

**Título** Las Operaciones Electrónicas en el DNU 27/2018

---

**Tipo de Producto** Ponencia (texto completo)

---

**Autores** Farinati, Eduardo

---

Congreso: LXVII Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de la Provincia de Buenos Aires

## **Código del Proyecto y Título del Proyecto**

---

A18S13 - Análisis y Proyección sobre el Derecho de Consumo: perspectiva local y comparada

---

## **Responsable del Proyecto**

---

Iannello, Pablo Alejandro

---

## **Línea**

---

Derecho del Consumidor

---

## **Área Temática**

---

Derecho

---

## **Fecha**

---

Junio 2018

---

**INSOD**

Instituto de Ciencias Sociales y Disciplinas  
Proyectuales

FUNDACIÓN  
**UADE**

**LXVII ENCUENTRO DE INSTITUTOS DE DERECHO COMERCIAL DE LOS  
COLEGIOS DE ABOGADOS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES**

**Comisión 2: Derecho Bancario**

**Colegio de Abogados de Lomas de Zamora, 7 y 8 de junio del 2018**

**TEMA**

**LAS OPERACIONES ELECTRÓNICAS, EL DNU 27/2018  
Y LA NECESIDAD DE DAR MAYOR CERTEZA  
Y SEGURIDAD JURÍDICA**

**Autor: Eduardo N. Farinati<sup>1</sup>**

**Instituto de Derecho Comercial del Colegio de Abogados de Lomas de Zamora "Dr. Angel M. Mazzetti"**

---

**PONENCIA**

- La rapidez, la certeza y la seguridad jurídica constituyen 3 presupuestos esenciales que facilitan el tráfico comercial.
- En la búsqueda de lograr simplificar la operaciones para -de esta manera- darles mayor rapidez, las modificaciones introducidas en materia de banca electrónico por el Decreto de Necesidad y Urgencia nro. 27/2018 (DNU) han actuado en desmedro de la certeza y la seguridad jurídica, rompiendo así el equilibrio que deben guardar estos 3 presupuestos.
- La situación así planteada, coadyuva a generar mayor desconfianza en las operaciones realizadas a través de medios electrónicos.
- Por ello recomendamos modificar mediante una ley lo dispuesto por el DNU estableciendo, claramente, cuáles -además de la firma digital- son las otras alternativas, procedimientos o métodos que producen los mismos efectos que la firma ológrafa.

---

<sup>1</sup> Profesor Adjunto Ordinario del Departamento de Derecho de la Universidad Argentina de la Empresa (UADE).

## INTRODUCCIÓN

Desde antiguo se ha sostenido que la rapidez, la certeza y la seguridad jurídica son 3 presupuestos que facilitan el tráfico comercial.

Rápidez (celeridad) en la concreción de las operaciones. Certeza en la existencia misma del negocio jurídico y en sus alcances. Seguridad entendida como la certidumbre sobre las consecuencias jurídicas de las acciones pasadas, presentes y futuras de los hombres<sup>2</sup>.

Estos 3 presupuestos deben actuar coordinadamente y mantener un equilibrio razonable, pues el desequilibrio a favor de cualquiera de ellos dificulta en gran medida el tráfico comercial.

Como se verá, la banca electrónica no tiene un régimen especial, su regulación se desprende de conjugar distintos principios y normas, que deben respetar lo más posible la aplicación de los 3 presupuestos antes indicados de manera coordinada y equilibrada.

Por ello, es importante evaluar si las modificaciones introducidas por el Decreto de Necesidad y Urgencia nro. 27/2018 (DNU), siguen estas 3 premisas y si se respeta el equilibrio que deben guardar entre sí.

## ANTECEDENTES

### I – La tecnología y los bancos

“La “tecnología de la información”, llamada así por combinar el procesamiento de la información, el uso de la electrónica y el software, ha llevado a un cambio profundo en la sociedad, que ha permitido disponer de mayores oportunidades comerciales, sociales y culturales<sup>3</sup>, influenciando tanto en la manera de comunicarse con otros individuos como en las

---

<sup>2</sup> En el mismo sentido, Kaufman, Gustavo A., Pérez Pesado, César E. y Urbiztondo, Santiago, “La seguridad jurídica y el progreso económico”, Edit. Tesis, Bs. As., año 1993, pág. 19.

<sup>3</sup> A este fenómeno de las comunicaciones e intercambio global se lo ha denominado “sociedad de la información”. Conf. Morcecian, Rubén R., “Comercio electrónico: de la desmaterialización del documento hacia el pagaré electrónico”, ponencia presentada en el “I Congreso Argentino e Iberoamericano de Derecho Bancario y V Congreso de Aspectos Legales de las Entidades Financieras”, celebrado el 28 y 29 de junio del 2007 en Lomas de Zamora, Argentina. Libro de ponencias, Tomo I, pág. 177 y siguientes. El uso del término “sociedad de la información” aparece en 1973 cuando el sociólogo estadounidense Daniel Bell utilizó esta expresión en su libro “*El advenimiento de la sociedad post-industrial*”, donde planteó que el eje principal de esta sociedad sería el conocimiento teórico y consideró que los servicios basados en el conocimiento habrían de convertirse en la estructura central de la nueva economía y de una sociedad apuntalada en la información. Conf. Melgarejo, Patricia N., “*La sociedad de la información*”, Revista de Derecho Informático, nro. 106, mayo 2007, Edit. Alfa – Redi, nota 3, en [www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=9220](http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=9220).

nociones de tiempo y espacio. A su vez, la tecnología de la información se ha visto potenciada por otros factores que han surgido contemporáneamente como la masificación de las operaciones y la evolución del concepto de consumo.”<sup>4</sup>.

Los bancos no han sido ajenos a esta situación y han ido evolucionando en el mismo sentido de la sociedad.

Una de las consecuencias de los cambios tecnológicos en la actividad bancaria ha sido la progresiva sustitución de la prestación del servicio bancario en forma personal y directa por el uso de la tecnología. El desarrollo de los sistemas informáticos<sup>5</sup> fue reemplazando el trabajo humano dentro de los bancos y cambiando las formas de atención a los clientes –menor contacto personal con el cliente versus mayor rapidez y facilidad para realizar operaciones bancarias-<sup>6</sup>.

Al mismo tiempo, la combinación de los factores antes indicados y la aparición en el escenario de Internet (*International Network of Computers*), llevó al desarrollo de la banca electrónica o *E-Banking*, que ha sido definida como “el suministro de productos y servicios bancarios para consumidores por medio de canales electrónicos. Estos productos y servicios pueden incluir la recepción de depósitos, préstamos, manejo de cuentas, asesoría financiera, pago electrónico de facturas y el suministro de otros productos y servicios de pago electrónico, como ser, dinero electrónico”<sup>7</sup>.

En base a la evolución que ha tenido la banca electrónica, resulta claro que los canales o medios electrónicos son y serán cada vez más importantes en el desarrollo de los productos y servicios bancarios. Ejemplo de ello es la aparición de la banca virtual pura, donde las entidades prestan exclusivamente sus servicios a través de canales electrónicos<sup>8</sup>. Es decir, se dejan de lado las formas tradicionales para operar con los clientes<sup>9</sup>.

---

<sup>4</sup> Farinati, Eduardo N., “*Prácticas bancarias, dinero, banca y transferencia electrónica de fondos*”, en el libro “*Protección jurídica del consumidor bancario*”, Edit. Ad Hoc, Bs. As., año 2009, pág. 88.

<sup>5</sup> Los sistemas informáticos comprenden el conjunto de elementos que funcionan relacionándose entre sí con el objeto de capturar, almacenar y procesar datos. Estos elementos se encuentran distribuidos en 2 grandes grupos: el *software* (soporte lógico en español) que son esencialmente los programas de computación y el *hardware*, que son los componentes físicos de la computadora. Los programas son las instrucciones –lógicas- de trabajo que hacen que el ordenador o computadora tengan la capacidad para resolver el problema planteado. Conf. Gergely, S., “*Micro-electrónica*”, colección Biblioteca Científica Salvat, Salvat Editores, España, año 1985, pág. 30.

<sup>6</sup> Conf. Toscano, Leandro E., “*El Derecho Bancario frente a las nuevas tecnologías. Los riesgos derivados de su aplicación. Enfoque integral y práctico de la cuestión*”, Rev. de Derecho Informático, Edit. Alfa – Redi, Edición nro. 100, nov. 2006, [www.alfa-redi.com/rdi-articulo.shtml?x=7847](http://www.alfa-redi.com/rdi-articulo.shtml?x=7847).

<sup>7</sup> Conf. Comunicación del Comité de Basilea sobre “Gestión de riesgo ...”, punto 1.2.1, antes citada. Es de aclarar que esta comunicación hace foco en la banca electrónica para consumidores y servicios de pago electrónico, quedando fuera del mismo los pagos electrónicos de gran valor y otros servicios para transacciones interbancarias.

<sup>8</sup> Mediante la Comunicación C 78570 del 5/4/2018, el BCRA informó la autorización otorgada al Banco Wanap S.A. para realizar actividades como banco comercial de primer grado. El Banco Wanap es el primer banco virtual puro en la Rep. Argentina.

<sup>9</sup> Cfme. Farinati, Eduardo N., “*Prácticas bancarias, dinero, banca y transferencia electrónica de fondos*”, ob. cit., pág. 93.

Uno de las consecuencias del uso creciente de los canales electrónicos es la instrumentación de las operaciones a través de soportes electrónicos, cuestión que trae aparejada la necesidad de establecer normas que otorguen seguridad jurídica a este tipo de operaciones.

Lo indicado en el párrafo anterior lleva necesariamente a analizar cual es el marco jurídico aplicable a la banca electrónica y evaluar sus fortalezas y debilidades.

## **II. – Régimen jurídico aplicable a la banca electrónica**

Como surge de lo antes indicado, la operatoria bancaria se encuentra en permanente evolución. Esta circunstancia lleva a que el Derecho Bancario sea eminentemente dinámico.

Por ello, se ha distinguido entre las normas de “estructura”, que son las que delinear y conforman el sistema, de las normas de “coyuntura”, que se refieren fundamentalmente al manejo de política monetaria y bancaria del país. En este último caso, si bien están conceptualizadas a través de las leyes que conforman el sistema (normas de estructura), su determinación está delegada en un organismo determinado –en el caso de la Rep. Argentina se encuentran delegadas en el BCRA como agente rector de la actividad bancaria con facultades reglamentarias-. La normas de coyuntura están referidas normalmente a aspectos técnico – operativos de las entidades, al cumplimiento de políticas monetarias y, en muchos casos, a las relaciones entre los clientes y los bancos (al reglamentar las operaciones financieras)<sup>10</sup>.

La propia dinámica de la operatoria bancaria, sumada al fuerte desarrollo de la tecnología, hace muy difícil regular la banca electrónica a través de una ley específica.

Por estas razones, cuando nos referimos a la banca electrónica se deben conjugar distintos principios y normas a fin de determinar el marco jurídico aplicable.

Estos principios y normas jurídicas, en términos generales, se pueden clasificar de la manera:

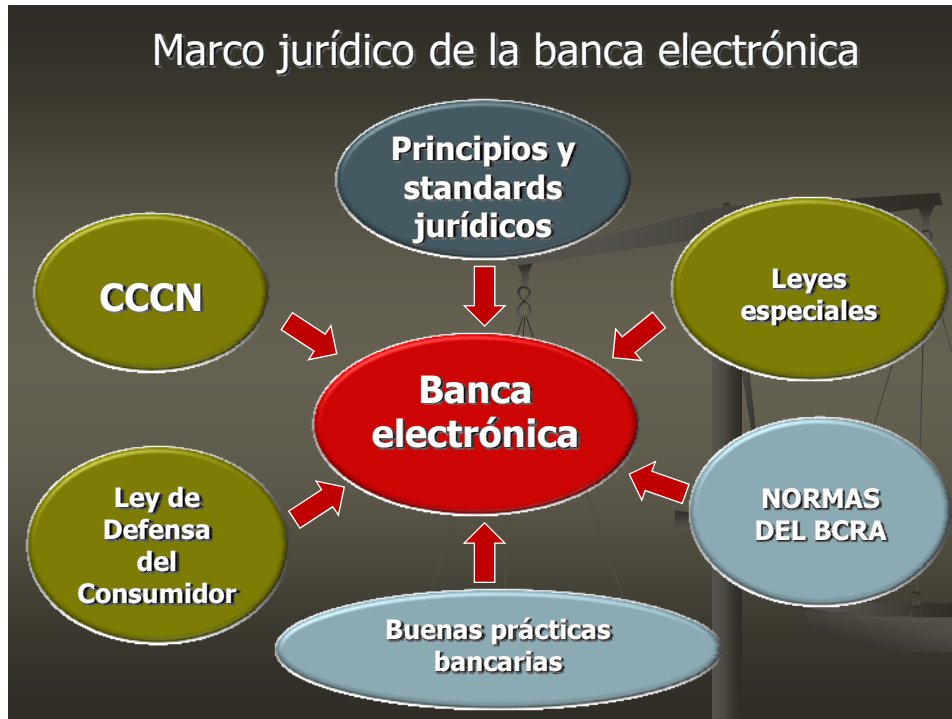
- a) Principios y standards jurídicos.
- b) Código Civil y Comercial de la Nación.
- c) Ley de Defensa del Consumidor.
- d) Leyes especiales.
- e) Normas del BCRA

---

En este estadio, corresponde distinguir la banca electrónica de la banca digital, donde la primera se puede asociar con innovaciones y tecnologías sostenibles y la segunda con tecnologías disruptivas (que produce una ruptura brusca). La tecnología disruptiva importa una innovación que busca competir contra la tecnología dominante con el objeto de ir captando progresivamente distintos nichos de usuarios y, en la medida de lo posible, mayores cuotas de participación en el mercado. En cambio las innovaciones sostenibles son aquellas que se basan en la mejora de la tecnología existente.

<sup>10</sup> Conf. Barreira Delfino, Eduardo A. y Boneo Villegas, Eduardo J., “*Contratos Bancarios Modernos*”, Edit. Abeledo-Perrot, Bs. As., año 1984, pág. 28 a 31.

f) Buenas prácticas bancarias



1) Principios y standards jurídicos

Sin pretender agotar el tema, deben considerarse como standards jurídicos a aplicar:

- a) La confianza.
- b) La buena fe.
- c) La seguridad jurídica
- d) La lealtad y diligencia del buen hombre de negocios y el régimen de responsabilidad de las entidades financieras.
- e) El principio del "favor debilis" en el caso de tratarse de una relación de consumo.
- f) El orden público.

2) Código Civil y Comercial de la Nación:

En el CCCN es de destacar lo establecido sobre forma y prueba de los actos jurídicos (artículos 284 a 288), el valor probatorio de los instrumentos particulares (art. 319), las normas sobre contratos de consumo a distancia (arts. 1104 a 1116) y las disposiciones generales sobre los contratos bancarios (arts. 1378 a 1389).

3) Ley de Defensa del Consumidor

En la LDC, podemos mencionar el derecho a la información (art. 4), las condiciones de la oferta y la publicidad (arts. 7 y 8), la venta por medios electrónicos junto con la revocación de la aceptación y los servicios no solicitados (arts. 33, 34 y 35).

4) Leyes especiales

Entre las leyes especiales podemos mencionar, entre otras, a la Ley de Firma Digital.

5) Normas del Banco Central de la República Argentina (BCRA)

Entre la infinidad de normas del BCRA sobre banca electrónica, son de destacar los textos ordenados sobre requisitos para la gestión, implementación y control de riesgos en materia tecnológica, sobre protección de los usuarios de servicios financieros, el régimen del sistema nacional de pagos y los textos ordenados sobre “Depósitos de ahorro, cuenta sueldo y especiales” y de “Normas sobre instrumentación, conservación y reproducción de documentos”.

6) Buenas prácticas bancarias

En un sentido amplio, las “prácticas bancarias” incluyen aquellas acciones realizadas por los bancos de manera reiterada y con cierta continuidad en todas las situaciones en que se puede encontrar involucrada la actividad bancaria y que importan una decisión sobre la dirección a seguir. En sentido estricto, engloban las maneras y formas en que se desarrollan dentro del ámbito bancario aquellas acciones de mayor o menor complejidad que se realizan repetidamente y con cierta continuidad respecto de un tema en particular. El concepto de “buenas prácticas bancarias” importa el conjunto de acciones que se estiman como correctas por la sociedad en momento dado para el desarrollo de la actividad bancaria<sup>11</sup>.

Entre las normas que se refieren a las buenas prácticas bancarias en materia de banca electrónica se destacan las recomendaciones del Comité de Basilea sobre “Gestión de Riesgos para la banca electrónica y actividades con dinero electrónico” (año 1998), los principios de administración de riesgos para la banca electrónica (año 2001/2003) y las recomendaciones sobre administración y supervisión de actividades de banca electrónica transfronteriza (año 2002).

A los efectos de la presente ponencia, entre las distintas recomendaciones son de remarcar los principios 4to. y 5ºto. de administración de riesgos para la banca electrónica.

En el principio 4to. se recomienda como una buena práctica bancaria que los bancos tomen las medidas apropiadas para autenticar la identidad y autorización de los clientes con quienes conduzca negocios a través de Internet.

“Es esencial al sistema confirmar la legitimidad de las comunicaciones, transacciones o requerimientos de acceso. A tal efecto, los bancos deben utilizar métodos confiables para verificar la identidad y la autorización de los clientes, sean nuevos o ya establecidos.

De esta manera, al originarse una cuenta, se pueden reducir los riesgos por robo de identidad, aplicaciones fraudulentas de cuentas y lavado de dinero.

Al mismo tiempo los procedimientos y políticas formales sobre las metodologías para asegurar la autenticación<sup>12</sup> de la identidad y autorización de los individuos, agentes o sistemas permite

---

<sup>11</sup> Cfme. Farinati, Eduardo N., “*Confianza y prácticas bancarias*”, Edit Ad Hoc, Bs. As., año 2009, págs. 14 a 16.

<sup>12</sup> El Comité define a la autenticación como “las técnicas, procedimientos y procesos utilizados para verificar la identidad y autorización de clientes establecidos o prospectivos. La identificación se refiere a los procedimientos,

reducir el riesgo de la intromisión de terceros no autorizados (hackers) con el fin de realizar actividades maliciosas o criminales.

Entre las medidas recomendadas se encuentran el uso de PINs, las *passwords*, las tarjetas inteligentes (*smart cards*), la tecnología biométrica<sup>13</sup> y los certificados digitales<sup>14</sup>.

A través del 5to. principio se recomienda que los bancos utilicen métodos de autenticación de transacciones que promuevan el no rechazo y establezcan responsabilidad para las transacciones de banca electrónica.

“Para llevar adelante este principio se deben crear pruebas sobre el origen o entrega de la información electrónica para proteger al que la envía contra una falsa negación del que la recibe de que los datos se han recibido o para proteger al que recibe de una falsa negación del que envía de que los datos se han enviado.

Asimismo, se deberá asegurar:

Que los sistemas estén diseñados para reducir las probabilidades de que usuarios autorizados inicien transacciones no intencionales y entiendan los riesgos asociados a las transacciones que inicien, que todas las partes intervinientes se encuentren autenticadas y se mantenga el control del canal de autenticación y que los datos de las transacciones sean protegidos de la alteración y, en caso de haberla, que sea detectable”<sup>15</sup>.

## ANTECEDENTES EXTRANJEROS

### 1) La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Firmas Electrónicas y la Guía para su incorporación al derecho interno 2001

En el año 2001 la 85 Sesión Plenaria de la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la propuesta presentada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil

---

técnicas y procesos utilizados para establecer la identidad de un cliente cuando abre una cuenta. La autorización se refiere a los procedimientos, técnicas y procesos utilizados para determinar que un cliente o un empleado tiene un acceso legítimo a la cuenta bancaria o la autoridad para conducir transacciones asociadas sobre esa cuenta”. Conf. Comité de Basilea, “Principios de administración de riesgos para banca electrónica”, nota 17.

<sup>13</sup> El Comité define a la tecnología biométrica como “una visión automatizada de características fisiológicas o de conducta utilizada para identificar y/o autenticar una persona. Las formas comunes de tecnología biométrica incluyen exploraciones faciales, exploraciones de los dedos, de la iris, de la retina, de las manos, de las firmas y dinámicas de impactos o golpes. Los sistemas de identificación biométrica proporcionan una autenticación muy fuerte, pero puede imponer grandes complejidades en su implementación que los otros métodos de identificación / autenticación”. Conf. Comité de Basilea, “Principios de administración de riesgos para banca electrónica”, nota 23.

<sup>14</sup> Farinati, Eduardo N., “*Prácticas bancarias, dinero, banca y transferencia electrónica de fondos*”, en el libro “*Protección jurídica del consumidor bancario*”, págs. 124/125.

<sup>15</sup> Farinati, Eduardo N., “*Prácticas bancarias, dinero, banca y transferencia electrónica de fondos*”, en el libro “*Protección jurídica del consumidor bancario*”, págs. 125/126.



Internacional (CNUDMI o UNCITRAL por sus siglas en inglés) sobre Ley Modelo de Firmas Electrónicas y la Guía para su incorporación al derecho interno.

En el artículo 3ro. de la Ley Modelo se enuncia el principio de “neutralidad tecnológica” al indicarse que “ninguna de las disposiciones de la presente Ley ... será aplicada de modo que excluya, restrinja o prive de efecto jurídico cualquier método para crear una firma electrónica que cumpla con los requisitos enunciados en el párrafo 1 del artículo 6 o que cumpla de otro modo los requisitos del derecho aplicable”.

El artículo 6to., 1ro y 3er. Párrafos, expresa: “Artículo 6. Cumplimiento del requisito de firma 1. Cuando la ley exija la firma de una persona, ese requisito quedará cumplido en relación con un mensaje de datos si se utiliza una firma electrónica que, a la luz de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo aplicable, sea fiable y resulte igualmente apropiada para los fines con los cuales se generó o comunicó ese mensaje... 3. La firma electrónica se considerará fiable a los efectos del cumplimiento del requisito a que se refiere el párrafo 1 si: a) los datos de creación de la firma, en el contexto en que son utilizados, corresponden exclusivamente al firmante; b) los datos de creación de la firma estaban, en el momento de la firma, bajo el control exclusivo del firmante; c) es posible detectar cualquier alteración de la firma electrónica hecha después del momento de la firma; y d) cuando uno de los objetivos del requisito legal de firma consista en dar seguridades en cuanto a la integridad de la información a que corresponde, es posible detectar cualquier alteración de esa información hecha después del momento de la firma”.

A su vez, el artículo 7mo., párrafos 1ro. y 2do., determinan: “Cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 6: 1. [La persona, el órgano o la entidad, del sector público o privado, a que el Estado promulgante haya expresamente atribuido competencia] podrá determinar qué firmas electrónicas cumplen lo dispuesto en el artículo 6 de la presente Ley.

2. La determinación que se haga con arreglo al párrafo 1 deberá ser compatible con las normas o criterios internacionales reconocidos”<sup>16</sup>.

De la lectura de los citados artículos se desprende que, si bien en el artículo 3ro. se hace referencia a cualquier método, el artículo 7mo. indica que es necesario que una entidad determine que firmas electrónicas cumplen lo dispuesto por el artículo 6to. Ello implica en definitiva, que el método aplicado debería encontrarse aprobado por la autoridad que corresponda a cada Estado.

Asimismo, es de tener presente que la Ley Modelo está concebida para lograr un grado satisfactorio de armonización y certeza de las normas dictadas por los Estados<sup>17</sup>.

Al respecto se indica: “Para todos los países, la Ley Modelo ofrece un conjunto de normas básicas que pueden aplicarse independientemente del modelo de ICP<sup>18</sup>, ya que prevén la interacción de dos funciones distintas que pueden intervenir en cualquier tipo de firma electrónica (es decir, crear y confiar en una firma electrónica) y una tercera función que se da en ciertos tipos de firmas electrónicas (la de certificar esas firmas). ...La Ley Modelo presenta, en consecuencia, un terreno común para los sistemas de ICP que confían en entidades de certificación independientes y sistemas de firma electrónica en los que no participa ese tercero independiente en el proceso de la firma electrónica.”<sup>19</sup> “... la finalidad de la nueva

<sup>16</sup> Disponible en el sitio de la UNCITRAL, <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/ml-elecsig-s.pdf>.

<sup>17</sup> Cfme. punto 27 de la Guía para la incorporación de la Ley Modelo de la CNUDMI. Disponible en el sitio de la UNCITRAL, <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/ml-elecsig-s.pdf>

<sup>18</sup> ICP es la sigla de la frase infraestructura de clave publica.

<sup>19</sup> Punto 28 de la Guía para la incorporación de la Ley Modelo de la CNUDMI. El punto 28 se encuentra dentro de las consideraciones que refieren a la Ley Modelo como instrumento de armonización de leyes. Disponible en el sitio de la UNCITRAL, <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/ml-elecsig-s.pdf>

Ley Modelo es ofrecer principios fundamentales que faciliten el empleo de las firmas electrónicas. Sin embargo, en tanto que “marco”, la Ley Modelo no establece en sí misma todas las normas y reglamentaciones que puedan ser necesarias (además de las disposiciones contractuales existentes entre los usuarios) para aplicar dichas técnicas en un Estado promulgante. Además, como se señala en la presente Guía, la finalidad de la Ley Modelo no es abarcar todos los aspectos del empleo de firmas electrónicas. Por ello, los Estados promulgantes tal vez deseen emitir reglamentaciones que cubran los detalles procedimentales relativos a los procedimientos autorizados por la Ley Modelo y tengan en cuenta circunstancias específicas, posiblemente cambiantes, existentes en el Estado promulgante, sin poner en entredicho los objetivos de la Ley Modelo”<sup>20</sup>.

De lo indicado se desprende, que lo dispuesto en la Ley Modelo busca armonizar las legislaciones de los distintos países y no significa que a nivel estadual o incluso regional (como se verá en el punto siguiente) no deban tenerse en cuenta procedimientos o métodos específicos para asimilar las firmas electrónicas a las firmas ológrafas.

## 2) La legislación europea

El 1 de julio de 2016 entró en vigor el **Reglamento (UE) N° 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo** -conocido como Reglamento eIDAS- relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior<sup>21</sup>.

Dicho reglamento establece las condiciones en que los Estados miembros deberán reconocer los medios de identificación electrónica de las personas físicas y jurídicas pertenecientes a un sistema de identificación electrónica notificado de otro Estado miembro<sup>22</sup>.

El eIDAS fija tres tipos de firmas:

### Firma electrónica (simple):

La firma electrónica simple consiste “en los datos en formato electrónico anejos a otros datos electrónicos o asociados de manera lógica con ellos que utiliza el firmante para firmar”<sup>23</sup>.

Dentro de esta definición existe una amplia gama de tipos de firma electrónica y con niveles crecientes de complejidad y aseguramiento. Una firma electrónica simple es, por ejemplo, un código PIN. También se puede considerar como firma electrónica simple el documento firmado y escaneado que se envía por correo electrónico (donde existe una asociación lógica entre la cuenta de origen del mensaje - dirección de email- y la firma).

### Firma electrónica avanzada:

Es aquella que cumple los siguientes requisitos:

---

<sup>20</sup> Punto 69 de la Guía para la incorporación de la Ley Modelo de la CNUDMI. Disponible en el sitio de la UNCITRAL, <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/ml-elecsig-s.pdf>

<sup>21</sup> Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32014R0910&from=ES>. El nuevo reglamento reconoce como antecedente la Directiva 1999/93/CE de la Unión Europea.

<sup>22</sup> Conf. art. 1ro. inc. a) eIDAS.

<sup>23</sup> Conf. punto 10) eIDAS.

a) Estar vinculada al firmante de manera única, b) permitir la identificación del firmante, c) haber sido creada utilizando datos de creación de la firma electrónica que el firmante puede utilizar, con un alto nivel de confianza, bajo su control exclusivo y d) estar vinculada con los datos firmados por la misma de modo tal que cualquier modificación ulterior de los mismos sea detectable<sup>24</sup>.

Este tipo de firma tiene un nivel de seguridad superior al anterior, asegurando los datos de identidad e integridad de los datos firmados. Así, mientras la firma electrónica simple no identifica necesariamente al firmante, en la firma electrónica avanzada es un requisito indispensable.

La identificación e integridad del documento resultan claves cuando existe un riesgo sustancial o se pretende evitar el “repudio” de la operación.

#### Firma electrónica cualificada:

La firma electrónica cualificada es “una firma electrónica avanzada que se crea mediante un dispositivo cualificado de creación de firmas electrónicas<sup>25</sup> y que se basa en un certificado cualificado de firma electrónica”<sup>26</sup>.

El certificado de firma electrónica es “una declaración electrónica que vincula los datos de validación de una firma con una persona física y confirma, al menos, el nombre o el seudónimo de esa persona”<sup>27</sup>, mientras que el certificado cualificado de firma electrónica es aquel “certificado de firma electrónica que ha sido expedido por un prestador cualificado de servicios de confianza”<sup>28</sup>.

Asimismo, en cuanto a los efectos jurídicos de las firmas electrónicas se determina:

“1. No se denegarán efectos jurídicos ni admisibilidad como prueba en procedimientos judiciales a una firma electrónica por el mero hecho de ser una firma electrónica o porque no cumpla los requisitos de la firma electrónica cualificada.

2. Una firma electrónica cualificada tendrá un efecto jurídico equivalente al de una firma manuscrita.

3. Una firma electrónica cualificada basada en un certificado cualificado emitido en un Estado miembro será reconocida como una firma electrónica cualificada en todos los demás Estados miembros”<sup>29</sup>.

De lo expuesto, se puede concluir que el régimen de la Unión Europea es similar al seguido por la República Argentina al regular la firma digital.

---

<sup>24</sup> Conf. art. 26 eIDAS.

<sup>25</sup> El dispositivo de creación de firmas electrónicas suele ser una smart card o token USB.

<sup>26</sup> Conf. art. 3ro. punto 12) eIDAS.

<sup>27</sup> Conf. art. 3ro. punto 14) eIDAS.

<sup>28</sup> Conf. art. 3ro. punto 15) eIDAS.

<sup>29</sup> Conf. art. 25 eIDAS.

Aspecto que convalida el criterio que sostenemos en la presente ponencia, pues la resolución de la Unión Europea en análisis establece de manera específica bajo que requisitos la firma electrónica (cualificada) tiene los mismos efectos que la firma ológrafa. Es decir, es a través del marco regulatorio por el que se determinan los instrumentos a utilizar para garantizar la seguridad y validez jurídica de las transacciones.

### **III. – El DNU 27/2018 -**

#### 1) Las modificaciones introducidas por el DNU

El 10/1/2018 se dictó el Decreto de Necesidad y Urgencia nro. 27/2018 (DNU), a través del cual se modifican leyes de distinta índole. Entre las modificaciones, se encuentran aquellas que buscan facilitar el uso de medios electrónicos para las operaciones bancarias y financieras<sup>30</sup>. En este sentido, se modifican la Ley de Defensa del Consumidor<sup>31</sup>, la Ley de Firma Digital nro. 25.506, el Decreto - Ley nro. 5965/63 sobre letras de cambio y pagaré, la Ley de Cheques nro. 24.452 y la Ley de Tarjetas de Crédito nro. 25.065.

**A través de las modificaciones introducidas por el DNU al Decreto – Ley 5953/63, la Ley de Cheques y la Ley de Tarjetas de Crédito, se habilita la sustitución de la firma ológrafa por cualquier método que asegure indubitablemente la exteriorización de la voluntad de quienes intervienen en una letra de cambio, un pagaré o un cheque.**

---

<sup>30</sup> En los fundamentos del DNU se establece: “Que la creación de documentos a distancia es un elemento esencial para permitir el acceso remoto a los servicios financieros y otras actividades que pueden realizarse en forma no presencial.

Que las regulaciones específicas de cheque, letra de cambio, pagaré y tarjeta de crédito establecen el requisito de la firma de una persona a fin de demostrar la autoría de un documento.

Que el Código Civil y Comercial de la Nación, vigente desde el 1º de agosto de 2015, estableció un criterio para la prueba de la autoría de los instrumentos en general, estableciendo que la firma digital es el único medio habilitado para probar la autenticidad y la autoría de un instrumento privado generado por medios electrónicos.

Que, si bien el procedimiento establecido para firma digital tiene la intención de asegurar la autoría e integridad de un documento, durante el tiempo transcurrido desde su dictado se han perfeccionado y ampliado los mecanismos posibles para, precisamente, asegurar la autoría e integridad de los documentos electrónicos.

Que deviene pertinente actualizar la previsión establecida en la Ley N° 24.240, relacionada con la utilización de medios digitales

Que, en consecuencia, se propone adecuar únicamente para los ámbitos y las actividades bancarias y financieras, los marcos legales relativos al cheque, la letra de cambio, el pagaré y las tarjetas de crédito y/o compra en el sentido de que admitan, además de la firma digital, otros medios electrónicos que aseguren indubitablemente la autoría e integridad de los documentos suscriptos por sus titulares y/o libradores, simplificando procesos que hoy resultan engorrosos y poco seguros.

Que, en virtud de lo anterior, resulta imperioso modificar los respectivos artículos de la Ley N° 25.065, la Ley N° 24.452 y del Decreto-Ley N° 5.965/63” (el subrayado es nuestro).

<sup>31</sup> Se sustituye el artículo 4to de la LDC por el siguiente: “Información. El proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada en el soporte que el proveedor determine, salvo que el consumidor opte por el soporte físico. En caso de no encontrarse determinado el soporte, este deberá ser electrónico” (el subrayado es nuestro).

Frente a las modificaciones introducidas, resulta necesario analizar los alcances de la terminología empleada por el DNU.

## 2) El CCCN y la firma digital

El artículo 288 del CCCN en su 2do. párrafo dispone: “En los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza una firma digital, que asegure indubitablemente la autoría e integridad del documento”.

En relación directa con el párrafo citado encontramos los artículos 2do. y 3ro. de la Ley de Firma Digital que disponen:

Artículo 2do: “Firma Digital. Se entiende por firma digital al resultado de aplicar a un documento digital<sup>32</sup> un procedimiento matemático que requiere información de exclusivo conocimiento del firmante, encontrándose ésta bajo su absoluto control<sup>33</sup>. La firma digital debe ser susceptible de verificación por terceras partes, tal que dicha verificación simultáneamente permita identificar al firmante y detectar cualquier alteración del documento digital posterior a su firma.

Los procedimientos de firma y verificación a ser utilizados para tales fines serán los determinados por la Autoridad de Aplicación en consonancia con estándares tecnológicos internacionales vigentes”<sup>34</sup>.

Artículo 3ro: “Del requerimiento de firma. Cuando la ley requiera una firma manuscrita, esa exigencia también queda satisfecha por una firma digital. Este principio es aplicable a los casos en que la ley establece la obligación de firmar o prescribe consecuencias para su ausencia”.

De la comparación de los artículos antes citados, se puede deducir que el carácter de indubitable surge únicamente si se utiliza la firma digital<sup>35</sup>. Como consecuencia de ello, el documento electrónico sin firma digital quedaría en la categoría de instrumento particular no firmado.

---

<sup>32</sup> El artículo 6to. de la LFD expresa: “Se entiende por documento digital a la representación digital de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento o archivo. Un documento digital también satisface el requerimiento de escritura”. Se trata de un documento desmaterializado que consiste en un conjunto de bits. Es decir, una cifra binaria, que comprende una secuencia de ceros y de unos.

<sup>33</sup> El sistema de firma digital se conforma con un titular que posee un par de claves: Una privada, solo conocida y usada por él al firmar (firma numérica) y una pública usada por cualquier persona para verificar la firma digital. Se trata de un sistema criptográfico –lo que importa la codificación del mensaje transformándolo en una serie de caracteres aparentemente ininteligibles- y asimétrico donde, si bien ambas claves se encuentran relacionadas entre sí, no es posible calcular la clave privada a partir de los datos de la pública, ni tampoco a partir de los documentos cifrados con la primera. En el proceso interviene un certificador -licenciado por el Estado- quien se encuentra autorizado para emitir certificados digitales. Estos certificados acreditan la vinculación entre una clave pública y una persona determinada.

<sup>34</sup> “Si bien en la definición de firma digital la ley pretende mantenerse en un estado de neutralidad respecto a la tecnología a aplicar, es notorio que todo el sistema está estructurado en base al sistema criptográfico de doble clave asimétrica”. Cfme. Márquez, José F., “*Ley de firma digital argentina*”, Introducción, Edit. Abeledo Perrot, Bs. As., año 2002. Disponible en el sitio de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, [www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/la-ley-de-firma-digital-argentina/at.../file](http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/la-ley-de-firma-digital-argentina/at.../file)

### 3) Las modificaciones introducidas por el DNU

Entre las modificaciones a las leyes antes citadas deben tenerse en cuenta, a los efectos de la presente ponencia, las siguientes:

En el artículo 6to. inc. k) de la Ley de Tarjetas de Crédito se especifica 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 de las partes y la integridad del instrumento”<sup>36</sup>.

En el Decreto Ley sobre letra de cambio y pagaré se determina respecto del librador de la letra (art. 1ro., inc. 8) 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 librador y la integridad del instrumento”<sup>37</sup>. En el caso del pagaré (art. 101, inc g), se establece que “Si el instrumento fuese generado por medios electrónicos, y el acreedor fuera una entidad financiera comprendida en la Ley N° 21.526 y sus modificatorias, el requisito de la firma quedará satisfecho si se utiliza cualquier método que asegure indubitadamente la exteriorización de la voluntad del suscriptor y la integridad del instrumento”<sup>38</sup>.

En la Ley de Cheques se establece respecto del librador (artículo 2do inc. 6to y 54 inc. 9) 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 librador y la integridad<sup>39</sup> del instrumento. El BANCO CENTRAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA autorizará el uso de sistemas electrónicos de reproducción de firmas o sus sustitutos para el libramiento de cheques, en la medida que su implementación asegure la confiabilidad de la operación de emisión y autenticación en su conjunto, de acuerdo con la reglamentación que el mismo determine”<sup>40</sup>.

---

<sup>35</sup> En este sentido, Herrera Marisa, Caramelo Gustavo, Picasso Sebastián (directores), “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Edit. Infojus, Bs As, año 2015, T. I, pág 476 y Rivera Julio C. y Medina Graciela (directores), “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Bs As, La Ley 2014, T. I, comentario al artículo 288.

<sup>36</sup> El subrayado es nuestro. El texto incorporado por el DNU coincide con el Proyecto de Ley presentado en el Honorable Congreso de la Nación (art. 116).

<sup>37</sup> El subrayado es nuestro. El texto incorporado por el DNU coincide con el Proyecto de Ley presentado en el Honorable Congreso de la Nación (art. 118).

<sup>38</sup> El subrayado es nuestro. El texto incorporado por el DNU coincide con el Proyecto de Ley presentado en el Honorable Congreso de la Nación (art. 123).

<sup>39</sup> La integridad ha sido definida como “la cualidad o condición de la información que garantiza que no ha sido modificada por personas no autorizadas”. Conf. Glosario de Términos (CCN-STIC 401) elaborado por el Centro Criptológico Nacional, España. Disponible en <https://www.ccn-cert.cni.es/guias/glosario-de-terminos-ccn-stic-401.html>

<sup>40</sup> El subrayado es nuestro. El texto incorporado por el DNU coincide con el Proyecto de Ley presentado en el Honorable Congreso de la Nación (art. 124). Nótese que de los textos transcritos solo en el caso de los cheques se hace referencia a la autoridad de contralor.

#### 4) El alcance del término indubitable

De la lectura de las normas citadas en el punto anterior y los considerandos del DNU<sup>41</sup>, resulta claro que se ha buscado dar un nuevo alcance al término “indubitable” respecto del que se desprende de lo dispuesto por el artículo 288 del CCCN.

La situación así planteada, lleva a la necesidad trazar un esbozo sobre los alcances de dicho término.

En principio es de recordar que, conforme dispone el artículo 260 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN), “El acto voluntario es el ejecutado con discernimiento, intención y libertad, que se manifiesta por un hecho exterior”<sup>42</sup>.

También es de tener presente que la manifestación de la voluntad puede ser expresa o tácita<sup>43</sup> y que la voluntad expresa es aquella que tiene por finalidad hacer conocer a otro de manera directa su propia voluntad<sup>44</sup>.

La manifestación expresa puede realizarse de diversas formas: verbal, escrita, a través de signos inequívocos, hechos materiales (gestos que tienen significados muy precisos e inconfundibles, por la ejecución de un hecho material o cuando es presumida por la ley (cuando la ley extrae una consecuencia de determinados presupuestos de hecho) <sup>45</sup>.

Mosset Iturraspe, al referirse a los contratos, enseñaba que existe manifestación directa “cuando determinada intención negocial se infiere inmediatamente de un comportamiento que, según la común experiencia, está destinado a hacer socialmente reconocible dicha intención de modo tal que cualquiera tenga al instante su exacta percepción”<sup>46</sup>.

---

<sup>41</sup> Ver los considerandos del DNU en la nota 12.

<sup>42</sup> En materia de contratos se ha indicado que “el estudio de la voluntad común que concurre a la formación del contrato debe ir precedido del análisis de la manifestación negocial, o sea el conjunto de actos exteriores – declaraciones o comportamiento de hecho- dirigidos a la consecución de un fin e idóneos para producir tal efecto”. Mosset Iturraspe, Jorge, “*Contratos*”, Edit. Ediar, Bs. As, año 1981, pág. 83.

<sup>43</sup> El CCCN en su artículo 262 dispone: “Manifestación de la voluntad. Los actos pueden exteriorizarse oralmente, por escrito, por signos inequívocos o por la ejecución de un hecho material”.

<sup>44</sup> Bueres, Alberto J. (Director), “*Código Civil y Comercial de la Nación, analizado, comparado y concordado*”, Edit. Hammurabi, Bs. As., año 2014, Tomo I, pág. 247, comentario al artículo 262.

<sup>45</sup> En este sentido, Lorenzetti, Ricardo L. (Director), “*Código Civil y Comercial de la Nación, comentado*”, Tomo II, Edit. Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, año 2015, pág. 36, comentario al artículo 262. En el mismo sentido, Herrera; Marisa, Caramelo, Gustavo y Picasso, Sebastián (Directores), “*Código Civil y Comercial de la Nación, comentado*”, Tomo I, Edit. Infojus, año 2015, págs.. 439/440, comentario al artículo 262. Disponible en [www.infojus.gob.ar](http://www.infojus.gob.ar).

<sup>46</sup> Mosset Iturraspe, Jorge, “*Contratos*”, Edit. Ediar, Bs. As, año 1981, pág. 86.



En cambio, la manifestación tácita de la voluntad –también denominada indirecta- no está directamente enderezada a realizar una manifestación de la voluntad sino que se infiere del comportamiento del agente<sup>47</sup>.

El artículo 264 del CCCN dispone que “*La manifestación tácita de la voluntad resulta de los actos por los cuales se la puede conocer con certidumbre. Carece de eficacia cuando la ley o la convención exigen una manifestación expresa*”.

En consecuencia resulta imprescindible que la voluntad pueda conocerse con certidumbre (que el hecho sea incompatible con una voluntad contraria a la que se desprende de la manifestación) y que la ley no exija una manifestación expresa o imponga que la voluntad se exteriorice –en forma exclusiva- de una determinada manera<sup>48</sup>

El término indubitable, importa referirse a elementos o situaciones que corroboran de manera práctica o empírica un hecho determinado sin dar lugar a ninguna duda<sup>49</sup>.

A su vez, las modificaciones introducidas por el DNU a la LTC, el Decreto Ley 5965/63 y la Ley de Cheques se refieren al uso de “cualquier método” que asegure indubitablemente la exteriorización de la voluntad e integridad del documento.

Lo indicado en el párrafo anterior, permite inferir que solo es posible una manifestación de la voluntad expresa para suplantar el requisito de la firma ológrafa. Ello así pues, al no permitirse ningún lugar a duda y hacerse referencia a un método aplicable a un documento, queda vedada la posibilidad de inferir de comportamientos indirectos la voluntad del usuario.

A lo expuesto, debe agregarse que debe existir una real intención de obligarse. Es decir, que no exista ninguna posibilidad de dudar sobre la voluntad real del usuario.

Ello, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 270 del CCCN<sup>50</sup> que se refiere al error en la declaración o error impropio y que se manifiesta de 3 modos: a) Cuando la persona realiza una manifestación involuntaria o inconsciente, b) cuando se emite una declaración que no refleja la efectiva voluntad y c) cuando el sujeto emplea deliberadamente expresiones pero no conoce que tienen distintos significados<sup>51</sup>

---

<sup>47</sup> Lorenzetti, Ricardo L. (Director), “*Código Civil y Comercial de la Nación, comentado*”, Tomo II, pág. 40, comentario al artículo 264.

<sup>48</sup> Conf. Lorenzetti, Ricardo L. (Director), “*Código Civil y Comercial de la Nación, comentado*”, Tomo II, pág. 41, comentario al artículo 264.

<sup>49</sup> De acuerdo con el Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española, indubitable significa “que no puede dudarse”. Conf. sitio de la Real Academia Española, <http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=indubitable>.

<sup>50</sup> El art. 270 del CCCN determina: “Error en la declaración. Las disposiciones de los artículos de este Capítulo son aplicables al error en la declaración de la voluntad y en su transmisión”.

<sup>51</sup> Conf. Herrera; Marisa, Caramelo, Gustavo y Picasso, Sebastián (Directores), “*Código Civil y Comercial de la Nación, comentado*”, Tomo I, págs.. 451/452, comentario al artículo 270. Disponible en [www.infojus.gob.ar](http://www.infojus.gob.ar).



Por esta razón, no podría considerarse válido como método aquel que no previera distintas medidas para evitar un error esencial en la declaración.

En refuerzo de lo indicado, deben tenerse en cuenta las normas del CCCN sobre la buena fe (arts. 991), los contratos por adhesión a cláusulas generales predispuestas (arts. 984 a 989) y, en su caso, las disposiciones sobre los contratos de consumo, en particular los arts. 1094 (interpretación y prelación normativa), 1095 (interpretación del contrato en el sentido más favorable al consumidor), 1100 (información al consumidor), 1101/1102/1103 (publicidad) y 1105 a 1116 inclusive (contratos celebrados a distancia y utilización de medios electrónicos), junto con las disposiciones de la Ley de Defensa del Consumidor.

5) Las alternativas que se presentan a partir de la frase “cualquier método”

Como indicáramos anteriormente, pareciera que el criterio del legislador ha sido habilitar el uso de otros mecanismos además del procedimiento establecido para firma digital<sup>52</sup>. Ello así pues, en las normas transcriptas se hace referencia a “cualquier método”.

A poco de andar y al profundizar en las modificaciones introducidas por el DNU, se generan dificultades al tratar de determinar los alcances de dicha frase.

Así, la primer pregunta que surge es si deberíamos considerar válidos los métodos para autenticarse (es el proceso para demostrar/confirmar que algo o alguien es quien dice ser)<sup>53</sup> o solo los que importan identificarse<sup>54</sup>.

Consideramos que, en todos los casos, deberían utilizarse solo los métodos que permiten autenticarse (respecto de los cheques el DNU lo requiere expresamente).

Los métodos de autenticación se pueden dividir en 3 grandes grupos:

- a) Los basados en algo conocido por el usuario (contraseñas).
- b) Los basados en algo que el usuario tiene (tarjetas inteligentes o tokens, por ejemplo).
- c) Los sistemas de autenticación biométricos (rasgos físicos o conductuales del usuario).

Pero, en este caso, cuáles serían los métodos de autenticación válidos para generar un nivel de confianza razonable?

Es de hacer notar que, las modificaciones introducidas por el DNU no establecen la necesidad de incluir un tercero de confianza que garantice la autenticidad del documento.

Asimismo, sería válido aplicar solo un método de autenticación o correspondería aplicar varios a la vez?

---

<sup>52</sup> Ver lo indicado en la nota 16.

<sup>53</sup> En el caso de los documentos, la autenticidad importa poder atribuir el documento únicamente a su autor.

<sup>54</sup> Ver al respecto lo que indicamos en la nota 12.

Consideramos que, en caso de no utilizarse el procedimiento establecido para la firma digital (prevista en el CCCN y la LFD), deberían aplicarse varios métodos a la vez.

En este grado de avance sobre el tema, podemos afirmar que la sola aplicación de la firma electrónica, en los términos del artículo 5to. de la Ley de Firma Digital<sup>55</sup>, resulta insuficiente para acreditar de manera indubitable la manifestación de la voluntad.

#### 6) La modificación a la Ley de Tarjetas de Crédito

La modificación del inciso k) del artículo 6to. de la Ley de Tarjetas de Crédito puede presentar problemas en su aplicación frente a lo establecido por los arts. 7 inc. a), 8<sup>56</sup>, 39 y 41<sup>57</sup> de la misma ley que, en su contenido, se correspondían con la anterior redacción del citado inciso k). En este caso, sería recomendable modificar la LTC en su conjunto.

Asimismo, no deben olvidarse las razones que dieron motivo al legislador para establecer la antigua redacción del inciso k) del artículo 6to.

La anterior redacción del artículo 6to. de la LTC (al igual que otros), obedeció a proteger a la parte considerada más débil en la relación contractual. Es decir, la LTC establece normas consideradas como necesarias para la protección de los tarjetahabientes -tanto titulares como usuarios adicionales- respecto de los emisores y con el objeto de lograr una situación de equilibrio nivelando las desigualdades que pudieran existir entre las partes. Cabe preguntarse entonces, si la modificación a la LTC en los términos planteados por el DNU protegen a la parte más débil.

#### 7) Las disposiciones del Banco Central de la República Argentina

Entre las normas que ha dictado el BCRA en materia de banca electrónica<sup>58</sup> nos parece importante destacar, a los efectos de la presente ponencia, las siguientes:

El Banco Central de la República Argentina, a través del Texto Ordenado -actualizado al 6/12/16- de “Normas sobre instrumentación, conservación y reproducción de documentos” admite los documentos firmados en soporte electrónico (DFE) cuando guarden los siguientes requisitos:

---

<sup>55</sup> El artículo 5to. de la Ley de Firma Digital dispone: “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 caso de ser desconocida la firma electrónica corresponde a quien la invoca acreditar su validez”.

<sup>56</sup> Dado que el artículo 8vo. no ha sido modificado, el contrato sigue siendo real pues para su perfeccionamiento requiere que el titular reciba las tarjetas (plásticos) de conformidad.

<sup>57</sup> Entre los requisitos para preparar la vía ejecutiva contra el titular de la tarjeta el art. 39 de la LTC exige el contrato de emisión de tarjeta de crédito instrumentado en legal forma. Cabe preguntarse entonces cuál será el criterio que asuma la jurisprudencia al no haberse dispuesto por ley el método tecnológico concreto que tenga los mismos efectos de la firma ológrafa. Resulta claro que al admitirse cualquier método, la cuestión queda sujeta a la interpretación doctrinaria y judicial, lo que perjudica en definitiva la certeza que deben tener las operaciones electrónicas.

<sup>58</sup> Ver al respecto los que indicamos al referirnos al régimen jurídico aplicable (Antecedentes - punto II.- 5)

#### “1.4. Requisitos de seguridad de la información.

Cuando se trate de la instrumentación de documentos en soportes electrónicos o de características similares -según lo previsto en el punto 1.1.-, las entidades financieras deberán observar lo siguiente:

1.4.1. Se denominan “Documentos firmados en soporte electrónico” (DFE) a los archivos de datos en formato electrónico que posean asociada de manera indivisible una firma ológrafa digitalizada verificable, tal que admita efectuar verificaciones periciales que permitan probar su autoría y autenticidad y que resulte equivalente al documento en papel firmado en su versión original, constituyendo un documento firmado original, legítimo, único e inalterable durante su uso y vigencia e irrecuperable después de su descarte o vencimiento”.

De acuerdo con los alcances de esta disposición, se admitiría por ejemplo, el uso de las llamadas firmas biométricas que consisten en firmar cualquier documento electrónico como si fuera un papel (incluidas dentro de los sistemas de autenticación biométricos). El uso de esta tecnología<sup>59</sup> permite interpretar las características de la firma (presión, aceleración, velocidad, inflexiones y ángulo), identificando de esta manera un fraude de suplantación de identidad en el momento.

Asimismo, respecto de la apertura no presencial de cuentas, el BCRA, mediante el Texto Ordenado -actualizado al 6/12/16- sobre “Depósitos de ahorro, cuenta sueldo y especiales”, dispuso:

“4.16.1. Cuando las entidades financieras admitan la apertura no presencial de cuentas a través de medios electrónicos y/o de comunicación deberán cumplir los siguientes requisitos:

4.16.1.1. Asegurarse de que tales medios les permitan dar total cumplimiento a la normativa en materia de prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo –especialmente en lo referido a la identificación y conocimiento del cliente–, así como a las restantes disposiciones que sean de aplicación.

4.16.1.2. Los procedimientos, tecnologías y controles utilizados para la apertura en forma no presencial de las citadas cuentas deberán asegurar el cumplimiento de las disposiciones en materia de canales electrónicos y las relacionadas con la conservación, integridad, autenticidad y confidencialidad de las informaciones y documentos empleados, al efecto de protegerlos contra su alteración o destrucción, así como del acceso o uso indebidos”<sup>60</sup>.

De la lectura de los textos transcriptos se desprende que ha quedado sujeta a las entidades financieras la implementación de los métodos de identificación y autenticación.

Adelantando nuestra posición, consideramos que no corresponde a través de normas de coyuntura establecer cuáles son los métodos adecuados y menos, dejar a las entidades financieras su determinación.

#### 8) La acreditación de los hechos

---

<sup>59</sup> Ver también sobre tecnología biométrica lo que indicamos en la nota 13.

<sup>60</sup> El subrayado es nuestro.

También, debe tenerse en cuenta la dificultad de acreditar los hechos, de poder develar la verdadera voluntad de quienes han operado a través de internet y la eventual usurpación de la identidad digital. Y ello se acentúa cuando no existe una ley que establezca cuales son concretamente los métodos que tienen eficacia jurídica para suplantar la firma ológrafa.

En relación a la prueba de los documentos electrónicos, el 29/6/2006, la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal en los autos “Gómez Fabián Ángel c/ Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/ ordinario”, ha indicado que “aun cuando -en la mejor hipótesis para el apelante- se recurriera a un concepto amplio de "documento" que permitiera considerar a la constancia acompañada como instrumento privado (vid. Proyecto de Código Civil de 1998, art. 264), para que tal instrumento sin firma tuviera valor probatorio debería reunir cuanto menos los siguientes recaudos: 1) Que su autenticidad estuviere asegurada, 2) Que el contenido garantice ser fiel y completo con relación a las menciones que constan, sin posibilidad de alteraciones y supresiones, 3) Que el documento pueda preservarse en su estabilidad, perdurabilidad e inalterabilidad del mensaje.(...) Por consiguiente, si bien estos instrumentos pueden ser ofrecidos como medio de prueba (c.p.c. 378: 2), su valor probatorio dependerá de la prueba complementaria que se produzca respecto de su autenticidad. Tales instrumentos deben ser meritoados con criterios de sana crítica y conjuntamente con el resto de las restantes pruebas del proceso (vid. Kielmanovich, J. "Teoría de la prueba y medios probatorios" cap. XI nros. 2. c y 3, págs. 393/ 398, ed. 2004; Somer, M. "Documento Electrónico" J.A. 2004-1 págs. 1034/1035)”<sup>61</sup>.

En el mismo sentido la Sala F de la misma Cámara ha expresado: “Se ha señalado que cuando se trata de documentos que carecen de firma digital a los que no puede otorgarse un valor de convicción por no cumplir con los requisitos de los artículos 2 y 5 de la Ley 25506 sobre "firma digital" puesto que el elemento de autenticación o certificación es un requisito esencial de autenticidad (conf., CNCom., Sala D, 16/2/2007, "Henry Hirschen y Cía. SA c/ Easy Argentina SRL"), no existe impedimento para que se los ofrezca como medio de prueba (Cpr: 378 - 2º), considerándose los principio de prueba por escrito como había aceptado la doctrina de los autores antes de la sanción de la citada Ley 25506. Tal valor probatorio se sustenta en las normas del Cciv: 1190, 1191, 1192, pues aunque por no estar firmados no alcancen la categoría de documento privado es admisible su presentación en juicio para probar un contrato siempre que emanen del adversario, hagan verosímil el hecho litigioso y que las restantes pruebas examinadas a la luz de la sana crítica corroboren su autenticidad. Por lo tanto, es decisiva la prueba complementaria que se produzca merituada conforme con los criterios de la sana crítica y conjuntamente con las restantes pruebas del proceso (conf. CNCom., Sala D, "Bunker Diseños SA c/ IBM Argentina SA", del 2/3/2010; y numerosas citas allí efectuadas: CNCom., Sala D, 26/9/2006, "Gómez Fabián c/ Banco de la Ciudad de Buenos Aires"; Kielmanovich, J. "Teoría de la prueba y medios probatorios" cap. XI nros. 2. c y 3, págs. 393/ 398, ed. 2004; Somer, M. "Documento Electrónico" JA 2004-I páginas 1034/1035; Gaibrois, L. "Un aporte para el estudio

---

<sup>61</sup> CNCom, Sala D (29/6/2006), “Gómez Fabián Ángel c/ Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/ ordinario”. Citado por Eraso Lomaquiz, Santiago E. en su obra “*El dinero electrónico en el Derecho Argentino*”. Disponible en el sitio de abogados de bancos, [http://abogadosdebancos.org.ar/wp-content/uploads/2016/11/Eraso-Lomaquiz-Santiago-Ezequiel-El-dinero-electr%C3%B3nico-en-el-Derecho-Argentino\\_-MENCI%C3%93N-ESPECIAL-JURADO-Concurso-Monograf%C3%ADas-Jur%C3%ADicas-J%C3%B3venes-Abogados-2016.pdf](http://abogadosdebancos.org.ar/wp-content/uploads/2016/11/Eraso-Lomaquiz-Santiago-Ezequiel-El-dinero-electr%C3%B3nico-en-el-Derecho-Argentino_-MENCI%C3%93N-ESPECIAL-JURADO-Concurso-Monograf%C3%ADas-Jur%C3%ADicas-J%C3%B3venes-Abogados-2016.pdf)

del valor probatorio del documento electrónico" JA 1993, II, ap. IX, p. 963). De modo que, habida cuenta los elementos de juicio colectados en la causa y la evidente falta de colaboración de la pretensora, sin mengua de reconocer la utilidad que hubiera tenido en el caso la instrucción de prueba pericial informática, coincido con el voto preopinante en cuanto concluyó sobre la validez de tales correos electrónicos”<sup>62</sup>.

## LAS ALTERNATIVAS FRENTE A LA SITUACIÓN PLANTEADA

Como es de notar, al utilizarse términos generales en vez de normas que establezcan métodos específicos, se da lugar a distintos criterios de interpretación sobre la validez del método empleado<sup>63</sup>, generando incertidumbre y, eventualmente, un mayor nivel de conflictividad.

Esta circunstancia actúa en desmedro de la certeza y la seguridad jurídica.

Al respecto es de mencionar lo indicado en el Reporte del año 2000 presentado por el Grupo de Banca Electrónica en el ámbito del Comité de Basilea: “Internet está presente en todos lados y es global por naturaleza. Es una red abierta accesible desde cualquier lado del mundo, lo que lleva a incrementar significativamente la importancia de los controles de seguridad, las técnicas de autenticación de clientes, de protección de datos, de procedimientos de auditoría y de estándares de privacidad del cliente”<sup>64</sup>.

Además, la incertidumbre jurídica provoca el incremento del riesgo legal, que se trasunta en las violaciones o incumplimiento de las normas o prácticas establecidas o cuando los derechos y obligaciones legales de las partes de una transacción no están bien definidos. Esta circunstancia, a la larga, encarece las operaciones realizadas a través de medios electrónicos.

En este estadio nos preguntamos si se puede superar esta situación a través de normas de coyuntura. Entendemos que no. Pues de lo contrario, se correría peligro de asumir funciones legislativas a través de normas reglamentarias.

Debe ser la ley la que reconozca eficacia jurídica a los métodos utilizados para suplantar la firma ológrafa.

---

<sup>62</sup> Conf. Boletín de Jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial del 5/2012, nro. de sumario 1517, CNCOM, Sala F, 13/9/2013, autos “Ketra S.R.L. c/ Onda S.A. s/ Ordinario”. Voto del Dr. Ojea Quintana. Disponible en <https://www.pjn.gov.ar/Publicaciones/00008/00058411.Pdf>

<sup>63</sup> Es de tener presente que estos métodos deben ser fiables (la probabilidad de error debe ser mínima), viables económicamente, resistentes a los ciberataques y fáciles de aplicar para los usuarios que se deben autenticar.

<sup>64</sup> Farinati, Eduardo N., “*Prácticas bancarias, dinero, banca y transferencia electrónica de fondos*”, en el libro “*Protección jurídica del consumidor bancario*”, pág. 120.

Al respecto es de hacer notar que, como se ha descrito antes, el CCCN adoptó una alternativa concreta para suplantar la firma ológrafa (la firma digital). Es decir, estableció una alternativa concreta y no dejó librada la elección a normas reglamentarias.

Por estas razones creemos que, además de la firma digital (que ya se encuentra vigente), debería especificarse concretamente mediante una ley, cuáles son las otras alternativas, procedimientos o métodos que producen los mismos efectos que la firma ológrafa.

## **EL GRAN DESAFÍO: GENERAR CONFIANZA**

Todas las cuestiones antes expuestas generan en el usuario desconfianza en el sistema mismo.

Debe tenerse en cuenta que, más allá del soporte utilizado, lo que busca primordialmente el consumidor es poder confiar en que el proveedor cumplirá con lo ofrecido y pactado.

La confianza es un principio básico para la interrelación entre los hombres, siempre ha sido el motor del desarrollo económico y social y constituye el valor esencial del sistema bancario.

En una primera aproximación, la confianza estriba en suponer o esperar que algo ocurre, ocurrirá o se hará cierta cosa necesaria y estar tranquilo respecto del comportamiento de alguien por considerarlo honrado, leal y eficiente<sup>65</sup>.

El concepto de confianza va más allá de una sensación, es una necesidad de los clientes y de la sociedad toda frente al conocimiento que el banco –como profesional- tiene de la actividad que desarrolla. Importa la obligación de obrar de buena fe pues, “tener fe o confianza quiere decir que una de las partes se entrega confiadamente a la conducta leal de la otra”<sup>66</sup>.

“La confianza es un componente importante en la calidad de las instituciones que regulan la sociedad y específicamente el funcionamiento de los mercados y las relaciones jurídicas consiguientes. Con relación a la complejidad, dice North que "a mayor especialización y número y variabilidad de los atributos valiosos, mayor será el peso que deberá ponerse en instituciones confiables que permitan a los individuos participar en contrataciones complejas con un mínimo de incertidumbre en cuanto a que los términos del contrato se puedan realizar". Es que el anonimato y la complejidad distancia a los individuos, tornándolos desconfiados, siendo necesario un marco institucional para la confiabilidad, y aunque generalmente se hace referencia a la confianza- seguridad en el cumplimiento de las transacciones para el inversor, el concepto debe ser entendido en toda su magnitud: también el consumidor tiene derecho a que se cumplan

---

<sup>65</sup> Conf. Moliner, María, “*Diccionario del uso del español*”, Tomo I, pág. 717.

<sup>66</sup> Rezzónico, Juan C., “*Contratos con cláusulas predispuestas*”, pág. 400 y nota 1112, donde cita lo indicado por Joaquín Garrigues y Jiménez de Parga en su obra “*Curso de derecho mercantil*”, T. II, pág. 26 y sigtes.

los contratos conforme la expectativa-confianza creada”.<sup>67</sup>

Además, no hay que olvidar que, en materia de banca electrónica, es de suma importancia el riesgo reputacional de los bancos, también llamado “el riesgo de una opinión pública negativa”

Asimismo, constituyen un hecho no menor ciertas cuestiones a las que podemos llamar operativas y que muchas veces contribuyen a la desinformación del usuario o a que se cometan errores de hecho esenciales (ver además lo ya expuesto al referirnos al error impropio). La falta de información suficiente en la página de internet respecto del producto o servicio o de la forma para realizar / confirmar las operaciones<sup>68</sup>, sumado a la despersonalización que plantea el uso de este medio, lleva inexorablemente al incremento de situaciones conflictivas o el desinterés del usuario por utilizar este medio (salvo que sea absolutamente necesario).

Así, en pro de simplificar y lograr mayor celeridad a las operaciones, llegamos al efecto contrario. Donde todo es tan simple que no se sabe lo que se tiene que hacer o se cometen errores involuntarios. Y, en estos extremos, nos encontramos en la sociedad de la información donde impera la desinformación.

Pues bien, uno de puntos para generar confianza en el uso de medios electrónicos es dictar normas que permitan al usuario operar con certeza y seguridad jurídica.

## CONCLUSIONES

1) De lo expuesto se desprende que, en la búsqueda de simplificar las operaciones para darles mayor rapidez, las modificaciones introducidas por el DNU han actuado en desmedro de la certeza y la seguridad jurídica.

2) La situación así planteada, coadyuva a generar más desconfianza en las operaciones realizadas a través de medios electrónicos.

3) Por ello recomendamos modificar mediante una ley lo dispuesto por el DNU estableciendo, claramente, cuáles -además de la firma digital- son las otras alternativas, procedimientos o métodos que producen los mismos efectos que la firma ológrafa.

Lomas de Zamora, junio del 2018

---

<sup>67</sup> Lorenzetti, Ricardo L., “*La oferta como apariencia y la aceptación basada en la confianza*”, La Ley, 2000-D, pág. 1155, donde cita a NORTH, Douglas, “*Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*”, p. 52, Ed. del Fondo de Cultura Económica

<sup>68</sup> Es de tener presente que el DNU modifica el artículo 4to. de la Ley de Defensa del Consumidor, permitiendo que la información al consumidor se brinde a través de un soporte electrónico. Al respecto, ver nota 31.