

Banca Electrónica: Implicaciones Jurídicas de los Sistemas Electrónicos de Comunicación.

JOSÉ MARÍA ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ

Magistrado-Jefe del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo

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.

Donde estos problemas son más intensos, como veremos, es en el campo de la prueba. Debemos acostumbrarnos, como ocurrió en su día en el derecho mercantil, a los nuevos usos informáticos, como principios inspiradores de una nueva forma de concebir la contratación.

Los medios informáticos se nos presentan como instrumentos idóneos para la generación de actos y negocios jurídicos en masa; facilitando el intercambio de documentos mediante sistemas de comunicación electrónica. Sin embargo, existen grandes dificultades para acreditar la validez y autenticidad de un documento elaborado electrónicamente.

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. Los Códigos Civiles y las leyes procesales, por lo que respecta a la prueba, siguen concibiendo sus preceptos pensando en el soporte tradicional, en el papel, la prueba documental, la prueba de peritos, por ejemplo, están pensadas para la escritura y la calificación tradicional.

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 y nuestras leyes procesales desconocen la figura del negocio jurídico celebrado por medios informáticos y sus consecuencias jurídicas, fundamentalmente en el ámbito de la prueba.

Mientras que la dogmática tradicional ha elaborado durante siglos, 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 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 actos y negocios jurídicos.

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 abogados y los profesores universitarios en particular, tienen que hacer un gran esfuerzo para adaptarse a estas nuevas realidades.

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 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.

Surge así una nueva forma de entender «la circulación jurídica», en el marco del espacio judicial europeo que supera las fronteras nacionales, y que cada día demanda una mayor uniformidad de la documentación judicial, paso imprescindible para hacer efectivo el espacio judicial europeo.

Esta situación viene favorecida por el desarrollo de los programas EDI (Electronic Data Interchange), mediante los cuales se permite la transferencia de ordenador en ordenador de mensajes «estructurados». El EDI ofrece una mayor seguridad, rapidez y eficacia en el intercambio de mensajes, mediante la oportuna codificación de los documentos. Así se ha acreditado en el sistema bancario (Sistema Swift); en la industria automovilística (Proyecto Odette); electrónica (proyecto Edifice); química (proyecto Cefic); del seguro (proyecto Rinet) y transportes (proyecto Cost 306), entre otras. No es suficiente, con ser mucho, que existan redes, autopistas de la información, en el espacio jurídico europeo, es necesario y esto me parece fundamental desde el punto de vista de la seguridad jurídica, estructurar y codificar los mensajes para que el intercambio de información sea efectivo, establecer unas normas generales para estandarizar la información jurídica y ofrecer controles que permitan otorgar fiabilidad a los mensajes. La filosofía de la denominada banca telefónica está, a mi juicio, en ofrecer un alto grado de fiabilidad en los mensajes y, a la vez, en garantizar un adecuado control en el acceso al sistema.

En otro orden de cosas, la Comunidad Económica Europea, a través del programa TEDIS (Trade Electronic Data Interchange System), pretende armonizar las legislaciones de los Estados Miembros para facilitar el intercambio electrónico de documentos comerciales, siendo consciente, por otra parte, de la necesidad de cambiar unos sistemas jurídicos que fundan sus medios de prueba, muy especialmente, sobre la escritura. Por lo que respecta a nuestro país, la reciente Reunión Plenaria de Actividades EDI en Portugal, patrocinada por la CEOE, ha puesto de relieve la necesidad de intensificar la estandarización de los mensajes y la creación de un organismo de Certificación Nacional Electrónica.

Hoy día, puede decirse que ante la carencia de una regulación normativa adecuada, los empresarios europeos han asumido voluntariamente el valor probatorio de las transferencias y los negocios jurídicos concertados por medio del EDI. Ha nacido lo que para muchos podrá llamarse la facturación electrónica.

ALGUNOS EJEMPLOS:

Llama la atención el tremendo contraste entre la masiva aplicación de los sistemas electrónicos en la contratación empresarial y la carencia de normas para regular la prueba de estas operaciones.

Ya anticipo mi opinión, el Derecho y el trabajo de los juristas es, con frecuencia, una vuelta a los principios, en este caso, debemos recordar cómo se generalizó la validez y eficacia de instrumentos de pago como la letra de cambio, los pagarés y los cheques.

A) **Compraventa de títulos valores.**

Donde la innovación tecnológica, representada por los sistemas informáticos, ha encontrado una rápida y eficaz aplicación dentro del sector público ha sido en los mercados modernos de compraventa de títulos valores que hoy día están implantados en todo el mundo.

En España, el Real Decreto 505/1.987, de 3 de abril, creador del sistema de anotaciones en cuenta para la deuda del Estado, puso de relieve como 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 como 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 del título valor tradicional, por simples referencias procesables en los ordenadores.

Por su parte, el nuevo Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, de 23 de Septiembre de 1988, establece, ya con carácter general y con el adecuado rango normativo, que: «La Deuda Pública podrá estar representada en anotaciones en cuenta, títulos-valores o cualquier otro documento que formalmente la reconozca».

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.

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.

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 5, 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.

El Real Decreto 291/1992, de 27 de Marzo (R. 1992, 784), sobre emisiones y ofertas públicas de venta de valores, ha asignado a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por su disposición adicional quinta 1, el desempeño de las funciones en materia de codificación de valores negociables, configurándola como única entidad competente en esta materia.

En concreto, mediante la Circular 8 de Octubre de 1.992 se establece que la asignación por la Comisión Nacional del Mercado de Valores de los códigos correspondientes se contrae exclusivamente a los fines identificadores y de

normalización operativa que inspiran la función de codificación, sin que la asignación de esos atributos alfanuméricos por la Comisión Nacional del Mercado de Valores suponga pronunciamiento alguno sobre la regularidad del instrumento codificado, en lo que toca a su naturaleza, mecanismo de circulación, o legalidad de su emisión, en aquellos otros planos de verificación y registro que dicho Organismo tiene encomendados por la Ley 24/1988, de 28 de Julio del Mercado de Valores.

La transformación de los métodos operativos en el sector público y privado es ya irreversible. La reciente circular 13/1992, de 26 de junio, publicada en el B.O.E. de 11 de Julio de 1992, da un paso, a nuestro juicio definitivo, en la consolidación del Sistema Nacional de Compensación Electrónica: la circular 1/1990, de 2 de Febrero, establecía como sistema de comunicación para la liquidación del sistema general de cheques y pagarés de cuenta corriente el telefax y el fax.

Una forma eficaz de facilitar la futura prueba requiere, a mi juicio, intensificar los controles y requisitos en el acceso a la circulación electrónica, ofrecer garantías, dar seguridad inicial a los sistemas. Como ejemplo, estos últimos días la prensa de Madrid anunciaba que la Bolsa, en una sola sesión, había realizado más transacciones que en todo el año 1983. Yo diría que la futura prueba se facilita con la credibilidad de los sistemas.

Pues bien, a partir de esta nueva Circular las comunicaciones entre las Entidades asociadas y el servicio de liquidación del Banco de España, se efectuará, como sistema ordinario, a través de un proceso automatizado que permitirá el diálogo directo entre el Centro de Procesos del Banco de España y los Centros de las Entidades participantes en el Sistema Nacional de Liquidación.

De esta forma, la constatación de las liquidaciones interbancarias se incorpora totalmente a sistemas informatizados. La prueba misma del incumplimiento de una obligación derivada de una relación jurídica mercantil, concertada por los medios tradicionales, se condiciona a la existencia de un diálogo electrónico entre una Entidad Bancaria asociada y el Centro de Procesos del Banco de España, en donde, con plena eficacia solutoria, quedan anotadas informáticamente miles de operaciones cada día.

La creación de centros oficiales y privados que controlen la circulación electrónica, el nacimiento de notarías electrónicas, facilitará la credibilidad de las

condiciones en que se desarrolla el envío de los mensajes. Ante la falta de la percepción material del mensaje mismo, debe reforzarse el control sobre los sistemas de transmisión y recepción.

Este fenómeno que, sin duda, constituye un paso decisivo en la consolidación de los medios electrónicos de prueba, culmina con una declaración impensable hace sólo unos pocos años: A partir de ahora, el fax y los terminales telex, último reducto en el que aparecía el papel como soporte físico de la liquidación de una obligación, solo podrán ser utilizados, con carácter extraordinario, cuando el Centro de Procesos de Datos del Banco de España o de alguna de las Entidades asociadas no puedan utilizar el sistema ordinario que es, ya, desde hoy, la comunicación electrónica.

Como fruto de esta progresión conceptual en el reconocimiento y circulación de los documentos elaborados por medios electrónicos, la circular de 8 de Octubre de 1992 de la Comisión Nacional de Valores, establece un sistema de Codificación de los valores negociables (acciones de Sociedades Anónimas, obligaciones, participación en fondos de inversión, pagarés, etc.), con objeto de normalizar su operatividad en un mercado dominado por las transacciones electrónicas.

Advirtiéndose, sin embargo, por la circular que la asignación de esos atributos alfanuméricos, no supone pronunciamiento alguno sobre la regularidad del instrumento codificado, en lo que toca a su naturaleza, mecanismo de circulación o legalidad de su emisión. En este sentido, la aprobación de nuevas Directivas comunitarias, encaminadas a liberalizar y hacer más flexibles los mercados financieros europeos, va a obligar a nuevas reformas legislativas encaminadas a permitir la intervención en los mercados españoles de agentes financieros de otros países comunitarios. Todo ello conllevará, como no puede ser menos, un nuevo esfuerzo de codificación e identificación electrónica en un mercado de valores cada vez más dependiente de la tecnología.

A mi juicio, un mayor control de los mecanismos de creación e introducción de los mensajes en el sistema electrónico, permitirá una mayor flexibilidad y agilidad de las operaciones. En mi opinión, se puede garantizar, ante todo, el sistema, en sí, más que la transmisión individual, en su pura singularidad.

B) La modernización de los Registros v del Notariado.

La documentación y posterior circulación de los actos jurídicos por sistemas informáticos ha penetrado con fuerza en núcleos esenciales del ordenamiento jurídico privado. En concreto, el derecho notarial y los registros de la Propiedad se ven favorecidos por los sistemas informáticos. Así, la Reforma del Reglamento Notarial, operada por el Real Decreto 1368/1992, de 13 de Noviembre de 1992, ha previsto (véase el artículo 4 del Anexo al citado Reglamento), que el Registro General de Actos de Ultima Voluntad se lleve por procedimientos informáticos.

En consecuencia, la información que los Colegios Notariales deben remitir periódicamente al Registro General se enviará en soportes informáticos, para, en su momento, dar paso al sistema de comunicación telemática (Orden del Ministerio de Justicia de 4 de Diciembre de 1992).

En desarrollo de esta normativa, la Dirección General de Registros y Notariado, por resolución -Circular de 31 de Marzo de 1993, ha aprobado las instrucciones necesarias para el envío de los partes testamentarios y los partes de iniciación de las actas notariales de declaración de herederos ab-intestato.

Con ello, al utilizarse el soporte informático, se sustituye el tradicional envío de la información mediante tarjetas escritas.

Se establecen reglas de elaboración de la información para facilitar su tratamiento informático: se configura el número de identificación del Notario o Fedatario autorizante como el elemento básico para el sistema informático y, a la vez, se fijan las características de los soportes magnéticos y del sistema operativo, dándose instrucciones precisas respecto a la forma en que han de estructurarse los datos. Todo ello en garantía de la perfecta compatibilidad y comunicación de los sistemas informáticos.

Siguiendo la línea de informatización progresiva de los Registros y las Notarías, asistimos a una nueva reforma de los Reglamentos Notarial e Hipotecario, originada por el Real Decreto 2.537/1994, de 29 de Diciembre.

El nuevo artículo 175 del Reglamento Notarial impone al notario que antes de autorizar una escritura de adquisición de bienes inmuebles o de

constitución de un derecho real sobre ellos, deberá solicitar al Registro de la Propiedad correspondiente la información adecuada, pudiendo utilizarse para ello el telefax. Se impone, ya con plena vigencia la interconexión electrónica entre los Notarios y el registro de la Propiedad.

Asimismo, el nuevo artículo 249 del citado Reglamento autoriza al Notario para remitir por telefax al Registro de la Propiedad la comunicación relativa a la autorización de escritura susceptible de ser inscrita, que dará lugar al correspondiente asiento de presentación.

Por su parte, el nuevo artículo 354 del Reglamento Hipotecario permite al Registrador remitir su información respecto a la titularidad, cargas, gravámenes y limitaciones de fincas registrales, cuando sean solicitadas por las Notarías, por medio de telefax.

La Disposición Adicional Única del Real Decreto de 29 de diciembre de 1994 impone, a nuestro juicio una obligación de excepcional transcendencia: en el plazo de un año, la obligación de informatizar el Diario de todos los registros de la Propiedad de España.

La reciente instrucción de 29 de octubre de 1996, de la Dirección General de los registros y del Notariado prevé la intercomunicación entre todos los Registros de la Propiedad, permitiendo que la publicidad registral se desarrolle a través de sistemas informáticos, como parece reconocer el art. 12 del nuevo Reglamento del Registro Mercantil, aprobado el 19 de julio de 1996. En el art. 23 del citado Reglamento se establece que los libros del registro de la Propiedad puedan elaborarse por medios informáticos. La Instrucción de 1996 requiere que el 31 de diciembre de 1998 estén incorporados a los índices informatizados de los registradores todos los datos necesarios de las fincas con asientos posteriores a 1950.

El art. 10 reconoce, igualmente, que los registros de la Propiedad puedan comunicarse directamente por vía telemática, utilizando el correo electrónico para recibir información de las fincas registradas.

Por último y por lo que se refiere a los órganos judiciales, éstos podrán enviar por telefax al registro de la Propiedad competente, las resoluciones judiciales que puedan causar asiento registral, el día de su firma o en el siguiente hábil.

Recientemente, como ya hemos visto, se han producido en nuestro ordenamiento jurídico privado reformas de especial significación; nos estamos refiriendo a la modificación operada en la configuración material y organización de los Registros de la Propiedad: el Real Decreto de 30 de Marzo de 1.990 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 ya citado art. 418.b permite utilizar la telescopía o procedimiento similar para remitir al Registro competente los datos necesarios para efectuar el oportuno asiento de presentación.

C) Cambios en los procedimientos administrativos.

En el campo del derecho público, la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, Ley 30/92, de 26 de noviembre, ha reconocido plenamente respecto de los actos de la Administración, su posibilidad de manifestarse y documentarse por medios informáticos, teniendo, a todos los efectos, valor probatorio, debe recordarse al respecto el art. 45 de la citada Ley.

Por su parte, el nuevo artículo 230 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, además de reconocer la validez de los documentos emitidos por medios electrónicos, informáticos y telemáticos, siempre que se garantice su autenticidad e integridad, permite en su apartado nº 4 que las personas que demanden la tutela judicial de sus derechos e intereses puedan relacionarse con la Administración de Justicia a través de dichos medios técnicos, siempre que éstos sean compatibles con los equipos de que dispongan los Juzgados y Tribunales.

Recientemente el Ministerio de Justicia ha aprobado una Orden Ministerial (30 de noviembre de 1.995, B.O.E. de 21 de diciembre) por la que dispone la informatización del Registro Civil de Murcia.

Y, más recientemente, la Orden de 22 de Marzo de 1996, por la que se desarrolla el artículo 88 de la Ley 37/1992, del Impuesto sobre el Valor Añadido y el artículo 9 bis del Decreto 2.402/1985, de 18 de Diciembre, desarrollan el sistema de facturación telemática en el Impuesto del Valor Añadido. A partir de ahora, las facturas en soporte papel son sustituidos por facturas electrónicas que deberán conservarse en soportes magnéticos u ópticos.

Así se define la factura electrónica: Se entenderá por factura electrónica «un conjunto de registros lógicos, almacenados en soportes susceptibles de ser leídos por equipos electrónicos de procesamiento de datos, que documentan las operaciones empresariales o profesionales, con los requisitos exigidos en el Real Decreto 2. 402/1985, de 18 de Diciembre. En las líneas de las facturas electrónicas, que en todo caso deberán respetar los mencionados requisitos, podrán sustituirse las descripciones de los bienes o servicios que constituyan el objeto de las operaciones facturadas por sus correspondientes códigos estables.

Se entiende por códigos estables aquellos códigos alfanuméricos que identifican de forma única e inequívoca, entre otros, los bienes, servicios, lugares, personas, etcétera, cuya información se transmite a través de un sistema de intercambio de facturación por medios telemáticos y que tienen un carácter de permanencia en su aplicación, y con idéntico significado para cualquier usuario del sistema. Las listas de códigos estables y la descripción de los mismos deberán constar en tablas históricas que puedan ser utilizadas automáticamente por los programas de los usuarios para el tratamiento de los ficheros producidos».

Surge así una nueva metodología en el tratamiento de los fenómenos jurídicos, la transmisión electrónica de declaraciones de voluntad que generan derechos y obligaciones para los partícipes en el «diálogo informático» está provocando un cambio terminológico, a mi juicio inevitable, en los conceptos jurídicos tradicionales. ¿Cómo interpretar, hoy día, nuestro Código Civil cuando impone al vendedor la obligación de «entregar la cosa al comprador»?

Por último la Disposición Adicional de la citada Orden establece que: ..Los empresarios, profesionales o sus agrupaciones que lleven por medios informáticos sus libros, facturación o registros fiscalmente exigibles, deberán conservar en soporte magnético u óptico, durante el período de prescripción, además, los ficheros y documentos siguientes:

a) Ficheros de datos, tanto históricos, como maestros generados por sus aplicaciones informáticas y de los que se deriven los libros a diligenciar.

b) Ficheros de los programas fuentes, con los cuales se procesan los ficheros de datos anteriores.

c) Todos aquellos ficheros, programas y documentación necesarios que permitan la reconstrucción total del camino de auditoría informática del sistema de información del contribuyente u obligado tributario».

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.

D) Nacimiento de nuevos contratos: Generalización del uso de los sistemas electrónicos.

Estamos asistiendo, quiérase 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.

El análisis de la realidad que acabamos de describir nos permite afirmar que el proceso informático, por el que se crean modifican y extinguen relaciones jurídicas, es un proceso «creíble y probable». El jurista no puede desconocer la realidad social, en palabras del profesor Hernández Gil, el derecho, como el lenguaje, es un producto de la cultura y un sistema de comunicación entre los seres humanos.

La Unión Europea, con exquisita sensibilidad hacia los avances tecnológicos, ha insistido en alguna de las últimas reuniones del Consejo Europeo en la necesidad de abordar la creación de redes transeuropeas de datos comerciales e industriales.

En concreto, desde 1988 se han venido desarrollando 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, siendo, en estas experiencias, la organización bancaria una de los que, sin duda, han contribuido de una manera decisiva a estos cambios tan profundos en la concertación de negocios jurídicos.

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 la libertad de mercado. 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.

Como pone de relieve la doctrina mayoritaria la Comunidad Económica Europea ha potenciado el desarrollo de la transmisión electrónica de datos (programas EDI), facilitando la celebración de contratos tipo entre pequeñas y medianas empresas con el consiguiente logro de una normalización y homogeneización de los documentos a transmitir.

Los usuarios del EDI, a través de acuerdos y convenios particulares, llegan a aceptar el valor probatorio de los mensajes enviados por sistemas electrónicos, dándose al mensaje electrónico normalizado el mismo valor que al documento escrito y firmado.

Nos encontramos, por tanto, ante un auténtico sistema internacional de circulación electrónica de valores que ha sabido salvaguardar las características más esenciales que la legislación mercantil asigna a los títulos valores.

Esta nueva expresión simbólica que permite la circulación electrónica de los valores mercantiles, a la vez que provoca el abandono de la «materialidad» de los títulos valores, paradójicamente, les vuelve a dotar de una nueva forma de significación: la informática. El ordenador y los ficheros que en él se almacenan constituyen hoy día una nueva forma de entender la materialidad de los valores. Para el lenguaje electrónico la «dimensión formal de los valores» es tan evidente, bajo su lectura codificada, como hace cien años para un banquero tradicional lo era el depósito de las acciones.

II.- LA BANCA TELEFÓNICA

Lo primero que deberíamos matizar, a la vista de lo ya expuesto, es una crítica a la expresión «banca telefónica»; para mí conceptual y técnicamente esta expresión resulta hoy día superada por las nuevas realidades.

Por banca telefónica no debemos entender la simple contratación por teléfono, la simple sustitución del papel por la voz enviada a través de la línea telefónica.

¿Qué se esconde detrás de la expresión «banca telefónica»? a mi juicio todo un nuevo sistema de contratación que desplazando el soporte papel y la escritura tradicional como únicas realidades documentales y expresiones simbólicas capaces de acreditar una manifestación de voluntad, utiliza los sistemas informáticos y las comunicaciones electrónicas como nuevos vehículos para manifestar y transmitir una declaración de voluntad dirigida a celebrar un determinado negocio jurídico.

En este sentido y con las necesarias matizaciones, podríamos definir la BANCA TELEFONICA como un convenio o acuerdo entre una entidad de crédito y sus clientes, mediante el cual y en base a una especialísima relación de confianza, ambas partes asumen las consecuencias jurídicas de las operaciones celebradas mediante órdenes verbales -a través del teléfono- siempre que se respeten los compromisos de diligencia y confidencialidad previamente pactados.

No se trata, a mi juicio, del único contrato, es, más bien, una nueva forma de operar entre la Entidad de Crédito y el usuario que, como veremos, puede a través de múltiples ..<<productos>> desde la apertura de una cuenta corriente, requisito imprescindible y básico para la banca telefónica, hasta la contratación de una tarjeta de crédito, transferencias bancarias, imposiciones a plazo fijo, contratación de fondos de inversión, planes de pensiones, adquisición de deuda pública, letras del Tesoro, ordenes de compraventa de acciones o de otros títulos admitidos a cotización.

El contrato celebrado entre la entidad de Crédito y el cliente, en el que, es de una especial relevancia el respeto al principio de buena fe pueden, establecerse las siguientes características derivadas de la aplicación de los arts. 1255, 1258 y 1274 del Código Civil.

- La necesaria apertura de una cuenta corriente como base de todas las futuras operaciones, sirve para precisar todos los datos indicativos que individualizan al cliente.

- Reconocimiento del teléfono como vía de comunicación «ordinaria» entre la entidad bancaria y el cliente.

- La confidencialidad como contenido esencial de todas las operaciones. Ello impone en el usuario un deber positivo de sigilo, debiendo asumir las consecuencias jurídicas perjudiciales de su quebrantamiento.

- En cada una de las operaciones, la firma, expresión formal del consentimiento, es sustituida por unos signos y claves de identificación, sólo conocidos por el usuario y cuya utilización vincula su voluntad.

- Importancia de los trámites de identificación antes de iniciar una operación concreta. Las claves secretas correctamente utilizadas vinculan al usuario y al banco que no tendrá que realizar comprobaciones posteriores complementarias.

- La fiabilidad del sistema descansa, como se ha dicho, en un estricto control y seguridad en el proceso de identificación. Existe un compromiso positivo del cliente con la entidad bancaria. Existe un pacto de sigilo y discreción cuyo quebranto perjudicará al infractor, hasta el punto de que el uso de las claves

secretas por personas extrañas para realizar operaciones provocará efectos jurídicos en la persona del cliente.

- Especial deber de diligencia, denunciando la pérdida o sustracción de las claves secretas. No existe, en principio, exoneración de responsabilidad para el cliente. Será necesario, en su día, atender a la jurisprudencia de los Tribunales y a la doctrina del servicio de reclamaciones del Banco de España, respecto de lo que se entiende, en estos casos, por buena práctica bancaria.

- Si bien la voluntad negocial se transmite por el teléfono, manifestando una voluntad concreta, las claves secretas, como nueva forma de expresión simbólica que incorporan indicios suficientes de individualización e identificación, sustituyen y reemplazan, con éxito, a la firma tradicional.

- La entidad de crédito se compromete a conservar durante ó años las conversaciones grabadas, como medio de prueba de las órdenes recibidas del cliente. También se prevé la posibilidad de que éste solicite copia en papel o en cinta de las conversaciones mantenidas con la banca telefónica.

- Para mayor seguridad, las operaciones que implican salidas de fondos de la cuenta del cliente requieren, como garantía añadida, el uso de determinadas posiciones de la clave secreta que, como decíamos, solo es conocida por el cliente.

Esta mayor reflexión, derivada de un uso todavía más singular y específico de las claves secretas, hace que la consciencia de la voluntad sobre la operación realizada quede todavía más de manifiesto.

- La equivocación o el error en el uso de la clave secreta supone una pérdida de las señas de identidad, provocadora, de forma automática, el bloqueo de dichas claves y la paralización de todas las operaciones. Se pretende con ello evitar errores o intentos de suplantar la personalidad de un determinado cliente. Será, necesario, para volver a operar, la entrega de nuevas claves secretas.

- Especial deber de colaboración y diligencia del cliente para con la entidad. Se aprecia en la asunción de su responsabilidad patrimonial por pérdida o acceso indebido de terceros.

- La contratación por medios electrónicos en general, provoca la necesidad en las entidades de crédito de disponer de ficheros informatizados con

numerosos datos sensibles referentes a las señas de identidad de sus clientes. Surge así una delicada e intensa obligación de custodia. La entidad de crédito sólo podrá utilizar esos datos personales, de acuerdo con las previsiones y garantías establecidas en la Ley 5/92, de Protección de Datos, para los fines propios del contrato, no siendo, a mi juicio, ceder esos datos a terceros sin consentimiento expreso del cliente.

- El cliente, como reconoce la Ley 5/92, tiene derecho de acceso, rectificación y cancelación de los datos personales almacenados en ficheros informáticos utilizados en el contrato de “ Banca telefónica “.

- Desde el punto de vista operativo el servicio de banca telefónica permite realizar operaciones desde cualquier punto, durante las 24 horas y a lo largo de los 365 días del año, sin necesidad de desplazarse físicamente hasta una sucursal de la entidad de crédito, excepto cuando sea necesario, por razón de la operación, que intervengan un Corredor de Comercio o un Notario.

- Como obligación básica de la entidad de crédito debe resaltarse la “fiabilidad informática“, esto es, el compromiso de disponer de los recursos tecnológicos suficientes para hacer efectivas las operaciones del cliente.

Respecto de los posibles problemas interpretativos que plantee el uso de la Banca telefónica, dado que hoy día es un producto de reciente implantación y ofrecido a clientes selectivos, será necesario esperar a las soluciones que ofrecen tanto los Tribunales como el Servicio jurídico del Banco de España.

Las posibles discrepancias entre los usuarios y las entidades de crédito se centrarán, a mi juicio, en las cuestiones referentes a la falta de diligencia, buen uso de la documentación e información, al posible quebranto del secreto y confidencialidad, así como a las consecuencias del eventual uso fraudulento.

Hoy día, en los diversos productos que bajo la denominación genérica de «Banca telefónica» ofrecen las diferentes entidades de crédito, no se establecen sistemas de limitación de responsabilidad como ocurre en los contratos de uso de tarjetas de crédito. Así, tanto el Código de Buena Conducta del Sector Bancario Europeo de 14 de noviembre de 1990, relativo a los sistemas de pago mediante tarjetas de crédito, como la Recomendación de la Comisión Europea (nº 88/590 CEE, de 17 de noviembre de 1988), limitan la responsabilidad a 150 ecus, salvo

que el usuario hubiera actuado de forma fraudulenta, a sabiendas o con negligencia grave, quebrantando el secreto, etc.

La Banca Telefónica se nos presenta, hoy día, como un antecedente de una nueva forma de gestionarse los servicios bancarios. Ya asistimos al nacimiento de una auténtica Banca Electrónica y de sistemas multibancos, las empresas, mediante conexiones electrónicas, obtienen productos a medida que les permite optimizar el rendimiento de sus departamentos financieros.

Así la conexión electrónica multibanco les permite controlar la gestión de tesorería, integrar automáticamente los extractos de cuenta y los ficheros de contabilidad. Mediante estas técnicas, las empresas obtienen un gran ahorro de tiempo y mayores garantías de seguridad en la obtención de datos.

De esta forma, el cliente puede realizar, electrónicamente, las mismas consultas y operaciones que realizaría en la sucursal, siendo posible la transmisión y recepción de ficheros, incluyendo el envío electrónico de remesas de efectos, el abono directo de las nóminas, los pagos a proveedores, las transferencias masivas a clientes y los anticipos de créditos a la exportación.

Como producto añadido a todas estas novedades, las empresas logran una mejoría notable en el capítulo de la toma de decisiones. Asistimos, por tanto, a una revolución en el negocio de la prestación de servicios bancarios. Está muy próximo el día en que las entidades de crédito, sobre la filosofía de la banca electrónica, ofrezcan productos «a medida», según las necesidades y características de las empresas.

III.- TRANSFERENCIAS ELECTRÓNICAS Y MEDIOS DE PRUEBA

La incorporación de todas estas realidades al mundo del derecho plantea problemas de especial transcendencia. 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. 1.215 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 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.

De ello ya existen múltiples ejemplos en nuestro ordenamiento (véanse los arts. 49 de la Ley del Patrimonio Histórico Artístico de 1985, el art. 1.429 n° 7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el art. 26 del nuevo Código Penal).

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: epístula, 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 3ª, 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.

Para Carnelutti, 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.

Francisco de Santis, recordando la opinión de Carnelutti, según la cual la teoría del documento está dominada por la idea de paternidad del texto escrito, 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 Francesco 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.

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

La fiabilidad del contenido de los documentos generados y enviados por sistemas electrónicos esta condicionada, como en todo caso de discrepancia o controversia jurídica, a lograr el convencimiento psicológico del Juez que ha de valorar las pruebas presentadas bajo las reglas de la sana crítica y de la lógica.

Volviendo a los principios, entiendo que es de excepcional importancia para dotar de «credibilidad ante los Tribunales» a este tipo de mensajes

electrónicos recordar las reglas generales del derecho que han sido el motor de todo el desarrollo normativo en el mundo de las empresas. Principios como el de «contabilidad ordenada», la «buena fe en la contratación», la conducta de un <<comerciante lea>>, unidos a las garantías y controles sobre el funcionamiento y acceso a los sistemas electrónicos de elaboración y transmisión de información, pueden, en un momento concreto, llevar al convencimiento del Juez de la validez y eficacia de una operación comercial celebrada por sistemas electrónicos.

Enzo Meriggiola, haciendo una síntesis del valor probatorio de los documentos electrónicos en los distintos países de la C.E.E., recuerda como ya el Consejo de Europa en 1981 había elaborado una recomendación en la que invitaba a los Estados miembros a revisar el valor privilegiado que se otorgaba a la prueba escrita, en sentido convencional, en detrimento de la prueba no escrita, estableciéndose reglas comunes respecto de los registros informáticos.

Asimismo, la jurisprudencia viene aceptando su admisión en los asuntos sobre negocios, dejando a salvo la facultad del juez de valorar, según su prudente arbitrio la prueba, valiéndose, incluso de la inspección de las fuentes de la información y de la ayuda de un experto.

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 transcendencia jurídica, no puede identificarse ni con el papel, como soporte, ni con la escritura, como unidad de significación.

Para el Magistrado Jaime 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 conceptualizado 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.

La llegada de operaciones como las aquí descritas, el nacimiento de la «banca electrónica» va a suponer para los juristas un indudable reto en el que, como en todos los momentos de cambio, es aconsejable volver a los principios.