

## INTRODUCCIÓN

*«This new money is like a shadow.  
Its cool-gray shape can be seen but not touched.  
It has no tactile dimension, no heft or weight [...]  
Money is a phantom from the past, an anachronism.  
In its place, traveling the world incessantly without rest  
and nearly at the speed of light, is an entirely new form of money  
based not on metal or paper but on technology,  
mathematics and science...»*

HENDERSON<sup>1</sup>

«Internet es un elemento clave de la llamada «sociedad de la información», pues facilita los más variados servicios electrónicos interactivos y la comunicación de todo tipo de informaciones (texto, sonido, imágenes, vídeo...)<sup>2</sup>. En efecto, internet constituye el punto de cristalización del desarrollo que las nuevas tecnologías de la información y la comunicación han inducido en la forma de entender el desplazamiento de la acción macroeconómica hacia un sector terciario caracterizado ahora, justamente, por el factor información<sup>3</sup>.

Definida como «... un entramado mundial de redes interconectadas entre sí de un modo que hace posible la comunicación instantánea o casi instantánea

- 
- 1 Henderson, Paul B. Jr., *Modern Money*, en: *Electronic fund transfers and payments: The public policy issues*, (E. Solomon, ed.), Boston, Kluwer Nijhoff Publishing, 1987, pp. 17 y ss., especialmente p. 17.
  - 2 De Miguel Asensio, Pedro, *Derecho privado de internet*, Madrid, Civitas, 4ª ed., 2011, p. 33.
  - 3 Zapkau, Florian y Axel Schwickert, *E-Payment-Systeme – Funktionsweise, Marktüberblick, Bewertung*, Gießen, Justus Liebig-Universität Gießen, Arbeitspapiere Wirtschaftsinformatik, 2006/4, pp. 15-16.

desde cualquier ordenador conectado a una de esas redes con otros situados en otras redes del conjunto, por lo que se trata de un medio de comunicación global»<sup>4</sup>, desde su creación en 1969<sup>5</sup>, Internet ha influido, sin duda alguna, en la forma de comunicarnos y de establecer relaciones.

Aparece así el término «sociedad de la información», con el objeto de describir –según reconoce Rico Carrillo– «... los cambios sociales económicos y de otra naturaleza derivados de la transición de una economía industrial (basada en la fabricación o en la producción en masa) a una basada en la información (especialmente información electrónica)...». Se trata, en opinión de la autora, de la aparición de un nuevo orden social fundamentado en la tecnología, en el que la información es la principal fuente de riqueza y el principio de la organización<sup>6</sup>.

De esta realidad no escapa el mundo de los negocios. Tal como lo han expuesto Ross, Vitale y Weill, los negocios se han establecido en el mundo virtual y ello ha cambiado la naturaleza de las relaciones entre compradores y vendedores, el papel de las tecnologías de la información y el diseño de las estructuras y roles organizacionales. «*This process of leveraging strengths and disrupting habits underlies the migration to e-business –a mi-*

---

4 De Miguel Asensio, *Derecho privado de internet...*, ob. cit., p. 33. «Internet es un conjunto descentralizado de redes de comunicación interconectadas que utilizan la familia de protocolos TCP/IP, lo cual garantiza que las redes físicas heterogéneas que la componen funcionen como una red lógica única de alcance mundial». Ver: <https://es.wikipedia.org/wiki/Internet> (29.11.2016).

5 De manera general se reconoce que el origen de internet está en el llamado ARPANET (*Advanced Research Projects Agency Network*), una red experimental que fue desarrollada bajo los auspicios del Departamento de Defensa de Estados Unidos. La primera comunicación se produjo entre la UCLA y la Universidad de Stanford, por medio de una línea telefónica conmutada, el 21 de noviembre de 1969. Ver: <https://es.wikipedia.org/wiki/Internet> (29.11.2016).

6 Rico Carrillo, Mariliana, *Comercio electrónico, internet y Derecho*, Caracas, Bogotá, México, Buenos Aires, Lima, Santiago, Miami, Legis, 2ª ed., 2005, p. 3.

*gration from market place to market space*—<sup>7</sup>. Cualquier estructura que se dedique hoy al comercio debe instalarse también en el espacio virtual.

Esta virtualización de los negocios no se limita, no obstante, a internet. En efecto, la realización de negocios virtuales supone la implementación de sistemas de *Electronic Data Interchange* (EDI), es decir, «... intercambio de datos en un formato normalizado entre los sistemas informáticos de quienes participan en las transacciones comerciales con reducción al mínimo de la intervención manual»<sup>8</sup>. Se trata, en definitiva, de «... la transmisión electrónica de información de una computadora a otra, estando estructurada la información conforme a alguna norma técnica convenida al efecto». Así lo reconoce el artículo 2,b de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico<sup>9</sup>.

Este intercambio se lleva a cabo a través de redes abiertas a las que cualquiera puede tener acceso, como ocurre con internet, pero también a través de redes cerradas que, tal como su nombre lo sugiere, no están abiertas al público<sup>10</sup>. Swift es un buen ejemplo de sistemas cerrados. En efecto, la SWIFT —*Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication*— constituye un sistema interbancario de transmisión de datos, que

---

7 Ross, Jeanne, Michael Vitale and Peter Weill, *From place to space: migrating to profitable electronic commerce business models*, Cambridge, Center for Information Systems Research, WP, N.º 324, 2001, p. 1.

8 Julià Barceló, Rosa, *Comercio electrónico entre empresarios. La formación y prueba del contrato electrónico (EDI)*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2000, p. 38.

9 [https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/05-89453\\_S\\_Ebook.pdf](https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/05-89453_S_Ebook.pdf) (29.11.2016).

10 Así asume Rodner las definiciones de sistemas abiertos y sistemas cerrados. Ver: Rodner, James Otis, El negocio jurídico electrónico en Venezuela, en: *La regulación del comercio electrónico en Venezuela*, Caracas, BACPS, Serie Eventos N.º 16, 2001, pp. 17 y ss., especialmente p. 21.

funciona las 24 horas del día y ha constituido, desde su creación en 1973, un gran avance para las comunicaciones interbancarias<sup>11</sup>.

Surge en este ambiente el comercio electrónico, definido por Owens como el medio a través del cual pueden comprarse y venderse mercaderías y servicios, haciendo uso de una red de transmisión de datos, en lugar de sistemas documentales o telefónicos. Se trata en definitiva del desarrollo de actividades económicas a través de las redes de telecomunicaciones y se basa, precisamente, en la transmisión electrónica de datos, incluyendo textos, sonidos e imágenes<sup>12</sup>.

Ahora bien, en el mundo del comercio electrónico se intercambian bienes y servicios por un precio, con lo cual comienza también a nacer la necesidad de realizar pagos en el mundo virtual. Pagos que, en un primer momento, se realizan a través de medios tradicionales como las tarjetas en todas sus modalidades, pero cuyo desarrollo se ve minado por la desconfianza del comprador a la hora de introducir los datos de su tarjeta en una red abierta como internet. Esta desconfianza, aunada al desconocimiento mutuo de las partes contratantes, ha provocado el abandono de los medios de pago tradicionales en las operaciones electrónicas (transferencias bancarias, pago contra reembolso, etc.).

Así, las ventajas del comercio electrónico, tanto para el vendedor (celeridad, nuevas oportunidades de negocios, mayor clientela comercial, menos costos) como para el comprador (mayor capacidad de elección, mayor comodidad a la hora de realizar las operaciones, etc.), se ven mermaid por los ya conocidos problemas de seguridad que enfrenta internet.

---

11 Sobre la historia y funcionamiento de SWIFT, ver: Etzkorn, Jörg, *Rechtsfragen des internationalen elektronischen Zahlungsverkehrs durch S.W.I.F.T.*, Berlín, New York, Walter de Gruyter, 1991.

12 Owens, J., Electronic business: A business model can make the difference, en: *Management Services*, 2006, N.º 50, pp. 16 y ss., especialmente pp. 17-18.

Tengamos en cuenta que, en principio, no existe en el mundo virtual una garantía absoluta sobre la identidad de las personas, tampoco existe seguridad sobre la no intervención de un mensaje de datos por terceros no autorizados<sup>13</sup>.

Comienza entonces a plantearse la necesidad de crear y desarrollar medios de pago especialmente diseñados para su uso en la red. La forma en la cual se manifiesta el medio de pago electrónico ha evolucionado de manera paralela al desarrollo de las nuevas tecnologías de la información y comunicación. En efecto, hay muchas formas de pago electrónico y tal como la tecnología se desarrolla, la gama de dispositivos y procesos para realizar transacciones electrónicamente sigue aumentando mientras que el porcentaje de las transacciones realizadas en efectivo o a través de cheques sigue disminuyendo.

No puede aún pensarse, sin embargo, en una absoluta sustitución de los medios tradicionales de pago por otros más innovadores. Si bien algunos, como ocurre con el cheque, se han ido dejando de lado hasta incluso desaparecer en algunos casos, las características específicas de otros medios tradicionales parecen imposibilitar su sustitución definitiva. En efecto, como bien reconoce Hartmann, la aparición de un medio de pago nuevo e innovador hace siempre pensar en la posible desaparición del dinero en efectivo, pero hasta el momento tal expectativa no ha dejado de ser algo prematura. Como ejemplo, la autora refiere el caso de la discusión planteada por John Fullarton en 1845, en relación con la sustitución de los billetes por cheques, lo cual se repitió a mediados del siglo XX con la aparición de la tarjeta de crédito o en la década de los 80 cuando se inició el uso de la tarjeta de débito y, actualmente, con el advenimiento del E-Money y los esquemas de pago a través de internet<sup>14</sup>.

---

13 Martínez Nadal, Apol·lònia, *El dinero electrónico (aproximación jurídica)*, Madrid, Thomson Civitas, 2003, pp. 18-21.

14 Hartmann, Monika, E-Payments evolution, en: *Handbuch E-Money, E-Payment & M-Payment*, (T. Lammer, Herausgeber), Heidelberg, Physica-Verlag, 2006, pp. 7 y ss., especialmente pp. 8-9.

Ahora bien, se suele pensar que todo medio de pago que se desarrolla en internet tiene carácter electrónico. Sin embargo consideramos que la digitalización de un medio tradicional no supone, en sí mismo, un medio electrónico. Estos pueden presentar problemas desde el punto de vista formal, en el sentido que no se trata de un medio nuevo, sino de una nueva forma de utilización de un medio tradicional. Es lo que ocurre, por ejemplo, cuando se paga, con una tarjeta de crédito, a través de un portal de internet. Nuestro interés se orienta, más bien, por medios de pago desarrollados por y para internet. En ellos se centra esta investigación, la cual está compuesta por tres capítulos.

El primero de ellos está dedicado a los conceptos generales de la materia. Así, comenzamos con la delimitación del concepto de medio de pago en general. Para ello fue fundamental todo el desarrollo europeo en torno a la constitución de la *Single European Payment Area* (SEPA) y los instrumentos de pago que se utilizan en el marco de este sistema. También fue referencia obligada la Directiva 2007/64/EC del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de noviembre de 2007 sobre servicios de pago en el mercado interior, hoy sustituida por la Directiva (UE) 2015/2366 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2015.

A partir de la normativa y la experiencia europea y de las escasas normas que sobre la materia contiene el Derecho venezolano, construimos un concepto de medio de pago válido para nuestro sistema. Así, hemos tomado como punto de partida al dinero como un valor que satisface el derecho de crédito, para luego definir a los medios o instrumentos de pago –naciones sinónimas– como los documentos o dispositivos a través de los cuales se expresa y transmite ese valor.

Partiendo de este concepto general, hemos analizado el concepto de medio electrónico de pago, descartando la idea común de que un medio electrónico constituye una mera digitalización de los medios de pago tradicionales.

De manera que el medio electrónico de pago ha sido definido como la transferencia de un valor desde el pagador al beneficiario a través de un mecanismo de *e-payment*. Esta definición incluye los pagos al por menor –o pagos *Business-to-Consumer* (B2C)– y los pagos entre consumidores –o pagos *Private-to-Private* (P2P) o *Consumer-to-Consumer* (C2C)– así como la adopción de servicios bancarios «tradicionales» –transacciones electrónicas entre un banco y sus clientes, por ejemplo, para iniciar transferencias de créditos o autorizar débitos directos.

También hemos procurado establecer cierto paralelismo entre el dinero tradicional y el dinero electrónico, en el sentido que ambos expresan un valor capaz, entre otras cosas, de extinguir obligaciones pecuniarias. Y al igual que ocurre con el dinero, el valor representativo del dinero electrónico se encuentra almacenado en un medio o instrumento de pago, bien en un dispositivo físico, como la tarjeta inteligente, la memoria de una computadora o un teléfono móvil, bien en un *software* de computadora.

En esta parte del trabajo hemos analizado las condiciones y los requisitos de los medios electrónicos de pago, así como sus criterios de clasificación, atendiendo, principalmente, al tipo de relación, los componentes necesarios para realizar el pago, el volumen de la transacción, el tiempo que transcurre entre el momento en que se da la orden de pago y el momento en que se hace el débito en la cuenta del pagador, la participación de terceras partes de confianza y la interacción entre el pagador y el beneficiario.

Luego nos hemos centrado en el dinero electrónico como medio de pago electrónico por excelencia, haciendo un análisis de su consideración en la Unión Europea y en Venezuela. Teniendo claro el concepto de dinero electrónico como un valor que se expresa y transmite electrónicamente a través de diversos medios de pago que serán, en consecuencia, electrónicos y en los cuales puede además almacenarse ese valor, hemos analizado sus diversas manifestaciones. El capítulo I termina con una referencia al

carácter internacional del pago y a las consecuencias de este elemento, al cual volvemos en el capítulo III.

El capítulo II, por su parte, está dedicado al análisis de los sujetos que intervienen en la dinámica de los medios electrónicos de pago, para luego analizar las diversas relaciones que se establecen entre ellos. En tal sentido, nos hemos centrado en las tres figuras principales: el prestador de servicios de pago, el usuario y el aceptante de los mismos. Todos han sido analizados desde el punto de vista del Derecho europeo y el Derecho venezolano.

Para el estudio de las relaciones que nacen entre estos sujetos, hemos partido de tres vínculos fundamentales. En primer lugar, la relación entre el prestador del servicio de pago y el titular del mismo, en la cual hemos considerado la emisión de dinero electrónico, el caso de PayPal y las particularidades en los *m-payments*. En segundo lugar, la relación entre el prestador del servicio de pago y el aceptante. Estas dos primeras relaciones han sido también estudiadas a través de la figura del contrato marco y las operaciones de pago individuales, consagradas por la Directiva 2015/2366 y del contrato bancario en el Derecho venezolano. Finalmente, hemos analizado la relación entre el titular del medio del pago y el aceptante.

Este capítulo cierra con el análisis de la responsabilidad civil derivada de la prestación de servicios de pago. Para ello hemos estudiado la calificación de las prestaciones objeto del contrato de servicios y la responsabilidad que, en general, se deriva de su incumplimiento o cumplimiento defectuoso. Luego hemos analizado las normas que regulan la materia en la Directiva 2015/2366 y la aplicación de las normas generales de responsabilidad civil en el marco del Derecho venezolano.

Finalmente, el capítulo III está dedicado al régimen aplicable a los medios electrónicos de pago. El mismo está dividido en tres partes. La primera dedicada a responder a la interrogante sobre el Derecho aplicable a la determina-

ción de lo que puede ser considerado como un medio de pago válido. Allí hemos explorado la función de la voluntad de las partes y las limitaciones impuestas por el Derecho del lugar de pago.

En segundo lugar, hemos planteado los problemas de Derecho aplicable en relación con la dinámica de los medios electrónicos de pago. Esta parte del trabajo se divide a su vez en dos secciones. En la primera, con carácter introductorio, exponemos lo relativo al Derecho aplicable a los contratos internacionales, tomando en cuenta, principalmente, el Reglamento Roma I, la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales y la Ley venezolana de Derecho Internacional Privado. Tal análisis se hace considerando tanto las relaciones paritarias como las relaciones de consumo.

La segunda sección se dedica a medir la adecuación de estas normas generales a las características de las relaciones que nacen con ocasión del pago electrónico. Ello, debido a la inexistencia de normas especiales. En esta parte volvemos a considerar las tres relaciones esenciales para el funcionamiento de los medios de pago: el contrato con el titular del medio de pago; el contrato de aceptación, y el contrato que da lugar al pago. Finalmente, hacemos una breve referencia a las normas de aplicación necesaria y el control de cambio, debido a la situación que actualmente atraviesa el sistema venezolano.

La tercera parte de este capítulo está dedicada a los problemas de jurisdicción. De manera similar a como procedimos con el Derecho aplicable, analizamos, en primer lugar, los criterios generales de jurisdicción en materia patrimonial, con especial atención en las cláusulas de elección de foro, para luego examinar su concreta aplicación en materia de medios electrónicos de pago. Finalmente, hemos hecho un breve análisis de los procesos de escasa cuantía aplicados a la resolución de las controversias que se pueden plantear con ocasión de los pagos hechos a través de medios electrónicos.

Antes de llegar a una conclusión que de alguna manera sintetice este recorrido y evalúe el impacto de los medios electrónicos de pago sobre los medios tradicionales, hemos querido presentar una propuesta para la regulación de estos instrumentos en Venezuela, sobre la base de la experiencia europea y las características propias del sistema venezolano. Para ello contamos con la invaluable colaboración de los estudiantes de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado de la Universidad Central de Venezuela, que participaron en el curso «Medios electrónicos de pago en el comercio internacional», que impartimos en el semestre 2014 II.

Con esta propuesta buscamos poner de manifiesto la actualidad de este tema y la necesidad de que el Derecho se ocupe del mismo. Se trata de una realidad de la que no podemos escapar, una realidad producto del desarrollo natural del mundo moderno y a la que el Derecho no puede dar la espalda. El silencio no puede ser la respuesta. Nuestra intención, sin embargo, lejos de pretender aportar soluciones definitivas al tema, es dar a conocer nuestros planteamientos y discusiones y que ellos sirvan de base para una fructífera discusión sobre un tema que está en pleno desarrollo.