

PROSPECTIVA DE LAS OBLIGACIONES PATRIMONIALES EN LA ERA
TECNOLÓGICA-DIGITAL

Outlook on Property Obligations in digital era.

María Carolina Carmona¹

Resumen: El presente trabajo pretende ser una aproximación a los desafíos que plantea la tecnología en la formación del consentimiento, en la génesis de la obligación y los posibles problemas que se vislumbran en torno al ejercicio de los derechos subjetivos de ambas partes de la relación jurídica obligatoria.

Palabras clave: Documentos electrónicos, formación del consentimiento, derechos del acreedor, límites: buena fe contractual, abuso de derecho.

Abstract: This paper aims to address the challenges posed by technology in the formation of consent, the genesis of obligations, and the potential problems that arise regarding the exercise of subjective rights by both parties to the binding legal relationship.

Keywords: Electronic documents, formation of consent, creditor rights, limits: contractual good faith, abuse of rights.



Artículo publicado bajo Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Sin Derivar.

© Universidad Católica de Córdoba

DOI: [https://doi.org/10.22529/fd.2024\(7\)04](https://doi.org/10.22529/fd.2024(7)04)

¹ Abogada (universidad Nacional de Córdoba UNC), Maestranda en Derecho Civil Patrimonial (UNC); Docente Derecho Privado II UNC.

i. Introducción:

Desde finales del siglo diecinueve, se produce una constante aceleración industrial, la riqueza acumulada en manos de unos pocos y la capacidad de producir a gran escala, comienza a perfilar la idea de la decadencia de la concepción clásica de los contratos. Los conceptos como “igualdad” de condiciones para negociar paritariamente se desdibujan frente a un mundo comercial donde el tiempo cobra relevancia tornando imperioso evitar el dispendio de tiempo y de costos a la hora de contratar.

La sociedad de masas fue la consecuencia lógica de los fenómenos de concentración en las grandes urbes y el apogeo de la producción en serie; y este fenómeno a su turno contribuyó al aumento de expectativas de alcanzar un mejor nivel de vida, accediendo a bienes y servicios, los que –cada vez con mayor sofisticación- se introducen en los mercados a partir del desarrollo del crédito y de la tecnología.

Cobra relevancia la idea de los contratos por adhesión, como forma de agilizar los tiempos en los negocios acordes a la producción masiva y con el fin de brindar respuesta rápida a las necesidades de consumo. Como es sabido, el fenómeno de la masificación contractual impuso en el mercado las nuevas técnicas de comercialización y con ello, el empleo de alta tecnología determinó que –junto al clásico contrato paritario- se admitiera la existencia de los contratos por adhesión a cláusulas generales, de los contratos predispuestos y, luego, los contratos y las relaciones de consumo.

Este fenómeno se agudiza durante el siglo veinte y durante la década de los sesenta se pone en evidencia uno de los mayores problemas que –desde el punto de vista comercial- se comenzaba a vislumbrar: el marcado incremento del desequilibrio existente entre los profesionales y empresarios, quienes lógicamente por su condición de tal imponían las condiciones del negocio que se celebraba, en desmedro de la otra parte que necesitaba <y utilizaba> tales bienes y servicios, aunque sin contar con los conocimientos ni la experticia para imponer sus condiciones.

Se profundiza un marcado desequilibrio entre las partes: los profesionales y empresarios que se encuentran en una posición privilegiada desde el punto de vista jurídico y económico (posición dominante a la hora de la contratación); y los usuarios o consumidores, quienes se encontraban en condiciones de inferioridad en relación al oferente.

La búsqueda del equilibrio contractual y de lograr las mejores condiciones para la parte ‘más débil’ exigió que el Estado y el derecho se entrometiera en las relaciones comerciales individuales, afirmando la protección de ciertos derechos de raigambre constitucional que denominamos “*derechos de tercera generación*”, como categoría superior a los derechos individuales o sociales que se proclamaban y protegían de

manera casi instintiva, puesto que se consagraron de manera concomitante con la sanción de las leyes sustanciales.

Ahora, en los albores de una nueva era pos industrial y globalizada, el fenómeno de la digitalización se aceleró exponencialmente atravesando toda la vida cotidiana en sus múltiples facetas (trabajo, escuela, entretenimiento, relaciones sociales, familiares y comerciales) a través de la utilización productos tecnológicos en aspectos que eran impensados (como la enseñanza y la salud) y provocando una dependencia casi absoluta de los elementos tecnológicos y digitales.

El cambio ocurrido exige un constante aprendizaje y adaptación de las circunstancias que implica una modificación en el desarrollo cultural, comercial, personal de los individuos, todo ello con las secuelas que – a mediano y largo plazo- impactan en la vida de los individuos.

Todo este desarrollo tecnológico (y avance desde el punto de vista del progreso) ha acelerado el proceso de digitalización de la vida que –en apariencia revela comodidad y confort- pero que sin lugar a dudas trae como contrapartida un sin número de problemas culturales, económicos y sociales, y que ha despertado el interés de los juristas:

- El avance de la digitalización en las relaciones jurídicas y en la celebración de los contratos en línea, conjugando la protección de los *derechos económicos* de cada uno de los intervinientes, debidamente encajados en el resguardo de los *derechos individuales* como la intimidad, el honor, la identidad.
- El acceso a la educación como Derecho Fundamental impone al Estado un deber de raigambre constitucional, mas no concebido en términos tradicionales u ortodoxos. La educación de hoy debe contemplar el acceso a internet cobrando verdadera relevancia el derecho a la conectividad. La educación formal debiera contemplar las posibilidades, riesgos y actividades que pueden realizarse en red, a fin de poder ejercer adecuadamente los derechos.²

² El derecho a la educación no solo tiene raigambre constitucional, sino convencional. En el caso **Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador**, la CIDH manifestó que “El derecho a la educación se encuentra contenido en el artículo 13 del Protocolo de San Salvador... Asimismo, dicho derecho se encuentra contemplado en diversos instrumentos internacionales. Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha resaltado que el derecho a la educación es el epítome de la indivisibilidad y la interdependencia de todos los derechos humanos, y que ‘la educación es un derecho humano intrínseco y un medio indispensable de realizar otros derechos humanos’. Ahora bien, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado que para garantizar el derecho a la educación debe velarse por que en todos los niveles educativos se cumpla con cuatro características esenciales e interrelacionadas: i) disponibilidad, ii) accesibilidad, iii) aceptabilidad y iv) adaptabilidad: a) Disponibilidad. Debe haber instituciones y programas de enseñanza en cantidad suficiente en el ámbito del Estado Parte. Las condiciones para que funcionen dependen de numerosos factores, entre otros, el contexto de desarrollo en el que actúan; por ejemplo, las instituciones y los programas probablemente necesiten edificios u otra protección contra los elementos, instalaciones sanitarias para ambos sexos, agua potable, docentes

- A ello se adiciona la complejidad de los casos, donde ya no es posible aplicar una o más normas de manera directa, encuadrando un caso particular o adaptando un ordenamiento jurídico específico, sino que cada caso tiene aristas que requieren miradas interdisciplinarias, dentro de un contexto social y económico, muchas veces asimétrico.
- La brecha cada vez mayor entre la población joven, ávida por lo tecnológico y con herramientas suficientes para el rápido aprendizaje de las nuevas tecnologías, y aquella parte de la población aun productiva que no se encuentra tan familiarizada con tales herramientas, ocasionando un desequilibrio estructural.

Tales son algunos de los problemas más relevantes a los que se enfrenta la sociedad, y a la que el derecho no es ajeno.

La inexistencia de regulación específica para cada elemento del acto jurídico registrado por vías digitales pone de relevancia la necesidad de reinterpretar los principios y reglas generales a fin de brindar cobertura a estas nuevas prácticas comerciales.

La realidad se impone por su propia fuerza y tanto las empresas como los usuarios se vinculan y se conectan por los medios disponibles (Whats App, Google, Instagram, Facebook, Mercado Libre, Amazon, etc).

En ese marco, no es casual el predominio que ha adquirido la contratación electrónica –en cualquiera de sus variantes- y de la cual los servicios financieros no quedaron fuera de esa dinámica.

Las vías telemáticas están destinadas a ser el medio por excelencia para contratar, demandando cada vez mayor atención del orden jurídico, el que de a poco va adaptando sus disposiciones e intentando brindar nuevos institutos (vgr. Firma electrónica y firma digital) de manera coherente con dichos avances.

ii. El problema:

Los servicios financieros –al igual que un inmenso número de relaciones- se han despersonalizado. Con la utilización del Home Banking se han digitalizado los

calificados con salarios competitivos, materiales de enseñanza, etc.; algunos necesitarán además bibliotecas, servicios de informática, tecnología de la información, etc.; b) Accesibilidad. Las instituciones y los programas de enseñanza han de ser accesibles a todos, sin discriminación, en el ámbito del Estado Parte...” (CIDH. Cuadernillo 22 Jurisprudencia: Derechos Económicos, Sociales, Culturales, Ambientales)

trámites y gestiones, y la mayoría de los actos que habitualmente se realizan en las sucursales, de manera personal.

La posibilidad de contratar de manera ‘*on line*’ ha abierto un sinnúmero de posibilidades, tanto desde el punto de vista negocial como jurídico. El contexto normativo ha avanzado al regular la actividad financiera y el comercio electrónico, aunque se advierte una seria insuficiencia. Inclusive se han abierto camino empresas de servicios financieros no tradicionales, tales como la actividad de las ‘Fintech’ (BCRA, Com. “A” 6154 y 6885).

Sin embargo, el contrato digital o virtual nos lleva a un nuevo desafío: la protección del crédito, aún frente al incumplimiento del deudor, y la adecuada tutela de los derechos de este último.

Así esbozado el problema, necesariamente debemos tomar como punto de partida las diferencias que se advierten en torno a esta nueva forma de contratación. En este sentido se advierten similitudes con los contratos a distancia: la interrelación ya no es física, es decir, se encuentra desplazada por la distancia geográfica, razón por la cual cabe –prima facie- incluirlos en aquellos contratos normados por los arts. 979 y 980 b), Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CCCN).

Pero esta limitación no es tal a la luz de la realidad que demuestra diariamente un sinnúmero de actos celebrados a la distancia, sin mayores dificultades. Que el acuerdo de voluntades pueda perfeccionarse a distancia o entre ausentes, con intervalo de tiempo entre la oferta y la aceptación no obsta a la conclusión del contrato en tanto se pueda regir por las reglas de los contratos entre ausentes. Más aún, resulta acorde a las costumbres del comercio electrónico que los mismos sean celebrados por escrito, a través de un documento digital, mediante adhesión a términos y condiciones.

De qué manera se presta el consentimiento por el deudor de modo tal de garantizarle la manifestación acabada del acto volitivo (realizado con discernimiento, intención y libertad) tutelando la legítima expectativa del acreedor de poder reclamar el objeto debido, constituyen uno de los puntos de fricción que se debe dilucidar.

iii. La regulación normativa.

El contrato perfeccionado ‘*on line*’, que prescinde de la presencia física de los otorgantes presenta un obstáculo a superar: la determinación de la autoría de los otorgantes y la manifestación de la voluntad, preservando la integridad de los términos acordados.

En primer término, podríamos distinguir tres tipos de contratos electrónicos:

- a- Los contratos que podríamos llamar “simples” que –de manera análoga a los correos electrónicos- no poseen firma digital ni electrónica³. Se gestan desde los correos particulares o corporativos, que las empresas implementan para facilitar tanto la producción de bienes y servicios como la comunicación de las personas que allí laboran. Aquí, el único requisito consiste en crear una cuenta en un servidor gratuito (vgr. Hotmail, Yahoo, Gmail). A ellos les cabe la regulación contenida en los arts. 287 –Instrumentos particulares no firmados- y 319, CCCN.
- b- Los contratos con firma electrónica, regulados en el art. 5 de la ley 25.506: “*Se entiende por firma electrónica al conjunto de datos electrónicos integrados, ligados o asociados de manera lógica a otros datos electrónicos, utilizado por el signatario como su medio de identificación, que carezca de alguno de los requisitos legales para ser considerada firma digital*” En estos contratos, cuando es negado su contenido o es desconocido por la persona a quien se le atribuye le incumbe a la parte que lo pretenda hacer valer producir la prueba de que el mismo no ha sido alterado.
- c- Finalmente encontramos aquellos con firma digital, la que genera una presunción de titularidad de quien realizó la firma, y además, de que no ha sido adulterado en cuanto a su contenido. Representan fielmente la voluntad de la persona interviniente y por ello quien lo desconozca deberá producir prueba suficiente para desvirtuarla. (arts. 7 y 8, Ley 25.506).

Resulta lógico admitir la inseguridad o la falta de confianza en el desarrollo de este tipo de contratación signada por la dificultad <o imposibilidad en ciertas ocasiones> de probar tanto la autoría de los documentos, como su integridad y, en algunos casos, su recepción.

El CCCN, ha avanzado en la regulación de los contratos cuya instrumentación se gesta por medios electrónicos y en tal sentido expresa que la utilización de la ‘firma digital’ asegura de manera indubitable la autoría y la integridad (Art. 288). En estos casos el requisito de la firma se encuentra satisfecho conforme lo dispone la ley 25.506 (art.10).

Siguiendo a Bender podemos definir la firma digital como la incorporación de un sistema de criptografía de la clave pública, reglada por el Estado, que permite verificar

³ BALLARINI, Luciano, Correo Electrónico “simple”: Valor probatorio y herramientas de incorporación al proceso, en Microjuris del 8-8-2013)

la autoría e integridad de los documentos con altísimo grado de fiabilidad, que llega a niveles tales que la ley invierte la carga probatoria, y quien pretende desconocer la autoría o integridad del documento, debe probarlo.⁴

Sin embargo, la certidumbre que confiere la firma digital no resulta suficiente para satisfacer las legítimas expectativas de quien pretende su cumplimiento. Ello porque si bien el contrato celebrado en tales términos otorga seguridad jurídica y beneficia el tráfico comercial, al impactar en la aceleración de los procesos productivos y de colocación en el mercado, y favorecer la reducción de los costos de comercialización, lo cierto es que la ley 25.506 tiene como *punto de partida* las presunciones legales de autoría y de integridad, exigiendo la prueba en contrario y acercando más su regulación y eficacia a la de los instrumentos públicos. Es decir, no es absoluta e inmutable, sino que confiere un altísimo grado de fiabilidad y simplemente traslada la carga probatoria a quien la desconozca o impugne.

En segundo término –aunque no menos importante–, los contratos con firma digital no son los que predominan en nuestros tiempos, sino por el contrario son los aquellos instrumentos que denominamos ‘electrónicos’ porque utilizan tal tecnología, pero cuya autoría e integridad no gozan de la confianza ni de las presunciones que amparan los instrumentos normados por la ley 25.506 los que mayormente encontramos en el tráfico jurídico.

Por supuesto, en los casos en los que los contratos han sido firmados digitalmente no resulta necesario solicitar su reconocimiento para otorgar validez y veracidad al instrumento.

Lo contrario ocurre con los documentos electrónicos que deben necesariamente, ser reconocidos sea voluntariamente o por decisión judicial, o bien porque la firma se encuentra certificada ante funcionario público (vgr. escribano). Aquí, por tratarse de instrumentos particulares, *su valor probatorio debe ser apreciado por el juez ponderando, entre otras pautas, la congruencia entre lo sucedido y lo narrado, la precisión, claridad técnica del texto, los usos y prácticas del tráfico, las relaciones precedentes y la confiabilidad de los soportes utilizados y de los procedimientos técnicos que se apliquen* (art. 319, CCCN).

En consecuencia, no cabe su impugnación por quienes lo han reconocido, como lógica derivación de la teoría de los actos propios y de la buena fe, y ello con la salvedad de la existencia de vicios en el acto de reconocimiento. En este último caso, la carga de la prueba del vicio recaería sobre el impugnante.

En aquellos casos en que la firma electrónica ha sido reconocida o validada el art. 1° del Decreto reglamentario 2628/2002 (interpretado armónicamente con los arts. 3 y 5 del

⁴ BENDER, Agustín, *Validez probatoria del correo electrónico en la jurisprudencia y en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, en E-Legales del 9-7-2014.

ley 25.506) permiten concluir que *equipara los efectos a la firma digital, en tanto se haya utilizado un sistema de comprobación de autoría e integridad.*

iv. **El problema del consentimiento.**

Advertimos de este modo que no existen garantías absolutas para los contratantes sino –a lo sumo- un ‘alto grado de fiabilidad’, y de ello se sigue la búsqueda de mecanismos que permitan asegurar el mayor grado de confiabilidad en los sistemas de validación de identidad y de fidelidad en la transmisión de la voluntad y concreción del acto negocial.

Si –tal como se expresara- a fin de lograr el perfeccionamiento de un acto concertado electrónicamente se precisa un acto positivo de manifestación de voluntad (insertar los códigos o claves de validación que conlleva la firma digital, o el ingreso en las plataformas digitales pertinentes por parte del usuario o del contratante), es preciso que el acuerdo sea llevado a cabo en un entorno que garantice la prestación del consentimiento de forma tal que importe la expresión de la voluntad exacta del otorgante, con los elementos propios de todo acto volitivo (discernimiento, intención y libertad). Es preciso que la manifestación volitiva, en su faz interna sea exteriorizada.

Se puede afirmar que aquí también las nuevas tecnologías juegan un papel preponderante, puesto que la exteriorización no sólo se satisface a través de los modos clásicos de manifestación de voluntad: la escrita (bajo las formas de instrumentos públicos e instrumentos particulares firmados o no firmados), o la forma oral, sino que además se añaden otras formas de exteriorización: el auditivo y el visual, por ejemplo. Al decir de Pastore “La categoría de instrumento particular no firmado comprende todo escrito no firmado. Entre otros los impresos, registros visuales, auditivos de cosas o hechos y cualquiera sea el medio empleado, al efecto de registrar la palabra e información.”⁵

En esta tesitura, no habría dificultad en considerar que el registro visual documenta (o registra) por una vía distinta del instrumento particular la manifestación de voluntad, que no obsta el resguardo de tal exteriorización.

Según el autor citado el concepto es distinto e incluso superior al de registro escrito, porque la extensión del art. 286, CCCN, comprensivo de “todo escrito no firmado” no supone necesariamente que el acto deba ser escrito.

Frente a un negocio celebrado electrónicamente conforme a los parámetros señalados, donde se ha garantizado el resguardo de la manifestación de voluntad por medios electrónicos (vgr. Videgrabación) y se haya validado la identidad (por ejemplo a través del logueo, sistemas de identificación biométrica como ‘*Mi Argentina*’, ‘*Renaper*’), resultaría posible probar la existencia del acto así formalizado teniendo en cuenta que en

⁵ PASTORE, José Ignacio, “Pagaré electrónico. Oportunidad para su implementación en el marco de los nuevos sistemas de gestión judicial digital”, TR LALEY AR/DOC/1009/2022

materia probatoria, los contratos podrán acreditarse por todos los medios aptos para llegar a una razonable convicción según las reglas de la sana crítica (art. 1019, CCCN).

v. **El problema de los títulos electrónicos de crédito.**

Desde hace algunos años el fenómeno de la desmaterialización de los títulos-valores se ha hecho presente, sobre todo en el campo de los títulos de participación y tradición. Las anotaciones contables y el tratamiento electrónico de los conocimientos de embarque constituyen el punto de partida del denominado proceso de “electronificación” de los títulos-valores.

La evolución y el desarrollo del comercio electrónico han puesto de manifiesto la necesidad de completar este proceso mediante su expansión a los títulos cambiarios. Las transacciones que se desarrollan en este ámbito exigen la modificación del soporte documental en que tradicionalmente se han representado estos títulos para adecuarlos al entorno negocial electrónico. En este entorno resulta esperable que –en el marco de las transacciones- el crédito circule de una manera también digital. Esta tarea no es fácil, toda vez que debe venir acompañada de una regulación específica que garantice las condiciones de seguridad que ofrece la emisión en papel.

En el caso del cheque electrónico se han modificado los cánones tradicionales en las transacciones comerciales, y fue el Banco Central de la República Argentina (BCRA) quien ha coadyuvado a sortear aquellas dificultades que la ley 24.542 no había previsto.

Actualmente la economía argentina cuenta con una herramienta de pago y de cobro muy ágil que facilita la concertación de operaciones. El cheque electrónico (o su denominación reducida e-cheq) es un instrumento fruto de los avances tecnológicos. Sus ventajas han sido difundidas ampliamente y el e-cheq se ofrece como un servicio adicional para quienes operan con cuenta corriente bancaria en el giro normal de sus negocios. Nació y se desarrolló con un crecimiento exponencial, a través de las modificaciones introducidas por la Ley 27444 (dentro de la Ley de cheques 24452). Además, la Comunicación “A” 6578, del Banco Central de la República Argentina, invita a las entidades financieras y a las cámaras electrónicas de compensación a adaptar sus sistemas para operar con ECHEQ en 180 días contados a partir del 1 de octubre de 2018, fecha en que se difunde dicha comunicación. Luego, en su Comunicación “A” 6725 con vigencia a partir del 1 de julio de 2019 comienza la operatoria del ECHEQ. Como dato histórico, en diciembre del año 2020 se emitieron 10.000 e-cheq’s.⁶

Por su parte, y en relación a la utilización de los cheques generados electrónicamente, el mismo ha experimentado un fuerte aumento en 2021 al punto de que este instrumento

6

<https://www.infobae.com/economia/2020/03/31/cheques-electronico-como-funcionan-y-que-ventajas-tienen-los-echeqs-cuya-emision-se-disparo-en-medio-de-la-cuarentena/>

ya representa el 40,5% de los montos totales compensados, según los últimos datos. Asimismo, en junio se emitieron la cantidad de 1.082.321 e-cheqs por un monto superior a 550 mil millones de pesos, ambas cifras récord. Por otra parte, el monto de los e-cheqs negociados en el mercado argentino de valores se duplicó desde enero de 2021, pasando de 10.372 millones a 22.253 millones en junio.⁷

Se ha definido al cheque electrónico como el título cuya generación, transmisión y cobro se realiza por medios electrónicos. La confección del instrumento de pago se realiza a través de las páginas online de los respectivos bancos con que se celebran los contratos de cuenta corriente y queda exteriorizada la voluntad al adquirir el servicio del e-cheq.⁸

Esta herramienta financiera fue lanzada por el Banco Central de la República Argentina (BCRA) en el año 2019, a fin de simplificar operaciones y reducir costos y con motivo del aislamiento acaecido en 2020 la colocó como un instrumento de financiamiento. Fundamentalmente tiene una incidencia favorable para las MYPyMES. “[...] porque facilita su negociación, pudiendo realizarse de forma electrónica y remota, reduciendo costos operacionales, de traslado y verificación de documentos. Además, el ECHEQ reduce las causales de rechazo y minimiza la posibilidad de fraude ya que, al ser electrónico, el documento no puede ser adulterado o falsificado [...]”⁹

Entre las principales ventajas del cheque electrónico se han destacado las siguientes:

- Simplificación de la operatoria de emisión, endoso, negociación y, circulación en general, a través de canales digitales.
- Endosos sin límite.
- Reducción de costos operativos en comparación con el cheque tradicional.
- Mayor seguridad y efectividad ya que permite conocer con certeza su trazabilidad.
- Minimiza los motivos de rechazo.

⁷ <http://www.bcr.gov.ar/Noticias/fuerte-aumento-del-uso-del-echeq.asp>

⁸ VILLEGAS, Juan Manuel- MOYANO, María Florencia. “El cheque electrónico”. Universidad del Aconcagua. Mendoza. 2022. Pág.13-14

⁹ <http://www.bcr.gov.ar/Noticias/fuerte-aumento-del-uso-del-echeq.asp>

Veamos cuál es el panorama con relación al **pagaré electrónico**: Al decir de *Pastore* el cheque corrió con ventaja en esta carrera hacia lo digital, puesto que se contempló expresamente su emisión por parte de la entidad bancaria de un certificado para ejercer acciones civiles (Com. BCRA “A” 6725 pto. 3.5.5), habilitando su reclamación por la vía ejecutiva y gozando de idéntico resguardo que el cheque físico cuando es rechazado.¹⁰

No ocurre lo mismo con el pagaré digital: De entre las distintas categorías de títulos valor, aquellas donde ha tenido mayor incidencia la electronificación o desincorporación son las relativas a las acciones. En torno a los títulos valores El CCCN se encarga de reglar incipientemente normas generales respecto a los títulos valores no cartulares en los Arts. 1850 y 1851. El primero de ellos consagra el funcionamiento y régimen que tendrán los “*títulos valores no cartulares*”, aquellos que se llevan por asientos informáticos, sin estar materializados, en tanto que el segundo regula en forma clara y precisa las obligaciones que tienen quienes lleven el registro de títulos valores no cartulares, sean personas jurídicas privadas como bancos o sociedades anónimas, sean personas jurídicas privadas de interés público (cajas de valores).

Esta normativa resulta de gran importancia a efectos de brindar seguridad a los tenedores de este tipo de títulos.

En relación al requisito de la firma de quien ha librado el título, el art. 101, modificado por ley 27.444 establece que: “[...]Si el instrumento fuere generado por medios electrónicos, y el acreedor fuera una entidad financiera comprendida en la ley 21.526 y sus modificatorias, y/o cuando sea negociado en mercados bajo competencia de la Comisión Nacional de Valores, el requisito de la firma quedará satisfecho si se utiliza cualquier método que asegure indubitadamente la exteriorización de la voluntad del suscriptor la integridad del instrumento”.

Del análisis de la norma referida se extraen las siguientes conclusiones: El pagaré electrónico únicamente tiene cabida cuando: a) el acreedor sea una entidad financiera o sea negociado en mercados que sean de competencia de la Comisión Nacional de Valores; y b) la exteriorización de la voluntad sea indubitable, asegurándose la integridad del documento.

En estos supuestos, cuando el instrumento cumple los requisitos normados por el art. 101, dec-ley 5965/63 y a ellos se le adiciona la firma electrónica de su librador cabe preguntarse sobre su validez y ejecutabilidad. Las respuestas han variado en la doctrina y la jurisprudencia: “... *un documento que no es autosuficiente ni contiene una deuda líquida y exigible, no puede adquirir fuerza ejecutiva por más que se lo someta a la “preparación” de la vía respectiva, toda vez que ese arbitrio no permite superar*

¹⁰ PASTORE, José Ignacio, ob. Cit., pág. 1

deficiencias de ese tipo”¹¹. En sentido contrario, y a favor de la preparación de la vía ejecutiva: “Afluenta SA c/ Heredia, María Verónica s/ Ejecutivo”, 34893/2019, 04/02/2020, JuzgCom. 8 sec 16, CABA.

Pero aún existe otro problema a superar, el de la transmisibilidad del pagaré electrónico. El art. 103 del dec. Ley 5965/1963, modificado por la ley 27.444, en lo tocante al endoso refiere que “si el instrumento fuese generado por medios electrónicos el requisito de la firma quedará satisfecho si se utiliza cualquier método que asegure indubitadamente la exteriorización de la voluntad del endosante y la integridad del documento.” Resulta claro que el concepto de documento único susceptible de posesión que caracteriza al sistema de los títulos valores cambiarios no puede ser el mismo en los títulos electrónicos (unicidad).

En relación a ello, resulta imprescindible establecer un sistema que garantice el eficaz funcionamiento del pagaré electrónico, en lo relacionado a la circulación de los títulos, a fin de garantizar de que quien lo presenta al cobro sea su legítimo tenedor.

Existen diversos métodos para su identificación, habida cuenta que al desaparecer la tenencia material, el criterio de control del documento electrónico no puede ser el mismo.

Un sistema propuesto por UNCITRAL señala que “se puede incorporar la prueba de la identidad de la persona en el ejemplar autorizado, o se puede asociar ese ejemplar autorizado a un método que permita rastrear la identidad de esa persona (tal como un registro), de modo que la persona que consulte este ejemplar autorizado pueda constatar la existencia del control y tener acceso a las pruebas correspondientes.”¹² De modo tal que la validez del título electrónico dependerá de una base de datos central de la que surgirá la titularidad legítima del título, y a través de la cual se deberán realizar las transmisiones.

Como se advierte, son muchos los interrogantes que se plantean en relación a los títulos electrónicos, generando hasta el momento, más dudas que respuestas.

vi. El rol de la buena fe: el legítimo interés del acreedor y la tutela del deudor.

En el marco de la evolución del derecho contractual de las últimas décadas, la noción clásica de ‘contrato’ como acuerdo de voluntades en plena libertad e igualdad de las partes ha quedado reducida a su mínima expresión.

¹¹ CNCom., sala C, “Banco de la Provincia de Buenos Aires c. Duboir, Christian s. Ejecutivo”, 20/0582020. TR LALEY AR/JUR/18087/2020

¹² Documento de la UNCITRAL: “Cuestiones jurídicas relativas al empleo de documentos electrónicos transferibles” (A/CN.9/WG.IV/WP.118), numeral 52, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V12/559/20/PDF/V1255920.pdf?OpenElement>.

Tal desigualdad engendra a veces, abusos de la parte poderosa en perjuicio de la más débil, que –por su parte- trasciende el ámbito bilateral para transformarse en un problema social. Nos encontramos frente a negocios entre partes desiguales, asimétricas, y con una restringida autonomía de la voluntad, donde la conducta negocial del predisponente, a menudo deviene abusiva. El hecho de que una parte tenga menor poder de negociación que otra puede ser definitorio, pues el mero consentimiento de las partes –si se hallan en situaciones desiguales- no basta para garantizar la justicia del contrato.

En este sentido, en la actualidad el contrato tiene un fin ético y social. De allí que “la posición dominante puede entenderse como una situación de poder económico en la que se encuentra una empresa en un mercado y que le permite comportarse con un grado apreciable de independencia frente a sus competidores, proveedores o clientes. Este concepto de independencia está relacionado con el grado de presión competitiva ejercido sobre la empresa en cuestión. Tener una posición dominante implica que esta presión competitiva no es lo suficientemente eficaz y, por lo tanto, que la empresa en cuestión disfruta de un poder de mercado sustancial.”¹³

Con frecuencia las situaciones de hecho ostensibles son tomadas en consideración como manifestaciones o reflejos de una situación de derecho, teniendo en cuenta que los derechos se ponen en evidencia mediante su ejercicio, a través de actos materiales. Empero, aun cuando hay situaciones donde una conducta aparentemente legítima puede ser sustancialmente ilícita, la mera situación de subordinación no permite por sí sola caracterizar la conducta como abusiva sin estudiar la conducta de las partes dentro del contexto del contrato.

Quizás en este punto sea posible aplicar la ‘apariencia’, como una de las principales derivaciones del principio de la buena fe, la protección de la confianza suscitada y la seguridad de los negocios, que exige que quien contribuye con su actuación a crear una determinada situación de hecho cuya apariencia resulte verosímil, debe cargar con las consecuencias.¹⁴

Cuando concurre con la apariencia, la buena fe se concibe como una forma de error (buena fe creencia). Ello, cuando una persona incurra en una falsa representación de la realidad de una situación jurídica. Así, el error tendrá su causa en una situación objetivamente idónea para justificarla.

Conforme lo expone Díez Picazo la ‘buena fe’ es un modelo o arquetipo de conducta social y cada persona debe ajustar su propia conducta al arquetipo de la conducta social reclamada por la idea imperante, exigiendo esta conducta no sólo desde la limitación de

¹³ LOPEZ MESA, Marcelo. “ El Abuso de la Posición Dominante en el art. 11 del Código Civil y Comercial” Temas de Derecho Civil, Persona y Patrimonio. Errejus, 2019, p.1

¹⁴ LOPEZ MESA, Marcelo. “La apariencia como fuente de las obligaciones”. AR/DOC/1294/2011.

una conducta deshonesto sino también de una exigencia positiva, como los deberes de cooperación y diligencia.¹⁵

La creciente exigencia impuesta por la realidad social ha acentuado la tendencia a reforzar o ampliar la tutela de los terceros, y como contrapartida, a disminuir la tutela a los derechos subjetivos o a las situaciones jurídicas preexistentes.

El incremento del consumo por medios digitales es una realidad innegable, de modo tal que la vulnerabilidad estructural que existía fundamentalmente en el mercado de consumo se ve replicada en el mundo digital, llegando a calificar al consumidor digital como ‘hipervulnerable’ dada su carencia de medios, órbita y estructura en la que se vincula con el proveedor.¹⁶

Así, la vulnerabilidad estructural existente se ve replicada en el mundo digital e incluso podría decirse que se ha incrementado. En el ámbito de la contratación electrónica, cada vez con mayor frecuencia se aprecian precedentes judiciales por los que se hace lugar a medidas de suspensión de ejecución de negocios celebrados u otorgados mediante técnicas de ardid o engaño.

De allí que las empresas e industrias hayan agudizado los niveles de seguridad informática que permita una mayor confiabilidad en los sistemas, y desde el punto de vista de los contratos en el ámbito bancario, o con intervención de entidades financieras, el BCRA implementó cambios en los “Requisitos mínimos de gestión, implementación y control de los riesgos relacionados con la tecnología informática, sistemas de información y recursos asociados para las entidades financieras”.¹⁷ En este lineamiento se ha resuelto que la falta de medidas hábiles para asegurar la identidad del usuario y sumar sistemas de alerta por la inexistencia de movimientos inusuales por fuera de los patrones habituales contribuyen a la actividad fraudulenta dañosa para el usuario.¹⁸

La conjunción de vulnerabilidad estructural existente con la llamada ‘vulnerabilidad 4.0’ (caracterizada fundamentalmente por la ausencia de información y conocimientos que se detenta) deberá ser reconocida por los operadores jurídicos, procurando ante estos nuevos fenómenos que se suscitan brindar una respuesta adecuada a los eventuales desequilibrios que pudieran configurarse.¹⁹

vii. Conclusión: Desaprender para aprender.

¹⁵ DIEZ PICAZO, Luis María. “La doctrina de los actos propios- Un estudio crítico sobre la Jurisprudencia del Tribunal Supremo.” 2014. Ed. Civitas. España.

¹⁶ MENDIETA, Ezequiel, “Reconocimiento Judicial de la categoría de Consumidor Hipervulnerable. A propósito de la resolución 139/2020, Revista de Derecho del Consumidor, 9, diciembre 2020. Cita: IJCMXXXVI26 y “Transporte aéreo, comercio electrónico y la protección del turista electrónico. Comentario al fallo ‘Despegar.com.ar SA c. GCBA s/ recurso directo sobre resoluciones de defensa al consumidor’, Revista de Derecho del Consumidor, 8, abril 2020. Cita: IJCMXIII00.

¹⁷ <http://www.bkra.gov.ar/Noticias/responsabilidad-bancos-creditos-canales-electronicos.asp>.

¹⁸ Sentencia del 14/02/2022, Juzgado en lo Civil y Comercial N° 19, La Plata in re: “Suarez Daniel Ricardo c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ Nulidad de contrato (digital)”

¹⁹ QUAGLIA, Marcelo C. “Vulnerabilidades 4.0: la figura del prosumidor”. RCCyC 2022 (febrero), 15/02/2022, 54. Cita: TR LALEY AR/DOC/3642/2021.

A modo de conclusión, podemos advertir la magnitud que han alcanzado las nuevas modalidades de producción que cruzan fronteras, avanzando hacia otros ámbitos, caracterizado fundamentalmente por la interconectividad, la digitalización y la inmediatez.

Tanto es así que la transformación se acelera en progresión geométrica y trasciende la mera producción del bien o servicio, generando impactos en la cadena de valor, y afectando en consecuencia toda la gestión empresarial.

Por eso, nos encontramos en condiciones de afirmar que junto con el progreso se avizoran nuevos desafíos, desde el punto de vista económico, social y también jurídico

“Los analfabetos del Siglo XXI no serán aquellos que no sepan leer y escribir sino aquellos que no sepan aprender, desaprender y reaprender” (Alvin Toffler).

BIBLIOGRAFÍA:

BALLARINI, Luciano, “Correo Electrónico ‘simple’: Valor probatorio y herramientas de incorporación al proceso”, en Microjuris del 8-8-2013).

BENDER, Agustín, “Validez probatoria del correo electrónico en la jurisprudencia y en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, en E-Legales del 9-7-2014.

DIEZ PICAZO, Luis María. “La doctrina de los actos propios- Un estudio crítico sobre la Jurisprudencia del Tribunal Supremo.” 2014. Ed. Civitas. España.

FALIERO, Johanna C. “La protección de datos personales y las cláusulas abusivas en los términos y condiciones de privacidad. Los cambios de términos y condiciones de privacidad de WhatsApp y la multa a Facebook (Meta) de la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor y Arbitraje de Consumo.” LALEY 15/03/2022, 15/03/2022,1. TR LALEY AR/DOC/994/2022.

GONZALEZ SABORIDO, Juan Bautista. “*El abuso de la posición dominante en los contratos de comercialización*”. LA LEY 07/03/2022,1. TR LALEY AR/DOC/850/2022.

LOPEZ MESA, Marcelo. “*El Abuso de la Posición Dominante en el art. 11 del Código Civil y Comercial*” Temas de Derecho Civil, Persona y Patrimonio. Errejus, 2019, p.1

LOPEZ MESA, Marcelo. “La apariencia como fuente de las obligaciones”. AR/DOC/1294/2011.

MENDIETA, Ezequiel, “Reconocimiento Judicial de la categoría de Consumidor Hipervulnerable. A propósito de la resolución 139/2020”, Revista de Derecho del Consumidor, 9, diciembre 2020. Cita:IJCMXXXVI26.

PASTORE, José Ignacio, “Pagaré electrónico. Oportunidad para su implementación en el marco de los nuevos sistemas de gestión judicial digital”, TR LALEY AR/DOC/1009/2022.

QUAGLIA, Marcelo C. “*Vulnerabilidades 4.0: la figura del prosumidor*”. RCCyC 2022 (febrero), 15/02/2022,54. Cita: TR LALEY AR/DOC/3642/2021.

TOBIAS, José W. “Apariencia Jurídica”. LA LEY 1994-D,316- Colección de Análisis Jurisprudencial. Derecho Civil- Parte General. Director: José W. Tobías. Editorial LA LEY, 2003, 01/01/2007, 529 –RCyS2017 –XL 265.

VILLEGAS, Juan Manuel- MOYANO, María Florencia. “*El cheque electrónico*”. Universidad del Aconcagua. Mendoza. 2022. Pág.13-14