

LA CONTRATACIÓN TELEMÁTICA EN EL SISTEMA BANCARIO URUGUAYO

Flavia A. Baladán *

Rosario Lerardo **

1. Introducción

En la sociedad de la información, producto de la globalización en la que vivimos, es necesario el intercambio de bienes y servicios entre personas o entidades ubicadas en sitios muy distantes uno del otro. Esto, desde el punto de vista jurídico, genera mucha incertidumbre en cuanto a los niveles de seguridad y confiabilidad de los sistemas informáticos que a esos efectos se utilizan.

El Derecho Informático no es ajeno a esta realidad. Por el contrario, ha estudiado el tema desde la perspectiva de los contratos informáticos. En este sentido se ha dicho que *“La contratación electrónica o telemática, es decir, aquella en la que en alguna de sus etapas se utilizan medios electrónicos o telemáticos, es una de las áreas en que tiene mayor incidencia dos de los elementos característicos del Derecho Informático: su transversalidad con respecto al resto de las ramas del Derecho y su carácter predominantemente internacional”*.¹

El sistema bancario uruguayo ha debido adecuar su normativa y operativa. Este trabajo tiene como objetivo dar una visión general sobre lo que son los contratos telemáticos desde esta perspectiva.

2. Contratos telemáticos

2.1 Origen A medida que las TIC se han incorporado a la vida habitual de las personas, han causado cambios en la vida normal de éstas, permitiendo que muchas tareas, obligaciones y derechos se puedan ejercer en forma electrónica. Este desarrollo de las TIC ha impactado directamente en el ámbito jurídico, y los contratos telemáticos constituyen un claro ejemplo de ello. Ahora bien, se debe tratar de determinar cuando estamos frente a un contrato telemático.

En doctrina se suele decir que *“De las relaciones entre lo informático y lo contractual se puede hablar en dos sentidos:*

a- En un primer sentido Contrato e Informática se vinculan cuando lo informático, eventualmente vinculado con lo telecomunicacional (en cuyo caso da lugar a lo “telemático”) constituye el objeto de un contrato.

b- En segundo lugar, la relación entre Contrato e Informática, o Contratos y Telecomunicaciones, se da cuando las telecomunicaciones asociados con la

* Doctoras en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Mayor de la Universidad de la República Oriental del Uruguay (UDELAR). Curso de Posgrado de Derecho Informático: Contratos Telemáticos - Universidad de Buenos Aires, Argentina. Miembro del Grupo de Jurisprudencia de Derecho Informático.

informática constituyen el instrumento por medio del cual se perfecciona y/ o se cumple el contrato.

Es en este último sentido que se habla de contrato electrónico. Para ser más precisos: cuando los medios electrónicos constituyen el instrumento para perfeccionar un contrato, o bien para cumplirlo, es que se habla de contrato electrónico”.

Por tanto, podemos decir que dentro de la categoría general de los contratos informáticos encontramos los contratos telemáticos. Mucho se ha dicho respecto a la relación entre ambos. Actualmente, la doctrina más recibida en la materia entiende que los contratos telemáticos se encuentran enmarcados dentro de la categoría general del contrato informático, pero con características especiales y naturaleza diferente.

Es así, que necesitamos más específicamente definir al contrato informático a efectos de poder distinguirlo del contrato telemático. La Dra. María José Viega ha definido al contrato informático como *“todo acuerdo de dos o más personas que crea o transfiere derechos y obligaciones de contenido informático, ya sea porque su objeto son bienes y servicios informáticos, o porque el acuerdo de voluntades se realizó en forma informática”*.³

La particularidad de los contratos telemáticos reside en el ámbito o medio en el cual se desarrollan y no el objeto de su realización, que puede ser un bien o servicio informático o cualquier otro tipo de los existentes en la realidad comercial actual. Se destaca la relación contractual que se desarrolla mediante la utilización de la comunicación telemática, entendida ésta como la conjunción de las telecomunicaciones y la informática.

2.2 Definición

Las locuciones *“electrónico”* o *“telemático”* se usan indistintamente para referirnos a la aplicación de las TIC en el ámbito de los contratos. Como dice Pedro J. Canut *“se define la telemática como la integración de las tecnologías de las telecomunicaciones y la informática. Entre otros aspectos se centra en el estudio, diseño y gestión de las redes de ordenadores a varios niveles, desde el nivel físico (...) hasta niveles más lógicos (...)”*.⁴

Según Lorenzetti⁵ el contrato telemático se caracteriza por el medio empleado para celebrarlo, cumplirlo o ejecutarlo, ya sea en algunas de sus etapas, en todas ellas, o en forma parcial o total. Quiere decir que el medio es el que incide sobre la formación y transmisión de la voluntad contractual y en su forma de celebración.

Por su parte, Miguel Angel Davara, ha dicho que el contrato telemático es *“aquel contrato que se realiza mediante la utilización de algún elemento electrónico cuando*

*éste tiene o puede tener una incidencia real y directa sobre la formación de la voluntad o el desarrollo de la interpretación futura”.*⁶

2.3 Tipos

En primer lugar, cabe precisar la discusión existente sobre si se trata de un contrato entre presentes o ausentes, residiendo su importancia en los diferentes efectos jurídicos que produce la distinción entre ambos. La doctrina argentina entiende que se está ante un contrato entre presentes en la medida que el uso de las TIC permite que la exteriorización de la voluntad sea inmediata, pudiendo perfeccionarse el contrato en ese mismo momento.

En segundo lugar, la contratación telemática suele clasificarse en abierta o cerrada:

- La *abierta* es aquella vinculada a la operativa en la red donde dos personas cualesquiera pueden celebrar una relación contractual. Por ejemplo, cualquier contratación que se realiza en Internet.

- La *cerrada* es aquella que opera dentro de un contrato marco específico y predeterminado. Por ejemplo, el Electronic Data Interchange.

2.4 Electronic Data Interchange – EDI

El EDI ha sido definido como *“el intercambio de datos en un formato normalizado entre los sistemas informáticos de quienes participan en las transacciones comerciales con reducción al mínimo de la intervención manual”*⁷. Por tanto, para su funcionamiento es necesaria la existencia de tres requisitos:

- a- que el intercambio de datos sea en un formato estandarizado,
- b- que se realice entre sistemas informáticos, y
- c- por medios electrónicos.

El EDI *“consiste en el envío, por medios electrónicos, de mensajes contractuales estandarizados entre operados alejados geográficamente el uno del otro. En concreto, el mensaje, una vez procesado por la aplicación del usuario, en décimas de segundo, viaja desde el sistema de comunicaciones del usuario hasta el destinatario. Una vez que el mensaje llega al destinatario, puede ser directamente integrado en la aplicación del mismo. En este momento, y sin intervención humana, el ordenador receptor puede emitir un mensaje de respuesta”*.⁸

En relación con los tipos de conexión, es posible su realización por medio de una red punto a punto, que generalmente es utilizada a nivel empresarial por su elevado costo, o a través de una red de valor añadido. Estas conexiones normalmente se

realizan utilizando las redes telefónicas, las redes públicas de datos o las redes de servicios integrados (como por ejemplo Internet).⁹ A nivel internacional, existen una serie de estándares tanto para los sistemas de comunicación (por ejemplo el OSI: Open Standard Interconnection de ISO - International Organisation for Standardisation) como para los mensajes.

Los responsables de su creación son entidades tanto públicas como privadas. En Europa, esta tarea la realiza el Grupo de Trabajo sobre Facilitación de los Trámites del Comercio – Working Package 4 – que depende de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas y es responsable por el estándar EDIFACT, mientras que en Estados Unidos, esta tarea es realizada por la American National Standards Institut, creadora del estándar ANSI.¹⁰

En lo que se refiere al intercambio entre Estados Unidos y los países miembros de la Unión Europea, se encuentra vigente desde el 1º de agosto de 2010, un acuerdo que permite los intercambios swift y el análisis de los datos personales de las partes involucradas, en el marco de políticas antiterroristas. La Unión Europea para suscribir el referido acuerdo, exigió que los datos de sus ciudadanos fueran tratados en territorio de la UE y con la presencia de un representante designado por la Comisión y el Parlamento.

3. Derecho comparado

La regulación de los contratos telemáticos en el derecho internacional siempre se encuentra inserto dentro de las normas sobre Internet, en disposiciones que refieren especialmente al comercio electrónico. Aunque la mayoría de la sociedad realiza o por lo menos conoce la posibilidad de realizar contratos electrónicos, existe un cierto temor a su regulación. Otro tema que está muy vinculado, es la internacionalidad de los contratos telemáticos. Buena parte de estos contratos se perfeccionan entre personas, empresas u organismos públicos que se encuentran situados geográficamente en diferentes países, por lo que surge la problemática de la ley y la jurisdicción aplicable.

Juan José Obanda Peralta, en su artículo denominado “*Los contratos Electrónicos y Digitales*”¹¹, realiza un estudio de la regulación existente en algunos países donde sucintamente establece que:

- Canadá y Estados Unidos poseen políticas legales en cuanto a la regulación de la compraventa en Internet, donde en su gran mayoría se aplican las normas de la contratación común, con algunas especialidades. Se destaca que son considerados contratos entre presentes.
- En España, el criterio general es el contrario, entendiéndose que se trata de un contrato entre ausentes ya que existe un lapso de tiempo entre la oferta y la aceptación.
- En Chile se sigue la tendencia española, considerando que los contratos telemáticos son contratos entre ausentes y se deben aplicar los artículos del código civil en esta categoría.

- Para Naciones Unidas, en su Contrato de Compraventa Internacional de Mercaderías, los contratos telemáticos son considerados contratos entre ausentes, pero ello es debido a que en el momento de confección del documento referido, Internet no tenía el alcance que tiene al día de hoy.

4. Normativa nacional

Actualmente sería imposible concebir la actividad bancaria de cualquier país sin atender a la modalidad de los contratos informáticos, que surgen de la práctica en el ámbito de los negocios.

Como expresa la Dra. Viega¹², este tipo de contrato se plasma en un formulario para que sea práctico el ofertar los mismos bienes a un número indeterminado de individuos. El riesgo es que se mantenga la libertad de la voluntad contractual por lo que es necesaria la existencia de cierta regulación. En la transferencia electrónica de fondos se sustituye el documento en soporte papel por un mensaje electrónico. Esto se logra mediante la adopción de un estándar del que resulte un mensaje unívoco usando campos preestablecidos. La ONU propuso el estándar EDIFACT para las transferencias EDI, que actualmente se usa a nivel mundial de forma consensuada. Para lograr univocidad del mensaje se requiere de un software que normalice los datos que entran y salen en un lenguaje estándar.

En otras palabras, el sistema EDI supone la existencia de un comprador y un proveedor, cada uno cliente de un banco. El comprador envía un mensaje solicitando bienes al proveedor. El proveedor, a su vez, envía un documento informado la forma de pago. El comprador envía un mensaje al banco del que es cliente, para que cargue a su cuenta el importe en la cuenta del banco del proveedor. El banco del comprador le notifica que ingresó la orden de pago. A su vez, el banco del que es cliente el proveedor, notifica a éste que el pago ingresó en su cuenta. Del punto de vista técnico, el sistema identifica un emisor y un receptor, deposita un documento en destino y devuelve un reporte al emisor, sin necesidad de la intervención humana.

En nuestro derecho, la regulación de los contratos de transferencia se encuentra en la Circular del Banco Central de Uruguay (BCU) N° 2016, de 26 de marzo de 2009. El BCU es el órgano que cumple la función de contralor del sistema bancario uruguayo, y en cumplimiento de esa tarea es que dicta Circulares que deben ser respetadas por la banca pública y privada.

El art. 186 de la citada Circular, define instrumentos electrónicos como: *“los que permiten realizar operaciones con los cajeros automáticos, por Internet o por vía telefónica, las transferencias electrónicas de fondos o información”*.

Este artículo también impone obligaciones a la entidad emisora del instrumento que consisten en:

- informar al usuario,
- proporcionar elementos que comprueben la operación sin cargo al cliente,

- garantizar razonablemente la seguridad del sistema con métodos de autenticación.

Este sistema debe, asimismo, permitir el resguardo de fechas y horas de las operaciones, contenidos de los mensajes, identificación de operadores, emisores y receptores, cuentas y montos involucrados así como de las terminales desde las cuales se operó.

Estas disposiciones contribuyen a que exista mayor transparencia de la banca y se inscriben dentro de un sistema que busca evitar la corrupción y el lavado de activos.

En el campo del Derecho Civil Uruguayo no hay una norma específica para transferencias electrónicas. Sin embargo, para que no exista un vacío legal al respecto, se aplican los artículos del Código Civil (CC) que refieren a los contratos por mensajero o correspondencia. Resulta fundamental destacar el artículo 265 del CC, que refiere a la formación del consentimiento en el caso de contratos por mensajero o por correspondencia. En este sentido, se afilia a la teoría de la recepción por la cual la voluntad contractual se perfecciona en el lugar y acto en que la respuesta de la aceptación llega al proponente.

Respecto al consentimiento se indica que debe ser libre de vicios, pudiendo existir problemas al encontrarse en diferentes lugares emisor y receptor. Un ejemplo claro, es la dificultad que se puede plantear al momento de evaluar la capacidad para obligar a alguna de las partes.

5. Aplicación en el sistema bancario uruguayo: SWIFT

En Uruguay, todo el sistema bancario se encuentra en la red SWIFT, incluso el Banco República, un banco estatal que participa con un porcentaje en las acciones de SWIFT.

Antes que existiera esta red internacional de bancos, en Uruguay la banca electrónica estaba representado por la existencia de cajeros automáticos. Estos cajeros eran operados por funcionarios de bancos, luego por los usuarios para obtener información y finalmente para realizar depósitos y retiros.

La red SWIFT es una red internacional de bancos mediante la que se celebran transferencias entre los bancos y entidades financieras que la integran. Dentro de la red, cada institución tiene un código de identificación de negocios (BIC), definido por una norma técnica estándar, la ISO 9362. El objetivo es lograr una transferencia electrónica mediante el uso de mensajes normalizados.

En el caso del intercambio SWIFT existe un contrato marco para que las partes se ajusten a él. La UNCITRAL en su Ley Modelo sobre Comercio Electrónico de 1996, define al intercambio electrónico de datos como: *“transferencia electrónica de información de una computadora a otra, estando estructurado la información conforme a alguna norma técnica convenida al efecto”*. (artículo 2 lit. B).

La confiabilidad y calidad son los valores de la comunidad SWIFT, por lo que los directorios BIC son actualizados cada tres meses. Si en ese plazo el código identifica a

una entidad financiera que ya no está en el sistema, el mismo se guarda en un archivo -en la página swift.com- hasta la actualización del directorio.

6. Conclusiones

El sistema bancario uruguayo se ha adaptado a las exigencias internacionales necesarias para el comercio de bienes y servicios. Para ello se ha optado por adherir a la Red SWIFT y al estándar EDIFACT propuesto por las Naciones Unidas.

En virtud de ello, los contratos telemáticos son utilizados a diario por todos aquellos actores que intervienen en el sistema bancario uruguayo, siendo de capital importancia la confianza y la seguridad que deben de brindar a los usuarios.

Se deberá estar a las decisiones que se adopten a nivel internacional para determinar cuales son los siguientes pasos a implementar en el sistema bancario uruguayo para mantenerse vigente de cara a las exigencias mundiales.

Referencias

1. Noblía, Aida “*Modelos de contratos electrónicos o telemáticos*”, Derecho Informático Tomo II, año 2002. Pág. 129
2. Caffera, Gerardo “*Autonomía Privada en Internet y el proceso de formación del contrato electrónico*”, Derecho Informático Tomo III, año 2002. Pág. 83.
3. Viega, María José “*Contratos sobre bienes y servicios informáticos*”, Montevideo, AMF, 2008. Pág. 17
4. Canut, Pedro J. “*Contratos informáticos y telemáticos, comercio electrónico y su regulación en la ley mexicana*”. Disponible en <http://www.alfa-redi.com>, página visitada el 29 de junio de 2010.
5. Lorenzetti, Ricardo “*Los contratos electrónicos*”, Buenos Aires, Abeledo 2001. Curso posgrado de “Contratos telemáticos” Universidad Buenos Aires, 2009
6. Citado por Rico Carillo Mariliana en “*Válidez y regulación legal del documento y la contratación electrónica*” http://www.alfa.redi.com/rdi_articulo.shtml?x=422, página visitado el 29 de junio de 2010.
7. Comisión de las Comunidades Europeas, Presentación del EDI (Electronic Data Interchange) EUR 11883 ES, 1989.
8. Universidad de Buenos Aires, curso en línea “Contratos Telemáticos” www.ecomder.com, capítulo I “*Aspectos técnicos del intercambio electrónico de datos - EDI*”. Pág 4.
9. Ídem 4.
10. Ídem 5.
11. El Parlamento Europeo da luz verde al acuerdo Swift II. Disponible en http://www.europarl.europa.eu/pdfs/news/expert/infopress/20100707IPR78054/20100707IPR78054_es.pdf página visitada el 18 de setiembre de 2010.
12. Obanda, Juan Jose, Disponible en <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=819>, página visitada el 29 de junio de 2010.