

Título: Tramitación digital completa en la Administración pública nacional: incidencia en el derecho civil y en la vida civil

Autor: Pérez, Eduardo A.

Publicado en: ADLA2018-10, 3 - RCCyC 2020 (marzo), 04/03/2020, 31

Cita Online: AR/DOC/1920/2018

Sumario: I. Introducción.— II. Normas que permiten la tramitación digital.— III. El soporte.— IV. Instrumentos públicos e instrumentos particulares firmados y no firmados: firma digital y firma electrónica.— V. Eficacia probatoria del documento electrónico.— VI. El Código Civil y Comercial frente a las nuevas tecnologías.— VII. Conclusiones.

(*)

I. Introducción

El dec. 733/2018 (1) estableció la instrumentación y tramitación digital completa, remota, simple, automática e instantánea de todos los documentos, comunicaciones, expedientes, actuaciones, legajos, notificaciones, actos administrativos y procedimientos en general que se generen ante la Administración pública nacional. Inmediatamente nos preguntamos sobre la incidencia que dicha norma podría tener en el Código Civil y Comercial de la Nación. También por su influencia en la vida civil de los particulares/administrados.

Por medio del presente intentaremos desarrollar el estudio de las cuestiones relativas al "expediente electrónico" —término amplio que elegimos usar para reunir en él todos los trámites y actuaciones que lo conforman, los que deberán obligatoriamente realizarse a través de plataformas digitales— y evaluar su vínculo con el derecho civil, en particular las relativas a la forma de los actos en general.

Los avances tecnológicos invadieron prácticamente todos los ámbitos de nuestra vida diaria. El derecho no ha sido la excepción. El derogado Código Civil de Vélez Sarsfield se elaboró —por obvias razones— desconociendo cualquier tipo de tecnología. Poco a poco hubo que empezar a forzar sus sabias normas para conjugarlas con los tiempos modernos. En el siglo XIX modernidad era agua potable o electricidad. Hoy día, es conexión inmediata con casi cualquier parte del mundo, un mundo digital. El Código Civil y Comercial trató de obrar con "cuidado y previsión" sobre el tema digitalización —u otro signo de avance tecnológico—, utilizando fórmulas amplias, a sabiendas que cualquier mención demasiado específica se tornaría vetusta con el paso del tiempo. Y de no demasiado tiempo. Una prueba de ello es este dec. 733/2018 que como ya adelantamos, de una u otra forma tendrá incidencia en importantes normas del "nuevo" régimen civil y comercial.

Escapa a este trabajo explicar el funcionamiento del sistema GDE (Gestión Documental Electrónica), sus aciertos, virtudes o esperables mejoras que seguramente se sucederán en un futuro no demasiado lejano. Nuestra tarea intentará transitar el camino de lo jurídico y, más especialmente, el del derecho civil. Lo "digital", "electrónico", "informático", software y demás son conceptos no jurídicos que, sin embargo, son estudiados tangencialmente por la ciencia jurídica, sea como moldes o vías a través de las cuales habrá de transitar parte de ella.

Se habla con acierto de una "revolución digital" (2) y por supuesto el derecho no puede presentarse como espectador, ya que, se quiera o no, su modernización se impone. No solo destacamos el "papeleo" como un síndrome de los trámites administrativos nacionales; la digitalización alcanzará —lo hará indefectiblemente— un número mayor de relaciones que las que hoy abarca, que no son pocas, por cierto. Este debiera ser el fin último y alcanzar a las jurisdicciones provinciales y municipales, Poder Legislativo y Judicial y, dentro de este, a cualquiera de sus fueros, aun aquellos que ofrecen mayores reticencias al cambio. El dec. 733/2018 involucra a la Administración pública nacional, pero no debe olvidarse que los otros Poderes también se ven inmersos en tareas administrativas, como podría ser el nombramiento o desvinculación de un agente legislativo o judicial. Por otra parte, el ciudadano necesita de los organismos del Estado para alcanzar muchos de sus fines, desde casarse o divorciarse, efectuar reclamos ante las autoridades administrativas en defensa de sus derechos como consumidor, realizar trámites registrales inmobiliarios y muchos otros. Ello nos lleva a preguntarnos si prontamente la despapelización necesitará alcanzar no solo a la administración pública, sino también a las relaciones privadas. Los puntos de contacto entre la actividad pública y la privada son demasiadas, solo cabe esperar que la digitalización termine por imponerse también en ellas.

II. Normas que permiten la tramitación digital

Entendemos que el mencionado decreto del Poder Ejecutivo Nacional debe insertarse dentro de un importante contexto de normas que tienen espacio desde hace algunos años, pero que comparten el mismo fin mediato: la eliminación de todo sesgo de papel de la Administración pública nacional, obligando a la tramitación electrónica de todos los expedientes en curso y a iniciarse en el futuro.

El Proyecto de 1998: para no caer en injusticias, creemos que el análisis debe iniciarse en el Proyecto de Unificación Civil y Comercial del año 1998, fundamentalmente por la época en que fue elaborado, sin pasar por alto la influencia que sus artículos tuvieron en el actual Código Civil y Comercial. Sin temor a dudas que en la década del 90 se encuentra la génesis del tema, donde comienza a pensarse fuertemente en otro tipo de documentos y soportes, distintos a los tradicionales. El art. 263 del Proyecto consideraba que la expresión escrita podía hacerse constar en cualquier soporte, siempre que su contenido pueda ser representado como texto inteligible, aunque para su lectura se requiera la intervención de medios técnicos. Piénsese que en la época del CD y del diskette, los smartphones, tablets y laptops eran materia de un futuro que la experiencia nos enseñó no

tardaría demasiado tiempo en llegar. Pero sabiamente ya se pensaba que el tradicional papel encontraba un digno adversario en el soporte electrónico y por tanto debía considerarse, pues la voluntad podía válidamente volcarse en soportes novedosos. Al fin de cuentas, lo primordial es la celebración del acto y secundariamente, el elemento elegido para representar su existencia.

Se mantenía la triple clasificación de los instrumentos: públicos, particulares firmados y particulares no firmados (art. 264). Estos podían ser los impresos (los que constan en soporte papel, sea en formato escrito o a través de gráficos o dibujos, reproducidos a través de imprentas o impresoras), registros visuales o audiovisuales de cosas o hechos (las filmaciones, sea cual fuere su soporte), los registros de la palabra e información, sea cual fuere el medio empleado (grabaciones o documentos magnéticos) y, en general, todo escrito no firmado.

La firma era todavía pensada, principalmente, para ser asentada en soporte papel. El art. 266 establecía que debía ser manuscrita, y manuscrito es lo que está escrito a mano. La firma debía ser escrita del modo que habitualmente lo hacía el firmante, es decir, se pensaba en la firma ológrafa. Subsidiariamente se concebía la existencia de instrumentos electrónicos. En ellos, el requisito de la firma quedaba satisfecha si podía utilizarse un medio para identificarla y si este aseguraba razonablemente la autoría e inalterabilidad del documento, tradicionales condiciones de la firma.

Sin perjuicio de este último comentario, la noción de lo escrito era notablemente ampliado respecto del Código de Vélez, pudiendo considerarse expresión escrita a aquella que consta o se lee a través de medios electrónicos.

Ley de Firma Digital: la ley 25.506 del año 2001 reconoció la validez de la firma electrónica y de la firma digital, que podrían utilizarse para la suscripción de instrumentos electrónicos de carácter público o privado.

La firma electrónica es el 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 corresponde a quien la invoca acreditar su validez (art. 5°). La firma electrónica carece de certificado digital expedido por certificador licenciado, por ende, no confluyen las principales características de la firma, cual son la identidad, conformidad e inalterabilidad. Por ello no goza de las presunciones establecidas por la ley para la firma digital y corresponde a quien invoca su autoría acreditar que la firma le pertenece —siempre y cuando medie desconocimiento de la contraria—. Es una forma de manifestar la voluntad en documentos electrónicos, siendo un género en el que se incorpora la firma digital.

La firma digital es el resultado de aplicar a un documento digital un procedimiento matemático que requiere información de exclusivo conocimiento del firmante, encontrándose esta 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. El procedimiento matemático es sinónimo de procedimiento criptográfico, técnica de cifrado o codificación. En la informática es utilizada para otorgar seguridad a las transacciones, evitando que los datos que se transmiten vía electrónica sean interceptados y/o modificados. Se hace presente una clave privada, únicamente conocida por el firmante, y una clave pública, que permite al destinatario validar el documento, saber así que proviene de quien se lo remite electrónicamente. Se establecen tres tipos de presunciones: que la firma digital pertenece al titular del certificado digital que permite la validación de la firma (art. 7°); que una vez verificada, el documento digital no ha sido modificado (art. 8°); cuando el documento digital sea enviado por un dispositivo programado y lleve firma digital, que el documento proviene del remitente (art. 10).

A partir de la sanción de la ley 25.506, cuando la ley requiriese una firma manuscrita, esa exigencia también quedaba satisfecha por una firma digital, influyendo así de modo determinante en el antiguo art. 1012 del Cód. Civil —por entonces vigente—, pensado únicamente para la firma manuscrita.

La firma digital debe estar avalada por un certificado digital, entendiéndose este como el documento digital firmado digitalmente por un certificador, que vincula los datos de verificación de firma a su titular (art. 13). Son condiciones del certificado: ser emitidos por un certificador licenciado por el ente licenciante y responder a formatos estándares reconocidos internacionalmente, fijados por la autoridad de aplicación, y contener, como mínimo, los datos que permitan: Identificar indubitablemente a su titular y al certificador licenciado que lo emitió, indicando su período de vigencia y los datos que permitan su identificación única; ser susceptible de verificación respecto de su estado de revocación (puesto que el certificado tiene período de validez); diferenciar claramente la información verificada de la no verificada incluidas en el certificado; contemplar la información necesaria para la verificación de la firma; e identificar la política de certificación bajo la cual fue emitido (arts. 14 y 15).

Se entiende por certificador licenciado a toda persona de existencia ideal, registro público de contratos u organismo público que expide certificados, presta otros servicios en relación con la firma digital y cuenta con una licencia para ello, otorgada por el ente licenciante (art. 17). En ellos se reconocen a los certificados por profesión (art. 18), que, por ejemplo, son los otorgados por los colegios profesionales a través de un token para que sus matriculados puedan efectuar presentaciones electrónicas que requieran firma digital.

La firma electrónica y más aún la firma digital, resultan indispensables para la suscripción del instrumento electrónico y con ello, pensar en la abolición definitiva del soporte papel, tanto para actos con participación de entidades públicas como para los privados. En el caso de las primeras, se imaginaba en el art. 47 (disposiciones transitorias) que el Estado nacional, dentro de las jurisdicciones y entidades comprendidas en el art. 8° de la ley 24.156, debía promover el uso masivo de la firma digital de tal forma que posibilite el trámite de los expedientes por vías simultáneas, búsquedas automáticas de la información; seguimiento y control por parte del interesado, propendiendo a la progresiva despapelización.

Decreto 2628/2002: es reglamentario de la ley 25.506. Entre sus motivaciones se destaca el reconocimiento explícito a que la firma digital constituye un elemento esencial para otorgar seguridad a las transacciones electrónicas, promoviendo el comercio electrónico seguro, de modo de permitir la identificación en forma fehaciente de las personas que realicen

transacciones electrónicas y, asimismo, conferir un decisivo impulso para la progresiva despapelización del Estado, contribuyendo a mejorar su gestión, facilitar el acceso de la comunidad a la información pública y posibilitar la realización de trámites por Internet en forma segura, esta última compartida en gran parte por el reciente dec. 733/2018.

Ley 26.685: autorizó la utilización de expedientes electrónicos, documentos electrónicos, firmas electrónicas, firmas digitales, comunicaciones electrónicas y domicilios electrónicos constituidos, en todos los procesos judiciales y administrativos que tramitasen ante el Poder Judicial de la Nación, con idéntica eficacia jurídica y valor probatorio que sus equivalentes convencionales.

Decreto 561/2016: aprobó la implementación del sistema de Gestión Documental Electrónica (GDE) como sistema integrado de caratulación, numeración, seguimiento y registración de movimientos de todas las actuaciones y expedientes del Sector Público Nacional, siendo dicho sistema actuaría como plataforma para la implementación de gestión de expedientes electrónicos. Es el sistema hoy referido por el dec. 733/2018.

Decreto 336/2017: aprobó los lineamientos para la redacción y producción de documentos administrativos.

Resolución 3/2016: de la Secretaría de Modernización Administrativa del Ministerio de Modernización aprobó la implementación de los módulos "Comunicaciones Oficiales", "Generador de Documentos Electrónicos Oficiales" (GEDO) y "Expediente Electrónico" (EE), todos en el marco del sistema de Gestión Documental Electrónica (GDE).

Ley 27.446: Ley de "Simplificación y Desburocratización de la Administración Pública Nacional". Establece en el art. 7° que los documentos oficiales electrónicos firmados digitalmente, expedientes electrónicos, comunicaciones oficiales, notificaciones electrónicas y domicilio especial constituido electrónico de la plataforma de trámites a distancia (PTD) y de los sistemas de gestión documental electrónica (GDE) que utilizan el sector público nacional, las provincias, el gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, municipios, poderes judiciales, entes públicos no estatales, sociedades del Estado, entes tripartitos, entes binacionales, Banco Central de la República Argentina, en procedimientos administrativos y procesos judiciales, tienen para el sector público nacional idéntica eficacia y valor probatorio que sus equivalentes en soporte papel o cualquier otro soporte que se utilice a la fecha de entrada en vigencia de la presente medida, debido a su interoperabilidad que produce su reconocimiento automático en los sistemas de gestión documental electrónica, no requiriéndose legalización.

Acordada 31/2011 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: dispuso la obligatoriedad de constituir domicilio electrónico para todos los que litiguen en causas judiciales que se tramiten ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En la acordada 38/2013, la Corte nacional extendió el ámbito de aplicación del Sistema de Notificación Electrónica establecido por acordada 31/11 a todo el Poder Judicial de la Nación.

Acordada 38/2016 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: aprobó el Reglamento para la implementación de Expediente Judicial Electrónico para la tramitación de los acuerdos transaccionales de los beneficiarios previsionales comprendidos en la ley 27.260 (3).

La provincia de Buenos Aires adhirió por medio de la ley 13.666 a la ley 25.506 de Firma Digital, que sería de aplicación al Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial, los municipios, la Administración Centralizada y Descentralizada, los organismos de la Constitución, entes autárquicos y todo otro ente en que el Estado provincial o sus organismos descentralizados tengan participación suficiente para la formación de sus decisiones (art. 2°). Debe tenerse especialmente en cuenta que el art. 11 dispuso tener presente que en todos los casos donde la Ley de Procedimiento Administrativo establezca que los actos administrativos que deban manifestarse por escrito deben contener la firma (ológrafa) de la autoridad que lo emite, debe entenderse que los documentos digitales firmados mediante "firma digital" cumplirán con los requisitos de escritura y firma.

También en el ámbito provincial, la ley 14.828 del año 2016 creó el "Plan Estratégico de Modernización de la Administración Pública de la Provincia de Buenos Aires" con el objeto de llevar adelante un proceso de modernización administrativa en la Provincia. El Plan Estratégico de Modernización del Estado, está compuesto por un conjunto de programas, normas y procedimientos destinados a instalar, en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, un nuevo modelo de gestión de los recursos públicos sustentado en la planificación y control, en el proceso de reforma de los sistemas administrativos, a fin de lograr una administración orientada a los resultados, y a la transparencia y control ciudadano en la gestión pública. Otorgó valor de carácter oficial al Boletín Oficial en formato digital publicado en la página web del Ministerio de Gobierno. El dec. 1018/16 reglamentó la ley 14.828 y aprobó la implementación del Sistema de Gestión Documental Electrónica Buenos Aires (GDEBA). Con el dec. 661/2017 empezó a pensarse en un anteproyecto de reforma a la Ley de Procedimiento Administrativo provincial (dec.-ley 7647/70). El dec. 116/2018 aprobó un Convenio Marco de Colaboración entre el Ministerio de Jefatura de Gabinete de Ministros de la Provincia de Buenos Aires y la Secretaría Legal y Técnica de la Nación.

En el marco del Poder Judicial provincial, creemos oportuno citar tres acordadas que, paulatinamente, dirigieron el proceso judicial al terreno electrónico. A través del acuerdo 3604/12 y por delegación expresa de la ley 14.238, se reglamentó un Régimen de Subastas Electrónicas Judiciales. Esto significó que la realización del bien embargado pasara a desarrollarse vía web, en el sitio oficial de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires (4), en un sistema reglamentado en un anexo de la propia acordada. El acuerdo 3845/2017 dispuso un reglamento para las notificaciones por medios electrónicos, las que, salvo excepciones especialmente previstas, debían practicarse en los domicilios electrónicos constituidos. Por último, el acuerdo 3886/2018 —el más relevante a los fines del tema en tratamiento— aprobó un Régimen para las Presentaciones Electrónicas, aplicable obligatoriamente a todos los procesos en los que rija el sistema de escritos previsto por el Código de Procedimientos provincial. A partir de su entrada en vigencia (01/06/2018) y con excepción de la demanda, cualquier escrito que dé inicio al proceso y demás supuestos especialmente contemplados, todas las presentaciones que realicen las partes, sus letrados y los auxiliares de justicia en un proceso judicial, deben ser generadas y rubricadas electrónicamente. Sea con ventajas (5) o inconvenientes (6), es el paso más ambicioso en vías de arribar al expediente judicial electrónico.

III. El soporte

El soporte es el espacio en que se vuelcan las declaraciones o hechos. Tradicionalmente se lo asimilaba al "asiento material", aunque dicha perspectiva ha cambiado desde hace tiempo, con el avance de los registros en espacios digitales, cuya gran ventaja es la de almacenar enorme cantidad de información si ocupar espacio físico. El Cód. Civ. y Com. dispone en el art. 286 que "la expresión escrita puede tener lugar por instrumentos públicos, o por instrumentos particulares firmados o no firmados, excepto en los casos en que determinada instrumentación sea impuesta. Puede hacerse constar en cualquier soporte, siempre que su contenido sea representado con texto inteligible, aunque su lectura exija medios técnicos". Su fuente inmediata es el art. 263 del Proyecto de 1998.

El Código Civil de Vélez Sarsfield estuvo diagramado en torno al papel, soporte por antonomasia de la época. Sin embargo, la ausencia de prohibición de otros soportes funcionó como una llave a los avances tecnológicos que vinieron tiempo después y que nuestro codificador no pudo conocer ni imaginarse. Aun antes del papel otros soportes tuvieron especial reconocimiento en el derecho comparado como ser las tallas del Código Civil francés (7). Explica Leiva Fernández que las tallas o "tarjas" eran cañas partidas a lo largo, sobre las que se hacían muescas transversales a modo de presentación a cada entrega de mercadería efectuada entre proveedor y adquirente; al momento de efectuar el pago final, se comparaban las tarjas y de esa manera se fijaba el precio definitivo, teniendo en cuenta el número de entregas (8).

Como vimos, la ley actual admite cualquier tipo de soporte; la única condición es que su contenido sea representado con texto inteligible, es decir, que pueda comprenderse, aunque deban utilizarse medios técnicos. Por supuesto que allí se incorpora al soporte electrónico, quien gana terreno frente al papel, ahora también en las actuaciones que se desarrollen ante la Administración pública nacional. La fórmula utilizada por el Código Civil y Comercial, al igual que como ya fue dicho con el Código de Vélez, tampoco prohíbe un tipo de soporte especial y, nuevamente, se nos presenta un enorme dilema en el contraste que muestra la ley civil con respecto al dec. 733/2018. Mientras aquella admite cualquier soporte existente o a existir en el futuro, el decreto del Poder Ejecutivo prohíbe la utilización del soporte papel en todo el ámbito de la administración nacional. Véase que el decreto alude a "documentos, comunicaciones, expedientes, actuaciones, legajos, notificaciones, actos administrativos y procedimientos". El particular se vincula con la Administración y muchas veces, necesita de la Administración para lograr sus fines privados. Por ejemplo, el enajenante de un automotor por boleto de compraventa, si quiere eximirse de responsabilidad civil necesita asentar en el Registro de la Propiedad Automotor el trámite de "denuncia de venta"; los cónyuges que obtengan su sentencia de divorcio querrán anotarla en el Registro de las Personas, lo mismo que cualquier comprador de un bien inmueble querrá cerciorarse del estado de deuda de aquello que pretende adquirir, requiriendo informes a entes recaudadores. El dec. 733/2018 sella la suerte del papel; su loable intención termina siendo el problema. La fórmula amplia del Código Civil y Comercial permite la utilización de cualquier soporte conocido o a conocerse. El decreto nacional obliga al soporte digital y la utilización de firmas electrónicas o digitales, algo que podría resultar vetusto en años venideros, a la luz de rápido desarrollo que nos enseña la tecnología. Ello sin dejar de considerar que, en los hechos, luce como una modificación al art. 286, que de ninguna manera prohíbe al soporte papel.

IV. Instrumentos públicos e instrumentos particulares firmados y no firmados: firma digital y firma electrónica

Como sabemos ya, el Código Civil y Comercial mantiene la clasificación de los instrumentos públicos y particulares, firmados y no firmados. A ello debemos recordar la noción de "monumento", figura no regulada expresamente pero tampoco excluida, como la cosa inmueble representativa de un hecho o acto. A diferencia del monumento, los documentos deben ser cosas muebles, fruto del acto humano, son unívocos. Los instrumentos, noción más acotada del documento, son exclusivamente escritos y tradicionalmente su único soporte ha sido el papel. El instrumento a su vez puede ser público o particular firmado (privado) o no firmado. Entonces, los únicos instrumentos que no requieren firma —como su nombre lo dice— son los particulares no firmados (9).

Dice el art. 290 del Cód. Civ. y Com. que los requisitos de validez de instrumento públicos son dos: la intervención del oficial público en el marco de su competencia territorial y las firmas de las partes —o sus representantes—, quienes podrán hacerlo por sí o a ruego. La letra del artículo pareciera indicar —o hacer referencia— que la firma es manuscrita y así más todavía si cuando al referirse a los testigos del acto, excluye a aquellos que no saben firmar (art. 295 inc. b). Advertimos que esta última limitación no debió haberse impuesto ya que naturalmente pueden admitirse todo tipo de firmas, manuscritas o digitales. Y cierra la posibilidad a la admisión del instrumento público electrónico, con lo que no estamos de acuerdo. Debió haberse previsto —por lo menos— la posibilidad que el oficial público, las partes —o sus representantes— y los testigos que puedan intervenir puedan firmar con firma digital. No vemos cual sería el sentido de la negativa, máxime cuando la firma digital participa —por los caracteres de fiabilidad que vimos párrafos arriba— de la tradicional firma manuscrita.

Pero pensemos que el art. 300 sobre escrituras públicas también está pensando en un protocolo que se conforma en papel y no de manera electrónica. Los términos "folios habilitados", "documentos que se incorporan" y más aún "volúmenes o legajos" que utiliza el Código Civil y Comercial solo pueden estar pensados para un formato de carpeta, registro o archivo físico, no digital. No desconocemos las discusiones que sobre escritura electrónica y/o protocolo electrónico se plantean actualmente en la doctrina notarialista, véase por ejemplo —y en consonancia con lo expuesto— que en la Conclusión XIII-3) de la Comisión de Derecho Notarial de las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil del año 2017, al emitir dictamen respecto del Instrumento Electrónico, resolvió —por unanimidad— que: de acuerdo con la normativa vigente no es posible la implementación de protocolo notarial en soporte digital dado que este no cumpliría con los requisitos establecidos en el art. 300 del Cód. Civ. y Com. (10). Pero más allá de ello, existe una profunda costumbre arraigada en los particulares de contar con "el papel firmado" fruto de la actuación del notario u oficial público que se trate. Planteo el problema de la poco convincente justificación que significa para quien ha desembolsado importantes cantidades de dinero, tiempo y esfuerzo, que finalmente su título de dominio —o cualquier otro derecho real o incluso personal— conste en un instrumento electrónico al cual deba acceder a través de una cuenta personal, con usuario y contraseña y no a través del testimonio o título que para el particular

significa algo así como la verdad sagrada y la absoluta prueba de su derecho, con la seguridad que ello le genera. No queremos imaginarnos las caras de estas personas que tendrían que constatar la existencia de su título en una "nube", en un mail o cualquier sitio web con el cual no esté familiarizado. Por ejemplo, títulos automotores o de inmuebles, estados parcelarios, libretas de familia, certificados de nacimiento, casamiento o defunción, inscripciones de divorcios, etc. —en todos los casos interviene un organismo público—. El error no es de ellos, la costumbre del papel está profundamente arraigada y es difícil imponer otra sin la suficiente concientización previa ni la bastante confianza en los medios tecnológicos existentes. Sin embargo, nos aporta Cosola —con cita de Pérez Clouet— que si bien es cierto que en la actualidad, por no contar con desarrollo tecnológico suficiente, la escritura pública otorgada por las partes y autorizada por el notario en los términos de nuestra legislación, no puede ser reemplazada por la escritura pública electrónica sin comprometer el valor de seguridad jurídica, dicha intervención será siempre la misma, consecuente con su historia y en relación con sus propósitos: afianzar la seguridad jurídica (11).

Una primera lectura del art. 305 pareciera cerrar también la posibilidad de admitir la escritura electrónica, al requerir la impresión digital del otorgante. Sin embargo, en este caso, si la tecnología lo admite, no vemos el inconveniente para que pueda insertarse la impresión digital a través de medios electrónicos. Pensemos en los lectores de huella biométrica, controles de acceso y salida en formato de reloj digital, lectores protectores de PC en formato de USB que permite la lectura de la huella dactilar, con el fin de evitar accesos no autorizados.

Tampoco desconocemos las dificultades que al presente se perciben para que los otorgantes del instrumento público o privado puedan firmar digitalmente, único medio de firma electrónica segura ya que, cumplidas las condiciones impuestas por la ley, goza de la presunción de autenticidad y autoría. Como indica Guini (12), la firma electrónica segura, es avalada por el Estado a través del dictado del dec. 927/2018, que no hace más que convalidar la política de inclusión financiera llevada a cabo por el BCRA, estableciendo los supuestos en los que se puede utilizar una firma electrónica robusta que asegure autoría e integridad del documento.

El Código Civil y Comercial establece que la firma puede consistir en la consignación del nombre del firmante o en un signo (art. 288). Creemos que ambas especies pueden satisfacerse a través de la firma digital, pues no es privativa de la firma manuscrita la posibilidad de expresar el nombre o directamente un signo cualquiera, ilegible. La discriminación del mecanismo electrónico que debe seguirse para colocar la firma digital en el instrumento electrónico es tan ajena al caso como evaluar el proceso mental que indica al firmante como debe escribir su nombre. Lo trascendente resulta identificar el medio a través del cual se firma digital o electrónicamente, si resulta avalado por la normativa legal, si otorga o no seguridad a punto tal de poder considerarse expresión de la voluntad querida y conformidad con el acto o hecho. No importa si se trata de un algoritmo matemático el que permite la suscripción o una actividad intelectual humana.

Lamentablemente aún queda algún resabio de la firma manuscrita exclusiva, que sería el caso del testamento ológrafo. El art. 2477 del Cód. Civ. y Com. impone que deba ser firmado "por la mano misma del testador", frase que advertimos debiera ser revisada en el futuro, ya que veda la posibilidad de existencia del testamento ológrafo electrónico. Si en otras épocas se encontraba justificada la escritura a mano de este tipo de testamento, con la gran variante de claves de seguridad y contraseñas que ofrecen los dispositivos informáticos, creemos que por lo menos debiera discutirse la admisión de aquella figura.

Pero volvamos a lo nuestro. Por ahora el Código Civil y Comercial admite la subsistencia —en la práctica— de cualquier tipo de instrumento, sea en su forma física tradicional, o en la electrónica. La limitación impuesta por el dec. 733/2018 conforma un obstáculo para el mantenimiento del instrumento privado con firmas manuscritas, costumbre profundamente arraigada todavía por varias razones: la practicidad, comodidad y celeridad en su conformación, la ausencia todavía de firma digital entre los particulares —sea en sus relaciones privadas o con la Administración pública—. Creemos que las mismas virtudes se presentan en la firma electrónica; si la administración obliga a la despapelización —por lo menos en su ámbito de actuación, lo que termina por influir necesariamente en los particulares— entonces debiera encausar políticas de concientización hacia ese camino. Mientras tanto el anhelo de la digitalización entera de la actuación administrativa será como ocultar la tierrilla debajo de la alfombra, utilizando métodos de escaneo constante que traduzca el soporte papel en digital, pero que de ninguna manera evita la supresión del papel, más bien obliga a la coexistencia. Es la situación que se plantearía, por caso, a quien otorgue en locación un inmueble a un organismo del Estado: el expediente donde conste el contrato, su aprobación, resoluciones sobre conveniencia, áreas de tesorería, etc., deberá ser electrónico, pero el problema se plantea para el particular locador que no cuente con firma digital y, sin embargo, deba suscribir el contrato, recibos, prórrogas o modificaciones. Y así en infinidad de otros casos. Nos preguntamos si podría recurrir a la firma a ruego o la presencia de testigos (arts. 290, inc. b] y 313 del Cód. Civ. y Com.), ya que se trata de personas que no pueden —o no saben— firmar digitalmente. Con ello entendemos que nos encontramos en una etapa de mixtura entre el instrumento con firma ológrafa y firma digital, que el dec. 733/18 no puede impedir.

V. Eficacia probatoria del documento electrónico

Aun reconociendo la desprolijidad que entraña, nos permitimos empezar por la conclusión: el instrumento electrónico debe tener el mismo valor probatorio que su análogo en formato papel. Ello para despejar cualquier tipo de duda que sobre el tema pueda originarse —por lo menos a nuestro entender— pues una interpretación contraria implicaría atentar y perjudicar contra el sistema que se intenta promulgar. El tema por resolver sería otro: la forma en que el instrumento electrónico se incorpora a la actuación judicial o administrativa. Sobre ello no debiera haber demasiadas diferencias.

Pero no queremos pasar por alto ciertas reglas que ofrece el Código Civil y Comercial sobre el tema en estudio. El art. 296 dice que los instrumentos públicos hacen plena fe en cuanto a que se ha realizado el acto, la fecha, el lugar y los hechos que el oficial público enuncia como cumplidos por él o ante él (hasta que sea declarado falso) y en cuanto al contenido de las declaraciones sobre convenciones, disposiciones, pagos, reconocimientos y enunciaciones de hechos directamente relacionados con el objeto principal de acto instrumentado (hasta que se produzca prueba en contrario). El valor probatorio de las actas

notariales, por su parte, se circunscribe a los hechos que el notario tiene a la vista, a la verificación de su existencia y su estado (art. 312). Por su parte, los instrumentos privados y particulares dependen de la apreciación del juez, ponderando la congruencia entre lo sucedido y 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 (art. 319). Esta última pauta a tener en cuenta refiere indirectamente a la habilidad del soporte electrónico y el procedimiento utilizado para su suscripción.

Pero bueno, sucede que al momento de incorporar el instrumento público o privado al expediente —administrativo o judicial— a través de su digitalización, se han generado —naturales— dudas sobre si el valor probatorio es el mismo o inferior y, ante esta situación, si pese al procedimiento electrónico completo que se ha instaurado, igualmente deben exhibirse los originales, en formato papel. La ley 25.506 norma en su art. 11 que los documentos electrónicos firmados digitalmente y los reproducidos en formato digital firmados digitalmente a partir de originales de primera generación en cualquier otro soporte, también serán considerados originales y poseen, como consecuencia de ello, valor probatorio como tales, según los procedimientos que determine la reglamentación. Es decir, se requiere la firma digital.

A fin de clarificar la cuestión para el particular que se ve necesitado de utilizar instrumentos en formato papel en el expediente electrónico, el dec. 733/2018 prescribe en el art. 2º que en aquellos casos que la normativa anterior prevea la presentación de documentación en papel o el uso de papeles de trabajo, se entenderá que dicho requisito se encuentra cumplido por el uso de documentos o archivos de trabajo digitales en el sistema de Gestión Documental Electrónica (GDE). Dichos procedimientos administrativos deben ser diseñados desde la perspectiva del ciudadano, simplificando y agilizando su tramitación. Según el art. 3º, no puede exigirse en ningún caso la presentación de instrumentos en formato papel y en caso de que el administrado voluntariamente presente un documento en soporte papel, el organismo debe digitalizarlo e incorporarlo al sistema de Gestión Documental Electrónica (GDE) en forma inmediata. El escaneo de documentos —por ejemplo— permite satisfacer con dicha normativa. El art. 5º impone a las entidades y jurisdicciones mencionadas en el art. 1º (las comprendidas en el art. 8º de la ley 24.156 de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional y las contempladas en los incs. b], c] y d] del art. 8º de la ley 24.156 de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional) el deber de promover la recepción de documentación en formato electrónico mediante el Sistema de Gestión Documental Electrónica (GDE).

El proceso de simplificación de los trámites ante la administración obliga a esta a requerirle al ciudadano toda la documentación necesaria una sola vez (art. 4º, dec. 733/2018). Sin embargo, no debemos pasar por alto que el procedimiento y el expediente electrónico conllevan más que ello. Como expone Sosa —refiriéndose al expediente electrónico judicial—, la digitalización del proceso ha dado lugar a la aparición de un nuevo sector vulnerable, conformado por personas desarrolladas bajo la cultura del papel, virtuales discapacitadas tecnológicas que pasan de largo cuando se dobla bruscamente en la esquina del cambio cultural: si desde la reglamentación general y abstracta se lograra el fin no querido de discriminar a ciertos abogados y funcionarios discapacitados tecnológicamente, los jueces en cada caso concreto deberían adoptar "ajustes razonables de procedimiento" (art. 2º, Cód. Civ. y Com.; art. 13.1, ley 26.378) que podrían incluir la excepcional persistencia del soporte papel para ellos durante un lapso de transición diferente a los plazos perentorios impuestos a rajatabla por las reglamentaciones, al menos en algún caso puntual (13). Según Sdbar, este devenir tecnológico demanda de nuestra permanente atención, discusión y reflexión para que la inercia tradicionalista propia de la institución no desemboque en un cambio acrítico (14).

Sin olvidar la "conclusión" con la que hemos dado comienzo al punto y de insistir una vez más en cuanto a que el tema a resolver lo constituye la forma de digitalizar los instrumentos en papel ya existentes y no el valor probatorio del instrumento electrónico —que debe ser análogo al de su semejante en soporte papel— y a modo de ejemplo, Molina Quiroga explica que en el ámbito del derecho privado, el correo electrónico, e incluso cualquier comunicación electrónica, son perfectamente asimilables a la correspondencia epistolar, y su valor probatorio se regirá por las normas aplicables a los instrumentos privados; en caso de tratarse de correo electrónico con certificado de firma digital, en el que la autoridad certificante haya verificado la identidad del titular del certificado, rigen las presunciones establecidas en la ley 25.506 (15).

VI. El Código Civil y Comercial frente a las nuevas tecnologías

Si bien no es el objeto principal de nuestra tarea, trazaremos algunas líneas respecto a cómo se encuentra perfilado el Código Civil y Comercial frente a las llamadas nuevas tecnologías. Se ha hablado de ellas a lo largo de su texto y para variados tópicos, con el rasgo en común de utilizar siempre —o casi siempre— fórmulas amplias para con ello evitar que el avance de dichas tecnologías no torne rápidamente vetustas sus normas. El desarrollo de la tecnología es desigual en comparación con la norma que intenta regularla, aquella siempre va por delante de esta y aunque hoy pudiera tipificarse algunos de sus rasgos, rápidamente quedarían relegados ante un futuro que a medida que se presenta no deja de sorprender. Por ejemplo, en el despacho de la Comisión de Estudiantes de las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil del año 2017, sobre persona física no humana, se dejó aclarado que dos ponencias introdujeron la problemática acerca de la naturaleza del robot o persona electrónica; una ponencia ponderó que el robot es objeto de derecho, sin perjuicio que se los someta a un régimen jurídico especial; la otra conclusión estimó que la persona electrónica, con inteligencia artificial avanzada, merecería ser considerada como persona física no humana (16). De avanzada devienen estos temas para un Código de solo tres años de antigüedad.

Algunos ejemplos más conocidos. No podemos negar que el art. 420, al reglar los requisitos del acta de matrimonio y sus copias, pareciera pensar en el acta bajo formato papel. Sin embargo, tales condiciones pueden ser igualmente cumplidas por un acta electrónica, extremo que debiera pensarse a partir de la sanción del dec. 733/2018. Respecto del acta o libreta de familia del art. 423, dada la arraigada costumbre de contar con ella en soporte físico, podría igualmente expedirse, aunque la actuación conste en un expediente electrónico, con el valor probatorio que ello le confiere.

En lo atinente a los medios de contratación, la nueva ley civil y comercial ha dado especial preponderancia a la modalidad

electrónica, reconociendo con ello el particular fenómeno de celebración de contratos a distancia, concluidos a través de medios informáticos, muchos de ellos, a través de cuentas comerciales que utilizan la carga sincronizada de datos obtenidos a través de redes sociales, carga de datos autorizada por el usuario con el fin de crear el tan ansiado "usuario" que le posibilite contratar. No escapó tampoco a la previsión de la ley que estas variantes aprovechan más que nunca las cláusulas marco, cláusulas negociales predisuestas por quien crea la plataforma electrónica comercial. El art. 985 exige el cumplimiento de los requisitos de comprensibilidad, autosuficiencia y claridad en la redacción de esas cláusulas, cuando sean objeto de contratación telefónica, electrónica o afines.

El art. 1020 corrige la clásica denominación de principio de prueba por escrito por el de principio de prueba instrumental, toda vez que los medios de prueba instrumental que emanen de la contraparte bien pueden constar en asientos electrónicos.

El derecho de consumo como género y el contrato de consumo, su especie, han sabido y debido reconocer la influencia de los medios electrónicos en la conclusión de negocios. Se admiten el medio electrónico como una forma de celebración de contratos a distancia (art. 1105). Una prueba de la apertura en materia tecnológica lo enseña el art. 1106 al equipar el soporte escrito tradicional con el electrónico o, incluso, otra tecnología similar. Se imponen requisitos específicos cuando las partes se valen de comunicación electrónica o similares para la celebración de contratos de consumo a distancia (art. 1107); la información al consumidor debe llegar clara, cierta y detallada, de manera que permita su comprensión (art. 1100; art. 4º, ley 24.240).

Destaca Cao que los medios digitales suministrados por la tecnología permiten reducir los costos de emisión y suministro de la información al consumidor, dentro de los cuales sobresalen los de impresión —en línea con el uso sustentable de los recursos naturales— y los relacionados con el envío postal. Considerando que tal información debe ser garantizada de forma gratuita al usuario y atendiendo a las contrataciones masivas y de adhesión, la reducción de costos —de información— debería redundar en la reducción del precio del bien y/o del servicio, particularmente en sectores productivos de precio o tarifa no regulados (17).

Vale su provisión a través de medios electrónicos (por ejemplo, manuales de uso en formato digital o con indicación del sitio web de donde pueden descargarse), siempre que ello no implique colocar al consumidor en una situación desventajosa. Resulta por demás de usual —y algunas veces molesto— recibir constante publicidad con solo abrir páginas de internet que nada tienen que ver con el producto que se publicita; véase por caso, el corte que sufren las noticias de periódicos digitales, o casi en cualquier video que pueda reproducirse online. Las ofertas recibidas de esta manera —o las invitaciones a ofertar— resultan obligatorias para el oferente mientras pueda visualizarse la publicidad (art. 1108). El consumidor tiene el derecho de revocar los contratos que celebre fuera de los establecimientos comerciales, facultad que puede notificarse al proveedor utilizando este tipo de medio (art. 1112).

Por establecer solo un punto de contacto entre el consumidor y la administración pública, véase que según el art. 56 de la ley 24.240, se entiende que una asociación cumple con la defensa del consumidor cuando su objetivo sea, entre otros, defender y representar los intereses de los consumidores, ante la justicia, autoridad de aplicación y/u otros organismos oficiales o privados. Sin embargo, no parece probable que, por lo menos en una primera etapa de vigencia del dec. 733/2018, se imponga en el consumidor o a la asociación que lo represente o patrocine, la carga de aportar documentación en formato electrónico o poner a su cargo la digitalización. Por el contrario, sería de aplicación plena el art. 3º del decreto.

VII. Conclusiones

El dec. 733/2018 viene a impulsar la tramitación digital completa, remota, simple, automática e instantánea de todos los documentos y expedientes que tramiten ante la Administración pública nacional; sus fines —despapelización, tramitación a distancia, desburocratización del sector público— resultan loables y adaptados a los tiempos que corren.

Sin embargo, a punto que se intente realizar un contraste con el derecho civil, encontramos ciertos desacoples, evidenciados en la amplia admisión de formas y de soportes que regula el Código Civil y Comercial para instrumentar actos y hechos, frente a la limitación expresa del decreto nacional, que solo admite formato digital.

El ciudadano evidencia, en general, falta de preparación para participar del medio electrónico pues en general carece de firma digital; no obstante lo cual se ha utilizado con éxito en su remplazo ciertos sistemas de validación de usuarios y contraseñas, mucho más simples —incluso utilizando datos de redes sociales, previa conformidad del usuario—, que permiten el acceso a diversas plataformas digitales y a partir de allí, realizar los trámites que se deseen.

No perdemos la oportunidad de recordar que pese a ello nos encontramos en un período intermedio, de convivencia entre el papel y lo electrónico. Luego de una larga tradición en instrumentación física, la mayoría de actos y hechos siguen constando en archivos, legajos y folios en formato papel; lo mismo ocurre con el particular, sea que se vincule con otro o con un organismo administrativo, quien —nos imaginamos— durante largo tiempo seguirá desarrollando su vida civil con base en las constancias de instrumentos que obren en papel.

La coexistencia no es más que transitoria. No cabe más que esperar el rápido avance del soporte electrónico por sobre el papel. El Código Civil y Comercial ha sido precavido y le ha dado la importancia que mayormente el tema merece, sin dejar de considerar otras tecnologías que puedan reemplazar, por qué no, el moderno sistema de instrumentación electrónica.

(*) Abogado. Escribano. Docente universitario. Especialista en Derecho Civil. Profesor adjunto de Derecho Privado III, Cátedra 2, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata. Profesor permanente en la Especialización de Derecho Civil, Derecho de la Contratación Actual, Secretaría de Posgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata. Miembro del Instituto de Derecho Civil, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP. Prosecretario de la Excelentísima Cámara II de Apelación, sala III, La Plata, provincia de Buenos Aires, Argentina.

(1) BO del 09/08/2018. Cita online: AR/LEGI/9LPI.

- (2) BACIGALUPI, Carla, "La revolución jurídica digital", RDLSS 2014-19, 01/10/2014, 2015.
- (3) <https://www.csjn.gov.ar/sentencias-acordadas-y-resoluciones/acordadas-de-la-corte-suprema>.
- (4) www.scba.gov.ar.
- (5) Ver GRILLO CIOCCHINI, Pablo A., "Hacia el expediente digital. A paso firme y, más bien, rápido", LA LEY 23/03/2018, 1.
- (6) QUADRI, Gabriel H., "Reglamento para presentaciones por medios electrónicos. Indefiniciones y vaivenes en el sendero hacia el expediente digital", LLBA 2018 (abril), 5.
- (7) Art. 1333 del Cód. Civil francés: "Las tallas correlativas a sus muestras darán fe entre las personas que tengan esa costumbre, de constatar así las provisiones que hagan o reciban con todo detalle"
- (8) LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., "Hacia una nueva concepción de la forma a través del Código Civil", LA LEY 1987-D, 943.
- (9) Ibidem.
- (10) <http://jornadasderechocivil.jursoc.unlp.edu.ar/wp-content/uploads/sites/10/2017/10/COMISION-Nº-10.pdf>.
- (11) COSOLA, Sebastián J., "Los deberes ético notariales", Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008, p. 218.
- (12) GUINI, Leonor, "Nuevas formas de identificación y autenticación en la nueva economía creada por Internet", SJA 06/06/2018, 21.
- (13) SOSA, Toribio, "Queja por denegación de recurso extraordinario federal. ¿Copias en soporte papel o digital?", LA LEY 05/07/2018, 5, LA LEY 2018-C, 543.
- (14) SBDAR, Claudia, "La tecnología en la administración de justicia", LA LEY 09/08/2018, 1.
- (15) MOLINA QUIROGA, Eduardo, "Documentos y comunicaciones electrónicas: su eficacia probatoria a la luz del Código Civil y Comercial", SJA 31/05/2017, p. 36.
- (16) <http://jornadasderechocivil.jursoc.unlp.edu.ar/wp-content/uploads/sites/10/2017/10/COMISION-Nº-14.pdf>.
- (17) CAO, Christian A., "El derecho de información del usuario y consumidor y su eficacia a la luz de las nuevas tecnologías de comunicación. Comentario al dec. 27/2018", ADLA 2018-3, 73.



Información Relacionada

Voces:

ADMINISTRACION PUBLICA ~ INFORMATICA ~ EXPEDIENTE ELECTRONICO ~ INSTRUMENTO PUBLICO ~ INSTRUMENTO PRIVADO ~ FIRMA ~ FIRMA DIGITAL ~ FIRMA ELECTRONICA ~ PRUEBA ~ EFICACIA PROBATORIA ~ UNIFICACION CIVIL Y COMERCIAL ~ CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION ~ CIENCIA Y TECNOLOGIA ~ SIMPLIFICACION DEL TRAMITE ADMINISTRATIVO ~ SISTEMA GESTION DE TRAMITES ~ TRAMITE ADMINISTRATIVO