. (2009) *Temas Actuales de Derecho Bancario. Homenaje a la Memoria del Dr. Oswaldo Padrón Amaré. El Valor Probatorio del Documento Electrónico*. Caracas: Ediciones Funeda.

Noodt, M. (2002). *Elección de la Ley Aplicable en el Comercio Electrónico*. Brasil: Jornadas de Derecho Internacional. OEA.

Novelli, M. (2013). *El Perfeccionamiento de los Contratos Celebrados por Medios Electrónicos en el Derecho Argentino Y Comparado*. Brasil: Cognitio Juris, João Pessoa, Año III, Número 8.

Rico Carrillo, M. (2005) *Comercio Electrónico, Internet y Derecho*. (2^{da} Edición). Colombia: Legis Editores.

Rengel Romberg, A. (2003). *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano*. (4^{to} Volumen). Caracas: Organización Gráficas Capriles.

Pérez, B., Carranco, M. (2013). *Contratos y Transacciones Por Medios Electrónicos*. México: Editorial Trillas.

Pinochet Olave, R. (2005). *La Formación del Consentimiento a través de las Nuevas Tecnologías de la Información: Parte II: La Aceptación Electrónica ¿Contratantes Electrónicos Contratantes Presentes o Ausentes?*. *Revista Ius et Praxis*. Universidad de Talca, Chile.

Pittier Sucre, Emilio & Maduro Luyando, Eloy (2003). *Curso de Obligaciones*. Tomo II. 14^a Edición. Caracas. UCAB.

Rincón Cárdenas, E. (2013). *La Nueva Reglamentación de la Firma Electrónica*. Recuperado en Mayo 10, 2015, de http://www.larepublica.co/la-nueva-reglamentaci%C3%B3n-de-la-firma-electr%C3%B3nica_29062.

Salgueiro, Ovidio, J. (2007). *Contratación Electrónica. Tendencias Actuales del Derecho Procesal. Constitución y Proceso*. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2007.

Scotti, L. (2015). *Contratos electrónicos: Un Estudio Desde el Derecho Internacional Privado*. Argentina: EUDEBA.

Sistema Económico Latinoamérica y del Caribe (2012). *Fundamentos de la Firma Digital y su Estado del Arte en América Latina y el Caribe*. .
Secretaría Permanente del SELA. Caracas, Venezuela.

Villalba Cuellar, Juan Carlos. (2008). *Contratos por Medios Electrónicos*. Aspectos Sustanciales y Procesales Prolegómenos. Derechos y Valores, Vol. XI, núm. 22, julio-diciembre, Universidad Militar Nueva Granada Bogotá, Colombia