

En: Rubinzal Culzoni. Doctrina Digital 2020 - Cita: RC D 1637/2020

I. Introducción

El aislamiento preventivo y obligatorio puso en jaque todo el sistema por el cual todos nos desenvolvemos cotidianamente, obligándonos a digitalizar nuestras costumbres, actividades y hasta nuestra comunicación.

Este último aspecto cobra singular importancia, toda vez que la manifestación de la voluntad constituye un elemento esencial de la formación de un acto jurídico válido.

Ahora bien, el inc. 21 del art. 6 de DNU 297/2020 incluye a los servicios postales como actividad esencial, de manera que no está imposibilitada la facultad de efectuar notificaciones en forma tradicional. Sin embargo, existen casos en los que el remitente tiene dificultades para concurrir personalmente al correo o bien este se encuentra comprendido en grupo de riesgo o simplemente se intenta reducir la circulación de las personas y agilizar así la actividad profesional o comercial.

En orden a esto, resulta necesario utilizar otros medios alternativos, pero igualmente válidos para poder notificar fehacientemente una comunicación, ya sea comercial o laboralmente.

II. Notificación fehaciente - Definición

Para abordar el tratamiento, eficacia y validez de las notificaciones por medios electrónicos, primero debemos definir qué es lo que hace que una comunicación sea fehaciente.

Ya sabemos que una comunicación, consiste en información transmitida por un emisor, cuyo contenido es la manifestación de su voluntad dirigida a un receptor y que dicho mensaje se encuentra alojado en un soporte determinado, que no precisamente debe ser papel.

Ahora bien, podemos agregar que esta notificación de la voluntad del emisor produce efectos jurídicos sobre una relación o persona y, como nuestro ordenamiento se rige por la teoría recepticia de la manifestación de la voluntad, para que esos efectos jurídicos sean oponibles, se requiere que ese contenido que se intenta notificar entre efectivamente en la esfera de conocimiento del receptor.

A su vez, el concepto de fehaciente no se circunscribe solo a acreditar que el destinatario recibió una notificación, sino que apunta a que se acredite que recibió no sólo la notificación sino también su contenido, pudiendo determinar la fecha en la que tuvo lugar esa toma de conocimiento.

Podemos decir entonces que el carácter de fehaciente de una notificación lo da que simultáneamente se determine: a) que el receptor reciba una notificación destinada a él; b) el contenido de dicha información es el notificado; c) la fecha en la que entró en la esfera de conocimiento del él; y d) que la notificación y su contenido sea de autoría indubitable del emisor.

Con lo expuesto hasta aquí, ya estamos en condiciones de determinar si una notificación fehaciente puede ser suplida por una comunicación electrónica.

III. La comunicación electrónica - Su eficacia

Habiendo definido el concepto anterior, la idea consiste, ahora, en determinar si la notificación puede ser cursada por medios electrónicos. En este aspecto, la Ley 25506 define al documento digital, como a la representación digital de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento o archivo.

A su vez, la norma aludida establece que “un documento digital también satisface el requerimiento de escritura”. Este concepto cobra singular importancia, toda vez que, ello significa que a partir de la sanción de la Ley 25506, es claro que, cuando una norma, reglamento o autoridad exijan que un documento sea presentado por escrito, dicha norma legal o reglamentaria debe ser considerada derogada implícitamente por el texto que comentamos, y en consecuencia, legítimamente podrá ser suplido por un documento digital, en la medida en que se pueda demostrar que el mismo ha respetado los requerimientos de completitud, integridad e inalterabilidad[1].

Esto, nos conduce a afirmar que una carta documento tradicional puede ser suplida por una comunicación electrónica, siempre que respete los requisitos aludidos.

Ahora bien, el art. 286, CCyC establece que “la expresión escrita puede tener lugar por instrumentos públicos, o por instrumentos particulares firmados o no firmados, excepto en los casos en que determinada instrumentación sea impuesta. Puede hacerse constar en cualquier soporte, siempre que su contenido sea representado con texto inteligible, aunque su lectura exija medios técnicos”.

De acuerdo a esto, la manifestación del pensamiento humano puede ser vertida en un soporte digital, tal como un archivo informático y por lo tanto reviste el carácter de instrumento. La norma bajo análisis solo exige que la información contenida en el soporte digital sea recuperable y reproducible, independientemente del medio utilizado, en texto inteligible y esto se da, porque dicho texto al introducirse en un sistema es codificado en lenguaje informático, el cual se decodifica nuevamente al visualizarse en el medio reproductor.

A su turno, el art. 287, establece que: “los instrumentos particulares pueden estar firmados o no. Si lo están, se llaman instrumentos privados. Si no lo están, se los denomina instrumentos particulares no firmados; esta categoría comprende todo escrito no firmado, entre otros, los impresos, los registros visuales o auditivos de cosas o hechos y, cualquiera que sea el medio empleado, los registros de la palabra y de información”.

Estas normas terminan de afirmar la postura que venimos desarrollando en virtud de la cual un documento electrónico encuadra perfectamente en la categoría de instrumento privado cuyo contenido es la manifestación inequívoca de su creador para poner en conocimiento de un tercero un determinado acto jurídico y por lo tanto podría revestir el carácter de notificación.

IV. La autoría de la comunicación y la integridad de su contenido

Ahora, es turno de desarrollar el requisito de la autoría y de la integridad contenido de la información que tiene como objetivo notificársele al destinatario.

Para definir la autoría de un documento, recurrimos a la firma, a la que podemos definirla informalmente como el acto que permite identificar la autoría de un documento con el creador de este.

En este sentido, el art. 2 de la Ley 25506 define a la firma digital como el "resultado de aplicar a un documento digital un procedimiento matemático que requiere información de exclusivo conocimiento del firmante, encontrándose ésta bajo su absoluto control" y también, se expide sobre su autoría e integridad del documento al normar que "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".

A su turno, el art. 3 de la Ley 25506 establece que, en los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza una firma digital, que asegure indubitablemente la autoría e integridad del instrumento cuestión que armoniza lo regulado por el art. 288, CCyC al respecto.

Entonces, podemos afirmar indubitablemente que un documento electrónico, mediante el cual una remitente comunique un acto jurídico un destinatario valiéndose de una comunicación firmada digitalmente goza de plena presunción de autoría e integridad.

Ahora bien, la cuestión comienza a requerir un análisis mayor en los casos de firma electrónica, es decir, aquella que no se genera a través de un certificado digital emitido por una autoridad certificante licenciada por un órgano público. Esta diferencia la genera la propia Ley 25506 en su art. 5, cuando define a la firma electrónica como el “conjunto de datos

electrónicos integrados, ligados o asociados de manera lógica a otros datos electrónicos, utilizado por el signatario como su medio de identificación, que carezca de alguno de los requisitos legales para ser considerada firma digital. En caso de ser desconocida la firma electrónica corresponde a quien la invoca acreditar su validez”.

La diferencia sustancial es que la carga de la prueba se invierte. En el caso de la firma digital, quien cuestiona la validez de esta debe probar dicho extremo, pero no así el firmante. A contrario sensu, con respecto a la firma electrónica, en caso de ser cuestionada, es el emisor quien debe comprobar su autenticidad, pero ambas, hasta comprobar tales extremos resultan válidas para determinar la autoría e integridad de un documento.

A modo de síntesis, de acuerdo con lo que venimos exponiendo, vemos que luego de la sanción de la Ley 25506, podemos distinguir tres clases de documentos electrónicos: a) los que tiene firma digital, cuyos requisitos de validez establece el art. 9 de dicha norma; b) los que tienen firma electrónica, que está definida en el art. 5 de la Ley 25506 y c) los que carecen de cualquiera de estos elementos, y que hemos denominado mensajes no firmados, especie compuesta por todos aquellos mensajes de correo electrónico que se envíen sin utilizar métodos de protección de datos: ni el legalmente previsto (firma digital), ni ningún otro (firma electrónica)[2] .

V. Los mensajes de WhatsApp como elemento de notificación y recepción de comunicaciones

Para comenzar, debemos señalar que la aplicación de WhatsApp es un servicio de mensajería instantánea, de distribución gratuita y de uso masivo. Para acceder a esta plataforma de mensajería es menester contar con un teléfono celular con línea telefónica asignada, la cual se asocia a una cuenta de usuario único y que lo identifica en la red de dicha aplicación.

Podemos concluir con esta breve definición afirmando que la finalidad de esta aplicación es el envío y recepción en tiempo real de mensajes de texto, imágenes, videos, audios y documentos entre sus usuarios. A su vez, también permite las llamadas de voz y videos.

Habiendo caracterizado dicho servicio digital, debemos encuadrar las comunicaciones que surjan de dicha plataforma en nuestra legislación, para determinar su naturaleza y encuadrarlas normativamente.

A la luz de lo expuesto, ya sabemos que el CCyC clasifica a los instrumentos privados estableciendo la existencia de los documentos particulares firmados o no firmados.

También, desarrollamos el concepto de documento electrónico a lo que nos remitimos, y en virtud de ello, podemos extender el concepto de documento a aquellos que son electrónicos.

En este orden de ideas, vamos a determinar si los mensajes de WhatsApp, pueden ser encuadrados en esta clasificación. Para ello, tenemos que echar mano al art. 287, CCyC y puntualmente debemos analizar los instrumentos privados no firmados. “Esta categoría comprende todo escrito no firmado, entre otros, los impresos, los registros visuales o auditivos de cosas o hechos y, cualquiera que sea el medio empleado, los registros de la palabra y de información”.

A continuación, el art. 288 trata la autoría de un documento a través de la firma y en su último párrafo establece que “En los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza una firma digital, que asegure indubitablemente la autoría e integridad del instrumento”.

En esta línea, el art. 319 determina el valor probatorio de los documentos, estableciendo que dicha cuestión “en 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”.

Esta, es la llave de ingreso de esta clase de documentos electrónicos en la categoría que le pretendemos asignar. En efecto, como podemos ver, la legislación vigente le asigna una clasificación de instrumento privado, que está firmado, y por lo tanto puede revestir el carácter que requiere la ley para otorgar validez a una notificación.

En consecuencia, y coincidiendo con Bielli[3], consideramos que los mensajes de WhatsApp se encuentran suscriptos mediante tecnología de firma electrónica, y deben ser considerados como documentos electrónicos.

De acuerdo a esto y, siendo que el art. 5 de la Ley 25506 define a la firma electrónica como conjunto de datos electrónicos utilizado por el signatario del documento como su medio de identificación, aseveramos que en esta plataforma nos encontramos ante la existencia de datos identificatorios que surgen de una cuenta de usuario vinculado a un número de

línea que, a su vez, se encuentra vinculado a un número de tarjeta SIM, como así también, a un dispositivo electrónico que posee un código de IMEI único[4].

Debemos remarcar que, para acceder al uso de dicha plataforma, el usuario debe identificarse y estos se vinculan con su identidad digital almacenada en forma previa. Esta asociación entre el emisor del documento electrónico y la cuenta de la que se emite la información identifica al suscriptor en los términos de la normativa citada en el párrafo precedente. Lo mismo ocurre con su receptor, sumado a que la aplicación permite verificar que el mensaje ha sido recibido y leído por el destinatario, determinado la fecha y hora de la recepción. (Esta cuestión se resuelve aun en forma más sencilla, si el receptor confirma la recepción de la comunicación, cuestión que, a su vez, constituye prueba de la toma de conocimiento del contenido de la notificación).

En otras palabras, de acuerdo con lo analizado, estamos en condiciones de afirmar que los mensajes de WhatsApp son enviados con firma electrónica, y deben ser considerados como documentos electrónicos en general y normativamente como instrumentos particulares no firmados.

Por ello, y de conformidad con lo expuesto al referirnos a la definición de notificación fehaciente y al caracterizar al documento electrónico y a la firma digital, podemos determinar que, un mensaje de WhatsApp que contenga una determinada comunicación, emitido desde el dispositivo del remitente y recibido en el del destinatario, reúne los requisitos de validez exigidos para que una notificación sea fehaciente y produce los mismos efectos jurídicos que aquel remitido por correo postal.

Por ello, resulta recomendable, y siempre a los efectos probatorios incluir en los contratos o en las declaraciones juradas de domicilio de los trabajadores, la información relacionada con el numero identificador de WhatsApp a los fines de efectuar las notificaciones que se cursen a lo largo de la vida contractual que une a las partes y evitar así el deber de probar subsidiariamente la propiedad de la línea telefónica por parte del destinatario.

VI. Conclusión

Sin perjuicio de las alternativas que ofrecen los correos electrónicos y los terceros de confianza para el envío, certificación y recepción de comunicaciones electrónicas, consideramos que la herramienta facilitada por la app bajo análisis reúne los requisitos para ser un medio de notificación fehaciente en los términos exigidos por nuestra legislación. En definitiva, después será una cuestión probatoria determinar la veracidad de dicha comunicación, cuestión que en la práctica también sucede con las notificaciones postales tradicionales, dado que, salvo contadas excepciones las mismas deben ser probadas subsidiariamente mediante prueba de informes.

En este supuesto, la prueba será, en todo caso, pericial informática y tan o más concluyente que la informativa, de manera que se podrá determinar con precisión probatoria si la notificación cumplió su cometido: notificar un acto jurídico.

[1] Altmark, Ricardo Daniel - Molina Quiroga, Eduardo. Tratado de Derecho Informático. Tomo 1, pág. 589. 2012. L. L.

[2] Ob. cit., pág. 815.

[3] Bielli, Gaston E., "Los mensajes de WhatsApp y su acreditación en el proceso civil", L.L., 29/10/2018, 1. AR/DOC/1962/2018.

[4] Molina Quiroga E., "Eficacia probatoria de las comunicaciones electrónicas" en Granero R., emails, chats, whatsapp, SMS, Facebook, filmaciones con teléfonos móviles y otras tecnologías..., ElDial. Buenos Aires, 2019, pág 65.