

## CONSIDERACIONES ACERCA DE LOS CONTRATOS TELEMÁTICOS

GONZALO LÓPEZ DEL CARRIL \*

### 1. Introducción

El mundo asiste a velocísimos avances tecnológicos que determinan cambios en las formas de producción y comercio, creándose incluso nuevos productos y servicios que incrementan el tráfico negocial. Se suma a esto la masificación de las operaciones y su contenido multinacional; lo que varía el carácter de la relación contractual típica, convenida y ejecutada con la presencia personal e igualitaria de los contratantes.

Nadie desconoce hoy la posibilidad de realizar operaciones con cajeros automáticos, banca hogareña, clearing electrónico, transferencia electrónica de fondos (EFT), transferencia electrónica de datos (EDI), tarjetas magnéticas, facsimil (fax), etcétera. Las nuevas tecnologías imponen estas flamantes realidades que el ordenamiento jurídico acepta con mayor lentitud que el devenir comercial. Tan es así, que nos encontramos desde hace quince años en la llamada sociedad post-industrial o sociedad informática, y aun hoy no contamos dentro de nuestra legislación, con herramientas jurídicas depuradas.

En los países del norte, quienes concentran el 98% de los gastos de investigación y desarrollo en informática que se hacen en el mundo<sup>1</sup>, la política legislativa suele intentar

\* Estudiante de Derecho (UBA).

<sup>1</sup> Correa, Carlos M. - Batto, Hilda N. - Ciar de Zalduendo, Susana Nazar Espeche, Félix A., *Derecho informático*, Bs. As., Depalma, 1987, p. 2.

corresponderse con la económica; por lo que cada país europeo ha modificado y está adecuando sus normas legales internas para "poder entrar de manera coherente en la Europa sin fronteras"<sup>2</sup> de 1992. Así por ejemplo, Estados Unidos de Norteamérica maneja el 70% del mercado mundial de microcomputadores y más de un billón de dólares diarios a través de EPT, y Japón es líder en el desarrollo de la inteligencia artificial a través de la llamada "quinta generación de ordenadores", trabajan arduamente en este tema.

Pero no es la intención del presente trabajo el extenderse sobre la importancia del tema en la vida comercial moderna, sino particularizar el análisis de algunos aspectos en la contratación por medios informáticos y telemáticos.

## 2. DISTINCIÓN ENTRE "CONTRATO DE SERVICIOS O PRODUCTOS INFORMÁTICOS" Y "CONTRATO REALIZADO POR MEDIOS TELEMÁTICOS Y/O INFORMÁTICOS"

Enseña Borda que el objeto de los contratos es la prestación prometida por las partes, la cosa o el hecho sobre los que recae la obligación contratada. El contrato, cuyo objeto recae sobre servicios o productos, sería una estructura compleja que se distingue (aunque más no sea parcialmente) tanto de las figuras clásicas, como de las contrataciones donde el elemento material por el que se produce la declaración de voluntad es electrónico, telemático y/o informático. Uno de sus paradigmas es la pluralidad de prestaciones, lo que genera pluralidad de regulaciones contractuales. Así, se dice que hay una multiplicidad de contratos informáticos, debido a la especificidad de su objeto, presentándose generalmente en grupo. Por lo que este contrato tiene estructura de contrato complejo, si es que no tiene la de un complejo de contratos<sup>3</sup>.

Para otros, lo característico y distintivo del contrato es la funcionalidad general del objeto contractual, consistiendo éste en ser sistema o subsistema de información<sup>4</sup>. Evi-

<sup>2</sup> Martino, A., El comercio sin papel (primera parte) en "Derecho Económico", n.º 2, p. 138.

<sup>3</sup> Bertrand, A., siguiendo a los Pouillet, en Correa - Nazar Espeche - Batte - Zalduendo en Derecho informático, p. 152.

<sup>4</sup> Acquistapace, C., El concepto de sistema informático y los contratos informáticos, ponencia presentada en las II Jornadas Nacionales de Dere-

dentemente, la conclusión a la que se arriba es la misma, pues el "conjunto de actos y elementos interrelacionados, destinados al cumplimiento de un objetivo", que se denomina sistema<sup>1</sup>, es el contenido concreto e integral del acuerdo más allá de los diferentes elementos con que pueda contar.

El análisis del "contrato de servicios o productos informáticos" lleva a entender que, pese a la existencia de elementos singulares, éste no toma autonomía jurídica de la definición del art. 1137 del Cód. Civil ni de las formas contractuales conocidas; siendo comprensible dentro del esquema de la compraventa, locación (de obra o servicio), leasing, licencia, cesión de uso (horas-máquina), mantenimiento, prestación de servicios, etc.<sup>2</sup>; los que se suelen dar conjunta o separadamente en pos de la función de objeto.

A la particularidad que hace que se lo denomine informático, la cual reside, como se dijo, en su complejidad estructural, se le agregan la aparición de términos técnicos muy específicos, incluso en otros idiomas, que pueden escapar al conocimiento de una de las partes.

Así, en "De Ambrosi Lameka SA c/Centro de Computación de Datos SACOMA", se estableció la importancia de la prueba pericial en virtud de la "extrema complejidad que revisten cuestiones eminentemente técnicas, las que además responden a una terminología propia respecto de la cual debe el juzgador hallarse suficientemente advertido para no caer en errores conceptuales... a los que puede conducir la utilización de un lenguaje que muchas veces lleva a la aplicación de voces que, por traslación de las utilizadas en el idioma extranjero de origen, no se ajustan correctamente al significado de la palabra castellana adoptada, o bien hay casos en que a esta última se la utiliza con una acepción sofisticada que dificulta en demasía la comprensión de los textos"<sup>3</sup>.

---

cho Informático, realizadas del 7 al 9 de octubre de 1987 en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA y organizadas por la AABA. Fuente: *Anales de las Jornadas*.

<sup>1</sup> Falcón, Enrique M., *¿Qué es la informática jurídica?*, p. 13, Bs. As. Abeledo - Perrot, 1982.

<sup>2</sup> Nazar Espeche, F., *El contrato de compraventa de equipos informáticos*, en "Revista de Derecho Industrial", n° 15, p. 54 y ss., ene-abr. 1987.

<sup>3</sup> CNCom. Sala B, 18998, en Eignone - Martínez Ledesma, *El derecho informático en la jurisprudencia argentina*, ponencia presentada en el Congreso Internacional de Informática y Derecho, realizado del 16 al 19 de octubre de 1980 en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA.

En autos "Sisteco c/Sujoy", por el contrario, no fue determinante la existencia de terminología foránea, dado que la misma sentencia maneja y utiliza la palabra *software*<sup>1</sup>. Pero dicho fallo también receptó la especificidad, en referencia a los vicios en la adquisición, estableciéndose que éstos no pueden juzgarse de la misma manera que otros objetos o servicios susceptibles de contratación.

Otro elemento típico y especial del contrato, surge de los escasos conocimientos sobre la materia que tiene una de las partes, lo que suele ser uno de los motivos que acrean una notoria desigualdad entre ellas. "En un contrato informático el juzgador no puede olvidar las siguientes pautas o circunstancias: la desigualdad entre las partes; la diferencia radical de actitudes para la negociación; la buena fe que debe estar presente no sólo en la celebración y ejecución del contrato, sino también en la formación"<sup>2</sup>.

La superioridad de una de las partes por poseer mayores conocimientos técnicos, no implica que la otra sea necesariamente *néfita* en el tema, sino que simplemente no se encuentra en igualdad de conocimientos. Al respecto, Shue y Vergari remarcan la importancia para los tribunales norteamericanos de lo antedicho. En "Strand v. Librascope Inc.", se especifica: "Court found that the defendant, as an experienced manufacturer, possessed superior knowledge and expertise in the field of electronic digital computers and had more familiarity with component equipment that plaintiff, a person engaged in the manufacture of digital computers who had contracted to purchase several hundred magnetic read/record heads from defendant to be used in constructing an electronic digital computer"<sup>3</sup>.

Por su parte, cuando el acuerdo se realiza por medios telemáticos y/o informáticos, se puede decir que el objeto del mismo se establece sobre cualquier bien o servicio, con independencia de la función que cumpla. Lo distinguible recae sobre el elemento técnico que permite el avenimiento de las voluntades, de características propias y particulares.

y organizadas por la AABA y la Association pour le développement de l'informatique juridique de Francia. Fuente: *Anales del Congreso*, p. 835.

<sup>1</sup> CNCCom, Sala E, 36/86, LL. 1987-A-136.

<sup>2</sup> SC Mendoza, 5/290, "Sotex SA c/Oliva", SALJ, J.26.471, fallo n° 90.180.001, sum. U0400483.

<sup>3</sup> Vergari, J. - Shue, V., *Fundamentals of computer-high technology law*, ALI-ABA, 1991, p. 197.

Dicha nueva modalidad negocial, está agrupada de una manera aún indefinida para Etcheverry, quien señala que dichos contratos revelan la necesidad de pautar la irrupción de la electrónica en los procesos de producción en intermediación mercantil<sup>11</sup>.

Cabe apuntar que la movilidad técnica propia de las nuevas formas tratadas aquí, no impone necesariamente indefiniciones jurídicas, sino redefiniciones.

Hoy en día, se efectúan múltiples y diferentes operaciones en las que intervienen estos nuevos elementos, los que se imponen en virtud de su celeridad, certeza, agilidad, organización, confiabilidad y muy especialmente por su rentabilidad. Así, se prescinde de la proximidad física y aparece necesariamente un intermediario técnico, dejándose de lado la presencia "personal e igualitaria de los contratantes".

La distinción realizada entre los contratos con objeto o a través de medios no es límite a coincidencias, como el principio de especialidad que rige a ambos, o que los mismos se generen con pluralidad de protagonistas. También se advierte en ellos la importancia de la terminología aplicable, con preferencia por una consideración amplia de la misma, susceptible de comprender nuevas etapas de desarrollo científico.

Es conveniente, entonces, dotar a las palabras de un sentido claro y definido. La palabra informática responde a la adaptación al castellano de un neologismo francés (*informatique*), contracción de los términos *información* y *automática*<sup>12</sup>. De allí que se la precise como la disciplina que estudia el tratamiento automatizado de la información. La telemática es la ciencia que une a ésta con las telecomunicaciones, y es el camino que nos permite establecer prestaciones salvando distancias y, a menudo, idiomas. Así, la informática tiende a suprimir el papel como soporte de las operaciones que procesa, y las telecomunicaciones, a eliminar la necesidad de la presencia física de las partes. De allí que se prefiera la utilización de una palabra sui generis, abarcativa de los procesos mencionados.

Pero no todas son ventajas con los contratos concluidos mediante ordenadores y formas telemáticas. El primer

<sup>11</sup> Etcheverry, Raúl A., *Derecho comercial y comercio. Obligaciones y contratos comerciales*. Parte general, II. A., Astrea, 1988, p. 182.

<sup>12</sup> Falco, *¿Qué es la informática?*, p. 11 y 114.

problema es determinar cuándo se ha producido la declaración de voluntad de las partes. Es por eso que se dice que la participación de la tecnología moderna, no se limita a ser el medio de comunicación de una voluntad ya perfeccionada, sino que también pueden incidir en el proceso de formación y exteriorización de la voluntad negocial. Estos puntos serán tratados a continuación, con la intención de ser un pequeño aporte a la redefinición aludida.

### 3. LA FORMA Y LA PRUEBA EN LA CONTRATACIÓN TELEMÁTICA

Cada fenómeno voluntario debe exteriorizarse de manera que sea socialmente apreciable e imputable a un hombre. Esa exteriorización es la que el Código Civil argentino define como "el conjunto de las prescripciones de la ley, respecto de las solemnidades que deben observarse al tiempo de la formación del acto jurídico".

Antiguamente, la forma reputaba la necesidad de revestir lo inmaterial de una manera física tangible, a fin de impregnar los sentidos. Por su parte, el llamado neoformalismo apunta a la publicidad, al afianzamiento de las relaciones negociales, la seguridad jurídica y la prueba de los contratos. Este tiende cada vez más a imponer formas menos constitutivas y sacramentales, como consecuencia del creciente abandono del documento-papel en la relación contractual.

Existe en nuestro derecho, una marcada tendencia normativa a identificar al instrumento escrito sobre papel, siendo éste el medio de prueba por excelencia. La contratación por medios telemáticos se basa en mensajes emitidos y recibidos mediante códigos, claves, sistemas de redes, etcétera. No nos encontramos aquí con un papel que contenga la declaración de voluntad de las partes con la firma de ellas.

Dicha declaración de voluntad, no debe ser confundida con el instrumento en que ese acto se documenta. Una cosa es expresarse por escrito y otra la que recibe y lleva signos gráficos. Según Giannantonio<sup>12</sup>, distíngase lo que

<sup>12</sup> Giannantonio, E., *El valor jurídico del documento electrónico*, "Informática y Derecho. Aportes de doctrina internacional", vol. 1, p. 100, Bs. As., Depalma, 1987.

se prueba, de aquello con lo que se prueba. El clásico vínculo contrato-papel-escrito, no es más que el documento continente de la materialización del instituto. De allí que se hable de la creciente desmaterialización de la relación comercial moderna, dado que es la forma o un medio de prueba, pero no el contrato mismo<sup>14</sup>.

Pero el documento electrónico, como paradigma del comercio sin papel, no es el concepto de escritura entendida en el pasado. No es el visualizado en la pantalla de un monitor de video, ni lo que se imprime. La forma telemática o electrónica es propia y distinguible de la que se expresa sobre un papel, o de la oral. Se trata aquí de impulsos electrónicos (a menudo ligados a la transmisión telefónica<sup>15</sup>), que simbolizan un lenguaje.

El hecho de que no sea escritura en el sentido generalmente extendido, no evita la asimilación jurídica que se hace de un sistema de expresión de la voluntad por otro, a efectos de dotarlo de similar validez. Así, la Convención de las Naciones Unidas sobre "Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías", ley 22.765, dispone en su art. 13 que, a los efectos de ésta, la expresión por escrito comprende el telegrama y el télex. Este concepto amplio de lo que significa escritura, también se da en los fallos "Proyecto de Unificación Legislativa Civil y Comercial" y "Proyecto de Reformas al Código Civil", referido al otorgamiento de valor probatorio al documento electrónico del año 1988-1987, este último no tan conocido como el primero y realizado por la Secretaría de Justicia de la Nación.

La disposición medular en el tema es el art. 874 de nuestro Código Civil, que consagra el principio de la libertad de formas para los actos jurídicos. Esto coincide con lo establecido por el art. 1020 con referencia a los instrumentos privados; o sea aquellos que las partes otorgan sin intervención de oficial público. Dichos actos pueden formarse

<sup>14</sup> Aguiris, Ana M. de - Kleidermacher, Arnoldo, *Nuevas formas de contratación. Contratación por ordenador*, LL, 1987-C-894.

<sup>15</sup> Para que los diferentes sistemas de transmisión telemática (computadoras, cajeros automáticos, etc.), puedan comunicarse entre sí o con cualquier sistema (un computador central, un mainframe), lo único que se necesita es un *modem* a cada lado de la línea telefónica. Así, dicho aparato modular, o sea traduce el lenguaje numérico (proceso electrónico) en lenguaje audible (proceso telefónico), que recepta y demodula (vuelve a traducir) nuevamente a código numérico, otro aparato *modem*.

en el idioma y con las solemnidades que las partes juzguen convenientes.

El principio del art. 974 posee dos importantes excepciones: la firma y el doble ejemplar. La firma es la manera habitual en que una persona escribe su nombre y apellido con el objeto de asumir responsabilidades, además de ser, según el art. 1012 del Cód. Civil, condición esencial para la existencia de todo acto bajo forma privada, sin poder reemplazarse por signos ni por iniciales. Esto constituiría un obstáculo a la posibilidad de emitir la voluntad por medios telemáticos. Generalmente, en este contrato en estudio, la voluntad se establece a través de códigos, signos y/o señales, lo que impide su consideración como instrumento privado.

Enseña Martino que la ley civil italiana impone también el principio de la libertad de formas, atenuado por el excesivo formalismo de sucesivas derogaciones. El art. 2702 de la ley civil italiana es rígido en cuanto a la firma, de una manera similar a nuestro art. 1012. No obstante la jurisprudencia y doctrina de dicho país, han optado por darle validez a instrumentos no firmados como el télex.

Analizando el requisito de la firma, se ve cómo los adelantos técnicos la han hecho caer como medio de seguridad jurídica primordial. La firma ha perseguido a través de los siglos la identificación de una persona con voluntad de obligarse. Morello dice que ella da la confirmación de la paternidad del documento y es signo tangible y visible de la voluntad implícita y explícita de constituirlo válido. Pero día a día, medios de reconocimiento del individuo y de expresión de la voluntad, como, por ejemplo, el uso de claves de control, tarjetas magnéticas, reconocimiento de la voz, de las impresiones digitales, e incluso el iris del ojo humano, se extienden, combinan y superan a la suscripción habitual del nombre.

Los inconvenientes que genera este régimen de forma y prueba, han tenido morigeraciones<sup>14</sup>. Ejemplo válido es la emisión de bonos, hecha por el gobierno nacional, en la que se prescinde de la impresión de planchas y certificados provisionarios, usándose para el caso la registración electrónica.

<sup>14</sup> Vaz Flores, H. - Dall'Aglio, E., *Recepción legal de las nuevas tecnologías de la información en el Proyecto de Unificación Civil y Comercial de la República Argentina*, "Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires", t. 31, p. 68, nº 1.

También se puede citar la validez de la contabilidad electrónica que receptan en materia tributaria la ley 23.314 y en materia societaria la ley 19.550 (modificada por la 22.903). Asimismo, esta regulación normativa prevé la posibilidad de la impresión mecánica de firma de un síndico y un director en cada acción. En igual sentido, apreciable impacto han tenido las transacciones diarias en letras telefónicas, verdaderos contratos de nuestro sistema financiero<sup>17</sup>.

Dentro de la llamada "lex mercatoria informática", la confianza y seguridad que deben despertar los contratos en cuestión es innegable. Es por eso que entiendo adecuada la solución que propugna la doctrina italiana<sup>18</sup> para los países que, como el nuestro, dicho *credere* está ligado al documento papel: la coexistencia de ambos soportes (papel y magnético) hasta que se adquiera una confianza total y superior en la circulación electrónica. No se está destruyendo la forma, sino que, "con frecuencia, la forma debe morir para poder germinar con vida nueva"<sup>19</sup>.

Pero, ¿existen limitaciones a la aplicación del contrato objeto de estudio?

En nuestro país, Dall'Aglio opina que se debe excluir de los negocios jurídicos telemáticos a los contratos "que realiza el hombre común, como los contratos de locación o compraventa de inmuebles, los que se realizan unos pocos a lo largo de la vida... y que se seguirán efectuando de un modo tradicional"<sup>20</sup>. De similar manera, establece el art. 1350 del Cód. Civil italiano, que el acto que trate de disposiciones del derecho de propiedad o de otro real inmobiliario, debe tener necesariamente la forma escrita sobre papel<sup>21</sup>.

Para confirmar dicha afirmación, habrá que esperar la evolución económica del mundo de los próximos años, dado que nada obsta que en un futuro, una contratación telemática brinde aún más seguridad que lo que se establece en el actual art. 1184 y ss. del Cód. Civil.

<sup>17</sup> Aguirre - Kleidermacher, *Nuevas formas de contratación*, p. 183.

<sup>18</sup> Martino, A., *El comercio sin papel*, p. 139.

<sup>19</sup> Ihering, Rudolf von, en Borda, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Parte general*, Ed. Az., Abeledo - Perrot, 1988, t. II, p. 183.

<sup>20</sup> Dall'Aglio, E., *Contratos concluidos por ordenador. Formación y caracterización de la voluntad. Formación del contrato*, LL, 1990-B-1039; Conf. Mesa, J. - Agoglia, M. - Boragina, J., *Las nuevas formas de contratación según la tecnología moderna*, LL, 1992-A-293.

<sup>21</sup> Martino, *El comercio sin papel*, p. 139.

Coincidentemente, en los actos no patrimoniales (matrimonio, reconocimiento de filiación, etc.) y aun en los de última voluntad (testamento), deberá mantenerse el modo tradicional por un tiempo relativamente prolongado.

De la experiencia recogida y de las evoluciones específicas citadas precedentemente, se desprende con claridad la necesidad de un *aggiornamento* legal genérico en cuanto a la forma, que se diferencie de la prueba sin dejar de interrelacionarse.

Como toda contratación, pueden aparecer cuestiones entre las partes del acuerdo, las que a menudo niegan la operación, o afirman que su voluntad fue distinta. Ya se ha dicho que la estructura actual civil hace que la prueba escrita (entendida como instrumento con soporte papel) sea la de mayor importancia. Esto no es óbice para que se sume a la amplitud de prueba que juega en materia comercial la llamada "prueba informática". Esta última resulta del tratamiento automático de la información, a través de elaboradores electrónicos basados en las reglas de la cibernética, siendo un aspecto del derecho informático<sup>22</sup>.

Se debe decir que el legislador no es claro al respecto, pues al referirse a la prueba de los contratos (art. 1190), habla de los instrumentos particulares no firmados. De allí que se considere la existencia de tres tipos de instrumento: público, privado y particular o no firmado.

Si bien el codificador distinguió entre prueba y forma (art. 973 y ss., Cód. Civil), el art. 1193 confunde los términos, al establecer que los contratos que excedan una cantidad determinada deben ser hechos por escrito y no pueden ser probados por testigos, aun en contra del principio de la amplitud de prueba del art. 1190. Los dos artículos que le suceden (1191 y 1192) son las excepciones a lo determinado en el art. 1193, pudiéndose entonces justificar, a través del principio de prueba por escrito, la existencia como instrumento hábil del documento escrito no firmado. Conocido es que el fenómeno inflacionario y la depresión monetaria destrozaron este ejemplo típico de prueba tasada, logrando que, cualquiera sea la importancia económica del contrato, deba ser probado por escrito. Cabe agregar que el art. 209 del Cód. de Comercio sufre el mismo inconveniente, al diseñar un sistema similar.

<sup>22</sup> Guastavino, Elías P., *La prueba informática*, LL, 1987-A-1144.

Es por ello que avanza la posición doctrinaria a favor de la reforma acerca del valor probatorio del documento electrónico<sup>25</sup>, pese a la posición que entiende suficiente la interpretación amplia de la ley comercial<sup>26</sup>. Este criterio se funda en la seguridad en cuanto a la autenticidad, la extensión de los usos y costumbres telemáticos, la lógica permeabilidad legal al fenómeno, etcétera.

Señala Aitmark<sup>27</sup> que el derecho comparado se desplaza hacia la reforma. El Código Civil francés modificó su art. 1348 en el año 1960, Suecia transformó el concepto hacia 1975, Alemania en 1985, Gran Bretaña en su Civil Evidence Act de 1968. Suiza también cambió sus instrumentos legales, condicionando la validez documental a determinados requisitos (seguridad de conservación y facilidad de acceso a registros). Uruguay posee una herramienta valiosa en el Código General del Proceso en su art. 146. También desde el punto de vista procesal, en Estados Unidos de Norteamérica se modificó la *Federal Rules of Civil Procedure* en el año 1970, específicamente en la regla 34<sup>28</sup>.

Es obvio que las nuevas tecnologías en análisis iban a chocar con "la cultura del papel". De allí que los aspectos legales más críticos, son los que se refieren a la identificación de la parte que cursa la transacción, y al valor de los registros de las memorias electrónicas como un medio de prueba legal<sup>29</sup>. En referencia a la individualización de la parte al contratar, las soluciones son similares a las que se buscaron para la firma.

La demostración de la voluntad exteriorizada (entendida como prueba) no es, a diferencia de la forma, elemento esencial del acto jurídico. Debe tener entidad jurídica propia y, como cualquier medio probatorio, ser convincente.

<sup>25</sup> Entre otros, Millá, A., Aspectos legales de la transferencia electrónica de fondos, LL, 1989-D-1148 y 1149; Bekerman, J., Documento electrónico: seguridad de una reforma legislativa y cultural, LL, 1989-D-994; Bustamante Alsina, Jorge, Valor probatorio del documento electrónico, ED, 127-818; Van Flores, H. - Dell'Aglio, E., Contratos concluidos por ordenador. Formación, p. 87.

<sup>26</sup> Aguilera - Kleidermacher, Nuevas formas de contratación, p. 897.

<sup>27</sup> Aitmark, D., Contratos telemáticos, "Jornada de Informática y Moderna Contratación Mercantil", organizada por los Institutos de Derecho Comercial e Informática Jurídica del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal.

<sup>28</sup> Vergari - Shue, Fundamentals of computer, cap. 8, p. 324.

<sup>29</sup> Millá, Aspectos legales de la transferencia electrónica de fondos, p. 1149.

La verificación de la existencia del contrato se logra por lo establecido en el art. 1190, en cuanto al principio de amplitud de la prueba. Claro que este principio sufre una excepción (contratos formales solemnes) y una limitación<sup>28</sup>; la del art. 1193 ya analizado. Los medios probatorios se hallan tanto en el art. 1190, como en el 208 del Cód. de Comercio, imponiendo ambos un listado meramente enunciativo<sup>29</sup>.

De lo dicho, se concluye que el contrato civil se acredita en cuanto a su existencia por instrumento público, privado, particular o los demás medios de prueba enumerados (no taxativamente) en el art. 1190. Esto último siempre que haya principio de prueba por escrito.

El contrato comercial es más flexible que el civil ad effectum probandi, aunque no facilita la tarea de la prueba informática. Para que ésta juegue debe haber también principio de prueba por escrito. No obstante, Etcheverry opina que sería asimilable al inc. 4º (correspondencia epistolar y telegráfica) del mencionado art. 208<sup>30</sup>.

Un fallo de la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial<sup>31</sup>, confirma el uso de la disposición del art. 61 de la ley de sociedades (texto modificado por ley 23.903), en cuanto éste autoriza a prescindir de las formalidades del art. 53 del Cód. de Comercio y a realizar la tarea registral por ordenador, medios mecánicos o magnéticos. En él se establece la fuerza probatoria de los registros por computadora, mediante pericia contable, pese a la negativa genérica del deudor.

En su comentario al mismo, señala Anaya, que los instrumentos tradicionales poseen una materialidad tranquilizante, que no se traslada sin más a los nuevos soportes; los que, a su vez, generan reticencias en los magistrados para reconocerles valor probatorio. Pero no es óbice para que se replantee la situación a través de la jurisprudencia, la cual establecerá pautas correctas y receptoras de nuevas situaciones, apoyándose en técnicas de control de errores ya existentes.

<sup>28</sup> Meza-Agüel - Boragina, *Las nuevas formas de contratación*, p. 993.

<sup>29</sup> Etcheverry, *Derecho comercial y económico. Obligaciones*, p. 318.

<sup>30</sup> Etcheverry, *Derecho comercial y económico. Obligaciones*, p. 325.

<sup>31</sup> CNCom, Sala D, 21/890, "Lloyds Bank (BLSA) c/Almada, Eugenio y otra". ED, 5691. n.º 7756, p. 3-4, comentado por Jaime Luis Anaya.

Vélez cita a Ortolán en la nota al art. 973, quien con claridad enseña: "Los progresos de la civilización espiritualizan las instituciones, las desprenden de la materia, y las trasladan al dominio de la inteligencia. Esta tendencia se manifiesta eminentemente cuando se observan los actos jurídicos. Con tales actos una sociedad adelantada, se asocia inmediata y principalmente a lo que es espiritual, a la voluntad, a la intención; no pide a la materia sino lo que es indispensable para descubrir y asegurar la voluntad. En las sociedades poco adelantadas era preciso impresionar profundamente los sentidos para llegar al espíritu. La voluntad, como todo lo que no tiene cuerpo, es impalpable, penetra en el pensamiento, desaparece y se modifica en un instante"<sup>22</sup>.

Es la prudente y sana crítica del juez, auxiliada por peritos expertos, la que en el caso particular impone eficacia probatoria<sup>23</sup>. Se ha dicho que el sistema de registración es prueba contra su dueño<sup>24</sup>, viéndose en el citado decisorio, la extensión de la demostración, siendo inclusive a favor de su titular.

En cuanto al valor probatorio, se puede decir que el instrumento público hace plena prueba del contrato, en virtud de la presunción de autenticidad con que cuenta, sólo cayendo a causa de ser, correctamente argüido de falso<sup>25</sup>.

Por su parte, el instrumento privado también tiene validez, siempre que sea reconocida la firma (o declarada judicialmente su autenticidad).

El instrumento particular tiene dos variables posibles: que esté firmado, o que no lo esté, como es el caso de las rifas, espectáculos públicos o transporte. A estas últimas hipótesis le es aplicable, en cuanto a su valor probatorio, lo que se establece para los medios que proceden ante el principio de prueba por escrito.

<sup>22</sup> Recalca la importancia de esta nota Alegria, Héctor, *Nuevas formas de la documentación, la forma y la prueba de las relaciones comerciales*, L.L. 1993-E-683.

<sup>23</sup> Falicón, *¿Qué es la informática?*, p. 148. Este autor entiende que las normas procesales en la apreciación de la prueba informática son suficientemente elásticas. En igual sentido, en la doctrina italiana Giannantonio, *El valor jurídico del documento electrónico*, p. 113 y siguientes.

<sup>24</sup> Guastavino, *La prueba informática*, L.L. 1987-A-1159.

<sup>25</sup> Mesa - Agólia - Boragina, *Las nuevas formas de contratación*, p. 225.

El principio de prueba por escrito es cualquier documento emanado del adversario, de su causante, o de parte interesada en el asunto, que haga verosímil el hecho litigioso, aunque no llegue a constituir instrumento público o privado. Su interpretación comercial, coincidente con cuanto se dijo de la prueba, es de mayor amplitud. Es así que la prueba informática puede jugar también como principio, ya que se toma la palabra documento del art. 1192 del Cód. Civil y art. 209 del Cód. de Comercio y se desdena que éste sea escrito, en virtud de no imponerse de manera expresa<sup>24</sup>. Aun en aquel hipotético caso que se exija la forma escrita, podemos interpretar al documento electrónico como tal.

Estos son los argumentos de interpretación legal que se usaron y se usan para saltar la valla que impone la prueba tasada y la desvalorización de la moneda, pudiéndose -principio de prueba por escrito mediante- demostrar por todos los medios.

#### 4. EL CONTRATO TELEMÁTICO COMO CONTRATO ENTRE PRESENTES O ENTRE AUSENTES

Cuando las partes se hallan en diferentes lugares, sumándose a esto la imposibilidad de intercambiar declaraciones sin que medie un espacio de tiempo considerable, hay contrato entre ausentes<sup>25</sup>.

Esto arrastra consecuencias en cuanto a la determinación del momento y el lugar de la perfección del acuerdo (ley aplicable, cómputos de plazos, etcétera).

Para parte de la doctrina, el negocio jurídico electrónico es "un contrato entre ausentes de formación progresiva"; la aceptación definitiva no es dada en presencia de la otra parte<sup>26</sup>. Los medios telemáticos actuarían como correspondencia epistolar (art. 1147), en virtud del sistema mixto receptado por el Código Civil argentino (teoría de la expedición atenuada por la teoría de la información). Dicho sistema considera perfeccionado el contrato desde que el acep-

<sup>24</sup> Aguinis - Kleidermacher, *Nuevas formas de contratación*, p. 893. Estos autores dicen que "escrito en un ordenador" bastaría con el requerimiento de "principio de prueba por escrito".

<sup>25</sup> Mossé Iturraga, Jorge, *Contratos*, p. 108 y siguientes.

<sup>26</sup> Aguinis - Kleidermacher, *Nuevas formas de contratación*, p. 898. En la doctrina italiana, Martino, A., "El comercio sin papel", p. 143.

tante se desprendió de la aceptación, aunque morigerada por la posibilidad de retractar la oferta mientras ella no haya llegado a poder del oferente.

El inconveniente que la ley pretende resolver cuando se plantea el tema de la declaración de voluntad entre ausentes, se refiere a aquellos casos en que no pueden esperar una respuesta *ipso facto* debido al medio comunicante utilizado, el que impide al destinatario de la declaración conocerla en forma inmediata<sup>20</sup>.

Sin embargo, el contrato por teléfono sería un contrato entre presentes en lo que hace al consentimiento<sup>21</sup>. Esto crea dudas sobre lo aplicable al campo de los contratos telemáticos. Por ejemplo, en un contrato realizado por fax las partes pueden interrumpir la transmisión, recomenzarla, modificarla, e incluso consultarse por teléfono (*voicerequesting*), estableciéndose ofertas, contraofertas, desestímulos y aceptaciones de manera casi instantánea. No se entiende, entonces, el por qué del diferente régimen legal aplicable.

Otro sector doctrinario prefiere realizar distinguos al respecto. Así, Dall'Aglio discrimina tres situaciones: a) cuando el medio telemático es instrumento de transmisión de voluntades ya perfeccionadas, b) cuando este medio participa elaborando y exteriorizando la voluntad, y c) cuando es lugar de encuentro de voluntades anteriormente perfeccionadas<sup>22</sup>.

En el primero de los casos se trataría de un contrato entre presentes, en virtud de la inmediatez de la aceptación. El segundo caso, también sería de este tipo, en tanto en cuanto la tarea del intermediario técnico no frustre la celeridad del intercambio consensual. Por último, la llamada "plaza electrónica" (lugar donde se depositan las voluntades) impone un contrato entre ausentes, debido a que las partes no pueden conocer de la voluntad del otro al momento.

<sup>20</sup> Salter, C., *Contratos estipulados por computador: declaración de voluntad. Forma y momento de su perfeccionamiento*, p. 130 y ss., ponencia presentada en el Congreso Internacional de Informática y Derecho, realizado del 18 al 19 de octubre de 1993.

<sup>21</sup> Echeverry, *Derecho comercial y electrónico. Obligaciones*, p. 220; Mosset Iturrage, *Contratos*, p. 108.

<sup>22</sup> Dall'Aglio, *Contratos concluidos*, p. 1044-1045.

### 5. CONTRATOS Y PRESTACIONES MÁS DIFUNDIDOS. CLASIFICACIÓN

Ya se ha visto que el contrato telemático presenta inconvenientes en cuanto a su régimen de forma y prueba, lo que lleva a que se lo relacione más a menudo como prestación, que como elemento de la formación y emisión de las voluntades de los contratantes.

El ejemplo más acabado de lo antedicho es lo que ha acontecido en los últimos tiempos en el negocio bancario, el que se ha transformado más en banca de servicios, que la clásica banca de créditos. Las instituciones dedicadas a este negocio, han producido el mayor aprovechamiento de la herramienta telemática, dado que hace más de diez años que proveen servicios como los incluidos en la Transferencia Electrónica de Fondos (TEF), logrando solucionar el problema jurídico a través de la amplia esfera de actuación que concede el art. 1197 del Cód. Civil.

De este modo, la habilidad negocial ha evitado la valla legal y ha variado la naturaleza jurídica del acuerdo de voluntades en análisis, dado que es inaceptable confundir el objeto o prestación del contrato con el contrato mismo. Además, generalmente no se trata de un solo contrato madre del que surgen las prestaciones, sino que se trata de varios contratos entre varias personas diferentes. Por ejemplo, en TEF, generalmente existen tres contratos básicos: a) el convenio entre la empresa que pacta con un usuario la apertura de una cuenta o la emisión de una tarjeta plástica, b) el acuerdo entre la empresa referida y otra que administra una red de TEF, y c) el que se genera entre un comerciante y la primera empresa mencionada, por el que éste acepta las operaciones realizadas<sup>21</sup>.

Giannantonio señala que la imposibilidad de reconocer la voluntad de obligarse en el acuerdo electrónico, puede inducir a buscar tal voluntad en otro acto, como, por ejemplo, en el contrato por el que el banco autoriza a un cliente al uso del medio telemático. Dicho convenio no puede constituir la justificación causal de todos los acuerdos posteriores de intereses dispuestos en forma electrónica, puesto que el contrato creado por la computadora misma, no se trata ya

<sup>21</sup> MILLÉ, Aspectos legales de la transferencia electrónica de fondos, p. 1144.

de un acto abstracto que encuentra su razón en otro subyacente, sino que la causa está contenida en el propio mensaje electrónico<sup>42</sup>.

Entonces, partiendo de lo analizado, se puede establecer la siguiente clasificación de los contratos realizados por medios telemáticos:

a) En sentido estricto, cuando el acuerdo de voluntades es concluido por la vía referida.

Lo determinante es el medio por el cual se realiza la declaración. Sin embargo, esto de ningún modo pretende desconocer la posibilidad de que la tecnología participe en la formación del contrato y en la elaboración de la voluntad, sino que es condición que se emita por dicho medio. Además, téngase presente que dicha participación no es ni más ni menos que la del sujeto emisor, que se prevalece de una forma veloz y ágil al programar o al establecer patrones de decisión, y no una participación propia del elemento técnico<sup>43</sup>.

Por lo que a su vez se puede distinguir entre: 1) voluntad ya perfeccionada y sólo emitida por ordenador, y 2) voluntad elaborada, perfeccionada y/o emitida por ordenador.

Nos hallamos ante una situación en la que la persona ha previsto —con anterioridad a la celebración del acto jurídico— un cúmulo de posibilidades, y se ha dotado de una herramienta eficaz para cubrirlas conforme sus intereses. Así, se ha dicho que la programación del computador es de por sí una expresión de voluntad, a la que se suma el establecimiento de variables para la aceptación de la propuesta o la generación de la propia oferta, siendo estas variables, simples condiciones (suspensivas o resolutorias) y/o términos (iniciales o finales) conforme nuestro ordenamiento jurídico<sup>44</sup>.

Las dos posibilidades referidas, pueden ser el marco de distintos actos jurídicos telemáticos, pero al carecer de sustento sólido en lo que hace a forma y prueba, invariablemente ceden su lugar a lo que se establezca en otros acuerdos.

<sup>42</sup> Giannantonio, *El valor jurídico del documento electrónico*, p. 73 y siguientes.

<sup>43</sup> Conf. Giannantonio, p. 71, citando a Clarizia; concluye que la decisión debe ser siempre imputada al ente que la ha preordenado por sí o por interpósita persona.

<sup>44</sup> Dell'Aglio, *Contratos concluidos*, p. 1041.

b) En sentido amplio, cuando se trata de la prestación telemática establecida en un contrato subyacente celebrado de manera tradicional; siempre que dicha prestación, por su génesis, naturaleza jurídica u otros factores, encierre o sea susceptible de generar un contrato telemático.

Aquí, por el contrario, lo significativo es la adaptación de nuevas formas técnicas a las construcciones legales vigentes para su viabilidad negocial, no siendo el único motivo de ello, ya que debe agregarse la convivencia de un régimen convencional en el que se limita la responsabilidad y se hace valer en el negocio el peso de la posición dominante. De allí que se puedan hacer subclasificaciones, como: 1) transferencia electrónica de fondos (TEF), y 2) intercambio electrónico de datos (EDI).

Establecidas desde hace una década en nuestro país, las TEF constituyen, desde el punto de vista negocial, el aspecto más desarrollado. Tal ha sido el impacto que dicha tecnología ha obtenido en el mundo, que en los Estados Unidos de Norteamérica se remesan por esta tecnología un billón de dólares diarios. Consisten básicamente en órdenes de transferir fondos de una persona a otra efectuadas por medio de sistemas electrónicos<sup>46</sup>.

Advierte Millé que alguno de los problemas jurídicos en TEF están vinculados con el uso de tarjetas plásticas como sistema de acceso e identificación del titular de una cuenta<sup>47</sup>. Esto no significa que los potenciales usuarios de TEF sean sólo los clientes de entidades financieras y bancarias, sino que también los de tarjetas de crédito, supermercados, sistemas de medicina prepaga, farmacias, centros de compras, estaciones de servicios, e inclusive en el pago de peaje para grandes usuarios de las rutas nacionales 3 y 205.

Es destacable que un país fundamentalmente basado en el precedente jurisprudencial, como los Estados Unidos de Norteamérica, ha optado por la regulación legal de los TEF, mientras que la Argentina, que alberga en su orden jurídico la tradición romanista, ha preferido la regulación convencional.

<sup>46</sup> Scott, H. S., *Corporate wire transfers and the uniform new payment code*, "Columbia Law Review", 1983, p. 1464.

<sup>47</sup> Millé, Aspectos legales de la transferencia electrónica de datos, p. 1143.

Existen distintos tipos de TEF, por lo que se puede básicamente diferenciar: 1) cajeros automáticos (conocidos por la terminología ATM o ATS—automated teller machines o automated teller systems—); 2) terminal punto de venta (POS—point of sales—); 3) cámaras de compensación automática (ACH—automatic clearing houses—), y 4) banca hogareña (home banking).

Los ATM son el supuesto más conocido, y permiten no sólo depositar o retirar dinero en efectivo de una cuenta bancaria en cualquier momento, sino también realizar múltiples operaciones como cambiar moneda nacional por extranjera, imputar saldos entre distintas cuentas (aun de distintos bancos si forman parte de una red), control de saldo, etcétera.

Los POS están generalmente localizados en comercios minoristas y reciben información acerca de autorizaciones, pagos o transferencias y la transmiten a la terminal de una institución financiera por un sistema de comunicaciones. Así, al realizar una compraventa, el usuario de la tarjeta la entrega al comerciante el cual al pasarla por la terminal, sabrá si dicha tarjeta es válida. Dicha operatoria, llamada "validación y autorización", es la de mayor aplicación comercial en nuestro país, aunque también podrá preverse la acreditación automática del precio de compra a la cuenta corriente que tiene el comerciante en la institución financiera.

Claro que también se puede usar POS en una relación establecida entre dos personas, como la que se establece cuando un sujeto que realiza a menudo transacciones desde distintos lugares con otro sujeto, evitándose así el manejo de dinero en efectivo. Como se dijo anteriormente, ello sucede con algunos de los grandes usuarios de las rutas nacionales 3 y 205. Dichas personas presentan su plástico al cajero de la cabina de peaje, quien lo destina por la terminal POS, acreditándose así en la contabilidad de la concesionaria de la ruta el precio. Mensualmente la empresa concesionaria cobra el total de los pases al cliente, operando así la prestación establecida en el contrato celebrado de forma tradicional, el que revela algunas similitudes a la cuenta corriente mercantil del art. 771 y ss., del Cód. de Comercio.

Los ACH implican "cámaras de clearing" bancario de manera electrónica, que por medio de una red especial de transmisión de datos proceden a la compensación automá-

tica de las operaciones realizadas por los bancos durante el día<sup>48</sup>.

La llamada "banca hogareña", es la posibilidad de lograr prestaciones de la institución pertinente a través de un medio técnico similar al utilizado para conectarse con cualquier base de datos y consultarla. La diferencia recae en que no sólo se logra información bancaria y financiera, sino que el usuario autorizado puede realizar transacciones en sus cuentas, generándose otros negocios jurídicos. A diferencia de POS o ATM sólo se necesita una o varias claves de identificación personal<sup>49</sup>.

El intercambio electrónico de datos o de documentos (EDI) es la transferencia o intercambio de información contenida en documentos comerciales realizada a través de la telemática y en formatos estándares. Esta transferencia de información se realiza entre los computadores de los participantes de un negocio, a través de líneas directas o de redes de comunicaciones de un tercero. Es un campo casi desconocido en nuestro país, pero muy explotado en los Estados Unidos de Norteamérica, fundamentalmente en industria pesada, automotriz y del petróleo. Además implica un desarrollo de todo el mercado telemático al darse una estrecha relación entre TEF y EDI, dado que es muy usual que, como consecuencia del intercambio de documentos, se deba realizar una transacción financiera canalizable por dichas transferencias.

En el campo de las negociaciones internacionales, señalamos que el principal motivo por el cual la Cámara de Comercio Internacional emitió la reforma 1990 de los Incoterms, fue la relevancia que día a día tienen los EDI. Así, dicho organismo no sólo previó en su tarea la posibilidad de usar medios electrónicos como reemplazo de algunos documentos, sino que abogó para que —en el futuro— el medio por el cual se transmiten los derechos sobre las mercancías (carta de porte, conocimiento de embarque, guía aérea, carta de transporte multimodal), también se establezca por dicha técnica<sup>50</sup>.

<sup>48</sup> Giannantonio, El valor del documento electrónico, p. 8.

<sup>49</sup> Vergari - Shue, *Fundamentals of computer*, p. 499 y siguientes.

<sup>50</sup> Incoterms - 1990, versión española de la Cámara de Comercio Internacional, p. 1, 2, 11 y siguientes.

## 6. Conclusiones

El contrato telemático *strictu sensu*, se distingue del contrato celebrado en forma tradicional pero que contiene prestación telemática. Tal diferencia "con objeto" o "a través de medio" no importa desconocer principios comunes como la especialidad, la pluralidad de protagonistas, la desigualdad de estos últimos al contratar, o la complejidad de la terminología aplicable.

La telemática es la ciencia que une la informática y las telecomunicaciones, agilizando el trámite negocial, salvando las distancias existentes entre las partes, y solucionando los inconvenientes que acarrea el documento papel. Otras ventajas del negocio electrónico son la celeridad, certeza, organización, confiabilidad y la rentabilidad.

El instrumento escrito sobre papel, si bien posee un lugar preponderante en las convenciones privadas, cede lentamente parte de su espacio frente a la desmaterialización de las relaciones negociales modernas.

La firma perderá fuerza frente a otros modos de identificación de una persona con voluntad de obligarse, como las claves alfanuméricas de acceso, tarjetas magnéticas, las técnicas de encriptación y biometría, etcétera.

El régimen de forma y la prueba del ordenamiento civil y comercial argentino, es insuficiente para dar adecuado marco a la realidad tecnológica; debiendo dotarse así de valor formal y probatorio al documento electrónico. Los avances que constituyen los regímenes de excepción, como los establecidos en las leyes 23.314 y 22.903, y los proyectos de ley fallidos, así como las diferentes normas respecto de la prueba elaborados en el derecho comparado, revelan la importancia de una reforma más profunda.

Deben quedar fuera de la forma electrónica, los actos jurídicos que importen afectar un interés social determinado, como los no patrimoniales y los de última voluntad.

El contrato telemático puede ser considerado como realizado entre presentes de forma similar al convenio concertado vía telefónica, siendo únicamente relevante si se cumple con el requisito de inmediatez en la aceptación de la oferta. Cualquier variante técnica que retrase o impida la celeridad en la aceptación, sólo genera un contrato entre ausentes.