

Las obligaciones concertadas por medios informáticos y la documentación electrónica de los actos jurídicos

JOSÉ M.^a ALVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ

*Doctor en Derecho. Magistrado-Jefe del Gabinete Técnico del
Tribunal Supremo
(ESPAÑA)*

I. INTRODUCCION

El derecho como técnica de interpretación de la realidad social bajo parámetros jurídicos, se enfrenta, hoy día, entre otros desafíos, al conocimiento y racionalización de las posibilidades que ofrecen las nuevas tecnologías informáticas.

Los modernos sistemas de almacenamiento y comunicación de la información han revolucionado los métodos tradicionales de operar en el mundo jurídico.

La masificación de las relaciones comerciales unida a la posibilidad de transmisión a distancia de una declaración de voluntad han facilitado el acercamiento entre el derecho y las nuevas tecnologías.

Es necesario proceder, por tanto, a una profunda revisión de los conceptos jurídicos tradicionales. La celebración de negocios jurídicos mediante la colaboración de sistemas electrónicos y los modernos sistemas de documentación han desplazado a la escritura tradicional y al soporte papel como instrumentos y testigos permanentes del operar jurídico.

Este trabajo pretende ser una modesta aportación y a la vez una toma de conciencia ante la necesidad de reelaborar, en clave informática, conceptos jurídicos que han convivido pacíficamente en el mundo del derecho durante siglos.

II. LA DOGMATICA JURIDICA TRADICIONAL Y LA REVOLUCION INFORMATICA

El examen de los negocios jurídicos realizados por medios o con ocasión de los sistemas informáticos plantea a los juristas problemas básicos que, a mi juicio, deben examinarse con carácter prioritario a la actual regulación de los códigos y las leyes.

Efectivamente, el derecho como fenómeno contingente, definido en el tiempo y en el espacio, se nos presenta, hasta cierto punto, como un fenómeno sociocultural.

La aparición y difusión de las nuevas tecnologías en la convivencia diaria de los ciudadanos hace que, en muchas ocasiones, los conceptos jurídicos tradicionales resulten poco idóneos para interpretar las nuevas realidades. Así, resulta que el jurista tradicional, formado en esquemas conceptuales no informáticos, encuentra verdaderas dificultades para adaptar la Ley y la jurisprudencia a los cambios tecnológicos.

Los medios informáticos como instrumentos idóneos para la generación de actos y negocios jurídicos en masa; la tecnología informática y sus programas como bienes jurídicos a proteger por el derecho encuentran difícil acomodo en las categorías jurídicas tradicionales.

El ilustre jurista francés René Savatier, en su obra «*Les metamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*», representa al derecho como una obra que exige un constante y prolongado esfuerzo. El hombre de hoy, ante una civilización que se transforma, siente la necesidad de un derecho, que no sea ineficaz, ni enloquecido, de un derecho, en suma, que en medio de los cambios sociales refleje lo que él tiene de permanente e intangible.

En este sentido, pocas épocas de nuestra historia han soportado una disociación más radical entre los avances tecnológicos y su consecuente proyección sobre la convivencia social por una parte, y por otra, los conceptos jurídicos destinados a regularlos.

Pongamos algunos ejemplos; mientras que en la vida diaria de nuestras ciudades un alto porcentaje —cada día mayor— de las transacciones económicas y comerciales se realizan por medios electrónicos, nuestros códigos civiles desconocen la figura del negocio jurídico celebrado por medios informáticos como fuente de las obligaciones.

Mientras que la dogmática tradicional ha elaborado durante siglos, especialmente en Alemania (baste citar a autores como Ihering, Wincheid y Savigny), el concepto de acto jurídico y las consecuencias que de él se derivan para la persona, los juristas modernos encuentran serias dificultades para delimitar los efectos de una voluntad consciente y libre proyectada sobre un programa informático.

La misma definición del dinero como bien fungible es entendida cuando opera con los sistemas de cambio tradicionales. Sin embargo, cuando las transacciones económicas se realizan mediante sistemas electrónicos, estas operaciones ya no son fácilmente identificables bajo el concepto de bienes o cosas.

La misma idea de documento, tradicionalmente unida a un soporte físico, como el papel o el cartón, encuentra dificultades para ser aplicada a los discos magnéticos y ópticos en los que, cada día con mayor intensidad, se almacenan los conocimientos humanos.

Todas estas nuevas realidades nos ofrecen un panorama que, con acierto, la doctrina italiana ha calificado de nueva cultura informática.

Los juristas en general, y los jueces, los fiscales y los abogados en particular, tienen que hacer un gran esfuerzo para adaptarse a estas nuevas realidades.

Los medios informáticos, los sistemas electrónicos de almacenamiento y circulación de datos son, a la vez, instrumentos idóneos para la celebración de negocios jurídicos y también bienes jurídicos, en muchas ocasiones de gran valor económico, que demandan la protección del derecho.

La informática asociada a la persona y a sus derechos, tanto personales como patrimoniales, se nos manifiesta como un fenómeno social de primera magnitud.

Ante esta situación, podemos preguntarnos, ¿cuál ha de ser la actitud del jurista? ¿cómo deben responder los poderes públicos a estas nuevas realidades? Estas preguntas no ofrecen una fácil respuesta, pero, a mi juicio, no resulta válida la conclusión de algunos autores que invierten lo mejor de sus esfuerzos en intentar demostrar la imposibilidad de incluir las nuevas figuras jurídicas en los esquemas de la dogmática tradicional.

Es más recomendable, sirva de ejemplo, la actitud metodológica de un viejo filósofo, Sócrates, para quien, al interrogarse sobre las nuevas realidades que le rodean, acepta la propia ignorancia como medio más seguro para acercarnos a un nuevo y profundo conocimiento de las cosas.

El profesor de la Universidad de Bruselas, antiguo Presidente de la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas, Mertens de Wilmars, al presentar los trabajos del segundo Congreso del CELIM (Comité Europeo para la Ley Informática Mercatoria), recuerda cómo la informática unida a las telecomu-

nicaciones va a provocar un cambio radical en las economías de producción y servicios.

Ante el nacimiento de un mercado telemático europeo, acorde con el mercado único, el derecho y particularmente los juristas tendrán que conciliar, en lo que a la circulación de datos se refiere, aspectos tan diversos como el respeto a la vida privada, el acceso a los sistemas de información, los intereses generales de los Estados, los derechos de autor, su fiscalidad, todo lo que, en síntesis, podríamos denominar estatuto jurídico europeo de los datos informatizados, su libre circulación y transmisión.

III. LA TRANSFERENCIA ELECTRONICA DE INFORMACION EN LA COMUNIDAD ECONOMICA EUROPEA

La información, de la índole que sea, se ha convertido en un bien jurídico de extraordinario valor. No sólo mueve intereses económicos importantes sino que, también, constituye un elemento imprescindible para el desarrollo de múltiples iniciativas públicas y privadas.

Son muchos los que califican a la información como un auténtico poder de las sociedades avanzadas. Los Estados, las asociaciones, las empresas demandan, hoy día, grandes volúmenes de información. El desarrollo científico, comercial e industrial exigen, como condición previa para su existencia, el procesamiento, acceso y la valoración de múltiples y diversas fuentes de información.

Puede decirse que en una sociedad cambiante como la nuestra, la carencia de fuentes de información y la dificultad para lograr una rápida comunicación entre los agentes sociales, provoca la formulación de juicios y criterios —en todos los ámbitos del conocimiento— inadecuados a la realidad social del momento.

La sociedad, para su desarrollo, demanda datos y más datos. Los procesos económicos de producción distribución e intercambio de bienes son inconcebibles en una sociedad tecnológicamente desarrollada sin el previo conocimiento del dato, de la estadística, del porcentaje, etc.

Hoy día observamos cómo el nacimiento del Mercado Unico Europeo, consecuencia de la aprobación del Acta Unica, hace esta necesidad todavía más urgente: la supresión de las barreras arancelarias, la libre circulación de capitales y de trabajadores exigen, como condición necesaria, a las empresas y entidades comerciales potenciar sus intercambios de información, acelerar los medios de comunicación y buscar nuevos caminos de diálogo que permitan una contratación más ágil.

Consciente de estas necesidades el Consejo, a través de su decisión de 5 de octubre de 1987, aprobó un programa comunitario relativo a la transfe-

rencia electrónica de datos de uso comercial utilizando redes de comunicación (TEDIS).

Las telecomunicaciones, por tanto, desempeñan un papel clave en el desarrollo político, social y económico de la futura Comunidad. La integración europea, a todos los niveles, demanda, cada día con mayor urgencia, la coordinación y colaboración de los trabajos realizados por cada uno de los Estados miembros para potenciar, bajo criterios de homogeneidad, la transferencia electrónica de datos comerciales.

En el informe de la comisión sobre el intercambio electrónico de datos a través de redes telemáticas, elaborado el 7 de noviembre de 1990, se propone al Consejo el desarrollo de una segunda fase en el programa TEDIS (Trade Electronic Data Interchange Systems), con objeto de garantizar que la creación del intercambio electrónico de datos se lleve a cabo de manera óptima en toda la comunidad, facilitando el cumplimiento de los fines comunitarios previstos en los Tratados fundacionales.

Es de resaltar, por lo que afecta a la realidad jurídica de nuestro país, la voluntad decidida de las Instituciones Comunitarias de superar los obstáculos que suponen las lagunas existentes en la normalización de los mensajes, la interoperatividad de las redes telemáticas, la validez jurídica y la seguridad informática de la información transmitida por medios electrónicos.

Estamos asistiendo, quíerese o no, al ocaso de la civilización del papel, de la firma manuscrita y del monopolio de la escritura sobre la realidad documental. Aparece, cada día con más fuerza, una nueva forma de concertar y garantizar la identidad de la voluntad generadora de los negocios jurídicos, reveladora de una nueva concepción del documento jurídico, asistimos, en muchos casos sin prestarle la necesaria atención, al nacimiento de nuevas formas de documentar los actos y negocios jurídicos.

La Comunidad, con exquisita sensibilidad hacia los avances tecnológicos, ha insistido en las últimas reuniones del Consejo Europeo (reunión de 1989 en Estrasburgo y de 1990 en Dublín) en la necesidad de abordar la creación de redes transeuropeas de datos comerciales e industriales.

En concreto, durante los años 1988 y 1989 se han desarrollado programas de Intercambio Electrónico de datos en sectores tan importantes como: la fabricación de automóviles, la industria química, la industria electrónica e informática, los reaseguros y los transportes.

La elaboración de un vocabulario común (EDIFACT, Electronic data Interchange for Administration, Commerce and Transport) va a permitir la transmisión a distancia de facturas, órdenes de pago, órdenes de transporte, declaraciones de aduana, impuestos sobre consumos, etc.

No se nos ocultan los problemas jurídicos que entraña este diálogo «sin papel»; es necesario, por tanto, superar los obstáculos legales que exigen la presentación del soporte escrito para dar por válida una obligación. La

desaparición física de documentos básicos para el derecho mercantil, tales como los conocimientos de embarque, las cartas de crédito y el nacimiento de «notarías electrónicas» plantean problemas jurídicos de gran alcance que no se pueden ignorar.

La seguridad e integridad de los mensajes cursados por medios electrónicos ofrecen, no puede ocultarse, dificultades operativas en lo que respecta a la recepción y confidencialidad del mensaje.

Sin embargo, todo este panorama no es sólo un «futurible» deseado, se trata más bien de una realidad inminente que se nos aproxima impulsada por la voluntad decidida de las autoridades comunitarias. La lectura de los documentos y trabajos de las Comisiones comunitarias vaticinan la llegada de un día, no muy lejano, en que, como presupuesto necesario para operar comercialmente en el marco de la comunidad, se nos impongan cambios normativos en nuestro ordenamiento que, hoy por hoy, nos parecen impensables.

Por su parte, el Parlamento Europeo, según un reciente trabajo de su Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios (presentado por el diputado Friedrich el 4 de marzo de 1991), al informar el desarrollo del programa TEDIS (Trade Electronic Data Interchange Systems), insiste en la conveniencia de fomentar, en el marco de la Comunidad, un sistema de intercambio electrónico de datos para las diversas instituciones bancarias, con objeto de acelerar y simplificar los pagos y transferencias dentro de la Comunidad.

A nuestro juicio, la valoración consciente de todas estas nuevas realidades, constituye una llamada a la responsabilidad e imaginación de los poderes públicos para que, sin pérdida de tiempo, pongan en marcha experiencias de este tipo que permitan la modernización de amplios sectores, públicos y privados, de la sociedad española.

Este nuevo panorama, que ya es una realidad, en la formulación y documentación de las relaciones comerciales intracomunitarias va a provocar, de inmediato, cambios muy profundos en los conceptos jurídicos tradicionales.

IV. EL PAGO Y LA OBTENCION DE CREDITO MEDIANTE SISTEMAS INFORMATICOS

A.-CONCEPTO

Es una realidad cotidiana el comprobar cómo el pago y la obtención de crédito mediante el uso de cajeros o buzones informáticos se impone en las prácticas comerciales y mercantiles.

El Banco de la reserva federal americana, en un reciente estudio, revela cómo en el año 1993 más del 60% de la circulación de efectos bancarios y cheques será sustituida por transferencias electrónicas. Podemos afirmar,

pues, que la circulación monetaria desaparecerá paulatinamente en favor de la circulación electrónica.

Las operaciones electrónicas, en cuanto que facilitan el pago o cumplimiento de las obligaciones y la obtención de crédito, se nos manifiestan como relevantes para el mundo del derecho; se convierten, en cierto modo, en operaciones jurídicas insertándose en relaciones intersubjetivas.

El acto electrónico, como instrumento de pago o medio de cumplimiento de las obligaciones, ya no es sólo una realidad sociológica sino que, a nuestro juicio, puede merecer también la calificación de verdadero acto jurídico en el que subyace una voluntad solutoria.

El examen de los requisitos del pago o cumplimiento de las obligaciones en el Código Civil español nos permite calificar de jurídico al acto electrónico fruto o consecuencia de una voluntad guiada del *animus solvendi*. Para nuestro código (véanse los arts. 1158 y 1160), al primarse el interés del acreedor en el cumplimiento de las obligaciones, no ha de ser un obstáculo la lógica objetiva del pago electrónico. Lo mismo puede decirse de los arts. 1236, 38 y 39 del Código francés; basta que el solvens sea capaz y tenga libertad de disposición para que el acto de pago goce de eficacia solutoria respecto del acreedor.

La Comunidad Económica Europea, en su recomendación del 18 de diciembre de 1987, en la que diseña un código europeo de buena conducta en materia de pago electrónico, define el pago electrónico como cualquier operación de pago efectuada con una tarjeta de pista magnética o con un microprocesador incorporado, en un equipo terminal de pago electrónico o terminal de punto de venta.

B.-EXPERIENCIAS DE DERECHO COMPARADO

A la hora de examinar el pago y la obtención de crédito mediante sistemas informáticos, ha de advertirse la distinta naturaleza de las disposiciones aplicables: en unos casos se trata de auténticas normas (leyes) emanadas de los poderes del Estado y, en otras ocasiones, de meros convenios interbancarios sin un reconocimiento oficial explícito.

1. Comunidad Económica Europea.

La Comunidad Económica Europea, consciente de la trascendencia que para los ciudadanos tienen estos modernos sistemas de pago, mientras se aprueba una futura directiva sobre el tema, ha elaborado diversas recomendaciones, entre las que cabe citar la de 17 de noviembre de 1988, con objeto de armonizar los criterios aplicables en los diversos países de la Comunidad, dada la trascendencia de los medios electrónicos de pago en la creación del mercado interior europeo.

Como aspectos más relevantes de la recomendación comunitaria pueden citarse los siguientes:

–La defensa de los aspectos sustanciales de todo contrato por encima de la tipicidad y estandarización de sus cláusulas, facilitando la protección del usuario-consumidor contra las prácticas abusivas que puedan derivar de una posición dominante en el mercado, y evitando que la prestación de servicios financieros induzca a error al usuario.

–La búsqueda de una uniformidad europea en la materia, exigiendo de las entidades emisoras la transparencia y la debida documentación por escrito de los derechos y obligaciones.

–La necesidad de que las órdenes de pago sean irrevocables, consecuencia lógica del carácter objetivo del pago electrónico.

–La convivencia de establecer normas comunes relativas a la responsabilidad del emisor por no ejecución o ejecución incorrecta de las órdenes de pago, y por operaciones no autorizadas por el titular.

–El reconocimiento del principio de la buena fe y de la leal colaboración del titular como bases del contrato con la entidad emisora, estableciendo la conducta fraudulenta y la grave negligencia como límites a la exoneración de responsabilidad.

–La definición de las obligaciones del titular frente a la entidad emisora, en especial las que hacen referencia a la seguridad del documento, a la pérdida, robo o falsificación del instrumento de pago y al cargo en la cuenta del titular de cualquier transacción no autorizada.

–La necesidad de que las operaciones de pago efectuadas electrónicamente queden anotadas en un registro, así como la obligación de mantener en secreto los datos personales del titular que se conozcan por la entidad emisora.

–La fijación de la responsabilidad del ente emisor –a quien corresponderá la carga de la prueba–, en cualquier controversia con el titular en relación con las operaciones por transferencia de fondos por medios electrónicos no autorizada que no fue correctamente registrada o contabilizada por avería o anomalía técnica.

2. Estados Unidos de América.

En los Estados Unidos la transferencia electrónica de fondos (Electronic Fund Transfer Systems) esta regulada por una Ley Federal del 10 de Noviembre de 1978 (Electronic Funds Transfer Act.), con sus modificaciones ulteriores. En ella se regulan no sólo las operaciones más simples como la retirada o el depósito de dinero de una cuenta corriente on line, sino también las transferencias electrónicas, en tiempo real, de una cuenta a otra de un mismo banco e, incluso, de bancos distintos cuando existe una red interbancaria de cajeros automáticos, además de otros muchos servicios de información bancaria y bursátil.

La Comisión Nacional para la transferencia electrónica de fondos define estas operaciones como aquellos sistemas de pago en los que la actividad de elaboración o de comunicación necesaria para la producción y distribución de los servicios inherentes o unidos a los cambios económicos se desarrolla en todo, o al menos en gran parte, mediante el uso de aparatos electrónicos.

Para Ettore Giannantonio la EFTA (Electronic Fund Transfer Act) ha venido a resolver, entre otros problemas: a) La específica regulación de los contratos existentes entre las entidades de crédito y sus clientes, cuando tenga por objeto la transferencia electrónica de fondos; b) la determinación de la responsabilidad de los institutos de crédito por incumplimiento de las órdenes de transferencia; y c) la determinación de la responsabilidad de los institutos de crédito por incumplimiento de los clientes por la transferencia de fondos no autorizada.

En este sentido, la EFTA que, como otras muchas normas europeas sobre la materia, otorga a la orden de transferencia una clara autonomía respecto a la relación jurídica subyacente objetivando el movimiento de fondos, reconoce la responsabilidad contractual del instituto de crédito cuando éste omita el pago o la transmisión de orden de pago a otro instituto, en el mismo día laborable en el que se ha recibido la orden.

Esta responsabilidad comprende todos los daños directos e inmediatos causados al contratante, salvo que el cliente no disponga de fondos suficientes, los tenga pignorados o cuando la orden de transferencia haya violado los límites del crédito. Sin embargo, el ente emisor responderá también de los daños indirectos en el caso de concurrencia de una conducta dolosa.

Igualmente, la responsabilidad del instituto queda excluida en el caso que se demuestre que su acción u omisión ha estado determinada por caso fortuito o fuerza mayor a un daño técnico no imputable.

Por su parte la culpa del usuario viene limitada a cuatro hipótesis:

a) Cuando el usuario haya escrito su código de seguridad sobre la tarjeta de crédito.

b) Cuando transporta conjuntamente la tarjeta de crédito y el código de seguridad.

c) Cuando entrega voluntariamente a otra persona la tarjeta y el código de seguridad para que efectúe una transacción.

d) Cuando deja transcurrir más de 30 días sin comunicar a la entidad bancaria la constatación de una transferencia no autorizada.

La EFTA ha establecido un criterio de reparto del riesgo de los daños derivados de la transferencia de fondos; dicho criterio está basado en la aplicación de los principios de la culpa y del límite de la responsabilidad.

En particular, la EFTA no impone directamente ninguna carga de diligencia preventiva al usuario quien, en caso de transferencia no autorizada de

fondos, es siempre responsable hasta un máximo de 50 dólares; asimismo, impone una carga de diligencia derivada de la transferencia, hasta un máximo de 500 dólares cuando el usuario haya omitido comunicar a la entidad de crédito la pérdida o sustracción de la tarjeta, dentro de los dos días siguientes al conocimiento del hecho. Por otra parte, la responsabilidad del usuario no tendrá límite cuando el usuario omita comunicar a la entidad las transferencias no autorizadas o los errores de cuenta que resulten del rendimiento periódico de cuentas enviado al usuario, cuando deje pasar 60 días desde la operación.

Hay que decir, para terminar, que la prueba de la culpa del usuario corresponde al instituto de crédito.

3. Italia.

En Italia, a diferencia de los Estados Unidos, no existe una normativa estatal en materia de transferencia electrónica de fondos. La disciplina está contenida en las convenciones o acuerdos interbancarios, en los reglamentos internos de las entidades de crédito y en los contratos entre los bancos y los clientes.

La asociación Bancaria italiana ha establecido un contrato tipo de relación entre los bancos y los usuarios. El contrato de admisión al servicio Bancomat presupone de parte del usuario la titularidad de una cuenta corriente y la fijación de unos límites de disposición sobre la misma. No obstante, se trata de una normativa redactada unilateralmente por las entidades bancarias que tutela, casi exclusivamente, los intereses de los institutos de crédito.

La entidad bancaria goza de la potestad unilateral de modificar las condiciones del servicio, la localización de los cajeros, así como de revocar la autorización de uso comunicándolo por escrito al usuario.

El contrato de acceso al servicio Bancomat aparece como un contrato «a sentido único» que no tutela adecuadamente los derechos del usuario.

Para Giannantonio, no se trata de una obligación contractual propiamente ya que el dominio absoluto de la relación jurídica por la entidad de crédito desapodera prácticamente de derechos al usuario. Para algunos autores (Di Blasi entre ellos) se trata del pago efectuado por un tercero, para otros se concibe como una delegación de pago e, incluso, como un mandato con o sin representación.

Respecto de las relaciones entre el usuario y la entidad de crédito, en el caso de un acto de disposición efectuado en un cajero, éste queda registrado automáticamente sirviendo, dicho registro, de prueba plena en la eventual confrontación con el usuario.

La norma traslada al usuario todos los riesgos derivados:

a) La pérdida o sustracción de la tarjeta y del código personal, cuando no es denunciado en la forma prevista (denuncia a la policía y comunicación a la entidad).

b) La pérdida o sustracción de la tarjeta y del código personal, aunque se haya denunciado si ha transcurrido el tiempo razonable para que la entidad procediera al bloqueo de la cuenta.

c) El abuso o uso ilícito de la tarjeta aunque no se trate de hipótesis de pérdida o sustracción.

La entidad bancaria sólo será responsable en el caso de que, habiendo recibido la denuncia por pérdida o sustracción, no adopte en el tiempo razonablemente necesario las medidas para neutralizar el uso de la tarjeta.

4. España.

En el ordenamiento jurídico español no existe una norma de rango legal que dé respuesta, en todos sus aspectos, a las relaciones jurídicas que surgen entre las entidades de crédito y los usuarios que disponen de tarjetas de crédito para retirar dinero de los cajeros automáticos o para efectuar operaciones de compra.

No obstante, antes de examinar los convenios entre las entidades de crédito y sus clientes, debemos hacer referencia a las disposiciones que, si bien sectorialmente, dan respuesta a este tipo de relaciones jurídicas.

Así, la Orden Ministerial de 3 de marzo de 1987, sobre liberalización de los tipos de interés y comisiones y sobre normas de actuación de las Entidades de depósito, crea en su artículo noveno, un servicio de Reclamaciones, con sede en el Banco de España, encargado de recibir y tramitar las que pudieran formular los clientes de las entidades de depósito sobre las actuaciones de éstas que puedan quebrantar las normas de disciplina, o las buenas prácticas o usos bancarios, en las operaciones que les afecten.

Dicho Servicio de Reclamaciones se desarrolla por la Circular n.º 24/87, de 21 de Julio, del Banco de España. En ella se contiene el procedimiento regulador y el alcance y consecuencias para las partes del informe final que emita el Banco de España.

En las memorias anuales del Servicio de Reclamaciones se contienen diversos supuestos en los que, atendiendo las reclamaciones de los clientes, se analizan aspectos de la específica relación que surge entre el usuario de una tarjeta de crédito y la entidad de depósito.

Así pueden citarse entre los supuestos más relevantes, los siguientes:

–Renovación de tarjeta de crédito sin aceptación del titular y adeudo de los gastos correspondientes: La renovación de la tarjeta, una vez expirado el término de caducidad, exige nuevo consentimiento de las partes. (Reclamación 1059/88).

—Rescisión unilateral de la tarjeta de crédito: La entidad al cancelar unilateralmente la tarjeta sin causa conocida ha vulnerado el respeto la confianza recíproca que debe de guiar las relaciones entre cliente entidad (Reclamaciones 1070 116/1988, 30/1989).

—Responsabilidad de la entidad una vez dado el aviso de sustracción: si el cliente da aviso inmediato de la pérdida o sustracción de la tarjeta, la responsabilidad objetiva del funcionamiento de un sistema cuyos riesgos y limitaciones sólo se conoce la entidad no puede ser imputable al usuario (Reclamación 1235/88).

—Denuncia por extracciones no efectuadas. Conservación del documento: el interesado afirmaba que, sin haber perdido o extraviado la tarjeta, se cargaron en cuenta diversas extracciones sin que se le remitieran los extractos de los oportunos movimientos, responsabilidad de la entidad de depósito por no cumplir la obligación del art. 45 del Código de Comercio respecto a la conservación de los documentos (Reclamación 1338/88).

—Remisión de tarjeta de crédito sin garantías: La remisión por correo ordinario, por separado, de la tarjeta y el número secreto no constituye buena práctica bancaria ante el riesgo de un extravío de disposición por un tercero (Reclamación 1462/88).

—Tarjeta retenida por el cajero. Responsabilidad de custodia de la entidad: el usuario a quien se le había quedado encajada la tarjeta en un cajero pese a que puso el hecho en conocimiento de la oficina bancaria, denuncia el uso fraudulento de la tarjeta por un tercero; responsabilidad de la entidad bajo cuya custodia quedó la tarjeta. (Reclamación n.º 405/1989).

Por su parte, el Real Decreto de 18 de Septiembre de 1987, por el que se crea el Sistema Nacional de Compensación Electrónica, advierte en su exposición de motivos de los niveles de seguridad y difusión que ha alcanzado el tráfico electrónico: «El progreso técnico permite ya, sin dificultades mayores, organizar un sistema Nacional de Compensación Electrónica que permita que una entidad, cualquiera que sea el punto de la geografía nacional en que se encuentre instalada, pueda recibir toda la información que, en forma de registros magnéticos, le remita el resto de las entidades, así como remitir toda la información que presente a las demás entidades.

La Circular n.º 8/1988, de 14 de junio, del Banco de España, por la que se aprueba el Reglamento del Sistema Nacional de Compensación Electrónica, recuerda cómo las liquidaciones interbancarias se producen mediante un intercambio electrónico de información, siendo posterior el intercambio material de los respaldos documentales.

La naturaleza electrónica de los intercambios de Información, hace que ésta circule por la red nacional sometida a los oportunos tratamientos de protección que impidan el acceso a ella de todo aquel que no sea su originante o destinatario.

Respecto de las normas o convenios que regulan el uso de tarjetas de crédito, ha de precisarse que, en la actualidad, existe una ausencia de normativa estatal sobre la materia, lo cual conlleva, necesariamente, que, las normas en vigor tengan un origen estrictamente privado: los convenios o reglamentos aprobados por las entidades de crédito emisoras de la tarjeta.

Como normas más comunes a este tipo de prácticas pueden destacarse las siguientes:

–La tarjeta es propiedad del banco o entidad emisora, remitiéndose con carácter personal e intransferible a su titular, cuyos datos personales se registrarán en la propia tarjeta. El mantenimiento de la propiedad de la tarjeta justifica el derecho de recuperación sobre la misma. Para Gete Alonso el tenedor sería un poseedor de buena fe en concepto de comodatario, existiendo un derecho unilateral de revocación de la tarjeta a favor de su titular.

–Como requisito previo al otorgamiento de la tarjeta el titular deberá disponer de una cuenta corriente o ahorro.

La tarjeta podrá utilizarse para realizar las siguientes operaciones:

a) Adquirir bienes u obtener la prestación de servicios en cualquier establecimiento de los adheridos al sistema.

b) Obtener dinero en efectivo en los cajeros automáticos del banco o entidad.

c) Ingresar cantidades en metálico.

–El importe de los bienes o servicios y del dinero en efectivo retirado será debitado en la cuenta señalada por el cliente.

–Las obligaciones del titular de la tarjeta se concretan en: Conservar y utilizar correctamente la tarjeta; mantener en secreto el número de identificación; notificar de inmediato el robo o extravío de la tarjeta; devolver la tarjeta cuando así se lo exija el banco o entidad; y aceptar el asentamiento en la cuenta correspondiente de las operaciones que se hayan realizado con la tarjeta.

Por lo que respecta a las obligaciones y derechos que incumben al banco, podemos citar como más relevantes las siguientes: asume la responsabilidad por el uso indebido de la tarjeta, siempre que el robo o pérdida haya sido notificado debidamente; el banco queda exento de responsabilidad en caso de falta de atención a su tarjeta por parte de alguno de los comercios o bancos comprometidos con su uso; la tarjeta tendrá un plazo de validez limitado, sin perjuicio de la renovación a su vencimiento; el banco se reserva también la facultad de cancelar la tarjeta durante el período de su vigencia, así como el no renovarla al tiempo de su vencimiento.

–En las disposiciones de efectivo en cajeros automáticos, el titular aceptará como importe real de cada operación el que figure registrado en el comprobante que a tal efecto expedirá el cajero.

—Respecto de las cantidades ingresadas mediante el uso de la tarjeta en los cajeros automáticos no se considerarán efectivas hasta su comprobación por el banco. En el supuesto de existir diferencias entre el comprobante del cajero y el importe real comprobado por el banco, el titular aceptará como exacta esta última cantidad, renunciando a cualquier reclamación.

—Respecto de las cuestiones que se puedan suscitar como consecuencia del uso de la tarjeta, será juez competente el del domicilio de la sucursal bancaria, renunciando el interesado a su propio fuero si lo tuviere.

De la lectura de estas cláusulas contractuales se aprecia un desequilibrio en las respectivas posiciones jurídicas, resultando una situación jurídica favorable para la entidad de crédito sobre todo en lo que respecta a la revocación unilateral del uso de la tarjeta, a su posterior renovación y a la eficacia de los medios de prueba.

A mi juicio, esta posición de preeminencia que ocupan las entidades de crédito debe modularse con la aplicación de los principios jurídicos emanados del ordenamiento mercantil y con la aceptación de las recomendaciones de la Comunidad Económica Europea encaminadas, fundamentalmente, a restaurar el equilibrio contractual.

V. EL NEGOCIO JURIDICO CONCERTADO POR MEDIOS ELECTRONICOS

Un ordenador no es, o no lo es siempre al menos, un medio de transmisión de una orden de pago o de una orden de ingreso. El uso de los medios electrónicos no se limita a la transmisión de una declaración fruto de un contrato previo celebrado por medios tradicionales.

Los sistemas electrónicos ofrecen la posibilidad de memorizar una gran número de datos, de relacionarlos entre sí y de decidir, en base a los resultados obtenidos, si transmite o no una voluntad personal previamente programada.

Podemos preguntarnos, ¿hasta qué punto la voluntad negocial del hombre puede venir preordenada a través de un programa de ordenador?

En su dimensión más elemental, el ordenador, a través de un coloquio electrónico, se limita a transferir una voluntad negocial sin más; véase el ejemplo de la compra de un electrodoméstico o de un automóvil realizada por un ordenador personal conectado al sistema informático de unos grandes almacenes. Se produce aquí un coloquio entre dos terminales que puede ser calificado como un auténtico negocio jurídico. En estos casos, la relevancia causal del negocio subyacente puede alcanzar a la materialidad de la transferencia de fondos que de él se deriva.

Sin embargo, el uso de los sistemas electrónicos no se limita a la transmisión de una voluntad, sino que aporta al propio negocio otros componentes

necesarios al mismo (posibilidad de programar al computador para que com-pre en determinadas condiciones o en determinados momentos).

Las actividad participativa de la computadora en la celebración de nego-cios jurídicos permite, en base a cálculos previamente memorizados, transmi-tir o no la voluntad de concretar un negocio jurídico.

En estos casos, en que el ordenador está programado para responder a un número cada vez mayor de variables, podemos preguntarnos si la res-puesta del ordenador —en toda su programación— forma parte de la voluntad del usuario, ¿existe en estos casos, según los términos del Código Civil, una clara voluntad psicológica, consciente, libre y actual?

¿Cómo entender aquí el juego de principios como la autonomía de la voluntad, el concurso de la oferta y la demanda en la perfección de un contra-to?

¿Serían también relevantes los vicios o errores de la voluntad?, ¿cómo deberían ser interpretados?

Para Francesco Parisi, la voluntad del negocio jurídico celebrado por ordenador estaría formada por la voluntad personal del dominus del negocio y por el programa informático, condicionado a la verificación de las diversas variables previstas.

Piénsese, por ejemplo, en ordenadores programados para aceptar ofertas comerciales en las que el tiempo, el precio, la calidad y la cantidad de los productos son determinante de la aceptación.

Para Giannantonio los actos de tráfico jurídico ejecutados por un elabo-rador electrónico pueden ser o bien actos neutros (actos de transferencia elec-trónica de fondos en sentido estricto), o bien regulaciones electrónicas de intereses. En este último caso, el ordenador al crear, modificar o extinguir las relaciones de intereses (aunque no lleven aparejada una transferencia elec-trónica de fondos), constituye verdaderos negocios jurídicos, si entendemos por autonomía privada la capacidad del individuo de autorregular sus propias relaciones jurídicas.

Para Renato Clarizia, las declaraciones de voluntad mediante un ordena-dor constituyen el resultado final de un proceso volitivo que se ha formado a través de una elaboración de datos introducidos en la máquina, elaboración efectuada según un programa establecido.

Una vez llegados a este punto, nos vemos en la obligación de «proyec-tar» toda la teoría general del negocio jurídico sobre el negocio electrónico, pues, de alguna manera, en los negocios celebrados entre dos ordenadores, previamente programados, se pueden dar todas las hipótesis que la doctrina tradicional viene reconociendo en los negocios jurídicos convencionales. Así, habrá que prever el juego del error, la divergencia entre la voluntad progra-mada y la declarada, el defectuoso funcionamiento del programa, la memori-

zación de datos erróneos, los defectos en la transmisión de la decisión, la ilícita intromisión en los programas del ordenador, etc.

VI. UN EJEMPLO: EL NUEVO MERCADO DE VALORES

Donde la Innovación tecnológica representada por los sistemas informáticos ha encontrado una rápida y eficaz aplicación ha sido en el mercado moderno de los títulos-valores.

Ya el Real Decreto 505/1987, de 3 de abril, creador del sistema de anotaciones en cuenta para la deuda del Estado, puso de relieve cómo el título-valor, tal y como ha venido siendo concebido, supone un obstáculo para el tráfico mercantil, condicionado por la rapidez y la masificación de las operaciones.

Así, la propia exposición de motivos reconoce cómo la rapidez en el tratamiento de la información, la posibilidad de incorporar mecanismos que eviten o subsanen los errores cometidos, así como las facilidades de interconexión permiten el intercambio, a distancia, de cientos de miles de datos. Hoy día, el tratamiento informático permite la sustitución del viejo soporte documental por simples referencias procesables en los ordenadores.

La vieja técnica tradicional en el tratamiento técnico jurídico de la circulación de los títulos-valores está siendo sustituida por las anotaciones en cuenta.

Surge así la Central de Anotaciones en el Banco de España en la que se toma constancia, mediante la oportuna anotación en cuenta, de las transacciones efectuadas con la deuda del Estado. La Central de Anotaciones, auténtico servicio público del Estado, junto con las Entidades Gestoras, titulares de cuentas, se convierten en protagonistas de un nuevo sistema que ha revolucionado el mercado de la deuda pública, al modificar sustancialmente el concepto de título-valor en su dimensión material.

El propio mercado cobra una nueva dimensión, el tercero, el contratante, aparece como poseedor de un resguardo acreditativo de la formalización de la anotación en cuenta.

Dicho resguardo, importante cuestión (reflejo de la incidencia tecnológica en el derecho), debe codificarse de manera que se garantice la correspondencia con los registros de la Entidad y con la información comunicada a la Central de Anotaciones.

Estos resguardos no son, en sí mismos, transmisibles, ni negociables, ni representativos del valor y sólo acreditarán la formulación de la anotación y su identificación. Ello supone, como ya hemos anticipado, un cambio profundo en la mecánica de la tradición o entrega de los títulos-valores.

Progresando en este cambio conceptual, la Orden de 19 de mayo de 1987, en su disposición adicional 48, precisa que las referencias contenidas

en la legislación vigente a los títulos de la deuda del Estado tradicional, se entenderán efectuadas también a la deuda del Estado representada en anotaciones en cuenta.

La Circular de 13 de noviembre de 1991, al completar el Real Decreto de 31 de junio de 1991, da un paso más en la integración entre tecnología y deuda. Establece que la forma de llevar a cabo la información de las Entidades Gestoras a la Central de Anotaciones, respecto del saldo de terceros, se efectuará mediante entrega del soporte informático que contenga el detalle diario, por cada código valor, de las anotaciones efectuadas en el registro de terceros en el período establecido.

La Ley reguladora del Mercado de Valores, Ley de 28 de julio de 1988, crea un mercado único e integrado mediante una interconexión informática que permita la inmediata compensación y liquidación de valores.

Su artículo 8, permite que los valores negociables puedan representarse por medio de anotaciones en cuenta o por medio de títulos tradicionales. Se potencia así la rapidez, la fiabilidad y el control de la información, la cual se convierte en un bien jurídico de primer orden en nuestra sociedad.

Los negocios jurídicos sobre valores representados por medio de anotaciones en cuenta tendrán lugar mediante transferencias contables, produciendo la inscripción de la transmisión a favor del adquirente (art. 9), los mismos efectos que la tradición de los títulos, siendo oponible a terceros.

Para la gestión de todo este nuevo mercado la ley prevé la constitución de una red informática, columna vertebral de un sistema de interconexión bursátil de ámbito estatal. Dicho sistema aparece administrado por una sociedad denominada Servicio de Compensación y Liquidación de Valores.

Rafael Pérez Escolar, en su brillante trabajo sobre el derecho bancario en el siglo XXI, reconoce, paradójicamente, cómo el título valor, gracias a la informática, conserva, incluso reforzadas, las características que le han dotado a través del tiempo de su peculiar fisonomía: «Aunque a primera vista pudiera parecer que una de esas notas, la incorporación del derecho al título (la que con más énfasis suele destacar la doctrina), se ha desvanecido mediante un proceso de desmaterialización del documento, la verdad es que ocurre justamente lo contrario: lo único que ha cambiado en muchos casos es que el derecho no se incorpora a un documento en el sentido tradicional del término, un papel que recoge determinadas manifestaciones de voluntad suscritas por quien las formula, sino a otro medio o soporte de naturaleza informática, pero tan físico como el papel. No en vano la electricidad y la electrónica son disciplinas integradas en la física».

VII. LA TRANSFERENCIA ELECTRONICA DE FONDOS COMO FUENTE DE LAS OBLIGACIONES

La transmisión de una voluntad por medios electrónicos, bien como acto jurídico que implica la simple transferencia de fondos, la obtención de un

crédito o el pago de una transacción concertada por medios tradicionales, o bien suponga el nacimiento de un negocio jurídico concertado para medios informáticos, constituye sin duda una nueva categoría en la tradicional clasificación de las fuentes de las obligaciones.

Si bien el art. 1089 de nuestro código civil contiene una enumeración de las fuentes de las obligaciones que, inicialmente, se ha considerado como exhaustiva, hoy en día la doctrina y la jurisprudencia coinciden en atribuir a este artículo un valor meramente enunciativo, admitiéndose, entre otras, a la voluntad unilateral como fuente de obligaciones.

Respecto a los contratos celebrados por medios informáticos, en los que la voluntad negocial aparece instrumentalizada por el computador, no hay obstáculo aparente que impida admitirlos en base al principio de la autonomía de la voluntad, reconocido en el art. 1255 del código civil.

La concurrencia de voluntades que supone el concurso de la oferta y la aceptación, art. 1262 del Código Civil, puede lograrse a través de terminales informáticos instalados en distinto lugar siempre que, por ambas partes, exista una voluntad consciente y libre, aunque ésta se manifieste y se materialice por medios electrónicos.

Respecto del momento de la perfección del contrato electrónico, a mi juicio, es perfectamente aplicable la regla del párrafo 2 del art. 1262, entendiéndose producida cuando llega a conocimiento del oferente. En este sentido, no parece un obstáculo el contenido divergente del art. 54 del Código de Comercio (para el cual los contratos celebrados por correspondencia quedarán perfeccionados, desde que se conteste aceptando la propuesta), pues, en la actualidad, la emisión de la respuesta y su conocimiento por el oferente se nos representan como actos simultáneos en el tiempo.

Y por lo que se refiere al lugar de la celebración del contrato, salvo pacto en contrario, deberá entenderse celebrando en el lugar que se hizo la oferta.

En el ordenamiento italiano, la actual redacción del art. 1173 de su Código Civil, en el que se determina: «Las obligaciones nacen del contrato, del hecho ilícito y de todo otro acto o hecho idóneo para producir las de conformidad con el ordenamiento jurídico», ofrece una fórmula abierta a la realidad social del momento y a los nuevos tipos de relaciones jurídicas, entre las que debe incluirse la declaración electrónica.

Si bien nuestro ordenamiento jurídico no ha reconocido, al menos con carácter general en el Código Civil, el nuevo fenómeno de los negocios jurídicos concertados por ordenador, a pesar de que éstos constituyen ya, de hecho, una de las fuentes más importantes de la contratación. Podemos encontrar, en las últimas reformas, ejemplos muy significativos de lo que supone la informática en la documentación y posterior ejecución privilegiada de los derechos recogidos en soportes magníficos.

Así, la Ley de 25 de julio de 1989, por la que se adopta la legislación mercantil de los Directivos de la Comunidad Económica Europea, al modificar el art. 38 de la Ley de Sociedades Anónimas, establece que las acciones podían estar representadas por medio de títulos o por medio de anotaciones en cuenta. Teniendo en uno y otro caso la consideración de valores mobiliarios.

Por su parte, la Ley de 30 de abril de 1992, por la que se aprueban las medidas urgentes para la Reforma Procesal, al referirse a los títulos que llevan aparejada ejecución, añade un nuevo número —de extraordinaria importancia—, al art. 1429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en concreto, reconoce fuerza ejecutiva en los certificados expedidos por las entidades encargadas de los registros con talla respecto de los valores representados mediante anotaciones en cuenta a los que se refiere la Ley 34/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, siempre que se acompañe copia de la Escritura Pública de representación de los valores o, en su caso, de la emisión.

Estos dos ejemplos, por sí sólo significativos al afectar a las normas básicas de nuestro ordenamiento, constituyen un valioso precedente de la profunda reforma que, en breve plazo, sufrirá nuestro Derecho Privado.

VIII. TRANSFERENCIAS ELECTRONICAS Y MEDIOS DE PRUEBA

La incorporación de todas estas realidades al mundo del derecho plantea problemas de especial trascendencia. En este orden de cosas, uno de los puntos críticos pasa por el valor jurídico atribuido a los actos y negocios jurídicos incorporados a soportes informáticos (discos magnéticos y ópticos).

Los medios de prueba tradicionales reconocidos en el derecho español (arts. 1215 del Código Civil, 47 del Código de Comercio y 578 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), y en especial la prueba de documentos —tradicionalmente unida al soporte papel y a la escritura incorporada— se revelan insuficientes para explicar las nuevas operaciones y negocios celebrados con la colaboración de soportes informáticos.

Vemos como, hoy día la informática invade el mundo del derecho, transformando sus pautas de conducta y sus modos operativos.

La firma tradicional, garantía de la autenticidad y contenido del documento escrito, está siendo sustituida, con ventaja, por la criptografía, los signos y las claves informáticas que permiten asegurar la procedencia y veracidad de un documento.

La llegada del lenguaje electrónico, obtenido por intermediación de una máquina, nos hace arribar a un nuevo concepto del documento; el documento electrónico, el cual se encuentra cada día más cerca del calificativo de documento jurídico.

El documento, en su materialidad, tal y como viene siendo concebido por nuestra legislación no deja de tener un enorme condicionamiento socio-cultural. En todo instrumento probatorio hay que distinguir entre la materialidad del soporte (al que se incorpora una manifestación de voluntad o la expresión de un simple hecho) y el contenido del mismo. Por ello, podemos afirmar que el concepto de documento –tanto público como privado– que hoy recogen nuestras leyes se identifica más que con el documento en sí, con las manifestaciones históricas del mismo. En concreto, con el papel y la autografía como única manifestación de la expresión simbólica.

Claro ejemplo de este condicionamiento histórico del concepto de documento son las expresiones utilizadas por el derecho romano clásico: *epistula*, *codex*, *scriptura* y en sentido más genérico *tabula* e *instrumentum*.

Nuestro derecho tradicional, por influencia del romano, desconoce, hasta fechas muy recientes la voz documento. Así, las Partidas utilizan exclusivamente la voz «escritura», definiéndola como toda carta que es hecha por mano de escribano público de Consejo, o sellada con sello del Rey (Partida 3^o, Título XVIII, Ley I). En el mismo texto, al examinar los diversos tipos de escritura los equipara con el término cartas.

Nuestro diccionario de Autoridades, publicado en 1739, desconoce la acepción jurídica de la palabra documento. Por influencia del derecho clásico, recoge la voz «Instrumento que, en una de sus acepciones, se identifica con la escritura u otro papel que sirva para justificar alguna cosa o certificarla.

Carnelutti, al hablar del documento (de *docere*, cualquier cosa que da a conocer un hecho) pone de relieve, sin duda por razones histórico-culturales, la sinonimia entre documento y escritura, y también entre documento y carta.

Se identifica así, el concepto estricto de un documento con manifestaciones materiales del mismo como son la carta, el papel, etc., o con medios a través de los que se manifiesta, caso de la escritura.

Para el citado autor, el medio de la representación documental puede ser, en el estado actual de la técnica, verbal o figurativo; una especie, pero no la única del documento verbal es la escritura, al lado de la cual se coloca hoy el documento fonográfico; una especie, pero no la única del documento figurativo es la fotografía, junto a la cual está el documento figurativo indirecto (el dibujo, la pintura, etc.).

En el informe Nora-Minc, elaborado bajo la iniciativa del Presidente Francés en 1978, ya se indicaba que la telemática supone un cambio profundo en la dimensión y naturaleza de los archivos tradicionales. Para el Informe francés, la constitución de bancos de datos informatizados va a originar una rápida reestructuración de los conocimientos humanos, con arreglo a esquemas hoy difíciles de establecer.

F. DE SANTIS, recordando la opinión de CARMELUTTI, según la cual la teoría del documento está dominada por la idea de paternidad del texto es-

crito, defiende la posible existencia de documentos públicos o privados –según las circunstancias– confeccionados a impulsos de una computadora, siempre que contenga el texto íntegro y éste aparezca autenticado por una firma o contraseña electrónica.

Para F. PARISI, en el contrato celebrado mediante un ordenador la firma electrónica vendría a sustituir a la autógrafa con la única diferencia del soporte electrónico en lugar del papel.

En opinión de R. CLARIZIA, el lenguaje electrónico goza cada día de un mayor reconocimiento social, frente al lenguaje escrito y los negocios formales, lo que supone un agudizado contraste entre la difusión del documento electrónico y la carencia de instrumentos normativos que vengan a disciplinar su eficacia probatoria.

ROCCO BORGINI entiende que el documento electrónico ofrece los tres requisitos fundamentales de todo documento en papel: la legibilidad, la inalterabilidad y el reconocimiento.

E. GIANNANTONIO, al pronunciarse sobre el valor jurídico del documento electrónico, advierte que no es difícil prever como en un breve período de tiempo, toda la actividad de documentación será desarrollada, salvo casos excepcionales, de forma automatizada, con la consecuencia de que el «documento manual», el documento redactado por formas tradicionales, será sustituido casi completamente por el «documento electrónico».

Citando ejemplos del derecho anglosajón, GIANNANTONIO recuerda la existencia en el derecho inglés de la Civil Evidence Act, cuyo artículo 5 prevé expresamente la posibilidad de presentar en juicio un documento electrónico; otra norma como la Banking act de 1.979 y la Stock Exchange Act de 1976, ofrecen la posibilidad de hacer valer en juicio documentos informáticos en el ámbito bancario y en materia de escrituras de contabilidad.

Por lo que se refiere al derecho norteamericano, la viabilidad para presentar documentos electrónicos en juicio está avalada por la legislación federal (Uniforme Business Record as Evidence Act y Uniform Rules of Evidence).

En líneas generales, aplicables a nuestro ordenamiento, el principio de la libre convicción del Juez en la valoración de la prueba ha de permitir la utilización de documentos electrónicos, ya sea en el proceso civil, penal o contencioso-administrativo.

Por lo que respecta a nuestro ordenamiento, habrá que partir, con carácter previo, de la superación de los medios de prueba convencionales; efectivamente, tanto el art. 1215 del Código Civil como el art. 578 de la Ley de Enjuiciamiento Civil contienen una enumeración de medios de prueba que hoy día, a la vista de los adelantos tecnológicos, no pueden conceptuarse como exhaustivos.

El documento, como objeto corporal que refleja una realidad fáctica con trascendencia jurídica, no puede identificarse ni con el papel, como soporte, ni con la escritura, como unidad de significación.

Para el Magistrado J. Rouanet, puede admitirse pacíficamente que la «electrónica» puede ser considerada como escritura, a todos los efectos, y que, por tanto, el documento electrónico pertenece a la categoría de los documentos en sentido jurídico. La diferencia con el documento escrito tradicional está en el hecho de que la información memorizada sobre soportes informáticos no es inmediatamente comprensible por el hombre y requiere la intermediación y, en cierto modo, la traducción de la máquina.

El profesor de la Universidad de Roma, LUIGI MONTESANO, entiende que el resultado de una operación informática puede ser conceptuado como prueba documental no escrita, pues resulta subsumible en las «representaciones mecánicas» previstas en el art. 2712 del Código Civil italiano.

El documento se nos representa como una materialidad a la que se incorpora una idea, es una cosa, un acontecimiento, un indicio que atestigua, comprueba, ofrece un testimonio de un hecho; más concretamente, es un objeto simbólico, una porción de la realidad material destinada a expresar, a través de signos externos, un significado específico y determinado.

ATTILI entiende que puede admitirse pacíficamente que «la electrónica» sea considerada como «escritura» a todos los efectos, y que, por tanto, el documento electrónico pertenece a la categoría de los documentos en sentido jurídico.

Recientemente nuestro ordenamiento jurídico ha sufrido una modificación, por lo que a los Registros de la Propiedad respecta, de especial trascendencia: el Real Decreto de 30 de marzo de 1990 modifica el Reglamento Hipotecario de cara a una informatización integral de los Registros de la Propiedad.

En este sentido, la reforma prevé la creación de un Índice General Informatizado de las fincas y derechos inscritos, para lo cual, el Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad remitirá periódicamente al Centro de Gestión Catastral y Cooperación Tributaria, en soportes magnéticos, la información relativa a las transmisiones inscritas (art. 398.c).

Por su parte, el nuevo art. 418.b permite utilizar la telocopia o procedimiento similar para remitir al Registro competente los datos necesarios para efectuar el oportuno asiento de presentación.

DE SANTIS, en su trabajo sobre el documento no escrito como prueba civil, distingue dos hipótesis en el documento electrónico: una primera, referida al texto escrito por el ordenador en el que figure la firma, y una segunda, en la que la documentación electrónica del texto carezca de la firma. En el primer caso no encuentra problemas insuperables para considerar el documento electrónico como un instrumento público o una escritura privada, se-

gún las circunstancias bajo las que se hubiera confeccionado y con el debido respeto a las notas de garantía y veracidad de las declaraciones.

Sin embargo, por lo que respecta a la transcripción de documentos elaborados por el ordenador en los que no figure la firma, siguiendo a PARISI, pone de manifiesto sus reservas, sin dejar por ello de insistir en la falta de regulación normativa sobre la materia que, por otra parte, contrasta con el progresivo reconocimiento social de los documentos electrónicos.

Por su parte, la Circular n.º 8/1988 del Banco de España, al aprobar el Reglamento del Sistema Nacional de Compensación Electrónica, introduce, de facto en nuestro derecho, el reconocimiento de la eficacia jurídica de las liquidaciones interbancarias efectuadas por un sistema electrónico.

Por último, otro ejemplo de sensibilidad legislativa hacia las innovaciones tecnológicas y sus consecuencias en el ámbito del derecho lo encontramos en el nuevo artículo 49 de la Ley del Patrimonio Histórico de 25 de junio de 1988, en él se describe al documento como: «toda expresión en lenguaje natural o convencional y cualquier otra expresión gráfica, sonora o en imagen, recogidas en cualquier tipo de soporte material, incluso los soportes informáticos».

X. CONCLUSIONES

PRIMERA.—En un futuro inmediato, los actos derivados de la circulación electrónica de fondos representarán el mayor porcentaje de fuentes de las obligaciones; ya en calidad de actos jurídicos, en sentido estricto, o de negocios jurídicos, concertados mediante sistemas informáticos.

SEGUNDA.—Desde un punto de vista metodológico, es urgente la proyección de los conceptos de la teoría general de las obligaciones sobre la realidad informática. La voluntad negocial, en su génesis y en su manifestación al exterior, es ayudada por los sistemas informáticos. Conceptos como el dolo, el error, la buena o mala fe han de aplicarse a las realidades electrónicas.

TERCERA.—Ante el continuo avance tecnológico y la carencia de una normativa estatal, difícilmente conciliable con los cambios técnicos, adquirirán especial importancia el derecho contractual, nacido de los convenios inter partes, y los principios generales del derecho aplicado a la Informática.

CUARTA.—Los medios de prueba tradicionales concebidos o sustentados sobre la escritura y el papel, han de adaptarse a las nuevas realidades tecnológicas en las que el lenguaje informático, transportado por impulsos electrónicos, se manifiesta y materializa en multitud de soportes diferentes.

QUINTA.—Los poderes públicos, ante la creciente acumulación y circulación de datos personales, incluso fuera del territorio nacional, deberán arbitrar, con urgencia, las normas que garanticen la confidencialidad y los derechos fundamentales de las personas.

BIBLIOGRAFIA

- ALVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, JOSE M.^a: «El derecho a la intimidad personal, la libre difusión de la información y el control del Estado sobre los bancos de datos», en «Informática y Derecho» *Ed. Aranzadi*. Navarra, 1992.
- BAROGGI, ROMEO: «Elaborazione e trasmissione dei dati a distanza». *Ed. Franco Angeli. Cuarta edición*. Milano, Italia, 1981.
- BARRO, G.: «Informática e pública amministrazione». *Ed. Franco Angeli*. Milano, Italia, 1989.
- BENVENUTTI, M. DE LA ROSA: «Informática e pública amministrazione». *Ed. Franco Angeli*. Milano, Italia, 1989.
- BERTIN, G.: «La protezione du logiciel». *Ed. A.R.E.P.I.T.* París, Francia, 1985.
- BIELSA, RAFAEL: «Recuperación de documentos jurídicos por medios automatizados». *Ed. Dott. A. Giuffré* Milano, 1986.
- BISMUTH, YVES: «Droit de l'informatique». *Ed. Economica*. París, Francia, 1986.
- BORRUSO, RENATO: «Computer e diritto». *Ed. Dott. A. Giuffré*. Milano, 1988.
- CROZE, HERVE: «Droit de l'informatique». *Ed. Economica*. París, Francia, 1984.
- DAVARA RODRÍGUEZ, MIGUEL ANGEL: «La contratación de medios informáticos», en «Informática y Derecho». *Ed. Aranzadi*. Navarra, 1992.
- DE SANTIS, FRANCESCO: «Il documento non scritto come prova civile». *Ed. Scientifiche Italiane*. Nápoles, Italia, 1988.
- FERRI, ENRICO: «Informática e Ordinamento Giuridico». *Ed. Dott. A. Giuffré*, 1988.
- FLORY, ANDRE: «Informatique juridique». *Ed. Economica*. París, Francia, 1984.
- GARCÍA COPEIRO DEL VILLAR, CARLOS: «Planificación de la Informática en la Administración del Estado». *Ed. Instituto Nacional de la Administración Pública*. Madrid, 1986.
- GETE-ALONSO Y CALERA, M.^a DEL CARMEN: «El pago mediante tarjetas de crédito». *Ed. La Ley*. Madrid, 1990.
- GETE-ALONSO Y CALERA, M.^a DEL CARMEN: «La contratación en materia informática». *Ed. La Ley*. Madrid, 1992.
- GIACOBBE, GIOVANNI: «Informática e Ordinamento giuridico». *Ed. Dott. A. Giuffré*. Milano, Italia, 1988.
- GIANNANTONIO, ETTORE: «Transferimenti elettronici dei fondi e autonomia privata». *Ed. Dott. A. Giuffré*. Milano, Italia, 1986.

—GIANNANTONIO, ETTORE: «Manuale per la ricerca elettronica dei documenti giuridici». Ed. Dott. A. Giuffré. Segunda edición. Milano, Italia, 1985.

—GIANNANTONIO, ETTORE: «Italian legal information retrieval». Ed. Giuffré. Milano, 1984.

—HEREDERO HIGUERAS, MANUEL: «Valor probatorio de los documentos electrónicos», en «Informática y Derecho». Ed. Aranzadi. Navarra, 1992.

—HEREDERO HIGUERAS, MANUEL: «Las alternativas de la contratación pública ante los contratos tipo de los proveedores de bienes y servicios informáticos», en «Informática y Derecho». Ed. Aranzadi. Navarra, 1992.

—KATSH, ETHAN M.: «The electronic media and the transformation of law». Oxford University Press. New York, 1989.

—DE LAMBERTERIE, I.: «La protection du Logiciel». Ed. A.R.E.P.I.T., París, 1985.

—LA ROSA, MICHELE: «Informática e pública amministrazione». Ed. Franco Angeli. Milano, Italia, 1989.

—LOSANO, MARIO G.: «Il diritto pubblico dell'informatica». Ed. Giulio Einaudi. Torino, Italia, 1986.

—LOSANO, MARIO G.: «Il diritto privato dell'informatica». Ed. Giulio Einaudi. Torino, Italia, 1986.

—LOSANO, MARIO G.: «L'informatica e l'analisi delle procedure giuridiche». Ed. Unicopli. Milano, 1989.

—LOSANO MARIO G.: «Curso de informática jurídica». Ed. Tecnos, S.A., 1987.

—MANZANARES, HENRI: «L'informatique au service du juriste». Ed. Litec. París, 1987.

—MARTÍN, JAMES: «La sociedad telemática». Ed. Paidós. Primera Edición. Bs As. 1985.

—MARTINO, ANTONIO A.: «Sistemi esperti nel Diritto». Ed. Cedán. Padova, Italia, 1989.

—MARTINO, A. A.: «Analisi automática del testi giuridici». Ed. Guffré. Milano, 1988.

—MERTENS DE WILMARS, J.: «Droit communautaire et liberté des flux transfrontières». Ed. Litec. París, 1988.

—MINELLI, P.: «Informática e pública amministrazione». Ed. Franco Angeli. Milano, Italia, 1989.

—MINISTERIO PARA LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: «Informática, Leyes para la protección de datos». Ed. Einsa, Madrid, 1988.

—NECTOUX, PHILIPPE: «L'informatique au service du juriste». Ed. Litec. París, 1987.

—NOVELLI, V.: «Manuale per la ricerca elettronica dei documenti giuridici». *Ed. Dott. A. Giuffré. Segunda Edición*. Milano, 1985.

—PAGANO, RODOLFO: «Informática e Diritto». *Ed. Dott. A. Giuffré*. Milano, Italia, 1986.

—PÉREZ LUÑO, ANTONIO-ENRIQUE: «Del Habeas Corpus al Habeas Data», en «Informática y Derecho». *Ed. Aranzadi*. Navarra, 1992.

—DEL PESO NAVARRO, EMILIO: «Transferencia electrónica de fondos: Proyección social y jurídica», en «Informática y Derecho». *Ed. Aranzadi*. Navarra, 1992.

—PIACENTINI, S.: «Informática e pública amministrazione». *Ed. Franco Angeli*. Milano, Italia, 1989.

—RISTUCCIA, RENZO: «Il software nella dottrina e nella giurisprudenza». *Ed. Cedan*. Padova, Italia, 1990.

—SANTACROCE, P.: «Informática e pública amministrazione». *Ed. Franco Angeli*. Milano, Italia, 1989.

—SCALA ESTALELLA, JUAN JOSE: «Validez legal de los documentos generados por sistemas automáticos», en «Informática y Derecho». *Ed. Aranzadi*. Navarra, 1992.

—SERPIERI, V.: «Informática e pública amministrazione». *Ed. Franco Angeli*. Milano, Italia, 1989.

—SOCCI NATALI, F.: «Analisi automática del testi giuridici». *Ed. Giuffré*. Milano, 1988.

—TADDEI ELMI, GIANCARLO: «Informática e Ordinamento Giuridico». *Ed. Dott. A. Giuffré*. Milano, Italia, 1988.

—TOUBOL, FREDERIQUE: «Le Logiciel». *Ed. Feduci*. París, Francia, 1986.

—UNIVERSITE LIBRE DE BRUXELLES: «Informatique et Droit en Europe». *Ed. de l'Université de Bruxelles*. Bruxelles, Belgique, 1985.

—VIGIGIANI, V.: «Informática e pública amministrazione». *Ed. Franco Angeli*. Milano. Italia, 1989.

—WORLD CONFERENCE ON PROCEDURAL LAW: «Justice and efficiency». *Ed. Dutch Asociation for procedural law*. The Hague, The Netherlands, 1989.

—ZENO-ZENCOVICH, VICENZO: «Il software nella dottrina e nella giurisprudenza». *Ed. Padova. Cedam*, Italia, 1990.