

ASPECTOS PROCESALES DEL CONTRATO ELECTRONICO

Por Jorge A. Rojas

1.- Introducción

El viejo Código de Vélez Sarsfield ya contemplaba –dentro del consentimiento de los contratos (art. 1147)- la posibilidad de que aquél se conformara entre personas que estuvieran ausentes, y se valieran de agentes o de correspondencia epistolar, a la que luego se agregó, por vía pretoriana, el reconocimiento de la telegráfica como forma de conformar el consentimiento.

Esta variante de los contratos a distancia, existió desde siempre también en el Código de Comercio, hasta que fueron derogados los viejos arts. 203 y 204 de ese cuerpo legal y se remitieron al Código Civil las pautas para la interpretación vinculada a la manifestación del consentimiento, en razón de las tesis que existían por entonces para determinar el momento a partir del cual se interpretaba conformado el consentimiento entre las partes.

La realidad del presente, que de alguna manera se puede fijar o marcar a partir del 1983, que es el tiempo a partir del cual se reconoce como dada a luz internet, pese a que sus incipientes desarrollos datan de la década de los '60 del siglo pasado, nos coloca en otra dimensión.

En estos tiempos que corren, una empresa china puede cerrar un contrato con una argentina, simplemente clickeando enter en una computadora, y tal vez mirándose cara a cara los representantes de ambas compañías a través de

alguno de los sistemas que facilitan este tipo de comunicaciones como zoom o google teams entre otros.

De la misma forma, sin remitirnos a la contratación entre empresas, sino a la afectación que podrían ejercer estas nuevas pautas de vida que ya están incorporadas en nuestra sociedad, todos los días los usuarios de tarjetas, los clientes de bancos, los consumidores de cualquier tipo de productos, están acostumbrados a la contratación electrónica, las más de las veces sin tener registro cabal del alcance o las particularidades que tiene este tipo de vinculación, pues la incorporación se llevó a cabo paulatinamente por la fuerza de la realidad acelerada por cierto a partir de la pandemia provocada por el covid-19.

El avance de la tecnología, en especial en materia de comunicaciones¹, ha sido tan formidable como acelerado, al punto que esa celeridad se ha transformado prácticamente en un estilo de vida, hoy todo lo que requería un trámite o un procesamiento de neto corte burocrático para concretarse, se hace de forma inmediata, transferencias bancarias, inversiones, compras de mercaderías, de bienes o cosas, e incluso la contratación de servicios, entre otras formas de contratación, sin advertir los usuarios o consumidores su implicancia legal.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN), provocó un *aggiornamento* al reconocer –por fuerza de la realidad- y con motivo de los

¹ Esto ha dado lugar al desarrollo de una materia específica bajo la denominación de TIC's que significa tecnologías de información y comunicación a través de la cual han cobrado envergadura estos desarrollos y se han instalado no solo en nuestra sociedad sino que conforman un fenómeno claramente globalizado.

avances que se produjeron sobre todo en materia de comunicaciones a los contratos electrónicos.

Estas líneas apuntan a reposar la mirada en los aspectos procesales que se derivan de un contrato electrónico, pero no es menos cierto que por el cariz del tema con el que gentilmente me invitaran a participar en esta prestigiosa Revista, la idea que subyace es la noción primera de conflicto, de ahí la aparición de la mirada procesal para su abordaje, y en segundo lugar la idea de que ese conflicto surja con motivo de una contratación electrónica.

2.- Las variantes en la contratación electrónica

Conforme lo señalado, desde antiguo existe la concepción de la contratación entre ausentes, y precisamente esta variable es la que daría pie a poder interpretar en qué consiste un contrato electrónico, pues no es otra cosa que la posibilidad de facilitar la comunicación entre las partes suprimiendo lisa y llanamente las distancias, acercándolas a través de sistemas que facilitan ese tipo de vinculación.

Por lo tanto, a los fines de despejar algunas dudas que se puedan plantear, genéricamente tomaré a la contratación electrónica como aquella que se lleva a cabo a través de sistemas digitales o informáticos genéricamente apoyados en inteligencia artificial, que permiten la vinculación entre ausentes, facilitando esos sistemas la contratación entre ellos, razón por la cual las consideraciones procesales que pueden ser objeto de análisis, atañen tanto a la contratación entre empresas, sea una contratación doméstica como internacional, como a

usuarios y consumidores que utilizan ese tipo de sistemas para contratar bienes, cosas o servicios.

La relación que existe entre el viejo Código de Vélez y el actual CCCN se ve reflejada no solo por la normativa citada al comienzo, sino porque el actual ordenamiento civil y comercial prácticamente replica en algún sentido aquellas viejas pautas, ya que en su art. 284 se contempla la libertad de formas para contratar, señalando que “si la ley no designa una forma determinada para la exteriorización de la voluntad, las partes pueden utilizar la que estimen conveniente. Las partes pueden convenir una forma más exigente que la impuesta por ley”.

Como se puede advertir de la norma transcrita, la autonomía de la voluntad ha sido erigida como un principio fundante en materia contractual, al punto incluso que el art. 962 del CCCN, dispone que todas las normas legales relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes, a menos que se trate de aquellas que tengan carácter indisponible.

De ahí que el art. 963 contemple una prelación normativa señalando que en caso de suscitarse algún conflicto en la aplicación de este tipo de preceptos, en primer lugar deberán observarse las pautas de la legislación especial que contemple la indisponibilidad de las normas, o sean que emerjan de este cuerpo legal; pero en segundo lugar, dejando de lado aquellos preceptos que no son disponibles para las partes, se indica a las normas particulares que sean contempladas en el contrato que vinculó a las partes, y luego las normas supletorias, sean que surjan de leyes especiales o que surjan de propio CCCN.

Como se puede advertir salvo afectación del orden público, la letra del contrato sigue teniendo preeminencia entre las partes, y la restricción impuesta por la normativa de orden público no surge eventualmente de la letra aislada de una norma del CCCN, o de leyes especiales, sino que la pauta fundamental a tener en cuenta resulta específicamente la materia que resulte objeto de contratación, esto es, aquellos derechos involucrados en el contrato tienen que resultar disponibles para las partes al tiempo de contratar, y son tales aquellos que pueden ser objeto de transacción.

Si se tiene en cuenta este punto de partida que es esencial, conviene además abordar esta temática destacando que el propio CCCN establece en su art. 286, desde luego plenamente aplicable a los contratos electrónicos, que cuando se alude en esa norma a la expresión escrita, se destaca que ésta puede tener lugar por instrumentos públicos, o por instrumentos particulares firmados o no firmados, excepto en los casos en que determinada instrumentación sea impuesta, esto es cuando la ley impone una forma determinada a la contratación.

Pero agrega ese mismo precepto a continuación, que esa expresión escrita puede hacerse constar en cualquier soporte, siempre que su contenido sea representado con texto inteligible, aunque su lectura exija medios técnicos.

Seguidamente el art. 287 distingue entre los instrumentos privados y, los instrumentos particulares o no firmados, denominándose como privados a aquellos que están firmados y como particulares a los que no lo están.

Y agrega el art. 288 con relación a la firma, que ésta prueba la autoría de la declaración de voluntad expresada en el texto al cual corresponde. Debe consistir en el nombre del firmante o en un signo.

A continuación aclara, que 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 instrumento.

Dentro de esta estructura normativa, se puede inferir claramente que se pueden desarrollar contrataciones electrónicas que permitan el desarrollo de una vinculación, sea entre empresas o sea entre particulares, o sea mixta entre particulares y proveedores, admitiéndose la posibilidad de que no se haga al modo de la vieja usanza contractual por escrito, sin que ello haya sido descartado, ni menos aún haya dejado de utilizarse, pero que en virtud de los tiempos que corren, y con el afianzamiento que provocó la pandemia para este tipo de vinculaciones, a través de una contratación electrónica que ha llevado al legislador a contemplar los aspectos fundamentales vinculados a la eventual firma que se requiera insertar y las variables que ésta pueda presentar.

Esto se señala a los fines de advertir que, tanto se puede contratar por vía electrónica para llevar a cabo operaciones de gran envergadura, como para advertir la importancia que ha tenido en los últimos tiempos el desarrollo de comercio por medios electrónicos, conocido también como e-commerce, con los efectos o implicancias que ello tiene, como cumplimiento en la entrega de la mercadería, observancia de los plazos, formas de pago, todo tal vez acordado y desarrollado de forma virtual.

Todas esas particularidades, que distinguen el amplio espectro que puede abarcar una contratación llevada a cabo por medios electrónicos, da por resultado que su análisis desde el punto de vista procesal, muchas veces se conciba en relación a la prueba que requiere la demostración de algún aspecto puntual que haya suscitado un conflicto, y si bien esto es fundamental no se puede pasar por alto el ejercicio de la pretensión que conlleva a la producción de esa prueba.

Por lo tanto, los aspectos procesales que deben ser tenidos en cuenta al tiempo de una contratación electrónica, abarcan todos los antecedentes de la contratación, su concreción, su desarrollo y los efectos que se produjeron, tal vez no deseados que desembocaron en un conflicto.

3.- Alcance de los aspectos procesales

Conforme lo expuesto, no se puede restringir la mirada procesal sobre un contrato electrónico únicamente a algunos aspectos vinculados a la prueba, como puede suponerse ligeramente, sino que va mucho más allá el conjunto de recaudos que debe observarse en caso de conflicto.

Aunque resulte una verdad de Perogrullo, el planteo de un determinado conflicto, suscitado a raíz de una contratación electrónica, implica el sometimiento o un nuevo orden jurídico, toda vez que para las partes involucradas, y se reitera que se puede tratar de un particular y un proveedor, como una entidad financiera con un usuario, o una compañía extranjera y una nacional, pues para el caso no importa las partes involucradas, sino que lo que

se está teniendo en cuenta es la forma que se asumió para contratar, que por ser electrónica presenta sus particularidades.

Ese nuevo orden jurídico que se genera al suscitarse el conflicto, compele a las partes a someterse a las pautas de un nuevo ordenamiento para regular sus conductas, en este caso el procesal, que no deja de lado la normativa sustancial que esté involucrada, sino que lo que se persigue es hacer actuar la voluntad de esa ley de fondo a los fines de poder dirimir la controversia, adjudicando los derechos involucrados a aquella de las dos posiciones que se enfrentan que resulte la correcta y verdadera, luego de un análisis efectuado libre de errores o de vicios (esto no es otra cosa que el significado que corresponde atribuirle al sintagma sana crítica²).

Lamentablemente pese al avance que se viene desarrollando dentro del ámbito del derecho privado, cuya muestra más elocuente es el CCCN, no sucede lo mismo dentro del ámbito procesal, pues el ordenamiento adjetivo nacional data del siglo pasado, ya que entró en vigencia en 1968, y pese a las reformas que se le han introducido, es evidente que se trata de un ordenamiento que está desenfocado para la resolución de conflictos del siglo XXI, con pautas e institutos que datan en el mejor de los casos del siglo XIX, por la influencia que ejerció el derecho hispano –recipiendario a su vez del llamado derecho común, producto de la influencia del derecho canónico sobre el romano-germánico- en nuestro país en materia procesal.

² Ver Falcón, Enrique M.; Tratado de la Prueba, Ed. Astrea, 2da. ed. actualizada, T.I, p. 660 que señala aludiendo al origen histórico de ese sintagma que la sana crítica es un conjunto de preceptos o reglas para juzgar la verdad de las cosas (sería de los hechos en el campo jurídico), libre de error o de vicio.

De ahí que uno de los aspectos más importantes a tener en cuenta, es la adaptación que conviene tener en cuenta con normativa complementaria que coadyuve a la interpretación adecuada de las situaciones que se plantean como sucede por ejemplo con la comisión de algún ilícito conforme la ley 26.388³ que contempla los delitos informáticos y, además teniendo en cuenta para ello la apertura que significan en la actualidad el diálogo de fuentes que permiten los dos primeros artículos del CCCN.

Ello obedece a que no se puede dejar de lado para cualquier análisis en materia de contratación electrónica la importancia que tiene la normativa que surge de la ley 25.506 de firma digital, precisamente por las distinciones que ese cuerpo legal hace con relación al alcance que tiene la firma digital inserta en un contrato, de la que se denomina firma electrónica.

Dispone el art. 2 de dicha ley que se entiende por firma digital al resultado de aplicar a un documento digital un procedimiento matemático que requiere información de exclusivo conocimiento del firmante, encontrándose ésta bajo su absoluto control. 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.

³ Entre otras normas del Código Penal, modifica el art. 77 que identifica el término "documento" señalando que comprende toda representación de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento, archivo o transmisión.

Y agrega el art. 7 que “se presume, **salvo prueba en contrario**, que toda firma digital pertenece al titular del certificado digital que permite la verificación de dicha firma”.

Se resaltan dos aspectos que tienen una relevancia importante a tener en cuenta pues aún en el caso de una firma digital, ésta debe ser susceptible de verificación, y se reafirma en la otra norma citada que puede producirse prueba en contrario, circunstancia que habilita a la realización del planteo que se estime corresponder en cada caso en particular, pues puede tratarse de una contratación que contenga firmas como que no las contenga.

Además la distinción que contempla la ley 25.506 con relación a la firma electrónica es que “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”.**

Con lo cual, cabe destacar dos aspectos que son de suma importancia. En primer lugar, que la firma digital brinda la certeza –salvo prueba en contrario como fuera resaltado- que esa firma pertenece al titular a quien se le atribuye, pero lo cierto es que se abre la posibilidad de producir prueba en contrario, y además agrega el art. 2 que esa firma puede ser objeto de verificación por terceras personas, aspecto que también ha sido destacado precedentemente, con lo cual existe una posibilidad de poner en tela de juicio la validez de una firma

digital, más allá de atribuir la carga de esa prueba a quien impugne su veracidad.

Por el contrario, la firma electrónica tiene otras características, pues se considera tal a aquella que no reúne las condiciones para ser considerada digital y, además es preciso el precepto al poner la carga de la prueba a quien la invoque para demostrar su verosimilitud.

Sin embargo, resultaría parcial este análisis si se concentrara únicamente en los aspectos vinculados a la firma de una contratación electrónica, pues como ya fuera adelantado, pueden llevarse a cabo este tipo de contratos sin requerirse firmas por los intervinientes.

De hecho comprar un artefacto en las grandes empresas de comercialización, que hasta inducen a los consumidores a través de sus plataformas digitales invitándolos al consumo, se lleva a cabo a través de una dinámica que importa la acreditación del comprador, de su medio de pago, de las condiciones que ofrece el proveedor, y de la confirmación que finalmente hace el interesado, modalidad conocida como “click-wrap”, en donde lo que se destaca es que resulta un tipo de contratación en donde se deben aceptar expresamente las condiciones antes de finalizar la transacción⁴.

En esas operaciones se destaca la inexistencia de firma, y una clara contratación electrónica, de ahí que se señalara que no puede restringirse la mirada desde el

⁴ Gerlach Vicencio, Melina; Contratación con mindset digital, Revista Código Civil y Comercial, Ed. Thomson-Reuters, La Ley, año VIII, nro. 6, diciembre 2022, p. 86.

punto de vista procesal, tampoco solo a la firma reduciendo el análisis a su carácter digital o electrónico.

Pues en este caso se puede involucrar la contratación tomada a modo de ejemplo como un instrumento particular pues se trata de aquellos que no están firmados por las partes.

Esta circunstancia nos remite al art. 319 CCCN de neto corte procesal, que señala que el valor probatorio de los instrumentos particulares **debe ser apreciado por el juez ponderando**, entre otras pautas, la congruencia entre lo sucedido y lo narrado, la precisión y 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.

Parece sin mayor esfuerzo, que aquí radica el meollo del análisis que se nos invitó a llevar a cabo al pretender desbrozar los aspectos procesales de los contratos electrónicos.

Ello en razón no solo de lo que se ha destacado en cuanto a la labor ponderativa del juez, sino sobre todo a las pautas brindadas -lamentablemente- por el legislador, cuando debe ser una tarea eminentemente jurisdiccional, pero que igualmente permite apreciar una apertura que involucra a un principio fundante en el proceso como es el de congruencia.

Obsérvese que como fuera señalado la norma requiere precisión o confirmación a través del plexo probatorio que se produzca en autos, entre lo sucedido y lo narrado, lo que nos lleva indefectiblemente a los escritos introductorios del proceso, demanda y contestación, de ahí que los aspectos procesales que

impactan en una contratación electrónica deben ser ponderados por los abogados, al tiempo de esa contratación para contemplar en caso de conflicto con qué elementos podrá contar para que su posición resulte fortalecida en caso de conflicto, adoptando para ello los recaudos que mejor estime corresponder en resguardo de los derechos que le fueron confiados.

No es lo mismo que acontece con un consumidor, que desde luego no puede contar con asistencia letrada para contratar un servicio o adquirir un bien, de ahí la importancia que le ha dado el CCCN a través de la normativa protectoria que resguarda específicamente sus derechos (arts. 1100 y ss. entre otros).

4.- El impacto en el proceso

Genéricamente se ha reconocido que un documento electrónico es aquel que ha sido creado sobre un ordenador, grabado en un soporte informático y que puede ser reproducido, definiéndoselo también como un conjunto de campos magnéticos, aplicados a un soporte, de acuerdo con un determinado código⁵.

Por lo tanto, a los fines de la demostración, en una situación conflictiva de aquellos derechos que asistan a la parte para sostener su pretensión, no solo deberá enfocarse la mirada sobre la prueba a producir, sino fundamentalmente en el desarrollo de los hechos que son el fundamento de la normativa que se considera de aplicación para la subsunción de esos hechos a los fines de justificar la viabilidad de esa pretensión.

⁵ Falcón, Enrique M.; Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2006, T. II, p. 897.

Con lo cual el posicionamiento para el abordaje de un conflicto que se vincule a un contrato electrónico empieza por fundamentar adecuadamente la pretensión a los fines de señalar en qué consiste y las razones que brindan apoyo a la misma.

El contrato electrónico del que se trate, en forma abstracta, puede presentar un conflicto por la errónea información brindada por ejemplo por un proveedor a un cliente, en esa línea el CCCN señala en el art. 1100 que el proveedor está obligado a suministrar información al consumidor en forma cierta y detallada, respecto de todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, las condiciones de su comercialización y toda otra circunstancia relevante para el contrato. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con la claridad necesaria que permita su comprensión.

Como se desprende de la norma señalada, estamos en una situación que requerirá de una exposición de los hechos lo suficientemente pormenorizada, para poder apuntar al núcleo central del impacto que genera el documento electrónico en el proceso, que si bien es una prueba importante, no es el único aspecto procesal a tener en cuenta, porque como se lleva expuesto, el planteo proviene de una adecuada introducción de la pretensión en la demanda, exponiendo por ejemplo -en este supuesto vinculado a un conflicto de un consumidor- en qué consistió la información errónea o que condujo a una contratación que no era la esperada.

Luego es importante tener en cuenta que al tratarse de un planteo vinculado a documentación electrónica -dejando de lado el objeto concreto del litigio- pues

más allá que sea por la falta de información que se tomó a modo de ejemplo, o al cumplimiento en sí mismo del contrato, o a la falta de pago de un bien o servicio, o cualquier otra razón, siempre se estará apuntando a que la registración de esas circunstancias se llevará a cabo electrónicamente, de ahí la complejidad de la prueba que desde luego puede no estar circunscripta únicamente a una pericia técnica –ahora conocida como pericia informática- a través de un ingeniero en sistemas o licenciado en esa especialidad, sino que requiera de algún tipo de conocimiento adicional, como por ejemplo la validez de una firma digital a través de la autoridad certificante o la eventual falsedad de una firma electrónica.

Ese tipo de planteos, pueden exceder por su especialidad al conocimiento que puede tener un abogado por su formación tradicional, por lo cual deberá contar con el respaldo conveniente de un consultor técnico que pueda asistirlo, no solo en la producción de la prueba, sino sobre todo en el planteo del caso para saber concretamente cómo orientar la acreditación de los extremos en los que se apoyará el reclamo.

En este punto conviene tener en cuenta la conceptualización que ha hecho el maestro Palacio sobre el sentido que debe atribuírsele a la voz documento, en sentido lato, considerando tal a todo objeto susceptible de representar una manifestación del pensamiento, con prescindencia de la forma en que esa representación se exterioriza⁶.

⁶ Palacio, Lino E.; Derecho Procesal Civil, Ed. Abeledo-Perrot, 4ta. Ed. actualizada por Carlos Camps, T. IV, p. 333.

De tal manera que, si entendemos al documento electrónico como el registro que se hace en un soporte magnético u óptico, a través del cual se exterioriza una determinada voluntad, se produce un fenómeno particular pues en la distinción Carnelutiana entre fuentes y medios de prueba se puede advertir una especie de subsunción de ambos conceptos.

Si se parte de la base que la fuente de prueba es a-procesal porque registra un determinado acontecimiento, que se genera con anterioridad al proceso y aprisiona un hecho, o una circunstancia del devenir mundano que deja un registro, o huella, o marca, y eso constituye una base para fundar una pretensión, el medio de prueba está representado por aquellos mecanismos que específicamente contempla el Código Procesal para transportar esas fuentes al proceso a fin de acreditar aquél registro convertido en fuente de prueba.

Por lo tanto, la construcción de un documento electrónico en un ordenador permitirá la creación de un documento que podemos identificar como documento de primer grado, porque es la manifestación del pensamiento que registró ese ordenador a través de un mecanismo cuya lectura no es accesible al ser humano, aunque sí se constituye en la fuente de la cual se puede extraer el documento que en puridad no será tal, sino que será una representación de aquello que registró la voluntad de su creador, y esta representación podría identificarse como documento de segundo grado, porque permite que sea accesible al ser humano al facilitar su lectura y comprensión.

De ahí que si lo que se persigue demostrar en el proceso se vincula a la veracidad o la falsedad de una firma, habrá que estar a la distinción que hace la ley 25.506 sobre firma digital y electrónica, pero además tener presente que no

solo puede constituir una prueba compleja a través del peritaje que deba llevarse a cabo, sino que además puede coadyuvar con ello la información que pueda recabarse de la autoridad de aplicación sobre estos aspectos.

La ley 27.446 sustituyó el art. 10 de la ley 25.506, por el siguiente: “Cuando un documento electrónico sea firmado por un certificado de aplicación, se presumirá, salvo prueba en contrario, que el documento firmado proviene de la persona titular del certificado”.

Con lo cual es evidente que se abre otro frente por el cariz que ahora le ha dado esa modificación al documento electrónico, pues no solo se desdibuja en parte el carácter digital y electrónico de la forma en que antes se distinguía, sino que viene a ampliarse la facultad de crear una firma electrónica con algunas condiciones especiales, como la certificación que la avala para asimilarla a la digital.

Y todo ello viene avalado por la autoridad de aplicación que según el art. 27 de la ley 25.506, también sustituido por la ley 27.446, concibe un sistema de auditoría que debe crear dicha autoridad para darle confiabilidad a los sistemas que se utilizan.

Señala el art. 27 que la autoridad de aplicación diseñará un sistema de auditoría para evaluar la confiabilidad y calidad de los sistemas utilizados, la integridad, confidencialidad, confiabilidad y disponibilidad de los datos, así como también el cumplimiento de las especificaciones del manual de procedimientos y los planes de seguridad y de contingencia aprobados por el ente licenciante.

Con lo cual la complejidad de una prueba pericial que apunte a un documento electrónico, se puede ver complementada con los informes que puedan ser requeridos a los fines de dar respaldo a la eventual validez o impugnación que se persiga con relación a una firma.

De la misma forma deberá contemplarse en un proceso, la fiabilidad o no de un determinado documento electrónico, no solo a través de su registro y el análisis que corresponda hacer para conocer su inalterabilidad y por ende su adecuada conservación y la demostración de la veracidad de lo que se pretenda sostener, sino que todo ello lleva a su trazabilidad para eventualmente efectuar su eventual impugnación.

Para ello no está demás tener en cuenta que la vieja clasificación de instrumentos públicos y privados –más allá de la distinción que ahora hace el código con relación a los últimos- sigue teniendo vigencia y resulta de plena aplicación para los documentos electrónicos, sea porque se apunte a sus registros a través de una computadora, como a la representación que de ellos se hace a través de su impresión para resultar inteligibles al ser humano.

Esto conviene tenerlo en cuenta pues también el art. 34 de la ley 25.506 fue modificado por la mencionada ley, y se contempló como organismo auditante a la Auditoria General de la Nación, para todos aquellos instrumentos públicos que sean oficiales, con lo cual habrá que estar a las particularidades casuísticas del litigio del que se trate para ver el análisis que corresponderá hacer a los fines probatorios, todo lo cual es evidente que quedará sujeto con relación a su pertinencia a la introducción que se haya hecho en los escritos postulatorios del proceso.

Conforme lo expuesto hasta aquí es importante tener en cuenta que ya han existido pronunciamientos de nuestros tribunales acerca del valor probatorio de los correos electrónicos⁷, que es otro aspecto importante a tener en cuenta a los fines de la demostración –tal vez de alguna falsedad o irregularidad- del consentimiento para la conformación de un contrato.

Como se puede advertir una contratación electrónica contempla varios frentes que estarán vinculados, para poder determinar los alcances procesales que puede presentar un conflicto en esa órbita, pues no es lo mismo que se trate de un contrato con firmas digitales que éstas sean electrónicas, que se impugne alguna de ellas por la normativa que las regula que se presta a ello más allá de la presunción que crea la digital, o bien que se trate de otro tipo de aspectos que hacen a la contratación como se señaló a modo de ejemplo en el caso de consumidores.

Para ello conviene tener presente que en materia documental, la prueba de la acreditación de la eventual falsedad que se pretenda invocar de un contrato electrónico lleva indefectiblemente a la distinción entre instrumentos públicos y privados, de ahí las aclaraciones que antes se efectuaron con relación a las previsiones que contempla la ley 25.506.

Por lo tanto, existen tres variantes de falsedades a tener en cuenta que fueron objeto de desarrollo pretoriano, por cierto cuando no existían los documentos electrónicos, pero que sin perjuicio de ello pueden seguir siendo utilizadas

⁷ CNCom., Sala A, 22/10/2019, in re “Prenaval Seguridad S.R.L. c/Consortio de Propietarios Santos Dumont 2719/21/23/55 s/Ordinario y precedentes a los que allí se remite. CNCom., Sala D, 17/12/2019, en autos “Sersat S.A. c/Send TV S.A. s/ordinario, ElDial.com. AAC566.

porque amerita su clasificación el desarrollo de una determinada estrategia procesal para la acreditación de los extremos que resulten necesarios para impugnar un documento, sea público a través de su previa impugnación y posterior promoción del incidente de redargución de falsedad que contempla el art. 395 del CPCCN, o bien si es privado, a través de un incidente de adveración, con ribetes similares al anterior pero con la distinción que no existe oficial público a quien convocar para el desarrollo del incidente, toda vez que se trataría de un instrumento privado⁸.

Las diversas falsedades que se fueron delineando a través del desarrollo de la jurisprudencia, se conocen como **falsedad material** que consiste en la lisa y llana adulteración del documento, sea porque se adulteró una fecha, una cláusula, una firma, o situación similar.

Por otro lado existe una **falsedad ideológica**, a través de la cual las partes utilizan al oficial público del que se trate a la expedición de un instrumento en donde se le hace dejar constancia de algo que él no vi pues no pasó ante sí, y por lo tanto no puede dar fe de ello.

Y por último existe una **falsedad intelectual**, a través de la cual el oficial público en connivencia con una de la partes deja constancia de algo que no es verdadero, motivo por el cual participa del eventual fraude en el que se está incurriendo, con las responsabilidades que ello conlleva para el oficial público.

⁸ Este tema tuve oportunidad de desarrollarlo en el trabajo "Prueba documental: redargución y adveración, publicado en la Revista de Derecho Procesal 2005-II-43 y ss., Ed. Rubinzal-Culzoni.

Desde luego que esto es sencillo de comprenderlo a través de un documento escrito, lo que no significa que no pueda ser objeto de abordaje a través de uno electrónico, sea porque se haya fraguado, sea porque contenga disposiciones distintas a las que fueron ofertadas, o se produzca una situación similar, razón por la cual es de toda evidencia que la colaboración de especialistas se hace imprescindible para el abogado a los fines de determinar la existencia de las eventuales irregularidades que surjan en esa contratación.

Sirva como ejemplo de lo expuesto hasta aquí lo resuelto por la Cámara Comercial: “carece de valor probatorio para acreditar que la mercadería en cuestión viajaba por cuenta y riesgo del comprador, un supuesto e-mail remitido por el accionado que no fue desconocido por el accionante; toda vez que, el referido documento -que contiene las condiciones de comercialización- no reviste el carácter de correo electrónico, sino que se trata de una impresión de la página de internet de la vendedora accionada; pues el referido instrumento carece de dirección de destino, requisito fundamental para considerarlo como un e-mail. 2. Asimismo, el carácter de página web fue reconocido expresamente por el accionado al individualizar la prueba documental en su escrito de contestación de demanda; desde esta perspectiva, no resultan aplicables a la especie los efectos del cpr: 356; ya que, para que opere efectos el reconocimiento tácito de la documentación a partir del silencio del accionante, debe tratarse de un documento en donde éste ha intervenido, sea como destinatario o como partícipe en la suscripción o en su elaboración. 3. A igual situación se arriba si el instrumento consistiera sólo en una manifestación unilateral del accionado; en caso contrario, no puede hacerse efectivo el apercibimiento atento que mal puede haber una suerte de confesión

tácita sobre hechos no personales (cfr. Highton, Elena I. - Areán Beatriz A., "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", T. VII, p. 11, ed. Hammurabi, 2007, Bs. As.). 4. Asimismo, de la página web del accionado surge que si bien el potencial adquirente tiene acceso a las condiciones de comercialización antes de contratar, no se admite su registro como cliente sino envía una copia impresa firmada de la aceptación de las condiciones de registro; por lo que el vendedor debería haber acompañado la copia impresa de aceptación de las condiciones de registro a fin de acreditar la conformidad del accionante con las condiciones de comercialización por él señaladas, ya que en los contratos celebrados por medios electrónicos, el vendedor es quien tiene una posición más favorable y quien tendría que contar con los medios suficientes para probar y demostrar que su actuación en la contratación fue legítima y hecha con buena fe; máxime, si se valora que él es un comerciante especializado en la venta electrónica, circunstancia que lo coloca en una mejor situación para probar las condiciones de contratación, que un vendedor minorista" (CNCom., Sala E, 7/10/2010, en autos "Canteros, Luis Roberto c/Codilcom S.A. s/Ordinario", LD-Textos).

Como se puede advertir del precedente citado, la apertura que significa el abordaje de un conflicto que involucra una contratación electrónica, en general no se circunscribe únicamente a la demostración de la verosimilitud de una firma de un contrato, sino que requiere una amplitud en la visión de su abordaje y tratamiento, como asimismo ponderación y valoración de los distintos medios probatorios, vinculados desde luego en su mayoría a las particularidades que presenta una contratación de esa índole.

Para corroborar lo expuesto, conviene reposar la mirada en otro precedente de la Cámara Comercial, que apunta a la falta de prueba adecuada para sostener la pretensión ejercida.

“Corresponde revocar la resolución de grado en cuanto admitió la acción de cobro de ciertas facturas enviadas por correo electrónico por considerar aplicable el CCCN 1145 al no mediar impugnación de tales instrumentos, ello así toda vez que la demandada negó la emisión y recepción de las facturas, así como la efectiva prestación de los servicios facturados. Ello así, pues el peritaje informático constató que tales correos habían sido emitidos por la actora, pero no pudo constatar la recepción de los correos electrónicos. 2 - Toda vez que la actora no ha propuesto que el peritaje informático se realice sobre las computadoras de la demandada, ni ofreció un peritaje contable para constatar si las facturas fueron registradas, o prueba testimonial para acreditar tal metodología de envío u otros hechos que pudieran operar como indicios congruentes con el resultado del dictamen informático; no resulta aplicable la presunción legal (entonces CCOM 474, hoy CCCN 1145), en tanto ésta no suple aquella omisión probatoria. 3 - Ni la recepción de las facturas ni el posterior silencio guardado por la demandada, permiten tener por acreditado el cumplimiento de las prestaciones comprometidas por la actora, y la afirmación contraria que esta última postula con sustento en el CCOM 474, párrafo 3º, constituye un claro exceso interpretativo” (CNCom., Sala D, 13/8/2020, in re “Evolución AR Group SRL c/Editorial Amfin S.A. s/Ordinario, LD-Textos).

Como se puede advertir la complejidad que puede presentar la prueba denominada ahora como pericial informática, admite distintos contornos por

las particularidades que casuísticamente se puedan presentar, de ahí no solo la importancia de la labor interdisciplinaria de apoyo que requiere el abogado, sino además la importancia que debe atribuírsele a este tipo de peritajes.

La prueba pericial –que tiene carácter científico- como puede darse en alguno de los supuestos que podrían suscitarse con un contrato electrónico, por haberse producido un error o una alteración en la fuente de prueba, por haber existido alguna modificación que invalidara su trazabilidad, o por las razones que fueran hacen que cobre una envergadura especial este medio probatorio.

De ahí que convenga tener en cuenta que existe un antes y un después en materia de prueba pericial con la postura asumida por la Corte americana en el caso Daubert resuelto en 1993, toda vez que en coincidencia con los parámetros que surgen de los arts. 2 in fine y 7 de la ley 25.506 y las pautas que surgen del art. 319 in fine del CCCN, el perito –como auxiliar del juez- no solo se debe restringir a brindar una información específica a la jurisdicción sobre aspectos que exceden a sus conocimientos sino que además deberá encontrar una justificación a sus manifestaciones.

Ello en razón de que esos conocimientos científicos deberán ser susceptibles de ser sometidos a control o prueba, o bien se deberá informar si la técnica utilizada ha sido reconocida, o los eventuales márgenes de errores que posee, o si existe una aceptación general de esa técnica, entre otros aspectos que justifiquen la tarea pericial desarrollada.

Todo ello permiten a la jurisdicción acceder a un estadio epistémico básico o mínimo pero que debe resultar suficiente para permitirle evaluar esa pericia a

través de las reglas de la sana crítica, cuya dinámica no puede dejar de observar el juez para demostrar a través de su decisión que se encuentra libre de error o de vicios.

5.- A modo de conclusiones preliminares

Es evidente que la realidad de estos tiempos marca una impronta muy especial que no es otra que la aceleración en el estilo de vida, y el modo de vinculación a través de la contratación electrónica, se presta a la consagración de ese nuevo estilo que va constituyendo por su habitualidad una nueva cultura, por lo cual las conclusiones que se pueden extraer solo pueden ser preliminares por el camino que se está empezando a recorrer

Desde luego que esto importa tomar otro tipo de riesgos, y por cierto que este tipo de riesgos tiene una sofisticación que hace a la necesidad de la interdependencia desde el punto de vista científico para una adecuada prestación de servicios por parte de abogados y jueces.

Solo cabe pensar en los recaudos a tomar para producir una prueba pericial informática, los recaudos a observar para resguardar la inalterabilidad de las fuentes, la idoneidad o aptitud de aquellos que llevarán a cabo un peritaje, o la observancia de la normativa que resulta de aplicación para advertir la importancia de la interdependencia científica a la que aludimos.

La impronta que brinda el art. 319 del CCCN releva de mayores comentarios al dejar librada a la ponderación de la jurisdicción los distintos aspectos que se pueden tener en cuenta para valorar un instrumento privado, que desde luego no puede interpretarse que sea otra más que la inteligencia que se pondrá en

marcha frente a un documento electrónico que contenga una presunción de legitimidad por la calidad de una firma digital, pues como se ha visto ello también podrá ser materia de impugnación u otro tipo de aspectos de los documentos electrónicos que se trate (mails, blogs, whats app, páginas de publicidad, etc.) para lo cual esa norma señala al juez la observancia de “la confiabilidad de los soportes utilizados y de los procedimientos técnicos que se apliquen”, aspecto que remite a las observaciones formuladas respecto a la prueba pericial, que puede exceder holgadamente el conocimiento de los abogados, de ahí la labor interdisciplinaria.

Las vías –por ahora- conforme las previsiones que se han señalado, son las que contempla nuestro ordenamiento adjetivo para impugnar una prueba que resulta documental, con todas las distinciones que se han hecho que por cierto llevan a un terreno casuístico que resulta imposible de abordar en un trabajo de estas características, aunque no es menos cierto que esa realidad ya se encuentra impuesta como una nueva pauta cultural imposible de desconocer.

No obstante a los fines de la producción de prueba idónea, conviene que coadyuve con esa ponderación de la jurisdicción no perder de vista la flexibilidad que puede venir enanada en los pliegues del art. 378 del Código Procesal, para todo lo cual la dinámica de este tipo de contrataciones seguramente va a ir perfilando nuevas pautas interpretativas que permitirán ir asentando conceptualmente temas tan espinosos como los abordados.

En esta línea se puede señalar, sin lugar a dudas, que el proceso se ha transformado en un proceso electrónico, donde todas las actuaciones resultan digitalizadas, esto es pasar a un formato digital documentos que son

analógicos, es decir, convertir un documento físico en algo inmaterial, en un lenguaje informático codificado en algoritmos y que solo puede ser comprendido por nuestros sentidos a través de un sistema tecnológico que lo haga inteligible⁹.

Esto significa que el proceso insinúa seguir la misma suerte, o el mismo desarrollo que ha tenido el comercio o la apertura que brinda el CCCN, para resguardar la autonomía de la voluntad en cuanto a las formas de contratación, con lo cual la importancia de este aspecto viene puesta en que no ha sido solo el CPCCN que brinda la posibilidad del desarrollo de un proceso de estas características, sino la labor que desarrollo la Corte Suprema de Justicia de la Nación luego de dictada la ley 26.685 que consagra el expediente electrónico, y el conjunto de acordadas del Máximo Tribunal que comenzaron con la regulación de las notificaciones electrónicas y han llevado a permitir ahora la digitalización de los actos procesales, solo resta contar con un ordenamiento que recoja estos avances y permita un nuevo desarrollo para el proceso, que supere la mera adversariedad como base de sustento de los casos contenciosos.

⁹ Ordoñez, Carlos J.; Actos procesales electrónicos, en Tratado de Derecho Procesal Electrónico, AA.VV., Carlos Camps (director), Ed. Abeledo-Perrot, 2da. ed., 2019, T. II, p. 112).