

UNA NUEVA MIRADA ACERCA DEL VALOR PROBATORIO DEL CORREO ELECTRÓNICO EN PROCESOS DE ÍNDOLE CONTRACTUAL. LA CUESTIÓN DE LA FIRMA

Gastón E. Bielli(*)

Nota al fallo SKILLMEDIA SRL C/ESTUDIO ML S.A. S/ORDINARIO – CÁM. NAC. COM. – SALA D – 07/11/2017 – CITA DIGITAL IUSJU023058E

I – Introito

Al día de la fecha, la informática y las nuevas tecnologías han impactado de forma trascendental en nuestras vidas, dado que es indiscutible que, en la actualidad, formamos parte de la “sociedad de la información”. (1)

La doctrina especializada ha sostenido oportunamente que, a diario, asistimos a la incorporación de la comunicación electrónica a nuestras vidas, en virtud de lo cual se originan nuevas formas de expresión del consentimiento, mediante la digitalización de la voluntad de los sujetos intervinientes -el correlato de la manifestación ha sido transformado en bits-, a lo que se suma la maravillosa versatilidad del documento electrónico para representar prácticamente todo lo representable (imagen, sonido, movimiento).(2)

Conforme a lo precedente, se puede sostener entonces que el envío y la recepción de distintos documentos electrónicos a través de plataformas informáticas, tales como archivos, fotografías, videos y similares, pueden utilizarse como elementos probatorios en un proceso judicial.

De esta manera, aquel sujeto que acude ante el juez a los fines de hacer valer su pretensión podrá someter a la consideración de este último cualquier fuente de prueba electrónica que pueda demostrar un hecho o circunstancia suscitada a través del envío y recepción de mensajes e información dirigidos hacia otro individuo, y de esta forma contar con más elementos sobre los cuales sostener su reclamo y obtener, de ser posible, un resultado positivo en el litigio.

Pues bien, en el año 2017, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal -Sala D- se enfrentó a la tarea de valorar estas nuevas -y no tanto- metodologías de comunicaciones electrónicas, como son los mails, a modo de fuentes probatorias en el marco de un proceso judicial de índole contractual. Nos dedicaremos a continuación al análisis del invocado pronunciamiento.

II – El fallo

El pronunciamiento en comentario se trata de una sentencia dictada por el reseñado tribunal el día 7/11/2017, en el marco de los autos caratulados “Skillmedia SRL c/Estudio ML SA s/ordinario” (Expte. 36208/2015).

Conforme a los antecedentes enunciados a través del pronunciamiento, Estudio ML SA (servicios de recupero de deudas judiciales y extrajudiciales) contrató a Skillmedia SRL (soluciones informáticas) a fin de que esta última le procure un servicio de mensajes de texto masivos.

La relación contractual se desarrolló con normalidad a lo largo de tres años, hasta que en el mes de octubre de 2014 la demandada dejó de abonarle a la actora las facturas emitidas por los servicios prestados, específicamente la que se encontraba bajo el número ..., emitida por un monto de \$ 129.613,16, ya que esta no fue cancelada en forma íntegra y solo se percibió un pago parcial de \$ 11.385,33, y la factura número ..., emitida por un monto de \$ 21.385,33, de la cual no se efectuó pago alguno por la parte demandada en autos.

Es necesario aclarar que dichas facturas en soporte papel fueron digitalizadas y remitidas electrónicamente a la accionada.

Luego de numerosos reclamos insatisfechos vía cartas documento y correos electrónicos, Skillmedia SRL inicia la acción.

Ahora bien, Estudio ML SA efectuó, al contestar la demanda, una negativa minuciosa de los hechos vertidos por la actora, como así también desconoció la documentación traída a juicio; sin embargo, reconoció que existía una relación comercial entre las partes, aunque aclaró que esta relación se cimentó en una serie de pedidos individuales y no en un contrato continuado de plazo indeterminado.

Asimismo, dicha empresa negó haber recepcionado las facturas remitidas vía electrónica por la actora y motivo del reclamo, como así también sostuvo que aquellas, en lo que respecta a su contenido, no se condecían con la realidad de los hechos, dado que no respondieron a ninguna requisitoria de servicios emanada de su parte, y aseverando que oportunamente se había anoticiado a la actora de que se iba a prescindir de sus servicios por haberse encontrado un mejor precio en el mercado.

Por último, la demandada negó también haber realizado un pago parcial por \$ 11.385,33 y desconoció el recibo que lo acreditaría.

En primera instancia se hizo lugar a la demanda incoada por Skillmedia SRL y se condenó a Estudio ML SA a pagar la suma de \$ 139.613,16 más sus intereses y costas, en base a los informes emanados de la pericia contable -mediante la cual se confirmaba la registración tanto de las facturas como del recibo en los libros de la actora, y su total ausencia en los correspondientes a la demandada-, como así también los confeccionados por el perito informático -mediante los cuales se constató que los mails aportados como prueba documental se correspondían con los encontrados en las computadoras de la actora (la demandada no aportó las propias), con lo cual descartó que se tratara de simples impresiones fraguadas-

Contra lo así dispuesto, se alzó la demandada mediante la interposición de un recurso de apelación, alegando tres cuestiones fundamentales: primero, que la accionante no logró demostrar que en efecto se llevaron a cabo los servicios que reflejaban las facturas; segundo, que el tribunal de primera instancia no interpretó correctamente el informe del perito contable, sobre todo en lo atinente a las contradicciones existentes en los asientos de los libros contables de los intervinientes; y tercero, que la prueba atinente al informe del perito informático no se ciñó a lo que realmente establecían los e-mails que se adjuntaron.

En tales condiciones arriban las actuaciones a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, a fin de resolver la apelación articulada por la recurrente. Con relación al primer punto (acerca de la existencia o no de la prestación facturada), los magistrados de la Cámara sostuvieron que todas las negativas vertidas por la demandada se vieron rápidamente desautorizadas por ella misma en la oportunidad de la audiencia prevista en el artículo 360 del Código de rito.

De tal modo, en ese acto procesal se lograron establecer aquellos puntos del litigio que no se encontraban controvertidos y en los que ambas partes concordaban, tales como que el demandante y el demandado se vincularon a través de un convenio verbal por el que la accionante brindaba a su contraparte un servicio de mensajería de textos y esta última debía pagarle lo correspondiente; y que el acuerdo en su fase primaria se llevó a cabo de forma apacible.

Lo sostenido en el párrafo anterior se fundamentó en las narraciones de la demanda, dado que aceptó: i) que efectivamente le fueron enviadas las facturas controvertidas provenientes de la accionada; ii) que dichos instrumentos fueron enviados de forma digital vía e-mail; iii) que el servicio que presta fue debidamente realizado; y iv) que no pagó esas facturas por tratarse de un asunto que no había sido requerido, constituyendo este punto uno de los principales alegatos controvertidos por la contraparte a lo largo de sus defensas.

Dichas aseveraciones, teniendo en consideración el lapso de tiempo por el cual se extendió la relación contractual entre las partes, generaron la suficiente certeza para establecer la existencia de un contrato vinculante, que fue único y diferido en el tiempo. Es decir que no se trató, como lo sostuvo la demandada, de una serie de solicitudes inconexas y autónomas entre sí, sino de un único convenio, el cual era abonado mensualmente.

A su vez, con relación al segundo punto sobre la prueba pericial contable, la letrada reconoció "explícitamente" que en el último tiempo y antes del conflicto era habitual que la empresa Estudio ML SA recibiera vía correo electrónico la facturación de los trabajos prestados por la actora.

Como corolario de lo reseñado, la valoración de dicho actuar procesal emanado de la parte demandada, sumada al criterio hermenéutico de interpretación probatoria empleado sobre los mails intercambiados entre las partes (a lo cual nos referiremos en el apartado correspondiente), generaron la certeza necesaria en los magistrados acerca de la configuración de la relación contractual invocada y la ocurrencia de las prestaciones brindadas, provocando consecuentemente el rechazo del recurso interpuesto y confirmando in totum la sentencia apelada.

III – Valor probatorio de los mails en su carácter de comunicaciones electrónicas. Normativa aplicable

Pues bien, al referirnos a la temática neural del presente trabajo, es decir, a la valoración que se realizó acerca de los intercambios telemáticos suscitados a través de mails correspondidos entre las partes, podemos adelantar, con basamento en el dictamen elaborado por el perito informático sobre dichos documentos electrónicos, que se acreditó con razonable certeza la realidad del intercambio de mensajes electrónicos en los cuales la demandada, representada por Annabella Nielsen, admitió la deuda y se excusó de pagarla por cuestiones internas de la empresa Estudio ML SA.

Para llegar a dicha conclusión, en primer lugar, es necesario analizar la normativa vigente sobre la materia.

1. a) Código Civil y Comercial de la Nación. Admisibilidad probatoria de los mails

El artículo 318 del Código Civil y Comercial de la Nación establece expresamente: “La correspondencia, cualquiera sea el medio empleado para crearla o transmitirla, puede presentarse como prueba por el destinatario, pero la que es confidencial no puede ser utilizada sin consentimiento del remitente. Los terceros no pueden valerse de la correspondencia sin asentimiento del destinatario, y del remitente si es confidencial”.

Según la citada disposición, un e-mail -sin que sea relevante el dispositivo electrónico o digital por el cual se envía- es perfectamente admisible en un proceso judicial como elemento probatorio, por supuesto, cumpliendo previamente los requisitos que exige la prenombrada norma, relativos a que se haya generado de acuerdo con lo que establece el ordenamiento y, además, que el envío y la recepción de los mensajes no sean de índole confidencial. Adicionalmente, en el ámbito de los contratos, estas pruebas pueden presentarse siempre que no existan aspectos confidenciales de una industria, empresa o marca comercial que por su naturaleza no puedan ser revelados.

A continuación, el artículo 319 dice: “El valor probatorio de los instrumentos particulares debe ser apreciado por el juez ponderando, entre otras pautas, 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”.

Como entendemos, el valor probatorio de estas comunicaciones telemáticas deberá ser apreciado por el juzgador a través de estas diversas pautas interconexas entre sí y no de forma separada.

Ahora bien, la doctrina especializada ha sostenido que “las comunicaciones electrónicas, en el marco de la eficacia probatoria que estamos investigando, deben ser intercambios epistolares suscitados únicamente entre las partes, ya que los correos electrónicos que no son propios y que tampoco fueron dirigidos a la dirección de e-mail de quien los ofrece como prueba no pueden acogerse favorablemente al fin probatorio, pues lo contrario resultaría una violación a la intimidad y a la inviolabilidad de la correspondencia privada, conforme al artículo 19 de la Constitución Nacional”.(3)

25506. b) Ley 25506. Firma digital y firma electrónica.

Para continuar con el presente trabajo, es necesario aventurarnos en las conceptualizaciones establecidas en la ley 25506 de firma digital.

Y nosotros ya hemos sostenido oportunamente que la firma digital(4) es una cantidad determinada de algoritmos matemáticos (que se genera a través de un certificado digital emitido por una autoridad certificante licenciada por un órgano público) y que fue creada utilizando para ello una clave privada originada a través de un método de cifrado denominado “criptografía asimétrica”, donde es utilizada, en forma complementaria, una clave pública para verificar que dicha firma digital fue realmente generada utilizando la clave privada correspondiente a la persona titular del certificado digital, siendo esta inserta en un documento digital (donde queda plasmada la voluntad del signatario), revistiéndolo de la correspondiente validez jurídica y demarcando la autenticidad e integridad del documento.(5)

Asimismo, el artículo 5 de la prenombrada normativa señala que la firma electrónica puede entenderse como todos aquellos datos electrónicos que son configurados y sistematizados junto a otros datos electrónicos, de manera que puedan individualizar e identificar al sujeto que la emplea en un instrumento generado por dichos medios, pero que no reviste los requisitos necesarios para ser considerada firma digital.

Aclarado lo anterior, en el entramado normativo argentino, los requisitos para que se configure una firma digital pueden ser establecidos, en resumidas cuentas, de la siguiente forma:

1. i) Que dicha firma digital sea generada durante el lapso de tiempo en que el certificado digital del firmante esté vigente.

2. ii) Que a través de su utilización y empleo se pueda constatar de manera efectiva la información que identifique al signatario (esto se denomina “fase de autenticación”).

iii) Que sea posible convalidar que los datos introducidos en el instrumento digital no han sufrido modificación alguna desde el momento en que fue signado.

1. iv) De conformidad con lo establecido en el artículo 16 de la ley en comentario, es necesario que el certificado de firma digital provenga de una autoridad certificadora que cuente con la debida autorización correspondiente por parte del Estado.

Altmark y Molina Quiroga indican que, en el ordenamiento nacional, se ha preferido la política de registro estatal de los certificadores. Es decir que las autoridades certificadoras deben contar con una autorización emitida por el Estado para poder emitir este tipo de documentos digitales. De tal modo, el empleo de criptografía asimétrica de clave pública que no se encuentre certificada debidamente según los procesos establecidos por el legislador argentino será tenido legalmente como una firma electrónica. (6)

A modo de conclusión sobre este acápite, cuando no se cumplan sistemáticamente las exigencias descritas con anterioridad de manera concurrente, estaremos frente a una firma electrónica, y no así ante una firma digital, y esta circunstancia es sumamente relevante con el objeto de inferir valor probatorio a los intercambios telemáticos ocurridos vía mails, como veremos en los puntos siguientes.

1. c) Código Civil y Comercial de la Nación. Documentos y firmas

Volviendo al entramado del Código Civil y Comercial de la Nación, su artículo 287 contempla expresamente que un instrumento particular puede o no encontrarse firmado. Cuando se vislumbrara en ellos una firma, pasarán a denominarse instrumentos privados, y si, por el contrario, no se vislumbrara aquella, se los conocerá como instrumentos particulares no firmados, arrojando esta clasificación todo elemento sin signatura, bien sean medios impresos, videos, archivos visuales o auditivos, o cualquier otro método contentivo de información.

De igual modo, el artículo 288 eiusdem dispone respecto a los documentos electrónicos que, para garantizar y tener certezas acerca de a quién corresponde la autoría de aquellos, como así también sobre la integridad del documento, serán necesarios la existencia y el empleo de una firma digital, como exacción esencial para este tipo de instrumentos.

De tal modo, en aquellos documentos emanados de vías electrónicas en los que se desee estampar una rúbrica de autoría o manifestación del consentimiento, la exigencia

para su validez queda cumplida únicamente si se emplea una “firma digital” que funja como prueba de quién es el individuo que lo suscribe(7). Destacamos, entonces, que se consolida inexorablemente esta metodología de firma como la única válida para tener por firmados documentos electrónicos.

1. d) Código Civil y Comercial de la Nación. Contratación electrónica

Como es sabido, el comercio electrónico constituye un mecanismo específico de los contratos concluidos a distancia.

Nuestra normativa de fondo vigente recepta expresamente la contratación electrónica a través del artículo 1105, que bien dice: “Contratos celebrados a distancia son aquellos concluidos entre un proveedor y un consumidor con el uso exclusivo de medios de comunicación a distancia, entendiéndose por tales los que pueden ser utilizados sin la presencia física simultánea de las partes contratantes. En especial, se consideran los medios postales, electrónicos, telecomunicaciones, así como servicios de radio, televisión o prensa”.

A su vez, el artículo 1106 establece: “Siempre que en este Código o en leyes especiales se exija que el contrato conste por escrito, este requisito se debe entender satisfecho si el contrato con el consumidor o usuario contiene un soporte electrónico u otra tecnología similar”.

El artículo bajo glosa tiene especial inferencia en relación con el valor probatorio de los contratos electrónicos y su acreditación, al manifestar que, si no se estableciera una forma particular para su correspondiente celebración, las partes tienen la posibilidad de convenir a través de medios electrónicos, como bien ocurre en el caso de la contratación vía mail. Es así que, si el legislador no exige una forma determinada, el contrato podrá ser probado en su forma electrónica, en tanto fue la metodología convencionalmente pactada por las partes con carácter previo a su celebración.

Y, precisamente, en el fallo en comentario nos encontramos ante un contrato celebrado electrónicamente, configurado por intercambios telemáticos vía mail, y que es necesario probar en razón del pleito originado. Veremos en los próximos puntos cómo se comprobó su existencia.

IV – Clases de documentos electrónicos. Los mails y la cuestión de la firma

Asentado lo anterior, Molina Quiroga (8) señala, con agudeza, que luego de la sanción de la ley 25506 podemos distinguir tres clases de documentos electrónicos:

1. a) Los que tienen firma digital, cuyos requisitos de validez establece el artículo 9 de dicha norma, y en la actualidad son de difícil aplicación.
2. b) Los que tienen firma electrónica, que está definida en el artículo 5 de la ley 25506.

3. c) Los que carecen de cualquiera de estos elementos y que el autor define como mensajes “no firmados”, especie compuesta por todos aquellos mensajes de correo electrónico que se envíen sin utilizar métodos de protección de datos.

Conforme a lo dicho, es necesario establecer, en ese orden de ideas, la clase de documento electrónico atribuible a los mails.

Como primer esbozo sobre esta consigna, Bender sostiene que los e-mails, generalmente, no cuentan en su haber con una firma digital, pero sí tienen firma electrónica cuando contienen la identificación del usuario que los envía. En este sentido, es preciso aludir a que la noción de firma electrónica a la que se ha hecho referencia es tan extensa que refiere, posibilita y permite la mera existencia de cualquier dato electrónico contenido en el mensaje y que emplee el sujeto que envía para identificarse frente al receptor (como suele ser comúnmente: su nombre y apellido en la parte inicial o final del correo, un sello, denominación de usuario, signatura digitalizada, o incluso la presencia de la dirección de correo electrónico utilizada para el intercambio, si infiriera algún dato identificatorio del generador, p. ej.: drhernanperez@gmail.com), para ser considerado suscripto electrónicamente.(9)

De las postulaciones analizadas podemos inferir que los correos electrónicos son suscriptos -generalmente- mediante una firma electrónica instaurada por el autor generador de dichos mensajes. Todo conforme a que no existen -generalmente- en estas plataformas certificados digitales concedidos por la autoridad pública nacional que permitan plasmar una firma digital en cada uno de los mensajes remitidos vía mail.

V – Naturaleza jurídica de la firma electrónica como medio de identificación. Análisis del valor probatorio de los mails

Aseveramos que en los casos en que el signatario haya asociado algún dato al mensaje que esté destinado inequívocamente a identificarlo, ello puede ser considerado firma electrónica en los términos del artículo 5 de la ley de firma digital, siempre y cuando, o bien sea reconocida por el signatario, o bien quien la alega consiga acreditar su validez. (10)

Y siguiendo estas líneas, agregamos que la firma electrónica -en su génesis- es una forma de identificar, no una forma de consentir. (11)

Como paso previo a la remisión de cualquier mail, es necesario fundar la cuenta de correo electrónico. Y para procurar este objetivo, su titular debe ingresar todos los datos identificatorios que le son requeridos por la plataforma y, a su vez, crear una denominación para su casilla, que será ligada y vinculada a su identificación conforme a esos datos insertos oportunamente.

Es en razón de esta consideración que no vemos sustancialmente necesario el hecho de tener que insertar una firma identificatoria tipeada, firma ológrafa digitalizada o membrete al pie del cuerpo de un correo electrónico como requisito obligatorio para la configuración de dicha metodología de suscripción electrónica, en este tipo de intercambios comunicacionales. (12)

La identificación del titular de la cuenta que hace las veces de emisor de una determinada comunicación electrónica vía mail bien puede efectuarse sin necesidad de una firma (en el sentido conceptual tradicional) inserta al final del mensaje.

En resumidas cuentas, para que se configure un “simple mail” o “mail sin firma”, es decir, sin una rúbrica digital y/o electrónica, es necesario que aquel no posea ningún tipo de dato electrónico identificatorio que permita tomar conocimiento de quién es su autor y que, a su vez, sea remitido desde una casilla de correo que posea una denominación no identificable (p. ej.: 111abc@gmail.com).(13)

Cada vez que accedemos a internet de uno u otro modo estamos empleando firmas electrónicas. Así, por ejemplo, si tomamos la aplicación de mensajería instantánea WhatsApp, la identificación del sujeto, autor de los mensajes remitidos al receptor, puede deducirse -entre otros elementos- mediante el número telefónico y el código IMEI que se encuentran asociados a la cuenta de usuario perteneciente al dispositivo electrónico desde donde emanan los mensajes, aun cuando no exista una rúbrica expresa del emisor al final de cada envío de texto remitido (por costumbre de uso general, ningún usuario coloca su nombre y apellido propios al final de cada mensaje que remite).

Ahora bien, el fallo “Bieniauskas”(14) ha sido muy revelador en lo que respecta a las presentes cuestiones, dado que en este pronunciamiento se adujo que las claves que se emplean en los cajeros automáticos pueden entenderse como una firma electrónica, según lo dispuesto en el artículo 5 de la ley 25506, las cuales normalmente suelen ser empleadas en muchas otras operaciones de índole económica, producto del fenómeno conocido como “bancarización”. Resulta relevante que estas claves bancarias, a las que se hace referencia, son utilizadas a diario como un medio para identificar al usuario con el fin de que pueda acceder a los servicios que prestan las instituciones bancarias.

También en el caso “Bieniauskas” se hace alusión a que incluso otras claves que usamos para acceder a alguna página web y disfrutar de algún servicio, bien sea de naturaleza pública o privada, son reconocidas como una firma electrónica, con todas las consecuencias que ello implica y que ya han sido ampliamente explicadas, por cuanto individualizan y permiten conocer quién es el sujeto que accede, y al identificarlo se le permite navegar y realizar las tareas o disfrutar de los servicios que presta, manteniendo los criterios de seguridad y privacidad que requiere la naturaleza de la prestación que se utiliza.

Y agregamos que, de igual modo, dicha firma permite atribuir las responsabilidades que correspondan por uso indebido del servicio o trasgresión de alguna de las normas que regulan su actividad.

En efecto, en el caso de marras nos encontramos con un instrumento particular no firmado que representaría las voluntades negociales de las partes. Y podemos considerar a dicho documento como un “documento escrito”, dado que es la “fijación sobre un soporte físico de un mensaje en un lenguaje destinado a la comunicación y a mantenerse en el tiempo”.(15)

Pues bien, para el caso de los mails suscriptos mediante la tecnología de firma electrónica, aseveramos que dichos elementos deben ser considerados como documentos electrónicos suscriptos (ya que “técnicamente” sí poseen una firma electrónica) y como instrumentos particulares no firmados en lo que hace a la especificidad normativa, en razón de que esta metodología de firma no está reconocida en el Código Civil y Comercial de la Nación.

Y, efectivamente, los correos electrónicos constituyen una fuente de prueba, ya que a través de esta metodología de comunicaciones generadas por vía electrónica se produce un intercambio de información, se suscitan conflictos y se generan contenidos que eventualmente puede ser necesario evidenciar dentro de un pleito judicial. Es el dato electrónico del cual las partes intentarán valerse a fin de crear la necesaria convicción del juzgador sobre la ocurrencia o no de un hecho controvertido.(16)

Estos documentos revisten admisibilidad probatoria al constituir un principio de prueba por escrito, que deberá ser valorado en conjunto con todas las demás probanzas producidas.

VI – Principio de prueba por escrito o principio de prueba instrumental

El artículo 1020 del Código Civil y Comercial establece: “Los contratos en los cuales la formalidad es requerida a los fines probatorios pueden ser probados por otros medios, inclusive por testigos, si hay imposibilidad de obtener la prueba de haber sido cumplida la formalidad o si existe principio de prueba instrumental, o comienzo de ejecución. Se considera principio de prueba instrumental cualquier instrumento que emane de la otra parte, de su causante o de parte interesada en el asunto, que haga verosímil la existencia del contrato”.

La doctrina considera un principio de prueba por escrito a cualquier documento existente, público o privado, que emane del adversario, o de parte interesada en el asunto, y que haga verosímil el hecho litigioso.(17)

Esta acepción era denominada anteriormente por el derogado Código Civil como “principio de prueba por escrito”, expresiones que son análogas y tienen el mismo alcance que el “principio de prueba instrumental” actual.(18)

En ese andarivel es posible señalar que el principio de prueba no es un medio de prueba en sí mismo, toda vez que con él no se prueba per se la existencia del contrato, sino que solo se prueba la verosimilitud de su existencia. Si la parte cuenta con el principio de prueba, al intentar demostrar la existencia del contrato podrá valerse de todo otro medio de prueba.(19)

Y siguiendo estas reflexiones, podemos concluir que cuando tratamos a los correos electrónicos como fuente de prueba, nos encontramos ante un elemento probatorio de carácter indiciario y complejo, dado que requiere de una producción conexas y acumulativa de pruebas para verificar su veracidad, integridad, autenticidad y contenido, con el objeto de que pueda procurar formar convicción en el juez.

VII – Conclusiones vinculadas a la validez probatoria de estas fuentes. Lo resuelto en el fallo. Reflexiones finales

En el caso de marras, los magistrados señalaron, efectuando diversas citas jurisprudenciales: “no es posible negar valor probatorio a tal correo electrónico. Es que si bien, como regla, no puede asignarse valor probatorio a un correo electrónico que no cumple con los requisitos de los artículos 2 y 5 de la ley 25506 sobre ‘firma digital’, ya que el elemento de autenticación o certificación es un requisito esencial en la formación del denominado documento electrónico, lo cierto es que no existe impedimento para que, en ciertos casos, igualmente pueda ponderárselo como medio de prueba cuando su contenido aparece verosímil de acuerdo a las restantes pruebas del proceso y la sana crítica”.

Como podemos entrever a partir de la cita invocada, se enfatizó que dichos mails carecían tanto de firma digital (ausencia de certificado digital otorgado por autoridad pública que permita verificar la integridad y autenticidad de los contenidos) como así también de una firma electrónica (es decir, un conjunto de datos electrónicos enlazados entre sí, utilizado por el signatario como su medio de identificación).

Coincidimos con la primera aseveración, pero no así con la segunda.

Con relación al primer punto, y como fácil es advertir, no cabe duda de que, ante la ausencia de certificados digitales emitidos por la autoridad pública, no podemos decir que estamos frente a una firma digital.

Con relación al segundo punto, resaltamos nuevamente que, bajo nuestra óptica, la firma electrónica -en su génesis- es una técnica para identificar, no una forma de consentir(20). Y por lo esbozado en los acápites establecidos supra no vemos necesario el hecho de tener que insertar una firma identificatoria al final del cuerpo del mensaje, como sí lo haríamos si estuviéramos ante el concepto y aplicación tradicional de la firma ológrafa.

En el caso en cuestión, mediante el informe del perito informático fue posible verificar y establecer que los e-mails enviados y recibidos, y que fueron incorporados al proceso como prueba documental, partieron de la casilla electrónica de las partes involucradas, pues se encontraban comprendidos la dirección de dominio de la empresa accionada, el servidor usado para tal fin y su correspondiente asociación a su dirección IP.

Todo lo anterior permitió concluir que, en efecto, existieron correos generados y remitidos por la accionada.

Pues bien, esa denominación de la casilla de correo electrónico (que incluye el nombre propio de la representante y, a su vez, la sigla del estudio jurídico de la accionada), a la cual se ingresa mediante un usuario y una clave en el marco de un ecosistema digital -en principio seguro-, es indudablemente una firma electrónica en su carácter de metodología de identificación, dado que se encuentra comprendida dentro del conjunto de datos electrónicos a los que se refiere la ley 25506 en su artículo 5, y consecuentemente se produce un indicio (generador de mayor o menor certeza, pero indicio al fin) que permite atribuirle una cierta o mera autoría a ese mensaje electrónico constituido a través de un mail.

Enfatizamos nuevamente que no es necesario visualizar una rúbrica (en el sentido estricto) colocada al final del cuerpo del correo electrónico remitido para tener por configurada una firma electrónica, sino que es posible constatar la existencia de este método de suscripción mediante la presencia de datos electrónicos insertos en el documento que permitan identificar al autor de la comunicación, como sucede en el caso de marras a través de la denominación propia de la casilla de mail.

Aunque la determinación de dichos documentos electrónicos procurada en el fallo haya sido correcta -instrumento particular no firmado- y, consecuentemente, es un principio de prueba por escrito pasible de constituir una presunción judicial, consideramos en base a lo esbozado que se tendría que haber arribado a la misma conclusión, pero a través de otro camino.

Como dijimos, los correos electrónicos poseen -generalmente y desde un punto de vista técnico- una firma electrónica.

Al tener una firma electrónica -conforme a las numerosas razones delineadas en este trabajo-, estos documentos electrónicos debieron haberse considerado como instrumentos particulares no firmados, pero no por la causal invocada por los magistrados (ausencia total de firma), ya que existía una firma electrónica emergente de los datos electrónicos insertos en el documento.

Pero esta metodología de firma no se encuentra consagrada como un mecanismo de suscripción plenamente válido para estos instrumentos generados

electrónicamente (conf. art. 288, CCyCo., que confirma expresamente a la firma digital como la única metodología válida).

Sin perjuicio de ello, e independientemente del camino utilizado para alcanzar la conclusión arribada, aplaudimos el valor probatorio que se le atribuyó a estos intercambios comunicacionales, dado que, en resumidas cuentas, aquel resulta ciertamente innegable(21), revistiendo estos intercambios comunicacionales suscriptos electrónicamente el carácter de instrumentos particulares no firmados(22) que configuran un principio de prueba por escrito(23) y, consecuentemente -en relación con el carácter indiciario de este tipo de prueba-, una posible presunción judicial acerca de la ocurrencia o no de determinado hecho o acto jurídico. Es así que deberá acreditarse la autenticidad, contenido e integridad de aquellos a través de todos los medios probatorios complementarios disponibles según la normativa de forma (prueba documental, testimonial, pericial informática, reconocimiento judicial, de informes, entre otros) a fin de procurar la necesaria certeza en el juzgador.

El desarrollo y el avance de la tecnología han hecho que cada vez sean menos utilizados los sistemas tradicionales de correo postal, siendo sustituidos por instrumentos tecnológicos y electrónicos por los cuales es posible constatar la ocurrencia de hechos u actos jurídicos generados mediante intercambio de mensajes, archivos, imágenes y videos, bien sea a través de correos electrónicos o bien a través de aplicaciones como WhatsApp, Instagram, Facebook, Messenger (en lo que respecta a los módulos de mensajería propios de estas), entre otros, los cuales pueden ser incorporados como pruebas en un litigio en el que sus intervinientes requieran de su utilización a fin de hacer valer sus pretensiones.

Notas:

(*) Abogado (UNLZ). Especialista en Derecho Procesal Informático. Presidente de la Comisión de Derecho Informático (Colegio de Abogados de Lomas de Zamora)

(1) Bielli, Gastón E. y Nizzo, Andrés L.: "Derecho procesal informático" – LL – 2017 – pág. 10

(2) Quadri, Gabriel H.: "Prueba electrónica: medios en particular", en Camps, Carlos E.: "Tratado de derecho procesal electrónico" – Ed. AbeledoPerrot – Bs. As. – 2015 – págs. 577/741

(3) Molina Quiroga, Eduardo: "La prueba en medios digitales" – Microjuris.com del 28/10/2013 – MJ-DOC-6479-AR – MJD6479

(4) Art. 2, L. 25506 – "Se considera firma digital al 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”

(5) Bielli, Gastón E. y Nizzo, Andrés L.: “Derecho procesal informático” – LL – 2017 – pág. 79

(6) Altmark, Daniel R. y Molina Quiroga, Eduardo: “Tratado de derecho informático” – LL – 2012 – pág. 586

(7) Granero, H. R.: “Validez -o no- de los documentos electrónicos sin firma digital en el Código Civil y Comercial de la Nación” – elDial del 25/8/2015 – DC1FAD

(8) Molina Quiroga, Eduardo: “Eficacia probatoria de los correos y comunicaciones electrónicas” – elDial.com del 18/7/2013 – DC1AED

(9) Bender, Agustín: “Validez probatoria del correo electrónico en la jurisprudencia y en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación” – elDial.com del 10/4/2013 – DC1A33

(10) En este sentido, la ley modelo de la CNUDMI establece que “Por firma electrónica se entenderán los datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos, o adjuntados o lógicamente asociados al mismo, que puedan ser utilizados para identificar al firmante en relación con el mensaje e indicar que el firmante aprueba la información recogida en el mensaje de datos”

(11) Rosales, F.: “WhatsApp como prueba en juicio” – Recuperado de notariofranciscosales.com

(12) P. ej., tipear mi nombre propio al pie del cuerpo de un correo electrónico

(13) Algunos doctrinarios, como Luz Clara, van un poco más allá de esta cuestión, sosteniendo que si se practicara una pericia informática y se estableciera la identidad del autor de dicha correspondencia, se debería considerar que - pese a la ausencia de dato electrónico visualizable en el cuerpo del mail o denominación de casilla de correo atribuible- dichos instrumentos están firmados electrónicamente, en el caso de que la pericia arrojará certeza sobre un dato electrónico vinculable a la persona generadora, como puede ser, p. ej., la dirección de IP desde donde se remitió la comunicación

(14) “Bieniauskas, Carlos c/Banco de la Ciudad de Buenos Aires” – CNCom. – Sala D – 15/5/2008 – Cita digital IUSJU058123C

(15) Stiglitz, Rubén S.: “Contratos por adhesión, contratos de consumo y cláusulas abusivas” – LL AR/DOC/2850/2015

- (16) Bielli, Gastón E.: "Los mensajes de WhatsApp y su acreditación en el proceso civil" – LL del 29/10/2018 – LL AR/DOC/1962/2018
- (17) Spota, Alberto G. y Leiva Fernández, Luis F. P.: "Instituciones de derecho civil. Contratos" – 2ª ed. – LL – Bs. As. – 2009 – T. III – N° 513 – pág. 247
- (18) El derogado art. 209 del CCo. prescribía que "Se considera principio de prueba por escrito cualquier documento público o privado que emana del adversario, de su autor o de parte interesada en la contestación o que tendría interés si viviera"
- (19) Leiva Fernández, Luis F. P., en Alterini, Jorge H. (Dir.): "Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético" – 2ª ed. – LL – Bs. As. – T. V – pág. 325
- (20) Rosales, F.: "WhatsApp como prueba en juicio" – Recuperado de notariofranciscorosales.com
- (21) Chayer, H. M.; Goldfeld, Agustín G. y Ventura, Damián E.: "Una nueva categoría de instrumento jurídico: el documento digital firmado digitalmente" – ED del 7/8/2002 – págs. 1/5; ED del 8/8/2002 – págs. 1/4; y ED del 15/11/2002 – págs. 1/4. Altmark, Daniel R.: "Una modificación sustancial al Código Civil" – Revista Abogados – Colegio Público de Abogados de la Capital Federal – N° 63 – febrero/2003 – págs. 50/2
- (22) Alterini, Juan M.: "Prueba, responsabilidad y derecho informático" – LL 2003-E-1155
- (23) Chiappini, Julio: "Valor probatorio del e-mail" – DJ del 25/8/2010; Somer, Marcela P.; "Leone, Jorge N. c/Maqueira, Jorge S." – CNCiv. – Sala I – 11/8/2005; "Marby SACIFIA c/ThyssenKrupp Stahlunion GMBH" – CNCom. – Sala C – 17/4/2008; "Unión del Sur Calzados SA c/Salvarregui, Nicolás s/ordinario" – CNCom. – Sala E – 28/11/2008; "Bunker Diseños SA c/IBM Argentina SA" – CNCom. – Sala D – 2/3/2010