

Una adecuada distinción entre la firma electrónica y digital y el rol funcional de la forma en sus aspectos probatorio y de titularización

Néstor D. Lamber

RESUMEN

El autor desarrolla una clara distinción (tal como hace el fallo en análisis) entre firma digital y firma electrónica, así como sus diferentes efectos, fundamentalmente en cuanto a sus aspectos probatorio y ejecutorio. La celeridad de los negocios no pasa únicamente por la etapa de formación, sino que el ordenamiento legal confiere, ante el cumplimiento de determinados ritos, una especial potestad al titular del derecho de pedir su ejecución por el órgano judicial, presumiendo la existencia del mismo, ello sin necesidad de su validación *ex post facto* por el juez. En tal sentido, en este comentario se refuta el habitual denuedo de la forma como una traba burocrática que detiene la circulación de los bienes y los negocios (aquí, en el comercio electrónico). Asimismo, no deja pasar la oportunidad de remarcar también la distinción entre la firma digital y la ológrafa notarialmente certificada, haciendo referencia a la modificación del Decreto 182/2019 y a las acciones que dieron lugar a su modificación, incoadas por instituciones notariales. Ello atento a lo que refiere como una tendencia de interpretación doctrinaria de asimilar el instrumento con firma ológrafa certificada notarialmente al documento en soporte electrónico con firma digital.

PALABRAS CLAVE

Firma; firma digital; firma electrónica; firma ológrafa; artículo 288 CCCN; firma certificada notarialmente; Decreto 182/2019; presunción de autoría e integridad; forma y prueba.

Fechas de recepción y aceptación

28/2/2020 - 28/3/2020

Sumario: 1. Introducción. 2. Firma electrónica y digital. 3. El documento notarial digital: el acto público y la forma como justicia preventiva. 4. Bibliografía. 5. Texto completo del fallo comentado.

1. Introducción

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial número 23, en sentencia del 14 de febrero de 2020, *in re* “Wenance SA c/ Gamboa, Sonia Alejandra s/ ejecuti-



vo”,¹ rechaza la preparación de la vía ejecutiva de un mutuo celebrado por una *fnitech*² con una persona humana en soporte electrónico mediante una plataforma electrónica, digital o informática, con aplicación de una firma electrónica y no digital, en una justa distinción entre ambas firmas y la función de la forma documental en su aspecto probatorio –que requiere una necesaria acreditación y verificación bajo la sana crítica judicial posterior– y en su aspecto de título eficaz para su ejecución o ejecutoriedad inmediata del derecho representado en su contenido –que requiere la imposición legal de autosuficiencia con la especial acreditación *ex ante* desde su celebración–, como sucede con los títulos ejecutivos, títulos valores, societarios, inmobiliarios, entre otros.

La forma suele denostarse en el mundo digital como una traba burocrática, de exceso ritual, que detiene la circulación de los bienes y los negocios en el comercio electrónico. En el sistema jurídico nacional, la forma legal impuesta es excepcional frente al principio de libertad de formas establecido en la legislación, pero en su concepción vulgar suelen confundirse dos aspectos de ella:

- a) El aspecto **probatorio**, donde rigen los principios generales de la teoría de la prueba propia del derecho procesal y todo elemento es valorado para llegar a la convicción del juez, que en un proceso ordinario puede apreciar y aceptar bajo las reglas de razonabilidad y sana crítica, y que en el particular se refiere a todos los instrumentos, firmados o no: particulares, privados o públicos.
- b) El aspecto **ejecutorio** del derecho titularizado, donde la ley, en ciertos casos, ha impuesto el cumplimiento de un rito para poder hacer valer, ejercer o ejecutar el mismo de modo autosuficiente, directamente por los sujetos, sin que sea imperiosa la validación judicial *ex post* para tener eficacia; y, en estos últimos instrumentos (privados o públicos), la firma es indispensable para demostrar la existencia de la voluntad jurígena de obligarse, transmitir, adquirir, modificar, renunciar o extinguir el derecho representado como objeto documental, destinado especialmente a terceros ajenos a los otorgantes.

Esta distinción de la función documental se refleja en el fallo en comentario y se plasma en los argumentos de S. S. cuando explica que la ley, en estos casos, admite una limitación de excepciones procedimentales y verificación judicial en los juicios más expeditos. Ello es consecuencia de la búsqueda de agilizar y dar celeridad a los negocios al permitir la ejecución o ejecutoriedad del derecho por su acreedor o *accipiens* sin previa intervención judicial. En estos casos, el ordenamiento legal le confiere una especial potestad al titular del derecho personal o real no ya de probar su derecho sino de pedir su ejecución por el órgano judicial, presumiendo la existencia del mismo, así como la de transferirlo sin necesidad de su validación por el juez.

Esta eficacia del título ejecutorio y ejecutivo permite, en lugar de limitar el comercio, por el contrario, favorecerlo. Se diferencia netamente del aspecto probatorio, en que la firma y la forma pueden verse como una limitación en la celeridad del proceso ordinario, donde el juez necesariamente debe apreciar la prueba. Por ello, no debe confundirse la exigencia formal de los títulos, que de no cumplirse la impuesta no se puede

1. *Revista Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, La Ley, abril 2020, cita online AR/JUR/135/2020.

2. [N. del E.: empresa que opera mediante *financial technology* –tecnología financiera–; consiste en la aplicación de nuevas tecnologías a actividades financieras y de inversión].

ejecutar o ejercer el derecho del modo previsto, pero sí pueden tener otro efecto,³ con el efecto de los instrumentos en el proceso en que siempre podrán ser admitidos para probar el acto representado a través de diversos medios de prueba, aun careciendo de firma (art. 319 del [Código Civil y Comercial](#) [en adelante, “CCCN”]).

En la instancia de la etapa de la prueba, la falta de un requisito formal parecería que pudiese pensarse como una limitación ritual excesiva, pero en este aspecto funcional siempre se estará ante la posible convalidación o admisión de la sana crítica judicial, con el especial respeto de la bilateralidad del proceso y el debido derecho de defensa de todos los litigantes. En el aspecto de titulación, el documento se genera para ser tenido por válido y eficaz, en principio, fuera de la labor jurisdiccional, y solo en caso de incumplimiento recurrir a ella; en el aspecto de eficacia probatoria, en principio, está destinada a la actividad jurisdiccional.

2. Firma electrónica y digital

La distinción entre la firma electrónica y digital que trataremos es de carácter jurídico y tiene por objeto satisfacer la aplicación y explicación de diferentes efectos de los instrumentos creados por los ciudadanos, del mismo modo que se le reconoce eficacia jurídica a la firma ológrafa, como también podría ser a los sellos o, en el ámbito del derecho público, a señales de un semáforo o al papel moneda. La jueza del caso da cuenta de las diferentes posturas de la doctrina especializada en materia de derecho informático, donde hay divergencias respecto de si solo la firma digital satisface el requisito de firma de los instrumentos conforme al artículo 288 CCCN o si tanto ella como la electrónica lo satisfacen.

La discrepancia nace de un concepto previo a la clasificación jurídica, ámbito en el cual la firma digital es una especie del género firma electrónica. Ambas firmas comparten esta relación de género a especie y están constituidas por un procedimiento matemático suficientemente seguro en el consenso técnico internacional de especialistas en las ciencias informáticas, que requiere información de conocimiento exclusivo del firmante y bajo su control, susceptible de verificación simultánea por terceros, que permita identificación del autor e integridad del documento.⁴ Ese mecanismo se representa en un documento electrónico (denominado certificado) que se agrega, embebe, adiciona al documento electrónico firmado, integrando un nuevo documento, pudiendo incluso ser un metadato del mismo. En el ámbito de la ciencia informática, no hay diferencia en su naturaleza u ontología, donde se puede establecer su mayor o menor avance desde la óptica de las nuevas tecnologías, y, en consecuencia, allí no habría razón para distinguir la firma digital reconocida en los artículos 2 y 3 de la [Ley 25506 de Firma Digital](#) (LFD)

3. De conformidad con el art. 294, 2º párrafo, del Código Civil y Comercial, una escritura pública con defectos formales no tendrá la eficacia de los instrumentos públicos, pero sí tendrá los de un instrumento privado si fue firmada por las partes, e incluso puede obligar a otorgar la escritura pública con el artículo 1018 del Código Civil y Comercial.

4. MOLINA QUIROGA, Eduardo, “Documento y firma electrónicos o digitales”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 10/11/2008 (t. 2008-F), cita online AR/DOC/2859/2008.

y 288 CCCN de cualquier firma electrónica avanzada,⁵ que de acuerdo a este consenso técnico-científico asegure la autoría e integridad del documento.

Las terminologías propias de la ciencia informática y de la ciencia jurídica nos obligan a una prevención cuando el mismo término tiene acepciones distintas en su conceptualización técnica en cada una ellas, dificultando una labor hermenéutica ágil: por ejemplo, en el ámbito del derecho, la naturaleza de la firma electrónica o digital constituida por este procedimiento (firma) tiene más similitud con un sello –digital– que con una firma, y el “sello de tiempo” de las nuevas tecnología tiene más que ver con el requisito de fecha que de sello. Por ello, la ley no entra en esas consideraciones y tanto la Ley 25506 como el CCCN ordenan que la firma digital satisface el requisito de firma y respetan la terminología de las nuevas tecnologías pero no haciendo juicio de valor sobre su naturaleza o conceptualización; solo regulan los efectos jurídicos de este procedimiento matemático como satisfactorio de los mismos efectos que la firma ológrafa. La distinción a tener en cuenta es legal y se funda en que el sistema jurídico nacional ha optado por admitir la eficacia jurídica de firma no a todos los certificados de firma electrónica –sin importar si son avanzados y creados por uno de los gigantes de la informatización, o no, creados por el más pequeño de los emprendedores locales– sino solo a aquellos certificados de firma electrónica generados por las personas autorizadas por las autoridades de registro de los entes licenciados autorizados por la Jefatura de Gabinete de Ministros del Poder Ejecutivo Nacional (p.ej., la Oficina Nacional de Tecnologías de Información [ONTI]: firma digital con dispositivo criptográfico externo; o la Secretaría de Modernización Administrativa:⁶ firma digital remota).⁷

Parte de la doctrina especializada encuentra fundamento a la equiparación de los efectos legales de la firma electrónica avanzada con la digital en la frase final del artículo 288 CCCN: “el requisito de firma de una persona queda satisfecho si se utiliza una firma digital, que asegure indubitablemente la autoría e integridad del documento”. Y así, valiéndose solo de la última frase y de la denominación como “firma electrónica” del artículo 5 LFD del procedimiento matemático sin reconocimiento por la autoridad delegada por el Estado, arriban a su equiparación. Sin embargo, esta última norma concluye diferenciando los efectos jurídicos de la firma electrónica de los de la digital al establecer que en caso ser desconocida corresponde a quien la invoca acreditar su validez. En cambio, los artículos 7 y 8 LFD establecen la presunción de autoría del titular del certificado digital y de la integridad del documento electrónico cuando sea aplicada esta firma y no la electrónica, aunque sea avanzada.

Claramente, la firma electrónica, de ser desconocida, necesitará una acreditación, prueba por quien la invoca. En el caso en comentario, al presentarse al Juez para iniciar un proceso ejecutivo o de preparación de vía ejecutiva, S. S. no puede tener por presunta la autoría e integridad al no ser una firma digital con los efectos de los citados artículos 7 y 8 LFD, dado que los títulos de derechos deben ser autosuficientes para tener efectos

5. En el derecho comparado, algunas legislaciones reservan el término *firma electrónica avanzada* para la que nuestra ley denomina “firma digital”, es decir, con reconocimiento por el Estado.

6. Secretaría de Modernización Administrativa de la Secretaría de Gobierno de Modernización de la Jefatura de Gabinete de Ministros.

7. Decreto 182/2019.

de tales; y, como su destino excede el marco de las partes, quien la invoca (actor) debe demostrar la autoría –y, en su caso, integridad– ante terceros que no necesitan previamente desconocer la firma –como lo es el juez– y ante quienes siempre debe acreditarse por un instrumento jurídico que les sea oponible. Esta eficacia ante terceros de las relaciones y situaciones jurídicas es lo que justifica la regulación legal de la firma. Es necesario un parámetro legal especial que supere el principio de convencionalidad entre partes que pueden admitir todo medio de acreditación de autoría e imputación jurídica entre sí, pero ante el resto deberán hacerlo con la forma (método o modo) admitido por el sistema jurídico.

Al sancionarse el artículo 288 CCCN en 2015, la LFD ya llevaba casi catorce años de vigencia. En el [proyecto](#) del código civil y comercial, este artículo no especificaba la exigencia de firma digital y bastaba la parte final redactada: asegurar presunción de autoría e integridad; pero en la revisión de la Comisión Bicameral se incluyó la expresa limitación a la firma digital, en concordancia con el artículo 77 del [Código Penal](#), al hacer la equiparación de la firma solo con la digital. En la LFD estas dos firmas tiene efectos distintos, es decir, en el derecho se diferencian entre sí, y el legislador optó a conciencia por mantener esta distinción, acierto que se nota en el fallo en comentario, donde se imponen distintos procesos para cada caso.

El otro inconveniente de admitir la asimilación es: ¿cuándo se trata de una firma electrónica avanzada que equivale a la digital?, ¿quién puede responder esa pregunta en el ámbito del derecho?; lo que lleva a que se deba tener una declaración judicial de certeza en cada caso o, como bien señala S. S. en el caso, un juicio ordinario, lo cual conduce al mayor rigor procedimental que cuando se ha aplicado simplemente la firma digital.

Nótese que la amplitud de prueba es propia del proceso ordinario, donde el instrumento tiene su funcionalidad probatoria prioritariamente. En cambio, en el proceso ejecutivo se requiere un título que sea tal sin necesidad de la amplia actividad probatoria que importaría “ordinarizar” el proceso ejecutivo, como dice el fallo; y la necesidad de la firma digital para este no puede ser suplida por la electrónica. Las señaladas cuestiones pragmáticas son las que demuestran la utilidad de la clasificación jurídica y, a la vez, su justificación de exigir y distinguir la firma digital y no la genérica electrónica, sin perjuicio de que el acreedor siempre podrá acreditar en el proceso ordinario la eficacia de la última, respetando el pleno derecho de defensa del deudor y, como estima S. S., a la vez consumidor.

El fallo en comentario dice

... para concluir que existe un instrumento particular firmado mediante una firma que no fuera “digital”, según la interpretación más amplia, sería necesario demostrar previamente a la luz del citado art. 288, como recién lo destacué, si el mecanismo implementado asegura indubitablemente la autoría e integridad del documento, lo cual requeriría la realización de un peritaje informático –quebrando la secuencia natural del proceso ejecutivo– destinado a pronunciarse sobre el procedimiento técnico aplicado para la creación de la firma electrónica invocada que se habría empleado en este contrato de mutuo electrónico y si en particular si ese procedimiento asegura aquellos dos aspectos (no incluyo al pagaré porque, aunque se lo menciona, no se funda en él esta acción). Solo así –esto es, realizado el peritaje– se podría estar en condiciones de tener por satisfecho el requisito de firma, indispensable no solo para el emplazamiento ejecutivo sino también para la preparación

de esta vía previa, pues de lo contrario, también en este caso, estaríamos en presencia de un instrumento particular no firmado...

En consecuencia, refleja el principio de que la firma electrónica del documento electrónico requiere el reconocimiento judicial de su suficiencia para ser equiparada a la digital y la ológrafa.

En el ámbito extrajudicial, cobra especial importancia para la clasificación de la teoría general del instrumento el principio de equivalencia funcional del instrumento electrónico o digital con el celebrado en soporte papel con firma ológrafa (arts. 286-288 CCCN, y arts. 3 y 6 LFD), por el cual podemos sostener que:

- a) Son instrumentos particulares los generados en soporte papel no firmado o con signos que no cumplen los recaudos de firma con eficacia jurídica, y en soporte electrónico sin aplicación de método de autoría alguno o con firma electrónica no reconocida judicialmente, con el valor probatorio previsto en el artículo 319 CCCN.
- b) Son instrumentos privados tanto los suscriptos con firma ológrafa como con aplicación de firma digital según el soporte documental elegido.⁸
- c) Son instrumentos privados con certificación notarial de firma –con los efectos del segundo párrafo del artículo 314 CCCN– tanto los suscriptos ológrafamente con certificación notarial en soporte papel como los que tiene aplicación de firma digital certificada digitalmente por notario.
- d) Son instrumentos públicos los autorizados o certificados por notario/a u oficial público competente con aplicación de su firma digital.

El artículo 7 de la [Ley 27446](#)⁹ y el artículo 4 del [Decreto 182/2019](#) con carácter excepcional regulan la satisfacción de los efectos del requisito de firma en instrumentos administrativos o judiciales generados a través de sistemas de gestión documental electrónica públicos, por la función de interoperabilidad de sus diversos sistemas informáticos y archivos, eximiéndose el Estado de cumplir con el requisito de firma, solo limitado a esos ecosistemas digitales o subsistemas jurídicos, donde ante estos procedimientos informáticos en el ámbito del sector público es el propio Estado el que se obliga en caso de utilizarlos. Pero esta posibilidad es ajena al caso en análisis y la propia ley citada, que reforma la LFD, no llega a calificarlo como firma sino como un reconocimiento automático de eficacia y validez probatoria.¹⁰

La [Ley 27444](#) –que, junto con la [27446](#), incluyó algunas de las normas del frustrado [Decreto de Necesidad y Urgencia 27/2018](#)– trata de establecer una serie de ex-

8. De conformidad con SC de Buenos Aires, 8/2/2017, “Carnevale, Cosme Omar c/ Provincia de Buenos Aires s/ pretensión indemnizatoria. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley”, Ac. 74.409 [N. del E.: ver [aquí](#); fuente SCBA; última consulta: 27/4/2020]: “en los instrumentos generados por medios electrónicos el requisito de firma queda satisfecho si se utiliza firma digital (art. 288, segundo párrafo, CCC)”. En mismo sentido: Juzg. 1^a Inst. Civ. y Com. N° 2 de Azul, 26/9/2018, “H. V. A. y otro/a c/ Poder Judicial - Suprema Corte de Justicia s/ daños y perj. Resp. del Estado (Ejerc. Prof. Funcionarios)” (elDial.com, cita AAAC11).

9. [N. del E.: modificatoria de la LFD].

10. Ver LAMBER, Néstor D., “Reconocimiento automático de validez y eficacia del documento electrónico por la interoperabilidad en los sistemas de gestión documental de los poderes del Estado”, en *Anales de Legislación Argentina*, Buenos Aires, La Ley, t. 2020-1, cita online AR/DOC/2768/2019.

cepciones especiales para el comercio electrónico, como en el contrato de tarjeta de crédito, admitiendo la firma digitalizada (*sign pad*), y, para los títulos cartulares y cheque electrónico, la opción entre la firma electrónica que asegure indubitablemente la autoría e integridad y la digital, pero no da una satisfactoria solución a la dificultad de determinar cuándo una firma electrónica es lo suficientemente avanzada para satisfacer tales características, antes señalada en el fallo. En este orden de ideas, la firma con eficacia jurídica de obligarse como elemento constitutivo del instrumento en soporte electrónico como título suficiente para la ejecución (pagaré), o para la previa preparación de la vía ejecutiva (mutuo), se relaciona con los dichos del fallo en cuanto a que “los títulos ejecutivos son siempre de origen legal”, es decir, tienen su causa fuente en la ley, como lo señala en la cita a Guasp.

Por su lado, Micelli y Moia, al analizar la eficacia del *echeq*,¹¹ luego de expresar que “el funcionamiento de este innovador instrumento se sostiene por una nueva previsión contractual que deberá incorporarse a los contratos de cuenta corriente bancaria, conforme lo expresa el art. 2° de la Comunicación en estudio”¹² –remitiendo al principio de convencionalidad más que de legalidad–, señala el problema de que

... ante el incumplimiento de un *echeq*, y en el marco de su ejecución cambiaria, no se encontrarán en la misma posición probatoria aquel beneficiario que cuente con un “*echeq* con firma digital” a la de aquel que cuenta con un “*echeq* con firma electrónica”, dado que en el caso de su desconocimiento deberá recurrir a pruebas informáticas para acreditar su validez (arg. art. 5°, *in fine*, ley 25506). Resultarían aquí aplicables las amplias posibilidades probatorias que el Código Civil y Comercial consagra. *A contrario sensu*, si estamos ante la conformación de un *echeq* mediante firma digital, se aplicarán las presunciones de los arts. 7° y 8° de la ley 25506, de ese modo se cumpliría acabadamente con las exigencias de justificar la existencia de la declaración de voluntad y la integridad del instrumento, que exige la comunicación del BCRA.¹³

La misma duda sobre la plena eficacia en el *echeq* cabe para los restantes títulos valores, como el pagaré, sobre el que no se expide la jueza en el caso por no haber sido base de la acción pero que, creemos, adolece de la misma insuficiencia, en cuanto requiere la ordinarización del proceso para la acreditación de los extremos de satisfacción de la suficiente aptitud del procedimiento para asegurar presunción de autoría e integridad del documento y, en consecuencia, la mayor seguridad jurídica que tendrán en el ámbito nacional para la circulación negocial y transmisión de estos títulos electrónicos cuando cuenten con firma digital.

11. Cheque generado y/o transmitido por medios electrónicos. Establecido en la Ley 27444 y reglamentado por la Comunicación “A” 6578 del Banco Central de la República Argentina (1/10/2018). Debe tenerse presente que esta ley prevé expresamente la firma electrónica o digital tanto para el cheque como para el pagaré y la letra de cambio, pero no para el mutuo.

12. MICELLI, María I. y Moia, Ángel L., “Los cheques electrónicos: recaudos, alternativas y funcionamiento del nuevo ‘echeq’”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 1/3/2019 (t. 2019-A), cita online AR/DOC/442/2019.

13. *Ibidem*.

3. El documento notarial digital: el acto público y la forma como justicia preventiva

El fallo en comentario trae una referencia que demuestra la imperiosa necesidad de desvirtuar un mito que no coincide con la actual realidad del notariado, que es su asimilación al soporte papel y a la falta de adopción de nuevas tecnologías como si se está haciendo. Dice la jueza del caso, para demostrar que todo el proceso no fue regulado previendo documentos electrónicos:

Pero también, cuando al referirse a los documentos de naturaleza ejecutiva, se aludió a instrumentos privados con firma certificada notarialmente, hipótesis que presuponía necesariamente en aquel entonces, la existencia de un soporte documental papel y firmas ológrafas, que habilitasen a la indicada intervención de un escribano.

Si bien S. S. aclara “en aquel entonces”, el notariado debe dejar en claro ante la sociedad que el escribano/a hoy en día puede certificar tanto firmas ológrafas en documentos en soporte papel como digitales en soportes electrónicos, así como también puede certificar la reproducción de documentos nativos electrónicos o digitalizados, o expedir testimonios de escrituras públicas en soportes electrónicos con firma digital, incluidos poderes y actas para presentar en expedientes judiciales electrónicos. Los sistemas y aplicativos existentes, como el GEDONO en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la Plataforma de Gestión Documental Notarial en la Provincia de Buenos Aires –a cargo de los respectivos colegios de escribanos por su facultad legal de generar los folios respectivos–, hoy en día hacen efectiva esta posibilidad de circulación en el mundo digital de todos estos documentos públicos notariales con la misma eficacia que sus equivalentes en el mundo real o analógico.

Existe una tendencia de interpretación en una parte de la doctrina especializada, basada en la seguridad informática, de asimilar el instrumento con firma ológrafa certificada notarialmente al documento en soporte electrónico con firma digital, como lo hacía el originario artículo 2 del anexo I del [Decreto 182/2019](#) al establecer que la firma digital satisfacía los requisitos de la certificación de firma, luego **rectificado** por el [Decreto 774/2019](#), en que se limita solo “a todo trámite efectuado por el interesado ante la Administración Pública Nacional, centralizada y descentralizada”.

La modificación del decreto reglamentario de la LDF se hizo en el contexto del trámite judicial de los amparos presentados por el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires y por el Consejo Federal del Notariado Argentino, y admitida su procedencia por el Juzgado Federal en lo Civil y Comercial N° 5 de la Capital Federal. Las pretensiones se fundaron, entre otros argumentos, en:

- Que la norma original del Decreto 182/2019 no podía modificar el artículo 314 CCCN, que solo admite el reconocimiento del contenido del instrumento cuando cuente con firmas certificadas notarialmente o al ser reconocidas en instancia judicial posterior.
- Que el Poder Ejecutivo Nacional asumió facultades de derecho procedimental en cuanto a la reglamentación del modo de expedición de la certificación de firmas por los órganos delegados por el Estado local, reservadas por las Provincias y la Ciudad Autónoma en la Constitución Nacional, donde la ley federal solo es

competente para indicar cuándo se requiere certificación de la firma, y la ley local determina cómo se realiza y expide.

- Que la certificación es un acto público y, como tal, requiere la intervención de un notario u oficial público que aprecie en alguna medida el aspecto subjetivo del acto instrumentado, lo que no ocurre con la firma digital, que solo se limita a verificar el procedimiento informático con independencia de las circunstancias particulares y de hecho del acto específico.

La modificación introducida por el Decreto 774/2019 impone una delimitación que excluye la equiparación directa de la firma digital con la certificación de firma del ámbito privado y jurídico en general pero sin dejar de lado la terminología confusa en la materia.¹⁴ En rigor, debe encontrarse su fundamento en la misma razón señalada *ut supra* con respecto al reconocimiento de validez y eficacia de los documentos generados en sistemas de gestión documental electrónica del Estado, limitado a esos ecosistemas y ámbitos de la administración pública nacional en este caso (art 7 Ley 27446 y art 1 Decreto 182/2019). No se trata de una verdadera certificación de firma sino de la renuncia por el receptor (administración pública) de exigirla. Al igual que en el comentario de la Ley 27446, no se califica si es o no firma, aquí no interesa si es o no una verdadera certificación; en ambos casos, el Estado se exime a sí mismo de estar al ordenamiento civil para sus relaciones con los ciudadanos en esa relación dispar de imposición propia de la doctrina administrativa del “hecho del príncipe”.

Cabe detenerse en los argumentos de las organizaciones notariales del país y en la razón de ser de la certificación notarial de firmas que confiere el reconocimiento del contenido del documento firmado desde su celebración (*ex ante*) en los términos de la segunda parte del artículo 314 CCCN, por incorporar un acto público notarial al acto privado, lo que no sucede con la aplicación de firmas digitales por las partes. El valor y eficacia de la certificación notarial solo se obtendrá si el documento es reconocido por un acto jurisdiccional posterior, que suple el acto público. En los casos en que la ley no exige el mayor rigor formal, basta el instrumento privado, pero los interesados pueden optar por tener también el reconocimiento de su contenido si además de otorgar el acto jurídico adicionan un acto público ante un escribano/a para certificar su firma. En la estructura del instrumento privado con certificación notarial conviven y se unen dos actos:

- a) El jurídico, privado, celebrado por las partes y que tiene por virtualidad la expresión de obligarse en el ámbito del derecho.
- b) Otro público, donde un tercero con funciones públicas delegadas por el Estado aprecia el discernimiento y aptitud del firmante con relación al acto requerido, la falta ostensible de vicios de su voluntad, el lugar y momento de suscripción, el carácter en que interviene y la acreditación de las facultades de

14. Ver PÉREZ, Eduardo A., “Instrumentos electrónicos: ¿es equivalente la firma digital a la firma ológrafa certificada?”, en *Anales de Legislación Argentina*, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 2020-1, cita online AR/DOC/3854/2019. El autor, antes de concluir que el Decreto 774/2019 viene a intentar remedar y conciliar el supuesto de reglamentación excesiva del art 2 anexo I del Decreto 182/2019, entiende que “ahora, la afinidad queda limitada al trámite que el interesado pudiere efectuar ante la administración pública nacional, centralizada o descentralizada”.

representación y la personería en caso de ser una persona jurídica. Incluso, en algunas provincias, se prevé un somero control de vicios de nulidades absolutas notoriamente manifiestas y ostensibles si surgen de modo destacado en el instrumento privado, sin llegar a constituir un control de legalidad propio de las escrituras públicas.

Nótese la conveniencia de certificar notarialmente firmas digitales de los representantes orgánicos o apoderados de personas jurídicas e incluso, en el caso en análisis, la insuficiencia de la firma digital si la demandada hubiera sido una persona jurídica. Por más que la persona humana que la representa hubiere dicho serlo, esta firma digital solo presumiría la autoría de la expresión de su voluntad personal pero no hubiera acreditado la atribución de los efectos de modo directo en la esfera jurídica del representado. Se debería acreditar en el proceso judicial la personería, representación orgánica o poderes de la misma. Lo mismo ocurriría en instancias extrajudiciales en su actuación en nombre y representación de la persona jurídica ante cualquier tercero ante quien se quisiera oponer o hacer valer el documento. Siempre se debería acompañar al mismo todos los otros documentos acreditantes de su personería y representación autenticados para ser valorados por el receptor, delegando así en éstos –por ejemplo, el empleado bancario– su valoración por carecer de un acto público al respecto.

El acto público importa una valoración acotada de determinados elementos que superan la mera presunción de atribución de autoría al titular del certificado digital por su mero uso: si lo hizo voluntariamente, si tenía discernimiento relacionado al acto, si fue el titular o quien le sustrajo la contraseña quien lo uso, o si se configuró un supuesto de abuso de confianza –como cuando impropriamente se le da a otro la contraseña de acceso al sector restringido de la Administración Federal de Ingresos Públicos para hacer una declaración jurada de cierta complejidad y luego este la utiliza para otro destino– (firma electrónica con la eficacia y validez del art 7 de la Ley 27446). En esencia, el acto público importa la intermediación de quien ejerce la función notarial con la persona y el acto, lo que no sucede en la verificación de la firma digital, donde el reconocimiento de la función delegada es solo al momento de otorgar el certificado de firma digital en abstracto o genérico, pero ajeno al acto jurídico en particular instrumentado y al momento de su firma o suscripción. Hete aquí dos funciones delegadas por el Estado claramente diferentes, la notarial junto al acto particular y la de la autoridad de registro de firma digital ajena a la actuación específica con efectos jurídicos de la persona.¹⁵ Por ello, el hecho de tener firma digital no convierte al acto en público, lo que es palmario en la exigencia de las incompatibilidades para intervenir el escribano/a en interés propio o de las personas vinculadas con él (enunciadas en el art 291 CCCN). Lógicamente, el firmante con aplicación de firma digital actúa en interés propio, por lo cual su uso no

15. En el mismo sentido, PÉREZ, Eduardo A., ob. cit. (cfr. nota 14), dice: “Podemos discutir en otra oportunidad si la asimilación de la firma digital a la ológrafa es o no justa. Es evidente que la firma digital engendra un proceso mucho más complejo que la que proviene de la propia mano del firmante. La firma digital deber ser respaldada por un certificado digital, entendiéndose este como el documento firmado digitalmente por un certificador, que vincula los datos de verificación de firma con su titular (art. 13 LFD). El inconveniente radica en que la certificación lo es con respecto a la firma digital, no del momento en que dicha firma se inserta al documento. En el momento no existe entidad certificante, de ahí la sustancial diferencia con la firma ológrafa certificada en la que sí, participa una entidad fedataria”. (El destacado en nuestro).

puede equipararse ni a los efectos ni a las responsabilidades impuestas al ejercicio de una función pública.

La aplicación de la firma digital también pone al firmante en la posibilidad de firmar sin abrir el documento, lo cual, si bien hace a su responsabilidad de completa lectura (acto propio), nos enfrenta a cuestionamientos de conductas de la parte fuerte en una relación de consumo, a los que se suma la limitación en la falta de completa comprensión adecuada de largas –y no siempre claras– cláusulas de términos y condiciones de uso de las aplicaciones generadoras de estos documentos electrónicos.

En el caso en comentario, con relación al mutuo de la *fintech* con una persona humana, S. S. expresa sus razonables prevenciones:

Máxime cuando con este tipo de plataformas [...] se estarán canalizando operaciones de crédito para consumo sujetas a las específicas reglas de orden público de la ley consumeril (art. 65, ley 24240), entre ellas, las presunciones que debieran interpretarse a favor de los eventuales deudores-consumidores (art. 3 y 37, también ley 24240).¹⁶

En esto se devela la importancia que hemos señalado de la forma como medio de justicia preventiva, donde, si bien se debe estar a la celeridad del negocio, no puede perderse de vista que la forma está impuesta para la protección de ciertos intereses y efectivización del derecho de defensa, que para una sociedad tienen más importancia. El orden jurídico, entonces, requiere para estas situaciones una mayor labor de conciencia y cuidado en la decisión por el alcance de sus efectos o la lesión de derechos relacionados con la dignidad de la persona humana o el derecho de defensa mismo. La forma ya no es un estorbo en sí mismo, sino el medio que busca obligar a la persona humana a detenerse para obtener una mayor reflexión sobre el acto a realizar, como lo hace la Ley de Defensa del Consumidor al imponer la doble aceptación en ciertos contratos de consumo. Por eso, el rigor formal no se impone en todas las situaciones jurídicas sino solo en aquellas que para una sociedad determinada tienen una especial trascendencia axiológica.

La forma y, a veces, la exigencia de una certificación notarial de firma le imponen implícitamente al firmante la necesidad de repensar el acto, dado que si la ley le exige ir al escribano/a es por algo; impone un plus, advirtiendo que se está ante un acto de mayor trascendencia y deber de analizar con detenimiento; en el caso del mutuo en cuestión: su capacidad de pago, intereses compensatorio y moratorio, el tribunal designado, que el domicilio no esté en blanco, etc. Así, la forma deja de ser solo el sustento instituido para la prueba o constituir el título, sino que además se constituye en un medio de prevención, de dar una posibilidad más de pensar a quien se va a obligar, contribuyendo a la justicia preventiva.

En el caso particular, la acreedora pudo haber previsto asegurar la eficacia de la aceptación de la persona humana con la certificación notarial digital de su firma ológrafa en soporte papel por escribano/a, que también digitaliza ese instrumento y certifica notarialmente tanto su firma ológrafa como su reproducción en este soporte, expidiendo un folio notarial digital al efecto, que contiene embebido el instrumento privado con firma certificada digitalizado –como es práctica utilizada y admitida en los contratos

16. [N. del E.: ver Ley 24240 de Defensa del Consumidor].

constitutivos de sociedades por acciones simplificadas (SAS)–, para luego “subir” este documento electrónico con firma digital del notario/a a la plataforma digital particular. Así, se hubiera cumplido en forma incuestionable con todos los recaudos de firma del artículo 288 CCCN en un documento digitalizado con plena eficacia y seguridad jurídica, imbuido además de celeridad y seguridad informática propia del documento digital, con aptitud para ser incorporado a la plataforma informática utilizada.

4. Bibliografía

- LAMBER, Néstor D., “Reconocimiento automático de validez y eficacia del documento electrónico por la interoperabilidad en los sistemas de gestión documental de los poderes del Estado”, en *Anales de Legislación Argentina*, Buenos Aires, La Ley, t. 2020-1, cita online AR/DOC/2768/2019.
- MICELLI, María I. y Moia, Ángel L., “Los cheques electrónicos: recaudos, alternativas y funcionamiento del nuevo ‘echeq’”, La Ley, Buenos Aires, en *La Ley*, 1/3/2019 (t. 2019-A), cita online AR/DOC/442/2019.
- MOLINA QUIROGA, Eduardo, “Documento y firma electrónicos o digitales”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 10/11/2008 (t. 2008-F), cita online AR/DOC/2859/2008.
- PÉREZ, Eduardo A., “Instrumentos electrónicos: ¿es equivalente la firma digital a la firma ológrafa certificada?”, en *Anales de Legislación Argentina*, Buenos Aires, La Ley, t. 2020-1, cita online AR/DOC/3854/2019.

Jurisprudencia:

- Juzg. 1ª Inst. Civ. y Com. N° 2 de Azul, 26/9/2018, “H. V. A. y otro/a c/ Poder Judicial - Suprema Corte de Justicia s/ daños y perj. Resp. del Estado (Ejerc. Prof. Funcionarios)”.
- Juzg. Civ. y Com. Federal N° 5 de la Capital Federal, 24/9/2019, “Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires c/ Estado Nacional Jefatura de Gabinete de Ministros s/ incidente de medida cautelar”.
- Juzg. Nac. 1ª Inst. Com. N° 23, 14/2/2020, “Wenance SA c/ Gamboa, Sonia Alejandra s/ ejecutivo”.
- SC de Buenos Aires, 8/2/2017, “Carnevale, Cosme Omar c/ Provincia de Buenos Aires s/ pretensión indemnizatoria. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley”, Ac. 74.409.

5. Texto completo del fallo comentado

1ª Instancia. Buenos Aires, febrero 14 de 2020.

I. Por presentado, parte y por constituido el domicilio procesal indicado. Asimismo, se tiene por constituido el domicilio electrónico, el cual ya ha sido vinculado al sistema web Lex-100 con los alcances enunciados en la Resolución 71/2014 dictada por la Excma. Cámara Comercial y la Acordada 3/15 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

II. No obstante no sea admisible el planteo referido a que la presente acción deba ser entendida como de monto indeterminado a los efectos del cálculo de la tasa de justicia, esto último, puesto que el art. 2 de la ley 23.898 no comprende en su redacción la distinción que se pretende, dirigida a descartar la existencia de valor económico ponderable en el marco de la preparación de la vía ejecutiva pese a basarse en invocados documentos de los que debiera surgir una deuda líquida y exigible, atento el monto reclamado, fecha en que se identificó la mora y la suma ingresada como tasa por monto indeterminado, se la tendrá por satisfecha en base a la constancia de fs. 3.

III. Se tienen presentes las autorizaciones conferidas.

IV. Se agrega el bono correspondiente al derecho fijo establecido por el art. 51, inciso d de la ley 23.187.

V. Autos y vistos:

1. Se presentó la sociedad Wenance SA pretendiendo la preparación de la vía ejecutiva contra Sonia Alejandra Gamboa, en base a sostener que esta última había contraído un préstamo en el marco de una plataforma de otorgamiento de créditos informática y que tras el pago de unas cuotas había entrado en mora.

En apoyo de su reclamo, dio precisiones sobre el mercado tecnológico de Fintech, distinguió la firma electrónica que invoca de la firma digital, describió la operación concertada con su contraria y el funcionamiento del sistema empleado y, finalmente, justificó en derecho las razones de porqué debía darse curso a su planteo. Sin embargo, se reservó el derecho de accionar por la vía ordinaria. Ofreció como prueba las impresiones del mutuo, de ciertas actuaciones que habrían corrido sobre la plataforma informática en cuestión, de un pagaré generado por el mismo medio técnico y una constancia que daría cuenta de la entrega de las sumas dadas en mutuo.

2. Por lo pronto, encuentro oportuno poner de relieve que la categoría de los títulos ejecutivos siempre tiene origen legal.

Ha sido expresado, en tal sentido, que no todo el que busca una manifestación de voluntad ejecutiva del juez puede acudir directamente a ella; hace falta un motivo en que haya de apoyarse la reclamación y ese motivo tiene su origen en la ley. (conf. Guasp, J., Derecho Procesal Civil, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 168, t. II, p. 207).

Es la ley la que define en qué casos, para hacer más rápida la tutela de derechos, corresponde otorgar habilidad ejecutiva a determinados documentos.

De ahí que, si nos encontramos frente a un documento incluido entre aquellos a los que la ley le reconoce tal habilidad ejecutiva, no sea en principio posible que la simple voluntad de las partes tenga la eficacia de privar de ella a los títulos que tienen reconocido esa habilidad. Y entre las características que atraviesan a todos los títulos con vocación de ser ejecutivos, debe poder verificarse su suficiencia y bastarse a sí mismos, conteniendo, por un lado, la indicación precisa del acreedor y deudor de la obligación, y, además, la expresión líquida o fácilmente liquidable de una deuda que debe ser exigible.

La ausencia de alguno de estos elementos lo hace devenir en inhábil o, en su caso, provoca que el reclamo del cobro de ese crédito deba tramitarse por otra vía. (conf. CNCom., en pleno, “Barrio Cerrado Los Pilares c. Alvarez, Vicente J. A. s/ ejecutivo”, 04/05/2015).

Con esta perspectiva, tanto la invocación de un mutuo y más aún de un pagaré, habitualmente nos enfrentaría a documentos que prima facie la ley de rito les reconocería habilidad ejecutiva, o al menos en el primero de los documentos referidos, la posibilidad de preparar esa vía en caso de no encontrarse notarialmente certificada la firma de quien se pretenda ejecutar (art. 523, incisos 2º y 5º y art. 525, inciso 1º, en ambos casos, del Código Procesal).

Pero no puede pasar inadvertido, teniendo en cuenta la particularidad del caso que nos ocupa, que esto último es así dentro de un diseño procesal que no tuvo en cuenta las nuevas tecnologías a las que en el futuro se iban a enfrentar los justiciables al concertar vínculos jurídicos y reclamar derechos derivados de esas relaciones, hoy reconocidas expresamente en el Cód. Civ. y Comercial, en diversas leyes especiales (vgr Ley de Firma Digital, Nº 25.506; Leyes de simplificación y desburocratización para el desarrollo productivo de la Nación, Nº 27.444 y 27.446; ver modificaciones sufridas por la Ley de Tarjeta de Crédito, Ley de Cheque y decreto-ley 5969/1963) y numerosas reglamentaciones administrativas (ver, por ejemplo, Comunicaciones del BCRA “A” 6068, 6071, 6072, 6112), realidad que entonces autoriza a aseverar, que ese diseño del juicio ejecutivo –o su paso previo en los

casos que hubiese que prepararse la vía ejecutiva—presupuso, como única posibilidad, que la firma que se le fuera a atribuir al deudor sea una de naturaleza ológrafa. Ello parece haber sido así, a punto tal que la última modificación sustancial que sufrió la legislación procesal mediante la ley 25.488 fue anterior a la sanción de la Ley 25.506 de Firma Digital, reconociéndose recién con esta última norma nuevas alternativas para atribuir la autoría de instrumentos privados diversas de la mencionada firma ológrafa, pero equiparables a esta. Las certezas sobre que esa fue la mirada del legislador no parece presentar mayor controversia, bien que no solo por el hecho lógico de que la anterior codificación no previera en su regulación del acto jurídico otro tipo de soporte documental que no fuera el papel y otra firma que no fuera la ológrafa. En este sentido, puede observarse puntualmente de la ley de rito, que al regular el procedimiento posterior al desconocimiento de una firma en el marco de la preparación de la vía ejecutiva o al establecer las defensas posibles ante una intimación de pago, en forma consistente con lo recién destacado, estableció la necesidad de que sea realizado un peritaje que, aunque sin mencionarlo expresamente, solo podría dar lugar a interpretar que sería de naturaleza caligráfica, siendo que iba poder tener por objeto solo una firma ológrafa. Así cabe concluir, a partir de la exigencia de que el deudor deba comparecer personalmente a reconocer la firma que se le está atribuyendo, en proceder cuya necesidad solo podría explicarse en el caso de la exhibición de una firma ológrafa inserta en un documento plasmado en soporte papel. Pero también, cuando al referirse a los documentos con naturaleza ejecutiva, se aludió a instrumentos privados con firma certificada notarialmente, hipótesis que suponía necesariamente en aquel entonces, la existencia de un soporte documental papel y firmas ológrafas que habilitasen la indicada intervención de un escribano.

¿Significa esto que una realidad hoy cotidiana en el uso de la tecnología para lo concreción de vínculos jurídicos no habilite ante la ausencia de soporte papel y de una firma ológrafa, la posibilidad de reclamos ejecutivos como el que se pretende?

En mi parecer, la respuesta no debería ser necesariamente negativa, en la medida que los jueces, en uso de facultades ordenatorias y de dirección del proceso, estemos en condiciones de adecuar las reglas procesales a esos usos tecnológicos, que en la actualidad se encuentran receptados en la legislación sustancial (Masciotra, Mario, Poderes-deberes del juez en el proceso civil, Astrea, Buenos Aires, 2014, ps. 20/25, 134/138 y 151/153; arg. art. 531 del Código Procesal).

El punto central que encierra el planteo a despacho, gira en torno a la noción de “firma”, pues no obstante haya destacado que el diseño del proceso ejecutivo se afinó en la “firma ológrafa”, el legislador ha reconocido la equivalencia de aquella con la firma digital en los términos que surgen del art. 3º de la ley 25.506, pero también a la luz de lo establecido en los arts. 286, 287 y 288 del Cód. Civil y Comercial, que en tanto normas sustanciales relativas a la teoría del acto jurídico, no habilitaría a que su eficacia se vea relegada debido a las inadecuaciones procedimentales que pudieran existir.

La primera pregunta que se impone responder, ante la intención de la peticionaria de preparar la vía ejecutiva mediante el procedimiento previsto en el art. 526 respecto de un mutuo que habría sido gestionado sobre una plataforma digital, es si, en los hechos, cuando se alude a la existencia de una supuesta “firma electrónica” se puede concluir que la invocada operación está exhibiendo una firma en los términos del art. 288 del Cód. Civ. y Comercial, o si en este marco ejecutivo, solo puede ser tenida como un “instrumento particular no firmado” (art. 287, segundo párrafo, Cód. Civ. y Comercial).

Es que, con independencia de que la Ley de Firma Digital también reconoce a la “firma electrónica” definiéndola como “... 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...”, el art. 288 de citado código, al establecer que “... [e]n los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza una firma digital, que asegure indubitavelmente la autoría e integridad del instrumento...”, está poniendo en evidencia, se entienda o no que comprendió en su ámbito de aplicación a la firma electrónica u otras tecnologías y no solo la digital –aspecto sobre el que seguidamente daré algunas precisiones–, que el codificador para admitir esa equivalencia con la firma ológrafa, de modo genérico, adicionó como pauta valorativa la necesidad de efectuar un análisis sobre el procedimiento técnico de generación de la firma y una evaluación sobre los grados de seguridad que brinda, en tanto para ser reconocida con la eficacia de importar una exteriorización de voluntad, debería asegurarse “indubitavelmente la autoría e integridad del instrumento” (Bielli, Gastón E. - Ordoñez, Carlos J., *La prueba electrónica. Teoría y práctica*, LA LEY, Buenos Aires, 2019, ps. 364/365).

El sentido de tal inteligencia no debiera extrañar a poco que se observa que, como la propia peticionaria lo ha hecho en su escrito inaugural, la “firma digital” y la “firma electrónica” son nociones que legalmente deben distinguirse, pues solo en el primer caso recaería sobre la firma así concebida la presunción iuris tantum de autoría e integridad (ver arts. 7 y 8 de la ley 25.506) que, a su vez y de conformidad con el citado art. 288 del Cód. Civ. y Comercial, habilitaría a tener por satisfecho el requisito de la firma y por lo tanto ponernos ante un instrumento privado (art. 287, primer párrafo, Cód. Civ. y Comercial).

Sin embargo, con relación a la “firma electrónica”, que es la que aquí se invoca, la cuestión aparece más compleja.

Primero, debido a que, tras la sanción de la nueva codificación, la doctrina especializada se encuentra enfrentada acerca de si al aludir exclusivamente el citado art. 288 a “una firma digital, que asegure indubitavelmente la autoría e integridad del documento” existió o no una derogación tácita de la noción de “firma electrónica” a la que expresamente si sigue refiriendo el art. 5º de la ley 25.506 (Bielli, Gastón E. - Ordoñez, Carlos J., ob. cit., ps. 79-84; Quadri, G. H., en Camps, C. E. (Dir.), *Tratado de derecho procesal electrónico*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015, T. II, p. 620; Granero, H. R., “Validez –o no– de los documentos electrónicos sin firma digital en el Código Civil y Comercial de la Nación, elDial Biblioteca Jurídica Online, DC1FAD, 09/09/2015; Falbo, S., *Protocolo digital. Nuevas tecnologías y función notarial*, Revista Notarial, N° 979, Colegio de Escribano de la Provincia de Buenos Aires, enero/abril 2015; Guini, Leonor, *Aspectos jurídicos del mercado de firma digital en Argentina*, elDial Biblioteca Jurídica Online, DC215C, 13/07/2016; Chomczyk, Andrés, *Reflexiones sobre el incipiente marco legal de la industria Fintech en Argentina*, Revista de Derecho y Nuevas Tecnologías, Universidad de San Andrés, N° 1, ps. 61-69). De admitirse lo primero, la suerte de este planteo sería inevitablemente adversa, en razón a que, en el contexto del examen inicial que el juzgado debe efectuar para evaluar si existe título ejecutivo o un documento susceptible de ser reconocido como tal, tendría ante sí un “instrumento no firmado” sin ningún efecto obligacional para las partes, al menos con la autosuficiencia que exige la ley ritual para el emplazamiento ejecutivo (art. 287, segundo párrafo, Cód. Civ. y Comercial). Importantes argumentos se brindan en apoyo de una y otra tesis, bien que aun si se compartiese la posición amplia que interpreta que ambas nociones siguen coexistiendo en razón a que la mención que efectúa el nuevo código a “firma digital” no lo es en el sentido estricto que le da el art. 2º de la ley 25.506, sino que lo dirimente para considerar la existencia de firma, ya sea electrónica o digital, se apoyará en la circunstancia técnica de si existió o no en el caso concreto un mecanismo tecnológico que dé seguridad sobre su “autoría” e “integridad”, lo cierto es que la conclusión a la que voy a arribar, igualmente no habría de modificarse.

Y ello, pues para concluir que existe un instrumento particular firmado mediante una firma que no fuera “digital”, según la interpretación más amplia, sería necesario demostrar previamente a la luz del citado art. 288, como recién lo destacué, si el mecanismo implementado asegura indubitablemente la autoría e integridad del documento, lo cual requeriría la realización de un peritaje informático –quebrando la secuencia natural del proceso ejecutivo– destinado a pronunciarse sobre el procedimiento técnico aplicado para la creación de la firma electrónica invocada que se habría empleado en este contrato de mutuo electrónico y en particular si ese procedimiento asegura aquellos dos aspectos (no incluyo al pagaré porque, aunque se lo menciona, no se funda en él la presente acción). Solo así –esto es, realizando el peritaje– se podría estar en condiciones de tener por satisfecho el requisito de la firma, indispensable no solo para el emplazamiento ejecutivo sino también para la preparación de esta vía previa, pues de lo contrario, también en este caso, estaríamos en presencia de un instrumento particular no firmado (Bielli, Gastón E. - Ordoñez, Carlos J., ob. cit., 65-69; Chomczyk, Andrés, ob. cit., p. 67; Mora, Santiago J., Documentos digitales, firmas digitales y firmas electrónicas. La evolución de su situación en Argentina, en *Fintech: aspectos legales*, CDYT, Colección Derecho y Tecnología, Buenos Aires, t. I, 2019, p. 127).

En otras palabras: si la falta de firma en un documento que debió haber exhibido una rúbrica ológrafa conducirá al necesario rechazo de la vía ejecutiva por no poder verificarse una exteriorización de voluntad de contenido obligacional emitido por quién se le está adjudicando la calidad de deudor; forzoso es concluir –empleando el mismo razonamiento lógico que encuentro no es posible soslayar en este marco ejecutivo, al menos en el caso de la firma electrónica– que cuando el acto jurídico fue concertado en el “mundo digital”, solo podrá reconocerse una expresión de voluntad de similar contenido obligacional al que surgiría en el caso de una firma ológrafa, si puede identificarse una firma de acuerdo con lo establecido por el citado art. 288, que asegure la autoría e integridad del documento así creado.

No encuentro que venga a superar lo así interpretado la alusión que el art. 5° de la ley 25.506 efectúa acerca de que la firma electrónica, en caso de ser desconocida, haga cargar la acreditación de su validez en quién la invoca, puesto que en la especie, la objeción que estoy poniendo de relieve ante el pedido de preparación de la vía ejecutiva, no deriva de descartar que ella pueda ser válida y producir los efectos propios de una firma ológrafa, sino si, aun pudiendo ser válida de acreditarse su autoría e integridad por los pertinentes medios técnicos, ese análisis puede tener cabida en el marco ejecutivo, o como seguidamente lo señalaré, debe ser necesariamente dilucidado en el contexto de un proceso ordinario.

Se sostiene sobre esta situación que “... [e]n estos supuestos, el documento electrónico no goza de la presunción de autoría e integridad, ni tampoco de la inversión de la carga probatoria. Es por ello, que en caso de desconocimiento o rechazo de firma electrónica, quien alegue su existencia y validez deberá adoptar las medidas probatorias necesarias para demostrar la autoría de la misma por parte del proveedor, lo que resultaría extremadamente dificultoso...” (Chomczyk, Andrés, ob. cit., p. 66) o en igual inteligencia que “... un documento telemático con firma electrónica ingresará al proceso bajo el carácter de principio de prueba instrumental y se convertirá en 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. Empero, una vez reconocida o probada la autoría del instrumento, opera un perfeccionamiento de la previsión legal, desplazando al documento incompleto y dando lugar a un instrumento plenamente válido en los términos de los arts. 287 y 314 del Cód. Civ. y Comercial” (Bielli, Gastón E. - Ordoñez, Carlos J., ob. cit., p. 69).

De este último punto se desprende el segundo aspecto que completa la complejidad que exhibe el asunto y que se relaciona con la posibilidad de que esa indagación para concluir sobre la existencia de “firma electrónica” pueda ser canalizada como paso previo a citar al ejecutado en los términos del art. 526 del Código Procesal, una vez que pueda concluirse, en principio inaudita parte, la existencia de “firma” en los términos indicados.

Dicha posibilidad es la que a mi juicio excedería el trámite de este tipo de procesos y la facultad jurisdiccional de evaluar si se está frente a un título ejecutivo, de conformidad con lo establecido en el art. 531 del Código Procesal.

Es que en materia de títulos ejecutivos, como lo destaqué al comienzo de mi razonamiento, tiene relevante importancia la autosuficiencia de los títulos a los que el legislador les reconoce esa habilidad para reclamar derechos creditorios en un marco procedimental expedito, finalidad que se logra no solo sujetando la impugnabilidad de aquellos a reducidas hipótesis, sino además consagrando también un procedimiento refractario al debate causal y a la producción de prueba adicional diversa a la documental.

Desde esta perspectiva, no parece posible admitir, con el ánimo de adaptar el procedimiento a nuestra actual normativa de fondo, la realización de un complejo peritaje informático que dictamine sobre los presupuestos del art. 288 del Cód. Civ. y Comercial, con el objetivo de poder considerar al invocado documento en soporte electrónico y que estaría firmado a su vez electrónicamente, como un instrumento privado.

Interpretar lo contrario, en mi parecer, estaría subvirtiendo la estructura lógica de este tipo de proceso y conduciría, reflexionando sobre las consecuencias que en el expediente derivarían de ese proceder, a que en los hechos se produzca una ordenarización absoluta de su trámite, provocando un menoscabo al derecho de defensa del deudor, ya que no solo no se estaría respetando la bilateralidad en la determinación de si existe o no título ejecutivo, a punto tal que aquel no participaría en la producción anticipada de ese peritaje que se llevaría adelante inaudita parte –claro está, que siguiendo la secuencia lógica de este proceso, la evaluación de la existencia de título ejecutivo se efectúe previo a la citación de la presunta deudora–, sino que además se estaría permitiendo un debate causal sobre la “integridad” del documento electrónico sin las reglas rituales específicas para viabilizar judicialmente estos conflictos que exigen profusa prueba. Digo más: también en caso de habilitar la participación inicial del deudor en el peritaje, incluso si con ello se estuviera superando la objeción del trámite inaudita parte que señalé, se estaría dando lugar –igualmente– a una instancia probatoria impropia del juicio ejecutivo, sujetándola a reglas creadas por el tribunal en vez de someter semejante reclamo a las naturales formalidades del proceso ordinario.

Por esa razón, aun reconociendo las facultades ordenatorias generales en cabeza de los jueces para ajustar el reclamo de los derechos de los particulares a las vías procesales disponibles, de todo lo dicho se desprende que en la especie, estrictamente, no se trataría de una mera adecuación al tratar de insertar esta pretensión en un marco ejecutivo, sino que lo que se estaría llevando a cabo es la regulación de un esquema procedimental no previsto por el legislador para una fenomenología tampoco contemplada en el código de rito y que, en aspecto decisivo para la solución de caso, además de desvirtuar con estas necesarias adecuaciones la esencia de la vía pretendida, se estarían provocando –e insisto en este punto– una afectación de los derechos del ejecutado.

Máxime cuando con este tipo de plataformas Fintech, muy posiblemente –como incluso parece haber sucedido en la especie– se estarán canalizando operaciones de crédito para consumo sujetas a las específicas reglas de orden público de la ley consumeril (art. 65, ley 24.240), entre ellas, las presunciones que debieran interpretarse a favor de los eventuales deudores-consumidores (arts. 3 y 37, también de la ley 24.240).

Esto refuerza mi razonamiento respecto a descartar que, ante una citación a reconocer firma que debiera ser de un título autosuficiente aunque sujeto a ese paso formal previo, sea válido generar una presunción no legal sobre la existencia de una firma electrónica que la propia ley, para reconocerla como tal y equipararla a la ológrafa, exige que indubitablemente se esté asegurando la autoría e integridad, presunción que entonces sería en contra del deudor-consumidor y en un contexto en que la ley 25.506 pone en cabeza de quién la invoca la acreditación de sendos aspectos, con la grave implicancia que, a diferencia de un juicio ordinario, la vía ejecutiva podría dar lugar al dictado inmediato de medidas cautelares en procesos que, por lo general, los deudores terminan siendo notificados “bajo responsabilidad de la parte actora” y/o afectados cautelarmente sin haber comparecido jamás al expediente.

Por lo demás, no encuentro pertinente intentar sortear estas objeciones en la ponderación inicial del documento telemático y con firma electrónica, disponiendo igualmente la citación a las resultas de esperar ver si el presunto deudor desconoce o no la invocada firma electrónica, siendo que con ello, aun pareciendo un razonamiento que simplificaría la cuestión, se estaría emplazando a reconocer una firma respecto de un documento informático que, en ese contexto, el órgano jurisdiccional no tiene ningún elemento valorativo para concluir que se encontrase firmado mediante una firma electrónica.

Lo así dicho no implica ni mucho menos desconocer la posibilidad de que los derechos invocados sean reclamados, pero para ello, ante la falta de exhibición de un título ejecutivo autosuficiente o de un documento susceptible de convertirse en tal mediante el cauce previsto por el citado art. 526, el trámite natural para promover este tipo de reclamos deberá ser el ordinario, contexto en el que cobrará otro valor, tanto la eventual consecuencia de la falta de desconocimiento que se desprende del art. 5 de la Ley de Firma Digital como la posibilidad de ejercer la facultad jurisdiccional propia de esta materia que confiere a los jueces el art. 319 del Cód. Civ. y Comercial.

3. A todo lo hasta aquí dicho adicionaré un último argumento de no menor valor para este caso, ya que aun de no compartirse lo que vengo diciendo, igualmente impondría el rechazo de la pretensión inicial en los términos en que se encuentra documentada.

Me estoy refiriendo a que el actor no ha acompañado con su demanda el o los instrumentos en los cuales aquel sostiene se habría plasmado el contrato de mutuo. Adviértase que el propio actor explica que el proceso negocial se habría representado en soporte electrónico. No obstante, solo ha acompañado impresiones de aquellos supuestos instrumentos que menciona, las cuales solo podrían ser considerados instrumentos particulares no firmados (art. 287, segundo párrafo del Cód. Civ. y Comercial) no susceptibles de habilitar el procedimiento de preparación de vía ejecutiva.

Para justificar tal aserto, corresponde remitir, por lo pronto, al art. 6 de la ley 25.506 en cuanto define el documento digital o electrónico como “la representación digital de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento o archivo”, o el art. 286 del Cód. Civ. y Comercial que, al aludir a la expresión escrita, establece que “puede hacerse constar en cualquier soporte, siempre que su contenido pueda ser interpretado con texto inteligible, aunque su lectura exija medios técnicos”, puesto que ambas disposiciones ponen en evidencia que aun si se aceptase la preparación de la vía ejecutiva en el caso de la firma electrónica, la manera en que se quiso acreditar la existencia de esa operación ocurrida sobre una plataforma informática Fintech, resultó improcedente al no haberse aportado la representación digital de lo ocurrido también sobre una plataforma digital, informática y/o electrónica, en conceptos que, a estos efectos, pueden emplearse indistintamente.

Y ello, pues los ocurrido en el “mundo digital” no puedo haber dado lugar a la mera impresión de copias emitidas unilateralmente por la acreedora, que de ningún modo están acreditando por sí sola la existencia de los hechos narrados, tecnologías empleadas, negocio supuestamente concertado con la ejecutada, y por todo lo anterior, su autoría atribuible a la ejecutada e integralidad de su contenido. Lo hipotéticamente correcto para documentar la expresión escrita digital, serían soportes como un diskette, pendrive, cd, etc., que hubiesen servido para representar esa información, aunque para su comprensión, en términos del citado art. 286 de la actual codificación de fondo, hubiera sido necesario el empleo de la “medios técnicos”, como lo sería una PC u ordenador personal (Mora, Santiago J., Documentos digitales, firmas digitales y firmas electrónicas. La evolución de su situación en Argentina, en *Fintech: aspectos legales*, CDYT, Colección Derecho y Tecnología, Buenos Aires, T. I, 2019, p. 126).

Se explica, en tal sentido, que “... el 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 código. Tratándose del conjunto de impulsos eléctricos ordenados, que son materialización de una representación que es generada de forma ordenada, respetando un código y con la intervención de un ordenador; conjunto de impulsos electrónicos que es –a su vez– almacenado en un soporte óptico, magnético o electrónico que finalmente, gracias al mismo u otro ordenador y al resto de los componentes (software y hardware) es decodificado y traducido a un formato comprensible a simple vista; así, habrá documento electrónico independientemente de que registre o no hechos jurídicamente relevantes o de la posibilidad o no de su traducción al lenguaje natural...” (Bielli, Gastón E. - Ordoñez, Carlos J., ob. cit., p. 56), y por eso se diga también, que el documento digital firmado digitalmente –o en nuestro caso, según se sostiene, electrónicamente– “... es intangible, no se puede ‘tocar’ como el papel, no se puede oler, no se puede arrugar, no se puede percibir al tacto. Pero, sin embargo, se encuentra ahí y tiene el mismo valor legal y probatorio que el formato papel firmado olográficamente...” (Bielli, Gastón E. - Ordoñez, Carlos J., ob. cit., p. 58).

De ahí que sea conteste la doctrina especializada, en cuanto a que es “... la modalidad que más se puede observar en la práctica tribunalicia, es decir, presentar una impresión junto al resto de la documental, sin mayores aditamentos. Este sistema adolece de la gravísima dificultad de comprobar la autoría y la integralidad del mensaje. Dicho en términos más sencillos, esa impresión tiene idéntica validez que la que podría tener un documento redactado utilizando un procesador de texto, y luego impreso. Resulta prácticamente imposible saber si la otra parte ha tomado intervención en la generación del documento, y en todo caso, si ha hecho alguna manifestación de voluntad respecto al texto contenido en el mismo. El valor de este documento impreso y presentado sin más parece a todas luces inexistente. Claro que siempre está abierta la posibilidad de que la parte contraria omita negar la validez del documento presentado, en cuyo caso será un documento consentido, asimilable –entendemos– al instrumento particular sin firma...” (Molina Quiroga, Eduardo, Eficacia probatoria de las comunicaciones electrónicas, en Granero, Horacio R. (dir.), *E mails, chats, WhatsApp, SMS, Facebook, filmaciones con teléfonos móviles y otras tecnologías. Validez probatoria en el proceso civil, comercial, penal y laboral*, elDial, Buenos Aires, 2019, ps. 58/59).

En igual sentido se ha expresado “... las impresiones de documentos electrónicos no constituyen más que una prueba tradicional en soporte papel, que no participa de ninguna de las características que invisten a la prueba de origen electrónico, y por lo cual, carece de toda aptitud para acreditar la existencia de la misma...” (Bielli, Gastón E. - Ordoñez,

Carlos J., ob. cit., p. 187; íd. Altmark, Daniel Ricardo - Molina Quiroga, Eduardo, Tratado de Derecho Informático, La LEY, Buenos Aires, T. I, 2012, ps. 751/752).

A partir de lo expuesto, hoy el expediente no cuenta, entonces, más que con unas meras impresiones simples, las cuales, con prescindencia de todo lo más arriba dicho, en sí mismas solo pueden ser consideradas como instrumentos particulares no firmados, in-sisto, sin ningún valor obligacional en este marco ejecutivo, ni siquiera para dar lugar a la preparación de la vía ejecutiva.

En consecuencia, resuelvo: 1) Rechazar la preparación de la vía ejecutiva en base a la documentación acompañada; 2) Imprimir a las presentes actuaciones el trámite de juicio ordinario (art. 319, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). 3) De modo previo a correr traslado de la demanda, cúmplase con la mediación previa obligatoria. 4) Notifíquese por Secretaría y regístrese. *Vivian Fernández Garelo.*