

EL PRESENTE TECNOLÓGICO DE LA PROFESIÓN LEGAL



DOCTRINA

Zoom y prueba electrónica

Gastón E. Bielli, Carlos J. Ordóñez y Gabriel H. Quadri 2

El nuevo mundo pandémico y su efecto en las *fintech*, los consumidores y los usuarios

Fernando O. Branciforte 6

La gravabilidad de los servicios digitales prestados por sujetos no residentes en el Impuesto sobre los Ingresos Brutos y una necesaria "acción de clase" en materia tributaria

Ezequiel Maltz 9

Contratos autoejecutables

Smart contracts. Apenas una descripción para proponer su uso virtuoso

Fulvio G. Santarelli 14

Zoom y prueba electrónica

Gastón E. Bielli, Carlos J. Ordóñez y Gabriel H. Quadri (*)

SUMARIO: I. Videoconferencias y prueba.— II. Las plataformas de videoconferencia.— III. Zoom y su apartado técnico.— IV. Posibilidades probatorias: generación documental o volatilidad digital.— V. Algunos conceptos sobre el documento electrónico y su aplicación al supuesto en estudio.— VI. Sobre el valor probatorio de los archivos de video.— VII. Eficacia probatoria en cuanto a los intervinientes: partes y terceros.— VIII. La cuestión del consentimiento para grabar, la privacidad y la confidencialidad.— IX. Las videoconferencias y los medios de prueba.— X. Otras posibilidades que se abren (*hackeando* las soluciones de códigos antiguos).— XI. Incorporación de la prueba electrónica. Ejemplos prácticos. El caso Zoom.— XII. Conclusiones.

Acceda al video con el análisis del valor probatorio de las videollamadas, escaneando el siguiente código QR



I. Videoconferencias y prueba

Este desarrollo apunta a analizar un tema de indudable relevancia hoy en día: la posibilidad de capitalizar, como evidencia para un proceso, aquello que hubiera acontecido durante el curso de una comunicación utilizando plataformas de videoconferencia.

Resulta indudable que los hechos acontecidos en el ámbito de esta tipología comunicacional pueden tener su relevancia y virtualidad jurídica.

Posibilidades hay muchas: acuerdos de voluntad directamente celebrados en este contexto (creemos que serían contratos entre presentes), manifestaciones vinculadas con situaciones jurídicas preexistentes (reconocimiento de obligaciones, p. ej.), asuntos relacionados con vínculos familiares, o temas atinentes al derecho laboral (más aún frente al avance del teletrabajo), ofensas al honor, etcétera.

El catálogo resulta prácticamente inabarcable y el punto es, hoy en día, y como lo explicaremos en seguida, de inusitada relevancia práctica.

La cuestión tiene distintas variantes, de acuerdo con cuál hubiera sido la plataforma utilizada, quiénes hubieran sido los participantes y cuál hubiera sido la modalidad en que se la hubiera empleado.

Todos estos tópicos son, desde nuestro punto de vista, de necesario abordaje, con la mirada puesta en lo jurídico pero sin dejar de lado algunas consideraciones técnicas, que también pueden llegar a tener su relevancia.

Por ello, comenzaremos con algunas ideas introductorias y, luego, nos iremos adentrando en los distintos tópicos que nos parecieron relevantes.

Dejamos aclarado, desde ya, que el presente va a focalizarse, únicamente, en la cuestión antes indicada, y no profundiza en otro asunto de relevancia hoy en día: la utilización de plataformas para llevar adelante actos procesales de manera telemática. Este aporte apunta, exclusivamente, a analizar la intersección entre videoconferencias y generación de fuentes probatorias, dejando de lado aquello que tiene más que ver con la gestión judicial y el uso de estas plataformas como medio para llevar adelante actos propios del proceso.

También dejamos aclarado que nada diremos aquí respecto a las controversias suscitadas sobre la seguridad de la plataforma, mayormente superadas al día de la fecha, dado que un análisis exhaustivo excedería el marco del presente trabajo.

Hechas estas aclaraciones, podemos continuar.

II. Las plataformas de videoconferencia

Ya hemos 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) (1).

Y las relaciones intrapersonales de nuestros tiempos presentan un contexto fáctico muy distinto de lo que acontecía hace una o más décadas. La tecnología y la informática llegaron para quedarse y para transformar diametralmente la vida en sociedad.

Hoy por hoy, ante el tejido existente en nuestra sociedad a raíz de la pandemia originada por el virus COVID-19, las teleconferencias como herramientas de comunicación han sido empleadas en los más diversos usos, desde la telemedicina, la gestión empresarial, las comunicaciones familiares, la enseñanza virtual —desde escuelas hasta universidades—, para debatir y votar en sesiones legislativas, e incluso para la celebración de audiencias judiciales por vía remota.

Pues bien, nosotros definimos a la videoconferencia como aquella herramienta virtual que comprende las tecnologías para la recepción y transmisión de señales de audio y video por parte de usuarios que se encuentran en diferentes ubicaciones físicas, con el objeto de efectuar comunicaciones en tiempo real.

Fue AT&T quien en 1964 realizó el primer lanzamiento de un íntegro sistema de videoconferencia, a través del cual cualquier usuario podía suscribirse al servicio y tener la tecnología en su hogar u oficina (2).

El desarrollo de códecs de video avanzados, computadores más potentes y servi-

cios de telecomunicaciones de internet de gran ancho de banda a fines de la década de los noventa permitió que dicha metodología de comunicación bidireccional (o multidireccional, dependiendo de la cantidad de usuarios que interactúan en un mismo momento) proporcionara servicios de color de alta calidad y bajo costo, como visualizamos hoy en día.

En consecuencia, los sistemas de videoconferencia personales basados en una cámara web, un sistema de computadora personal, compresión de *software* y conectividad a internet de banda ancha, se han vuelto progresivamente más asequibles para el público en general.

Toda esta creciente realidad que queda documentada en archivos digitales de distinta naturaleza termina convirtiéndose en una mina de oro o un tesoro escondido lleno de piedras preciosas, cuyo descubrimiento o revelación en debida forma puede adquirir suprema relevancia en el ámbito jurisdiccional, pues esta multiplicidad de registros informáticos es de suma utilidad para generar convicción en el juez, con motivo de una pretensión deducida ante sus estrados (3).

Lo distintivo de la prueba electrónica es que está esencialmente vinculada a hechos o actos jurídicos ocurridos en o realizados a través de medios informáticos. Es decir, resulta determinante que los hechos asuman una configuración informática.

Entonces, una fotografía, una página web, un correo electrónico, una base de datos, una contabilidad en un programa de cálculo Excel, un archivo de video donde se plasme la realización de una videoconferencia —por citar algunos ejemplos—, en cualquier soporte (digital, magnético o informático), constituyen una “prueba electrónica” o “documento electrónico”, aun cuando su reproducción e impugnación puedan ser diferentes (4).

Dicho lo anterior, en este trabajo nos abocaremos al análisis de una fuente probatoria en particular: las videoconferencias celebradas a través de la plataforma Zoom.

Aunque aclaramos que muchas de las consideraciones generales que aquí efectuaremos pueden ser trasladables a otras plataformas (Skype, Google Meet, Jitsi), adaptadas, claro está, a las particularidades técnicas propias de cada una de ellas.

III. Zoom y su apartado técnico

La plataforma Zoom pertenece a la empresa Zoom Video Communications Inc., una compañía estadounidense de tecnología de comunicaciones con sede en San José, California (5).

Su función principal es la de proporcionar videotelefonía y servicios de *chat* en línea a través de una plataforma de *software* punto a punto basada en la nube, y, como ya sostuvimos en los acápite anteriores, se utiliza para teleconferencias, teletrabajo, educación a distancia y relaciones sociales, entre muchas otras actividades.

Posee un cliente de escritorio local y una aplicación móvil que permite a los usuarios reunirse en línea, con o sin video. Es así que permite iniciar una reunión instantánea o crear una reunión programada a la cual los usuarios podrán acceder desde cualquier dispositivo.

Cuando el usuario programa una reunión, se le asignará un ID personal para que la comparta o distribuya, existiendo la posibilidad de establecer una contraseña de ingreso a la sala con el objeto de revestir de mayor seguridad a la mentada reunión o, en su defecto, dejar de lado dicha funcionalidad, dado que cualquier individuo que posea el *link* de acceso podrá ingresar de forma irrestricta (6).

El usuario anfitrión (o *host*) se encuentra revestido de privilegios especiales para grabar una reunión o silenciar a los participantes, como así también compartir su pantalla, diapositivas, textos, entre otros documentos electrónicos. A su vez, existe una herramienta interna que habilita la transcripción de la videoconferencia, servicios de calendario optimizados con Outlook y Google Calendar y *chat* en vivo, ya que el empleo de la plataforma reviste diversas funcionalidades y características, dependiendo de si se opta por la opción básica (gratuita) o por alguno de los planes pagos publicitados.

Bajo el esquema gratuito es posible albergar únicamente hasta 100 participantes, y las reuniones de grupo se encuentran limitadas en su duración a 40 minutos. En cambio, las versiones pagas admiten una mayor cantidad de interlocutores, tiempos de sesiones de hasta 24 horas, la posibilidad de establecer un ID personal de la reunión a medida, interoperabilidad con Skype for Business (Lync), entre otras (7).

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) Gastón E. Bielli: Abogado (UNLZ); maestrando en Derecho Procesal (UNR); codirector del suplemento Legal Tech de Thomson Reuters - La Ley; presidente del Instituto Argentino de Derecho Procesal Informático (IADPI); miembro del Foro de Derecho Procesal Electrónico (FDPE); secretario de la Comisión de Informática del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires (ColProBA); presidente de la Comisión de Derecho Informático del Colegio de Abogados de Lomas de Zamora; docente universitario de grado y posgrado (UBA - UNLZ).

Carlos J. Ordóñez: Abogado (UNMDP); doctorando en Derecho (UNMDP); vicepresidente del Instituto Argentino de Derecho Procesal Informático (IADPI); miembro académico del Foro de Derecho Procesal Electrónico (FDPE); secretario del Tribunal del Trabajo N° 4 de Mar del Plata; autor de numerosas publicaciones sobre Derecho Procesal Informático y prueba electrónica, autor y coautor de libros sobre tales temáticas; director de la revista Derecho y tecnología de la Ed. Hammurabi; docente de grado y posgrado; expositor en jornadas académicas en la materia.

Gabriel H. Quadri: Secretario de la sala 2ª, Cámara

de Apelación Civil y Comercial Morón. Director honorario del Instituto de Derecho Procesal Civil del Colegio de Abogados de Morón. Autor del capítulo “La prueba electrónica” en CAMPS, Carlos E. (dir.), “Tratado de Derecho Procesal Electrónico”, ganador del premio Accedit de la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires por su obra “La prueba en el proceso civil y comercial”.

(1) QUADRI, Gabriel H., “Prueba electrónica: medios en particular”, en CAMPS, Carlos E. (dir.), “Tratado de derecho procesal electrónico”, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2015, ps. 577/741.

(2) Recuperado de <https://hipertextual.com/2014/04/videoconferencia-50-anos>.

(3) BIELLI, Gastón E. - ORDÓÑEZ, Carlos J., “La prueba electrónica. Teoría y práctica”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2019, p. 2.

(4) ABEL LLUCH, Xavier, “Derecho probatorio”, Ed. Bosch, Barcelona, 2012, p. 1109.

(5) Eric Yuan, exingeniero y ejecutivo de Cisco Webex, fundó Zoom en 2011 y lanzó su *software* en 2013.

(6) Recuperado de https://sitelicense.ucr.edu/files/zoom_for_instructors.pdf.

(7) Ver más aquí: <https://zoom.us/pricing>.

Respecto a la tecnología que la plataforma utiliza, las reuniones de Zoom se ejecutan bajo infraestructura altamente escalable y segura en la nube. Es así que una red distribuida de enrutadores multimedia de baja latencia reside en la infraestructura de los intercambios en la plataforma (8). La comunicación en tiempo real se fundamenta bajo la modalidad WebRTC, dado que se permite que la transmisión de audio y video funcione dentro de las páginas web al establecerse una comunicación directa entre pares, eliminando la necesidad de instalar complementos o descargar aplicaciones nativas (9).

En relación con el cifrado, Zoom asegura que el contenido de la sesión es encriptado mediante el canal web emergente a través del sitio <https://zoom.us>. Se emplean comunicaciones de capa de red bajo protocolos SSL/TLS (puerto 443) entre la aplicación y el enrutador multimedia, así como el cifrado de capa de aplicación NIST AES 256 (10).

Por último, es importante destacar que, una vez que finaliza la reunión, no se retiene información de la sesión en los servidores propios de Zoom ni en los dispositivos de ningún participante; así, solo se procederá a guardar registro de aquella si el *host* ha optado voluntariamente por grabarla mediante las funcionalidades generadas a dichos efectos.

IV. Posibilidades probatorias: generación documental o volatilidad digital

Llegado este punto, y siguiendo la línea de lo dicho anteriormente, es necesario efectuar un distingo imprescindible, que incidirá fuertemente en las posibilidades acreditativas que se nos irán abriendo.

Como acabamos de verlo, pueden darse dos situaciones.

La primera, que como fruto de la videoconferencia se hubiera generado un archivo de video (del formato que fuera).

El archivo, conforme lo indicáramos, puede haber quedado almacenado en los servidores de la plataforma o exportado a la computadora del hospedador. Y todavía existe una variante más: que por intermedio de una *software* externo a la plataforma o *hardware* (capturadora u otros medios) se hubiera plasmado la videoconferencia en un archivo de video.

En este primer caso, que llamaremos de *generación documental*, la cuestión girará en rededor de este documento electrónico (el archivo de video), conforme lo que luego iremos señalando.

Será, en definitiva, un archivo de video, con una forma particular de creación y almacenamiento, pero un archivo de video al fin, por lo que le serían aplicables todas las consideraciones que los autores del presente hemos hecho ya en otros lugares, a donde remitimos (11).

Mientras tanto, la segunda variante es que, como fruto de la videoconferencia, no se hubiera generado ningún archivo de video.

Es el supuesto que indicamos como de *volatilidad digital*.

Aquí, la videoconferencia y lo acontecido en ella no habrán sido fuente de generación de un documento que plasme lo acontecido y que permanezca en algún lado. En verdad, creemos, el documento electrónico (con los alcances que luego referiremos) sí se genera, pero el problema es que se prescinde de su almacenamiento. Es decir, se volatiliza en forma instantánea.

Ahora bien, esto no quiere decir que los sucesos no hubieran quedado estampados [en el sentido probatorio del término (12)] en alguna fuente de prueba (no documental, pero sí personal).

Con lo cual, aun cuando no se hubiera generado un documento perdurable, lo acontecido durante la videoconferencia podría acreditarse.

V. Algunos conceptos sobre el documento electrónico y su aplicación al supuesto en estudio

Los documentos electrónicos son parte de nuestro orden jurídico desde hace un tiempo y gozan de plena eficacia legal y probatoria.

La doctrina conceptualiza al documento electrónico como 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 (13).

Tratándose del conjunto de impulsos eléctricos ordenados, que son la materialización de una representación que es generada de forma ordenada, respetando un código y con la intervención de un ordenador, este conjunto de impulsos electrónicos 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 un documento electrónico independientemente de que registre o no hechos jurídicamente relevantes o de la posibilidad o no de su traducción al lenguaje natural (14).

Volcándonos al entramado normativo vigente, el documento electrónico es receptado y referido primariamente a través de la ley 25.506 (15) de Firma Digital, que en su art. 6º establece: “se entiende por documento digital a la representación digital de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento o archivo”; a su vez, “un documento

digital también satisface el requerimiento de escritura” (16).

Como verán, se consagra claramente que aquel satisface el requerimiento de escritura, marcando una relación de validez jurídica análoga con el formato papel y aplicándose en igual forma a todo el derecho. Es lo que se denomina principio de equivalencia funcional.

Este axioma también es receptado por el art. 286 del Cód. Civ. y Com., al disponer que la expresión escrita puede hacerse constar en cualquier soporte, siempre que su contenido sea representado con texto inteligible, aunque su lectura exija medios técnicos.

Entonces podemos sostener que el documento electrónico es, en sí mismo, un modo de expresión de la voluntad, donde serán posibles de quedar plasmados uno o más actos jurídicos, entendiéndose por tales los hechos humanos, voluntarios o conscientes y lícitos, que tienen por fin inmediato establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones, con la salvedad de que su concepción es en un formato informático-digital.

Como tal, podrá ser acompañado u ofrecido como prueba respaldatoria de una pretensión procesal y, más precisamente, como prueba documental, debiendo sujetarse a las previsiones procedimentales previstas en los Códigos rituales, adaptadas obviamente a las particularidades de aquellos.

Entonces, el archivo digital de la grabación de la comunicación efectuada a través de la aplicación Zoom será susceptible de ser acompañado al proceso como una prueba documental más. Volveremos sobre este tema más adelante.

VI. Sobre el valor probatorio de los archivos de video

Para analizar el valor probatorio de las filmaciones digitales de las conversaciones realizadas en la aplicación Zoom, obtenidas de manera directa (usando la aplicación nativa) o indirecta (valiéndonos de otros artefactos electrónicos o *software*), debemos partir de la base de que, independientemente de la manera de su creación, siempre obtendremos un archivo digital externo a ella y que no queda alojado en los servidores de la plataforma.

En otras palabras, conseguiremos un documento electrónico, revestido de determinadas características técnicas (17) y catalogable como un instrumento particular, en el sentido amplio de la palabra (art. 286, Cód. Civ. y Com.).

Para la ponderación de estos tipos de instrumentos, sin distinción alguna entre documentos firmados o no firmados (18), el Código Civil y Comercial de la Nación introdujo un precepto de neto corte procesal,

fijando ciertos parámetros que deberán ser tenidos en cuenta por el juez en su tarea volitiva.

Específicamente, el art. 319 del Cód. Civ. y Com. reza: “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”.

La norma contiene varios pasajes muy interesantes y claramente diferenciables entre sí, incluyendo uno muy específico aplicable a los documentos de naturaleza telemática, como una videograbación de Zoom.

Una grabación digital, para ser considerada un elemento probatorio robusto (19), debe ser debidamente preservada con los cuidados pertinentes (p. ej., resguardando la cadena de custodia) (20) y ser capaz de transmitir confianza.

Justamente por esa razón, la norma aludida expresamente se refiere a la “confiabilidad de los soportes utilizados” y a los “procedimientos técnicos aplicados”. Acá subyace uno de los aportes más provechosos a la función valorativa del sentenciante, otorgándole rango legal a una característica técnica innata a los documentos electrónicos.

En el ámbito forense, son conocidos los distintos grados de fiabilidad que poseen estos tipos de instrumentos y los riesgos a los cuales están expuestos (adulteraciones, manipulaciones, supresiones, etc.), erigiéndose como máximas científicas. Por el contrario, en el plano judicial, muchas de estas cuestiones técnicas escapan al conocimiento de la generalidad de las personas, inclusive del juez.

El legislador recoge el guante y legitima este proceder mediante el dictado de una norma sustancial, con el objetivo de orientar y unificar la tarea ponderativa de estos tipos de instrumentos, evitando interpretaciones erróneas o inconsistentes. Ergo, el juez está obligado a valorar no solo la apariencia externa de los documentos electrónicos, sino también la correspondencia de su información interna, vale decir, su fiabilidad y confiabilidad técnica.

En esta la tarea volitiva, además, será muy importante la posición en el pleito que haya asumido la contraria con relación a estos archivos audiovisuales, vale decir, si los cuestionó o impugnó en tiempo oportuno.

Sobre este último aspecto, existe un debate más que interesante en la doctrina, abonado por que el régimen procesal únicamente impone la carga de negar o reconocer los documentos “que se atribuyen a la parte”, cuestión que dejaría afuera a simple vista a estos tipos de archivos que no reú-

{ NOTAS }

(8) Recuperado de <https://blog.zoom.us/word-press/2017/02/15/how-zoom-secures-your-meetings/>.

(9) Web Real-Time Communication es un proyecto gratuito de código abierto que proporciona navegadores web y aplicaciones móviles con comunicación en tiempo real (RTC) a través de interfaces de programación de aplicaciones (API) simples. Recuperado de http://www.tecnologiahechapalabra.com/tecnologia/glosario_tecnico/articulo.asp?i=11716.

(10) Transport Layer Security (TLS) y su predecesor, Secure Sockets Layer (SSL), son protocolos criptográficos diseñados para proporcionar seguridad de las comunicaciones en una red informática. Varias versiones de los protocolos encuentran un uso generalizado en aplicaciones como navegación web, correo

electrónico, mensajería instantánea y voz sobre IP (VoIP). Los sitios web pueden usar TLS para asegurar todas las comunicaciones entre sus servidores y navegadores web.

(11) BIELLI, Gastón E. - ORDÓÑEZ, Carlos J., “La prueba electrónica. Teoría y práctica”, ob. cit., cap. XXI, punto 21.8; QUADRI, Gabriel H., en CAMPS, Carlos E. (dir.), “Tratado de derecho procesal electrónico”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2019, t. 2, cap. XVI, punto 10.6.

(12) QUADRI, Gabriel H., “La prueba en el proceso civil y comercial”, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2011, t. I, p. 132.

(13) FALCÓN, Enrique M., “Tratado de derecho procesal civil y comercial”, Rubinzal-Culzoni Edit.,

Santa Fe, 2006, t. II, p. 897.

(14) GINI, Santiago L., “Documentos y documento electrónico”, LA LEY, *Supl. Act.* del 30/3/2010, 1.

(15) Sancionada el 14/11/2001 y promulgada de hecho el 11 de diciembre del mismo año. Consta de 53 artículos distribuidos en once capítulos, un anexo, y fue reglamentada primariamente por dec. 2628/2002, para luego derogarse este último, siendo reemplazado por el dec. 182/2019.

(16) Coincidimos con Gini al entender que el nombre estrictamente correcto que debería haberse empleado en la redacción normativa para esta clase de documentos es “documento electrónico”, en lugar de “documento digital”. Para ampliar ver: GINI, Santiago L., “Documentos y documento electrónico”, LA LEY, *Supl. Act.*

del 30/03/2010, p. 1, AR/DOC/679/2010.

(17) En esta oportunidad no ingresaremos al debate sobre si tal archivo posee —o no— características identificatorias suficientes para considerarlo un documento firmado o no firmado, por cuanto excede el objeto del presente trabajo.

(18) VELTANI, Juan D., “La pretensión informática en el Código Civil y Comercial”, RCCyC 2015 (agosto), 17/08/2015, 68, AR/DOC/2488/2015.

(19) Cuando hablamos de la robustez de un documento electrónico, nos referimos a su fortaleza técnica.

(20) Para mayores precisiones sobre el concepto de cadena de custodia, véase BIELLI, Gastón E. - ORDÓÑEZ, Carlos J., “La prueba electrónica. Teoría y práctica”, ob. cit.

nen tal característica, por ejemplo, los videos de una conversación de Zoom.

Ya hemos sostenido que no parece razonable que una persona que, por ejemplo, apareciera capturada en una videofilmación pueda considerarse totalmente ajena a ella (un tercero) y relevada de reconocerla o desconocerla (21).

El Código ritual se preocupa, en la generalidad de los casos, por el creador jurídico del documento, permitiendo así atribuirlo a una persona determinada, lo que no quita que, en ciertos casos, el interés deba centrarse en otro aspecto: ya no tanto en el autor del instrumento, sino más bien en los intervinientes que quedaron plasmados en el contenido del archivo, cuyo alumbramiento permitirá atribuir hechos almacenados en documentos (22).

La razón de ser de la prescripción legal es que, en determinados supuestos de entidad, es imprescindible que las partes se expidan sobre los documentos involucrados y, eventualmente, sobre los hechos representados en tales documentos, porque en la postura que asuman las partes que intervinieron en ellos residirá toda la actividad probatoria.

Entonces, estamos convencidos de que la carga legal en estudio debe considerarse comprensiva de este tipo de documentos electrónicos, e inevitablemente debe existir un pronunciamiento de la parte, positivo o negativo. Y, en caso de negárselos, tendrán que ser acreditados por cualquiera de los medios previstos en el orden ritual.

Una hermenéutica basada en un *estándar mínimo* de buena fe procesal difícilmente pueda avalar una tesis que implique relevar a los sujetos intervinientes de expedirse acerca de elementos de semejante entidad (23).

Por último, en la valoración de estos tipos de archivos no podemos dejar de remarcar la importancia de todo el caudal probatorio acompañado o producido por las partes, complementando los aspectos endebles de las filmaciones en cuestión, como así también su correspondencia con los hechos que sirven de basamento a la pretensión.

VII. Eficacia probatoria en cuanto a los intervinientes: partes y terceros

Decíamos anteriormente que los hechos que podrían procurar acreditarse mediante esta vía son muy variados. Es más, pueden ser los hechos principales sobre los que hubiera versado la conversación y también alguno secundario o tangencial (acontecimientos sucedidos en el mismo momento y accidentalmente receptados, como podría ser —p. ej.— lo que pudiera verse más allá del primer plano del hablante).

Ahora bien, en lo que respecta a la identidad de los sujetos intervinientes, aquí pueden suceder varias cosas relevantes desde el punto de vista probatorio.

La primera es que alguna de las partes del proceso del que se trate, en el contexto de una videoconferencia, haya reconocido algún hecho relevante para el proceso y que le fuera perjudicial.

Nos hallaríamos ante un supuesto de confesión extrajudicial (es decir, hecha fuera de juicio) y su virtualidad acreditativa estaría dada, en el ámbito del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (y los ordenamientos que lo siguen), por las prescripciones del art. 425.

Aquí el tema se pone bien interesante.

Recordemos que el artículo en cuestión señala que “la confesión hecha fuera del juicio, por escrito o verbalmente, frente a la parte contraria o a quien la represente, obliga en el juicio siempre que esté acreditada por los medios de prueba establecidos por la ley. Quedará excluida la testimonial, cuando no hubiere principio de prueba por escrito. La confesión hecha fuera de juicio a un [1] tercero, constituirá fuente de presunción simple”.

Entonces, si se tratara de una videoconferencia en la que intervinieran ambas partes y hubiera operado una confesión extrajudicial, podría acreditársela mediante el aporte del archivo de video del que venimos hablando.

El artículo, incluso, habla de la *confesión verbal*, y ese sería justamente nuestro supuesto.

Podemos, incluso, profundizar acerca de las bondades de la prueba electrónica en estos casos.

Es que en épocas pretéritas era muy infrecuente operar con base en este artículo, sencillamente porque resultaba dificultoso poder acreditar la confesión extrajudicial verbal, aportando testigos y algún principio de prueba por escrito.

Pero, ahora, podrá quedar acreditada en un documento electrónico, plenamente utilizable en el proceso.

El problema sería si la videoconferencia no se hubiera grabado.

En tal caso, si solo hubieran intervenido las partes, la acreditación sería prácticamente imposible (salvo en el caso de que existiera una segunda confesión que, a su vez, tuviera por objeto la primera confesión).

Pero si hubieran intervenido otras personas (que serían testigos virtuales), la confesión efectuada en este contexto podría acreditarse aportando su declaración, aunque sería necesaria la existencia, además, de un principio de prueba por escrito, como dice el artículo.

Ahora bien, la otra variante que podría darse es que la confesión fuera de juicio tuviera lugar en una videoconferencia en la cual no hubieran intervenido ambas partes, sino una sola, y otras personas ajenas al juicio.

Estas personas podrían ser llamadas a declarar como testigos.

Pero, como dice el art. 425 antes referido, aquí tendría valor solo como presunción simple.

Ahora bien, podría suceder también que lo acontecido en el ámbito de la videoconferencia no implique una confesión.

En tal caso, y como es obvio, no regirán las normas aludidas y serán de aplicación las genéricas de toda la prueba, adaptadas a lo electrónico.

Más adelante volveremos sobre el asunto, al hablar de los medios de prueba.

VIII. La cuestión del consentimiento para grabar, la privacidad y la confidencialidad

La posibilidad de grabación del material generado por esas vías telemáticas y el rol del consentimiento de los sujetos intervinientes en la videoconferencia sobre la privacidad y confidencialidad de la comunicación presentan diversas aristas dignas de ser remarcadas.

Desde el plano técnico, debemos saber que las particularidades del medio empleado y las funcionalidades propias de la plataforma examinada hacen que el registro audiovisual del intercambio comunicacional sea una posibilidad cierta y muy probable, que deberá ser tenida en consideración por los interlocutores al tiempo de valerse de esta herramienta, más allá de la preconfiguración que se realice de la reunión en la plataforma.

Zoom tiene incorporada en forma nativa una función de grabación (acompañada de un sistema de alertas) (24), la cual está disponible para el administrador en todo momento, sin condicionamiento o limitación alguna. Por el contrario, para que los invitados puedan valerse de ella deberán contar con un permiso especial otorgado por el organizador, ejecutable a través de un ajuste en el evento, al tiempo de generarlo o durante su realización.

A la par, nada impide que las restricciones del programa sean sorteadas mediante el empleo de otros *softwares* para capturar este contenido. Existen diversas aplicaciones de grabado de pantalla en el mercado, tales como AZ Screen Recorder, ADV Screen Recorder, Mobizen, etc.; inclusive hay sistemas operativos que ya vienen con dicha función incorporada (25).

Además, también es posible que se utilicen otros dispositivos electrónicos (celulares, filmadoras, capturadoras, etc.) con idéntica finalidad.

Las tecnologías de la información y de las comunicaciones (TIC) posibilitan en todo momento y en todo lugar el almacenamiento de información vinculada a la vida privada de las personas, quienes a diario y con absoluta naturalidad recurren a estas herramientas.

Esto sin dudas trae aparejadas consecuencias de diversa índole, aunque en el plano estrictamente probatorio, en algunos casos, son susceptibles de generar una intromisión indebida en la privacidad de las personas, constituyéndose en un valladar infranqueable en la actividad probatoria emanada de las partes, de los auxiliares de justicia e incluso del propio juez (26).

En efecto, cualquier diligencia de esta naturaleza, independientemente de que se realice antes o durante la tramitación de la

contienda, debe indefectiblemente encauzarse dentro de un marco de legalidad que resguarde en debida forma este derecho constitucional u otros de igual jerarquía.

Sin embargo, cuando se utilizan voluntariamente estos modernos medios de comunicación es evidente que la expectativa de privacidad de los interlocutores virtuales difiere claramente del marco tradicional que precede a una conversación tradicional (presencial), en la cual no se da imprescindiblemente esta canalización del diálogo por medios tecnológicos ni tampoco la documentación constante que permiten aquellos.

Hoy en día, difícilmente alguien podría verse sorprendido en su privacidad por este registro de la información que permiten las diferentes vías de comunicación modernas, entre ellas, la videoconferencia. Más aún cuando incluso es realizado por los propios participantes.

Ahora bien, esta fuente probatoria podrá ser presentada en juicio siempre y cuando no violente la garantía de confidencialidad consagrada en el art. 318 del Cód. Civ. y Com. (27).

Aseveramos que la obligación derivada del secreto de las comunicaciones no alcanza a los partícipes entre sí, que forman parte activa del intercambio comunicacional y que solo estarán obligados a un deber de reserva en lo que respecta a los contenidos sumamente sensibles, derivado del derecho a la privacidad. Es decir, no hay secreto para aquel a quien la comunicación se dirige, dado que la retención, por cualquier medio, del contenido del mensaje no viola el principio constitucional que consagra la garantía de protección a la privacidad en nuestra Carta Magna, pues sobre los comunicantes no pesa el deber del secreto (28).

En los supuestos donde una persona esboza, por propia cuenta, sus opiniones o secretos a una multitud que la escucha, estos podrán hacer uso de ese contenido sin temor a incurrir en violación legal alguna. Es decir, dicho individuo posee pleno conocimiento de que se está despojando voluntariamente de su esfera de protección a la privacidad, para transmitir los contenidos expresados a los que lo escuchan.

Entonces, se considerará lícito grabar una conversación si la persona que está grabando se encuentra participando activamente en ella. Esto tiene su basamento legal en que el individuo que difunde o publica una grabación es quien efectivamente la emitió, y la otra parte que ha sido grabada ha accedido de propia cuenta a este acto, siendo eventualmente responsable del contenido que hubiera generado durante la conversación.

Resulta esencial, por tanto, una distinción entre las grabaciones realizadas por uno de los interlocutores y las grabaciones realizadas por terceros ajenos a la conversación, ya que, si un tercero efectúa una grabación de una conservación ajena a él y donde no participa, indefectiblemente estaría violando el principio constitucional de protección a la privacidad.

{ NOTAS }

(21) QUADRI, Gabriel H., “Las filmaciones como prueba en el proceso civil”, LA LEY, 2016-E, 500; RCyS 2016-XI, 165; AR/DOC/2658/2016.

(22) Sobre la cuestión, la jurisprudencia ha dicho que la atribución de la afirmada presencia de la imagen del actor en el video permite sostener válidamente que el documento ha sido emplazado inequívocamente en la órbita personal del accionante (SCBA, 01/06/2016, “Stratico, Fabián Ezequiel c/ Ferrovías SA s/ daños y

perjuicios”, C. 118.649).

(23) QUADRI, Gabriel H., “Las filmaciones...”, ob. cit.

(24) Cada vez que un organizador o un invitado decide grabar la reunión, aparece una ventana avisando el suceso.

(25) En iOS 11 o versiones posteriores y en iPadOS, se puede crear una grabación de la pantalla y capturar el sonido en el iPhone, el iPad o el iPod touch.

(26) Sobre las posibles implicancias de la recolección de prueba electrónica en derechos de índole constitucional, véase BIELLI, Gastón E. - ORDÓÑEZ, Carlos J., “La prueba...”, ob. cit.

(27) Art. 318, Cód. Civ. y Com.: “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 terce-

ros no pueden valerse de la correspondencia sin asentimiento del destinatario, y del remitente si es confidencial”.

(28) Sobre los alcances del art. 318, Cód. Civ. y Com., sobre las comunicaciones electrónicas véase “La prueba electrónica. Teoría y práctica”, ob. cit.

IX. Las videoconferencias y los medios de prueba

Hemos dicho ya que, dependiendo del caso, lo acontecido en el ámbito de la videoconferencia podría generar, o no, un documento electrónico utilizable en el proceso.

En tal supuesto, regirán las normas sobre prueba documental, pero en su variante electrónica y adaptadas a estos tipos documentales (archivos de video) (29).

Habrá que tener presentes, en todos los casos, y una vez que se la aporte, los medios de prueba idóneos para aduirla, si llegara a ser necesario.

Especialmente, la prueba pericial, que podrá trabajar, especialmente, con los metadatos del archivo en cuestión.

Con todo, aquí habrá otro medio de prueba de suma relevancia: la declaración testimonial de quienes hubieran intervenido en la videoconferencia y no fueran parte en el proceso.

Serían, en definitiva, testigos virtuales (30).

Aquí se da algo singular, porque el testigo, para adquirir su conocimiento, no lo habrá hecho en forma directa (es decir, entrando sus sentidos en contacto inmediato con el hecho a percibir), sino mediatizada; es decir, por intermedio de algún equipo informático o electrónico, que primero captó los hechos, luego los transmitió a través de la red y finalmente permitió que el deponente los observara.

Todos pensaríamos que esto sería una desventaja, justamente por alejar la percepción respecto del hecho original y que se dice percibido; indudablemente, lo es.

Pero creemos que no siempre hay que ser tan negativo, porque al lado de esa desventaja emergen también —y como ya lo veremos— algunas cosas favorables, porque este conocimiento mediatizado podrá ser, quizás, comprobado y reforzado por otros medios, más allá de la sola declaración. Luego hablaremos de esto con mayor profundidad.

Además, la “nueva normalidad” en la que estamos viviendo, fruto de la emergencia sanitaria y de las medidas gubernamentales de aislamiento, nos ha mostrado el aumento exponencial del contacto interpersonal digital.

Con lo cual, quien era reacio a esto, es mejor que se vaya adaptando.

Ahora, volvamos a la percepción.

¿Qué es lo que el testigo virtual percibe?

Pues, en todos los casos, el testigo percibe —ve u oye— imagen, sonido o ambos conjuntamente a través de un dispositivo (monitor, parlantes, teléfono celular, *tablet*, etc.), que, a su vez, ha sido captado por otro

dispositivo (cámaras, micrófonos, teléfonos) y transmitido de alguna manera para llegar hasta él.

Ahora, en estos casos, cuando se trata de hechos sucedidos en el mundo tangible, en verdad el testigo no percibe los hechos en sí mismos, sino una representación de ellos, plasmada en un documento electrónico (art. 287, párr. 2º, Cód. Civ. y Com.) que, por alguna vía, llega a su dispositivo.

O sea, pareciera que el testigo no declara sobre su percepción del hecho en sí mismo, sino más bien sobre su percepción de un documento (electrónico), que, a su vez, plasma en su seno el hecho sobre el que viene a declarar.

El testigo, entonces, puede venir a declarar sobre esos hechos, relatando lo que observó o escuchó a su respecto, a través de ese documento digital.

Es que, en cuanto a la existencia y contenido de algún documento, la prueba más específica (y respetuosa del principio de originalidad) sería el documento mismo, pero nada excluye la posibilidad de utilizar, al efecto, testigos.

Y aquí, como hemos dicho, tenemos la posibilidad de que el documento no se hubiera almacenado.

Si seguimos profundizando sobre el tema, en el trabajo que venimos citando se han analizado las eventuales diferencias que pudieran existir entre los testigos de transmisiones “en vivo” (caso de las videoconferencias) y de hechos pretéritos.

Se señala que entre ambos supuestos no existen mayores distinguos ontológicos, pues en los dos casos lo que el testigo percibe es, en puridad, una fuente documental. Ya sea que se trate de un hecho que está sucediendo en ese mismo momento o de un suceso pretérito, nunca el testigo virtual lo va a percibir directamente y de manera inmediata. Es más, aun en la transmisión en vivo hay siempre una mínima diferencia temporal, que hace que se trate de hechos pasados y no absolutamente contemporáneos.

Remarcamos que la diferencia está en que, en el primer caso (transmisión en vivo), el testigo percibe la realidad documentada (descompuesta digitalmente en un extremo y vuelta a componer, red mediante, en el otro), pero una vez reproducido el documento no aparece destinado a almacenarse (al menos no en principio, salvo que de alguna manera se lo capture); mientras que en el segundo se percibe una realidad pretérita, documentada y almacenada.

En el caso de las videoconferencias, el testigo presenciara lo sucedido y, luego, podrá venir a ser interrogado en el proceso.

Allí su declaración podrá ser útil, ya sea para reconocer, o desconocer, el documento electrónico que se le exhiba, en el caso de que la videoconferencia hubiera quedado almacenada en un archivo de video, o bien

para relatar lo sucedido en el ámbito de aquella, si no lo hubiera sido.

Obviamente, en uno y otro caso, su peso convictivo será diferente.

Incluso, y como medida para corroborar la credibilidad de sus dichos, siempre tendremos la posibilidad de acudir a otros aportes testimoniales (es decir, otros sujetos que hubieran intervenido en la videoconferencia) e, incluso, dentro del supuesto del art. 456 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, a la indagación pericial dentro de los propios equipos del testigo, en la búsqueda de vestigios informáticos de su participación en la videoconferencia en cuestión (sí, p. ej., alguna de las partes lo hubiera negado).

Es más, cuando se ofrece un testigo en estas condiciones, sería bueno pensar en el resguardo de todos los datos informáticos que fueran menester y que, luego, podrían utilizarse para apuntalar, ya en el momento probatorio, los dichos del declarante. Al efecto, incluso podría acudir a la figura de la prueba anticipada, si los datos pertinentes estuvieran expuestos al riesgo de perderse. Aquí cabe señalar que si bien estos documentos no entrarían estrictamente en las previsiones del art. 326, inc. 4º, del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación (porque no están relacionados con los hechos principales de la causa), si la petición fuera razonable, no habría motivos para desestimarla. Aunque, paralelamente, siendo el testigo ajeno a la controversia, la cuestión debería observarse a través del lente de los arts. 387 y 389 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación.

X. Otras posibilidades que se abren (*hackeando las soluciones de códigos antiguos*)

Si lo pensamos un poco, la cuestión de las videoconferencias y la posibilidad de grabarlas pueden ofrecernos nuevas formas de trabajo, mucho más eficientes y razonables, útiles incluso allende la pandemia.

Veamos dos ejemplos.

En el ámbito del beneficio de litigar sin gastos, el art. 79 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación indica que “la solicitud contendrá: 1) La mención de los hechos en que se fundare, de la necesidad de reclamar o defender judicialmente derechos propios o del cónyuge o de hijos menores, así como la indicación del proceso que se ha de iniciar o en el que se deba intervenir. 2) El ofrecimiento de la prueba tendiente a demostrar la imposibilidad de obtener recurso. Deberá acompañarse el interrogatorio de los testigos y su declaración en los términos de los arts. 440, primera parte, 441 y 443, firmada por ellos. En la oportunidad prevista en el art. 80 el litigante contrario o quien haya de serlo, y el organismo de determinación y recaudación de la tasa de justicia, podrán solicitar la citación de los testigos para corroborar su declaración”.

Frente a ello, quizás podríamos pensar que el recaudo del inc. 2º, en cuanto al aporte testimonial, puede cumplimentarse

de manera electrónica y acercando el aporte testimonial, no ya en un frío papel, sino en un archivo de video generado de esta manera. Ello, claro está, sin perjuicio de la posibilidad que le acuerda a la contraria la parte final del artículo. Nos parece mucho mejor esta situación, al menos para escuchar la voz de quien nos viene a relatar la situación económica de otra persona, en lugar de traer solo un papel firmado.

Lo mismo podría hacerse en el contexto del art. 197 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, frente a un pedido de medidas cautelares, cuando tuvieran que aportarse declaraciones testimoniales, ya que, dependiendo de las posibilidades de cada administración de justicia, ello podría llevarse a cabo incluso de manera telemática.

Esto último sería de suma relevancia en las épocas que vivimos, con la emergencia sanitaria instalada y la imposibilidad (por las medidas de aislamiento social, preventivo y obligatorio) de que los testigos se acerquen a la sede del tribunal para ratificar las testificales, en un procedimiento que —al menos en este estadio procesal— no es contradictorio y resulta, en la mayoría de los casos, un supuesto de urgencia (peligro en la demora).

Seguramente puedan aparecer otras, emanadas del ingenio y la creatividad para innovar; las que a nosotros se nos han ocurrido, al menos al momento de redactar este aporte, son las que dejamos expuestas.

XI. Incorporación de la prueba electrónica. Ejemplos prácticos. El caso Zoom

Aquí analizaremos cómo debe ser incorporada esta fuente probatoria al proceso; para arribar a las necesarias conclusiones abordaremos la temática con base en un artículo recientemente publicado sobre los sistemas de almacenamiento privado en la nube (31).

Pues bien, en primer lugar, sostenemos que siempre será necesario efectuar la grabación de Zoom en tiempo real (*streaming*) y en plano secuencia (secuencia grabada en continuidad, sin cortes entre planos) a efectos de garantizar la integridad del documento electrónico y esquivar eventuales planteos sobre supuestas ediciones del archivo original.

Aseveramos que las grabaciones emitidas serán generadas, por defecto, en formato .MP4 (32), ya que se resguardarán en la máquina local del usuario o en la nube segura de Zoom, dependiendo de la configuración adoptada oportunamente.

En razón de las funcionalidades que nos permiten los servicios de almacenamiento en la nube, y a fin de incorporar el material probatorio al pleito de manera eficaz, subiremos la carpeta local donde consta el video exportado mediante Zoom a dicha plataforma (p. ej., Dropbox) (33), seleccionada previamente por el letrado. Cumplido lo anterior, chequearemos el *hash* del archivo que hace las veces de registro fílmico (34).

{ NOTAS }

(29) BIELLI, Gastón E. - ORDÓÑEZ, Carlos J., “La prueba electrónica. Teoría y práctica”, ob. cit., cap. XXI, punto 21.8; QUADRI, Gabriel H., en CAMPS, Carlos E. (dir.), “Tratado de derecho procesal electrónico”, ob. cit., t. 2, cap. XVI, punto 10.6.

(30) Sobre el tema puede verse QUADRI, Gabriel H., “Testigos virtuales en el proceso civil”, disponible en <http://e-procesal.com/testigos-virtuales-en-el-proceso-civil-1796>.

(31) A fin de profundizar la cuestión, ver BIELLI, Gastón E. - ORDÓÑEZ, Carlos J., “Uso de la nube para la incorporación de prueba electrónica al proceso”, LA LEY del 04/05/2020, AR/DOC/1242/2020.

(32) Analizaremos en primer lugar al Moving Picture Experts Group 4 (MPEG-4), introducido a finales de 1998: es el nombre de un grupo de estándares de codificación de audio y video, así como su tecnología relacionada normalizada por el grupo MPEG (Moving Picture Experts Group) de ISO/IEC. Los usos principales del estándar MPEG-4 son los flujos de medios audiovisuales, la distribución en CD, la transmisión bidireccional por videofono y la emisión de televisión. Ahora bien, las diferencias entre MPEG-4 y MP4 giran en torno a la definición: MP4 puede ser una extensión de archivo de video (.mp4), un formato contenedor utilizado para almacenar datos de video y

audio, así como un formato de video; MPEG-4 (código de video) se refiere a un método de compresión del grupo MPEG, especialmente diseñado para propósitos de codificación de video/audio de bajo ancho de banda (menos de 1.5 MBit/s). Recuperado de [https://www.ecured.cu/Moving_Picture_Experts_Group-4_\(MPEG-4\)](https://www.ecured.cu/Moving_Picture_Experts_Group-4_(MPEG-4)).

(33) Y, actualmente, no son pocos los individuos que utilizan estos servicios, ya sea de forma gratuita o mediante un abono, contratando electrónicamente con los más diversos proveedores, entre los que podemos mencionar —como los más relevantes a la fecha— a Google Drive, OneDrive, iCloud y Dropbox.

(34) Ya hemos definido al *hash* como una cadena alfanumérica hexadecimal generada a partir de la aplicación de un algoritmo que debe identificar de manera inequívoca un determinado documento electrónico, de tal manera que el menor cambio realizado sobre él —aunque sea en un bit— sea rápidamente detectado y visualizado. Hoy por hoy, los algoritmos más utilizados son SHA 256 y SHA 512. Puede verificarse en forma *online* a través de diferentes sitios web de acceso público, como <https://md5file.com/calculator>, o en forma local descargando una aplicación, como bien puede ser MD5 & SHA Checksum Utility, mediante el sitio <http://descargar.cnet.com/MD5-SHA>.

Luego, procederemos a obtener el hipervínculo (35) de la carpeta mencionada —ya alojada en la nube— donde se encuentre el documento, a fin de consignarlo en la demanda, para su posterior acceso por parte del juez o del especialista informático designado en autos. Pero visualizamos que es de vital importancia aquí otorgar únicamente permisos de lectura sobre la información, y no así de escritura (36).

El permiso de lectura procurará la sola visualización y descarga de los documentos alojados en la nube, manteniendo inalterable el contenido de los originales que se encuentran dentro del ecosistema de la plataforma, velando por su autenticidad. Esta medida de seguridad es esencial, juntamente con el *hasheo* de los documentos electrónicos, a fin de establecer la integridad de la prueba (37).

Sobre este punto, en el escrito de inicio se deberá consignar la siguiente información:

— Fecha y hora en que se produjo la videoconferencia, consignando el momento de inicio y el momento de finalización. A su vez, se deberá aclarar su duración. Aquí revisite suma utilidad la opción de *timestamp* (38) brindada por la misma plataforma, que des-

de ya recomendamos activar, accesible mediante el menú “Configuración/Grabado”; luego, debe tildarse la opción “Agregar una marca de tiempo a la grabación”.

— Versión del cliente Zoom empleada por el usuario [p. ej., versión 5.0.4 (25694.0524)].

— Nombre del archivo y tipo de extensión (p. ej.: zoom_1.mp4).

— Tamaño del archivo.

— *Hash* del archivo contenedor de la grabación.

— Se deberá aclarar que la grabación de Zoom fue efectuada en tiempo real (*streaming*) y en plano secuencia (secuencia grabada en continuidad, sin cortes entre planos).

— Plataforma de almacenamiento en la nube empleada y versión del cliente de la aplicación (p. ej., Dropbox 97.4.067).

— Los datos del titular de la cuenta de usuario utilizada en dicha plataforma (como su nombre de usuario, correo electrónico vinculado, país de creación de la cuenta y

cualquier otra información que surja de la sección “Perfil”).

— Link de enlace a la carpeta donde se encuentra alojada la grabación de Zoom (p. ej.: *hyperlink* <https://1drv.ms/u/s!Agw1K9mMq3ZmoVzyf1c4SJ2nok6o?e=;https://1drv.ms/u/s!Agw1K9mMq3ZmoVzyf1c4SJ2nok6o?e=>), mencionando el permiso otorgado sobre dicha carpeta (como ya sostuvimos, será de solo lectura, a fin de mantener la requerida integridad).

— Cualquier otro dato vinculante que el lector encuentre necesario consignar.

Por último, consideramos viable solicitar que el perito informático designado en autos efectúe un informe sobre el funcionamiento de la plataforma Zoom, como así también del servicio de almacenamiento en la nube empleado por el letrado, abarcando la reputación y trayectoria histórica de ambos, como así también estableciendo el carácter de autenticidad de los datos que se aportan mediante el hipervínculo consignado en la demanda.

XII. Conclusiones

Las cosas evolucionan y lo hacen de manera extremadamente veloz.

Quizás hace unos meses este planteo hubiera sido casi de laboratorio o para un pequeño nicho de gente interesada en estos temas tecnológicos.

Pero el advenimiento de la pandemia y la —forzada— migración de lo presencial hacia lo telemático, en la mayoría de los ámbitos de la vida (profesional, social, académico, familiar), pusieron en el centro de la escena algunas cuestiones que, si bien anteriormente ya existían, ahora adquirieron un protagonismo inusitado.

Indudablemente, las videoconferencias entran en esta categoría.

Y, por cierto, si lo pensamos así, no faltarán los casos en que lo acontecido en ese ámbito necesite ser acreditado en algún proceso judicial.

De allí que un domingo de mediados de mayo, y en el medio de una emergencia sanitaria, paradójicamente luego de una videoconferencia, hayamos empezado a delinear estas reflexiones que, esperamos, lleguen a ser de alguna utilidad al lector.

Cita on line: AR/DOC/1881/2020

{ NOTAS }

Checksum-Utility/3000-2092_4-10911445.html. BIELLI, Gastón E., “Los mensajes de WhatsApp y su acreditación en el proceso civil”, LA LEY del 29/10/2018, AR/DOC/1962/2018.

(35) Un hipervínculo (también llamado enlace, vínculo o hiperenlace) es un elemento de un documento electrónico que hace referencia a otro recurso, por ejemplo, otro documento o un punto específico de él o de otro documento. Combinado con una red de datos y un protocolo de acceso, un hipervínculo permite acceder al recurso referenciado en diferentes formas, como visitarlo con un agente de navegación, mostrarlo como parte del documento referenciador o guardarlo

localmente. Recuperado de <http://conceptosbasicos-deinternet.blogspot.com/p/hyperlink-ftp-cifrado-digital.html>.

(36) Sobre lo dicho, nosotros ya hemos sostenido que el almacenamiento en la nube es un modelo de resguardo de documentos electrónicos en el que la información se deposita en grupos lógicos (o *logical pools*). Permite guardar datos y archivos en una ubicación externa a la que se accede a través de internet o una conexión de red privada dedicada. El proveedor aloja, asegura, administra y mantiene los servidores y la infraestructura asociada garantizando que el usuario tenga acceso a los datos siempre que los ne-

cesite, a través de diferentes interfaces, como un servicio web (*web service*), interfaz de programación de aplicaciones (API), interfaz de usuario (interfaz web) o alguna otra seleccionada por el cliente para su operatividad habitual. Respecto a cómo se obtienen los vínculos de enlace y permisos para las carpetas mencionadas, ver las políticas que posee cada compañía: Dropbox: <https://help.dropbox.com/es-la/files-folders/share/set-folder-permissions>; Google Drive: https://support.google.com/drive/answer/2494822#view_comment_edit; iCloud: <https://support.apple.com/es-es/guide/mac-help/mchl91854a7a/mac>; OneDrive: [https://support.office.com/es-es/article/compartir-archivos-](https://support.office.com/es-es/article/compartir-archivos)

y-carpeta-de-onedrive-9fcc2f7d-de0c-4cec-93b0-a82024800c07.

(37) BIELLI, Gastón E. - ORDÓÑEZ, Carlos J., “Uso de la nube...”, ob. cit.

(38) Un sellado o marca de tiempo o *timestamp* es una cadena de caracteres o información codificada que identifica cuándo ocurrió un evento determinado, consolidando de forma exacta y específica la fecha y la hora del día en que sucedió. Ver más en BIELLI, Gastón E., “Terceros de confianza y certificación de prueba electrónica. Una nueva frontera en materia de probática”, LA LEY del 03/06/2019, AR/DOC/1629/2019.

El nuevo mundo pandémico y su efecto en las *fintech*, los consumidores y los usuarios

Fernando O. Branciforte (*)

SUMARIO: I. Introducción.— II. La economía digital en su exponente mayor.— III. Las empresas *fintech* hacen su mejor jugada.— IV. Los consumidores y los usuarios, ¿obligados a adaptarse perdiendo derechos?— V. Conclusión.

I. Introducción

El año 2020 no solo comenzó como un nuevo año, sino que también dio inicio a un nuevo mundo.

Un buen día escuchamos noticias de un virus que comenzaba a expandirse desde

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) Abogado egresado UNS; diplomado en Criptoconomía: Blockchain, Smartcontract, Criptomonedas; vocal del Instituto de Derecho Informático del CABB; vocal del Instituto de Derecho de los Consumidores y Usuarios del CABB.

el gigante asiático, pero cuando volvimos a abrir los ojos, el COVID-19 era noticia en nuestro país.

Así, de la noche a la mañana nos encontramos encerrados en nuestras casas, cuidándonos unos a los otros, sin tener los contactos ni las reuniones que tanto nos gustan a los argentinos.

Pero eso no era todo, estábamos frente a un nuevo mundo, a una nueva forma de relacionarnos y a una nueva forma de llevar adelante los negocios y la economía.

El sistema de negocios tradicionales, donde un fuerte apretón de manos era el inicio de la negociación, ya no existía.

Las filas en los bancos, la atención personalizada y el cobro por ventanilla se veían reducidos hasta prácticamente su desaparición.

El mundo había cambiado y nosotros debíamos adaptarnos a estos cambios.

Los consumidores y los usuarios de los servicios tradicionales tenían que aprender nuevas formas de cobrar, de pagar, de contratar y de comprar.

Por suerte para todos los actores, tanto proveedores de servicios, como entidades financieras, consumidores y usuarios, etc., existía la tecnología. Y con ella los grandes avances que, como herramientas informá-

ticas, facilitaban las distintas operaciones desde nuestros hogares.

Por desgracia para todos los actores, tanto proveedores de servicios, como entidades financieras, consumidores y usuarios, etc., la tecnología no había sido estudiada en profundidad y no era accesible para todos.

Así, la brecha tecnológica y la carencia de servicios esenciales comenzaron a notarse con mayor intensidad.

A pesar de esto, si algo caracteriza al ser humano es su capacidad de ser resiliente, de superarse a sí mismo. De esta forma, tanto consumidores y usuarios como em-

presas, comenzaron a buscar la manera de disminuir estas brechas y adaptarse a los cambios.

En este punto, las *fintech* y todo su entorno son esenciales para el crecimiento del nuevo mundo.

Un nuevo mundo donde la economía digital juega un papel fundamental a la hora de evolucionar tanto desde el punto de vista de los proveedores como de los usuarios y consumidores.

II. La economía digital en su exponente mayor

Cuando hablamos de economía digital, nos referimos a aquella economía basada en la tecnología digital.

El término “economía digital” es atribuido a Don Tapscott, que la acuñó por primera vez en su libro “La economía digital: promesa y peligro en la era de la inteligencia en redes”. Allí define la economía digital como un fenómeno revolucionario y abarcador impulsado por la convergencia de las comunicaciones, informática y contenidos que además crea una multimedia interactiva y una autopista de información.

Según Thomas Mesenbourg (1), existen tres componentes principales en la economía digital:

- Infraestructura de negocios.
- Negocio electrónico.
- Comercio electrónico.

La *infraestructura de negocios* hace referencia a todo el *hardware*, *software*, personal especializado y demás componentes necesarios para llevar adelante los sistemas informáticos o TIC.

El *negocio electrónico* se vincula con aquellas aplicaciones o plataformas que permiten actualizar o innovar a los negocios tradicionales para vincularlos con las tecnologías existentes en la actualidad y utilizar estas como herramientas de sus operaciones empresariales.

Finalmente, con *comercio electrónico* nos referimos a todo tipo de transacción de bienes y servicios realizados por medios electrónicos y/o informáticos. Básicamente podemos referirnos a un acuerdo realizado entre dos partes de manera *online*.

Seguramente los lectores se preguntarán por qué traigo a colación estos componentes. Pues si bien la economía digital ya existía hace varios años (2), y lo mismo sucedía con el desarrollo de las nuevas tecnologías (3), es sobre todo con el advenimiento del COVID-19 cuando la economía digital crece exponencialmente.

La pandemia que nos aqueja obligó a todos los países (algunos más temprano, otros más tarde) a aplicar medidas sociales que generaron un aislamiento de los ciudadanos, debiendo estos permanecer en sus casas, limitándose las salidas a lo mínimo indispensable.

Asimismo, varias actividades sociales y económicas fueron prohibidas y muchos locales y comercios (de todo tipo de servicios) tuvieron que cerrar sus puertas porque no podían atender al público de manera presencial.

Muchas profesiones debieron adaptarse a los nuevos sistemas de atención a sus clientes y usuarios.

Es decir que, de un día para el otro, prácticamente la totalidad del mundo tuvo que modificar la infraestructura de sus negocios y pasar a sistemas de negocios electrónicos y ofrecimiento y venta de sus productos por medio del comercio electrónico.

En otras palabras, la llegada del COVID-19 generó que las tres características nombradas por Mesenbourg cobraran mayor fuerza.

Y es aquí donde comenzamos a vislumbrar la gran brecha tecnológica. Y no me refiero solo en su carácter etario, sino también en la modernización de las diversas actividades y/o servicios y/o comercios.

Es que, para adaptarse a los nuevos tiempos que corren, fue necesario y prácticamente obligatorio utilizar la tecnología en todas sus características.

Así las cosas, muchos comercios o proveedores de servicios se vieron obligados a adaptar sus sistemas de venta a los medios informáticos, pero, por desgracia, no todos pueden realizarlo.

De este modo, se comenzó a ver cómo aquellas empresas o pymes que ya contaban con la tecnología pudieron seguir “casi normal” con sus actividades, mientras que la brecha tecnológica dejó a muchas otras en el camino.

La tecnología arrolló nuestro comercio tal como lo conocíamos.

Ante esta situación, varios municipios intentaron “ayudar” a sus ciudadanos “facilitándoles” la innovación tecnológica y su conversión del sistema de comercio tradicional al electrónico (4).

Pero, más allá de esto, lo cierto es que aquellos que se hallaban en el marco de la economía digital se vieron impulsados por la nueva realidad.

III. Las empresas *fintech* hacen su mejor jugada

Nadie puede negar que, ya antes de la pandemia, las empresas *fintech* venían ganando terreno a grandes pasos respecto de la banca tradicional.

Nuestro país siempre fue un propulsor de esta industria, con pocas regulaciones, e incluso creando la Cámara Argentina *Fintech*.

Por supuesto que esto generaba grandes críticas por parte de aquellos bancos tradicionales que veían con dificultad competir con estas nuevas empresas que, gracias a la tecnología, tenían menores costos de man-

tenimiento, menores costos de personal y trámites menos burocráticos y más ágiles.

Como manifestamos en otra publicación (5), el término *fintech* se origina de la contracción de las palabras de origen anglosajón *financiamiento*, que traducido corresponde al adjetivo “financiero (a)”, y *technology*, que significa “tecnología”, por ello en el habla hispana este sector empresarial se conoce como “tecnología financiera”.

Cuando hablamos de la industria *fintech*, nos referimos al conjunto de empresas innovadoras que ofrecen soluciones financieras, con el soporte de las nuevas tecnologías, a personas individuales y empresas, que centran su actividad en un área en concreto del mercado financiero (6).

De este modo, lo primero que nos viene a la mente son aquellas empresas que manejan la banca digital, ofreciendo servicios financieros online, billeteras virtuales y créditos sin necesidad de contacto personal, todo a través del *smartphone* o de una computadora.

Pero, como me referí párrafos arriba, la industria *fintech* es mucho más amplia y abarca también aquellas empresas que desarrollan casi en exclusividad el comercio electrónico, las empresas que desarrollan inversiones por medio de plataformas *online* y hasta aquellas que ofrecen servicio del mundo de las criptomonedas.

Así las cosas, aquellas empresas que ya estaban en el “mundo tecnológico” vieron en esta crisis una gran oportunidad para expandir su mercado.

Como contrapunto, las empresas tradicionales debieron adaptarse a los nuevos tiempos.

Es así que grandes cadenas de supermercados y comercios de renombre, si bien ya venían desarrollando el comercio electrónico, tuvieron que readaptar sus plataformas para hacer frente al aluvión de consumidores *online*. De igual manera debieron coordinar la logística para cumplir con la normativa vigente.

De esta forma, en esta pandemia vimos una explosión del comercio electrónico, en parte por necesidad y en parte por comodidad.

Por otro lado, los grandes unicornios argentinos aprovecharon el coronavirus para desarrollar aún más su capacidad de negocios.

Conforme a los informes periodísticos (7), Mercado Libre tuvo un 33% de crecimiento en su plataforma de *e-commerce*, en tanto que el portal OLX incrementó su valuación a U\$S 71.000 millones, logrando ganancias superiores a períodos anteriores al COVID-19.

En igual sentido, empresas como Brubank o Ualá se posicionan como actores interesantes a la hora de llevar adelante operaciones financieras sin necesidad de utilizar dinero físico ni de apersonarse a alguna oficina.

Más allá de esto, las nombradas en el párrafo anterior, así como aquellas otras vinculadas a los servicios financieros y/o billeteras virtuales, también vieron un gran empuje por parte de la banca tradicional que se mantuvo firme impidiendo, por ejemplo, la utilización de sus billeteras virtuales para el cobro del ingreso familiar de emergencia.

En contraposición, también vemos la innovación por parte de la banca tradicional estatal para adaptarse (como puede) a los nuevos tiempos que corren (8).

Firmas encargadas de la protección de datos y de la seguridad informática también fueron grandes oponentes en medio de esta pandemia, que llevó a los sistemas informáticos a su máximo extremo (9).

Tampoco debemos olvidarnos, si bien a nivel internacional, de aquellas empresas popularmente conocidas como Facebook (10), quien debió adaptar también su plataforma para comenzar a competir en el mundo de las videollamadas.

Es que el aislamiento social y obligatorio llevó a que los ciudadanos buscaran la forma de comunicarse más allá del simple mensaje de texto (sea SMS o por WhatsApp).

Siguiendo con este razonamiento, el mismo grupo económico tomó nota de la necesidad de nuevos sistemas de pago digitales y promocionó WhatsApp Payment como una nueva forma de abonar o prestar dinero a contactos y que sería lanzado en junio de este año.

Finalmente, aquellas *exchange* encargadas del intercambio de moneda *fiat* a criptomonedas o de criptomonedas entre sí, también vieron incrementada su actividad con la mayor popularidad alcanzada por la *stable coin DAI*. Dada su paridad con el billete dólar, ella se convirtió en una nueva forma de ahorro del ciudadano.

De este modo vemos cómo las empresas que tienen algún tipo de vinculación con el sector tecnológico pudieron aprovechar las oportunidades, en algunos casos de un mercado existente que se expandió y en otros casos de un nuevo mercado que venía marcado por un nuevo mundo.

Ahora bien, podemos ver cómo el mercado *fintech* evolucionó y se adaptó a este nuevo mundo pandémico. Sin embargo, da la impresión que la velocidad a la que hubo que generar los cambios produjo sus consecuencias.

Y la gran mayoría de las veces, cuando hay consecuencias, quienes más perjudicados salen son los consumidores o usuarios de los servicios.

Personas que, con poco o ningún conocimiento, se vieron inmersos en un nuevo mundo del cual no conocían todas las reglas y, en algunos casos, por el apuro de la adaptación, los proveedores tampoco cumplían con ellas.

Con lo cual la pregunta que me surge es: ¿Están los consumidores y usuarios adaptados y protegidos en este nuevo mundo?

{ NOTAS }

(1) MESENBURG, Thomas L. (2001), “Measuring the digital Economy”, *U.S. Bureau of the Census*.

(2) El libro “La economía digital: promesa y peligro en la era de la Inteligencia en redes” de Don TAPSCOTT fue publicado en 1995.

(3) Ejemplo de ello es el nacimiento de *bitcoin* y la tecnología *blockchain* en el año 2008.

(4) P. ej., la Municipalidad de Bahía Blanca en conjunto con el Polo Tecnológico de la UTN (Universidad Tecnológica Nacional) creó la plataforma “Desde

Casa” (www.desdecasa.bahia.gob.ar) para que los distintos comercios que venden sus productos online o a distancia se puedan inscribir formando parte de una base de datos a la cual accedan los distintos consumidores.

(5) “Análisis de las comunicaciones A 6859 y A 6885 del BCRA. Su implicancia para las empresas *fintech*, usuarios y consumidores de servicios”, LA LEY edición especial sobre *fintech*, 19/02/2020.

(6) WILSON, J., 2017, “Creating Strategic Value

through Financial Technology”, John Wiley & Sons, Inc., New Jersey.

(7) <https://www.iproup.com/innovacion/13689-mercado-libre-despegar-globant-olx-auth0-unicornios-y-la-crisis>.

(8) Ejemplo de ello es la aplicación “Cuenta DNI” que lanzó el Banco Provincia como un medio de que aquellos ciudadanos que no cuentan con una caja de ahorro o cuenta bancaria puedan acceder a los subsidios estatales.

(9) La empresa argentina Auth0 encargada de ofrecer servicios de seguridad para el registro de las diferentes plataformas web es uno de los nuevos unicornios de esta nueva era y aún no ha salido a cotizar en la bolsa.

(10) Al hablar de Facebook hago referencia a todo su grupo consistente en WhatsApp e Instagram, entre otros.

IV. Los consumidores y los usuarios, ¿obligados a adaptarse perdiendo derechos?

Hay una realidad innegable: el año 2020 se presentó con una tecnología arrolladora y hubo que adaptarse a ella.

Como vimos en el punto anterior, las *fin-tech* tenían un camino bastante allanado hacia la nueva realidad tecnológica, pero... ¿y los consumidores y los usuarios de sus bienes y servicios?

El crecimiento tecnológico trajo consigo una brecha interpersonal que va más allá del sector etario, tanto los consumidores y usuarios vieron, en varias ocasiones, desdibujados sus derechos en todos los sectores a que las empresas Fintech se refieren.

Así fue que comenzamos a ver cómo, día a día, algunas empresas del sector se aprovecharon de su situación en desmedro de sus consumidores y usuarios.

Tal es la situación de varios consumidores de servicios que se vieron estafados por empresas no bancarias que brindan servicios por medios tecnológicos.

Conforme a la denuncia efectuada por la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor y la Subsecretaría de Acciones para la Defensa de las y los Consumidores (11) los principales afectados fueron jubilados y beneficiarios de AUH, es decir aquellos que la Ley de Defensa del Consumidor considera como hipervulnerables.

Aprovechándose no solo de su cualidad etaria sino de que esta generó una gran brecha tecnológica, estas *fintech* comerciaron con los datos *online* de sus consumidores, realizaron débitos indebidos en cajas de ahorros y cuentas corrientes, así como modificaciones unilaterales de las condiciones de contratación de los servicios, estableciendo intereses usurarios.

Por otro lado, reconocidas cadenas de comercialización de productos para el hogar también fueron denunciadas por las diferentes asociaciones de consumidores y usuarios existentes en nuestro país por no cumplir con la normativa de la ley 24.240 (12).

¿Qué vemos en común con todas estas denuncias? Justamente que el consumidor, ante el avance de la tecnología y la necesidad de seguir utilizando bienes y servicios, así como de consumir productos, se vio

afectado por su desigualdad con los proveedores “informatizados”, quienes aprovechándose de tal situación incumplieron con la normativa consumeril.

En este punto me estoy refiriendo principalmente a los arts. 4º de la ley 24.240 y 1100 del Cód. Civ. y Com., es decir al deber de informar por parte de los proveedores (13).

Ello en concordancia con los arts. 1104 a 1116 del Cód. Civ. y Com., que se refieren a las compras a distancia, estableciendo a la modalidad de electrónico como una de las posibilidades, es decir el “comercio electrónico” (14).

Esta normativa (en conjunto con el resto del articulado consumeril) es la protección que cubre al consumidor y usuario frente a las conductas desmedidas de las diversas *fintech*.

A lo dicho en los párrafos anteriores debemos sumarle conflictos que también sufrieron los usuarios de servicios informáticos y TIC, donde por el desarrollo incompleto de algunos sistemas y la falta de conocimiento de los usuarios de estos servicios llevó a que vieran lesionados sus derechos a la intimidad y la privacidad de sus datos (15).

Mención aparte merece la Ley de Datos Personales existente en nuestro ordenamiento jurídico, que ya cuenta con prácticamente veinte años sin estar modificada (16).

De simple pensamiento y lógica podemos deducir que la realidad tecnológica de hace veinte años en nada se parece a lo que vivimos hoy en día.

No asistíamos a clases por sistemas *online*, no nos contactábamos con nuestros familiares y amigos por videoconferencia, no era necesario crear un usuario y contraseña para cada actividad que quisiéramos realizar.

La realidad era que nuestros datos, de por sí, estaban bastante protegidos, pero, con la evolución de la tecnología ello comenzó a cambiar.

Y este también es un punto donde los distintos consumidores y usuarios de servicios informáticos se ven afectados, por cuanto muy pocas veces se les informa tal como se debería los datos que se les recaban y para qué se recaban esos datos (17).

Así las cosas, ante la situación pandémica vivida, los consumidores, en la gran mayoría de los casos, debieron recurrir al comercio electrónico para obtener sus productos, sufriendo así la tardanza en el envío, la falta de información del producto y los sobrepuestos, entre otras situaciones.

También, muchos recurrieron a las redes sociales como un sistema de compra y venta, entrando a jugar aquí el tema de los datos y las estafas ya nombradas.

Todo ello sin entrar en el tema del *phishing* (18), el cual daría pie para otro artículo más extenso, pero que, si bien es ajeno al actuar de las *fintech*, es necesario nombrar por ser también otro de los padecimientos sufridos por los distintos usuarios y consumidores en esta época pandémica.

Con lo cual, al día de hoy, en una pandemia y luego de ella, debemos preguntarnos: ¿La normativa nombrada y existente es suficiente para proteger a los nuevos “consumidores y usuarios informatizados”?

V. Conclusión

Más allá de lo aquí expresado, debemos tomar nota de que las *fintech* (en todas sus ramas) no son las malas de la película.

Que el actuar de algunas no debe opacar la necesidad de que esta industria exista. Más aún en la época que nos toca vivir.

En este sentido, aquellas empresas que pudieron reinventarse o mejorar sus productos lograron encontrar oportunidades en esta crisis mundial.

Y del otro lado encontramos a los consumidores y los usuarios que tenían poco o nulo conocimiento de los sistemas informáticos y que debieron informatizarse.

Estos consumidores, a mi entender, y al menos durante un largo tiempo, deberían ser tratados como débiles o hipervulnerables (19).

Existe una compleja realidad social, producto de una pandemia, que hace subir los niveles de vulnerabilidad de algunos sectores consumeriles.

Aquel consumidor que, ya sea por su rango etario o por sus conocimientos en la materia, tiene un buen dominio de la tecnología, no va a estar en el mismo nivel de

vulnerabilidad a la hora de consumir que aquel que, de la noche a la mañana, se vio (por ejemplo) obligado a realizar compras por internet.

A este último debería dársele una protección mayor por parte de los organismos estatales y prestársele mayor atención y cuidado.

Asimismo, habrá que acompañar a aquellas empresas en el camino a la innovación tecnológica, no solo como un control del cumplimiento de la normativa legal imperante, sino también como parte de una educación general en las regulaciones globales.

Justamente, considero que cuando llegue el “día después” las *fintech* van a ser aquellas empresas por excelencia que ayudarán al crecimiento económico de la Nación.

Pero para ello será necesario un trabajo en conjunto, una regulación adecuada (no restrictiva, pero sí protectoria para los usuarios y consumidores de sus servicios) y el aprovechamiento de sectores como las zonas francas o portuarias para poder vincular el comercio exterior como medio de impulso del comercio interior.

Hay un reconocido proverbio chino que dice: “Abundantes beneficios les esperan a quienes encuentran oportunidad en las crisis”, pero para que estos beneficios aparezcan es necesario el trabajo en conjunto de toda la sociedad, desde los entes gubernamentales, hasta las *fintech*, e incluso de los propios consumidores y usuarios.

Si cada uno de estos actores logra encontrar el incentivo suficiente para ejercer su rol, conseguiremos el “equilibrio de Nash” (20) deseado que nos traerá un mundo pospandémico ordenado y donde todos los participantes cuenten con la regulación/protección legal suficiente y correcta.

Pero ante esta situación no puedo evitar hacerme dos preguntas de las que solo el futuro tendrá la respuesta: una es si este mercado principalmente *online* seguirá existiendo una vez se calmen las aguas y la pandemia sea solo una pesadilla, y la otra pregunta es qué pasará con aquellas personas que aún no se pueden adaptar a este nuevo mundo. Esta pregunta por ahora quedará abierta.

Cita online: AR/DOC/1736/2020

{ NOTAS }

(11) Con fecha 05/05/2020 el Ministerio de Desarrollo de la Producción comunicó que el 03/05/2020 fueron denunciadas penalmente ante la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Correccional por estafa, usura crediticia y violación de datos personales, en bases de datos públicas o privadas las empresas Smart Cash SA, Punto Click SA, Patagonia Cred. SA, Efectivo Urgente, Wenance SA, Wenance Credit Argentina SA, Wenance Inversiones AAGI SA, por adjudicar principalmente a jubilados y beneficiarios de la AUH contrataciones que ellos nunca solicitaron.

(12) Recientemente Musimundo, Falabella y los supermercados Vea, Jumbo, Coto y Disco fueron imputados por la Subsecretaría de Acciones para la Defensa de las y los Consumidores, con causa en incumplir con la entrega pactada así por información engañosa al decir que no podían cumplir por causa en el COVID-19 cuando estaban funcionando en su totalidad de servicios, ya que las empresas poseen autorización para circular y realizar las entregas a domicilio y son las que establecen los plazos y las formas de distribución, ya que el consumidor solo se limita a elegir entre las opciones informadas.

(13) Art. 4º, ley 24.240.- Información. El proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma

cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada en soporte físico, con claridad necesaria que permita su comprensión. Solo se podrá suplantar la comunicación en soporte físico si el consumidor o usuario optase de forma expresa por utilizar cualquier otro medio alternativo de comunicación que el proveedor ponga a disposición.

Art. 1100, Cód. Civ. y Com.— Información. El proveedor está obligado a suministrar información al consumidor en forma cierta y detallada, respecto de todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, las condiciones de su comercialización y toda otra circunstancia relevante para el contrato. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con la claridad necesaria que permita su comprensión.

(14) Art. 1106, Cód. Civ. y Com.- Utilización de medios electrónicos. 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.

(15) Es de público conocimiento las filtraciones de datos que sufrió la plataforma Zoom.

(16) Ley 25.326, sanc. 04/10/2000 y promul. 30/10/2000.

(17) Art. 6º, ley 25.326.- Información. Cuando se recaben datos personales se deberá informar previamente a sus titulares en forma expresa y clara: a) La finalidad para la que serán tratados y quiénes pueden ser sus destinatarios o clase de destinatarios; b) La existencia del archivo, registro, banco de datos, electrónico o de cualquier otro tipo, de que se trate y la identidad y domicilio de su responsable; c) El carácter obligatorio o facultativo de las respuestas al cuestionario que se le proponga, en especial en cuanto a los datos referidos en el artículo siguiente; d) Las consecuencias de proporcionar los datos, de la negativa a hacerlo o de la inexactitud de los mismos; e) La posibilidad del interesado de ejercer los derechos de acceso, rectificación y supresión de los datos.

(18) El *phishing* es un término que refiere a la estafa donde se utiliza ingeniería inversa para obtener sus contraseñas, los números de su tarjeta de crédito y de su cuenta bancaria.

(19) Para más información desarrollo del concepto de “Consumidor 2021” en ITALIANO, Matías

A., “El art. 4 bis de la Ley Nacional 24.240”, LA LEY Esp. Derecho del Consumidor y Coronavirus, LA LEY del 17/04/2020.

(20) El equilibrio de Nash o equilibrio de Cournot o equilibrio de Cournot y Nash o equilibrio del miedo es, en la teoría de juegos, un “concepto de solución” para juegos con dos o más jugadores, el cual asume que:

— Cada jugador conoce y ha adoptado su mejor estrategia, y

— Todos conocen las estrategias de los otros. Consecuentemente, cada jugador individual no gana nada modificando su estrategia mientras los otros mantengan las suyas. Así, cada jugador está ejecutando el mejor “movimiento” posible teniendo en cuenta los movimientos de los demás jugadores.

En otras palabras, un equilibrio de Nash es una situación en la cual todos los jugadores han puesto en práctica, y saben que lo han hecho, una estrategia que maximiza sus ganancias dadas las estrategias de los otros. Consecuentemente, ningún jugador tiene ningún incentivo para modificar individualmente su estrategia.

La gravabilidad de los servicios digitales prestados por sujetos no residentes en el Impuesto sobre los Ingresos Brutos y una necesaria “acción de clase” en materia tributaria

Ezequiel Maltz (*)

SUMARIO: I. Introducción.— II. El Impuesto sobre los Ingresos Brutos. Su característica central y aspectos conflictivos.— III. La nueva modificación del hecho imponible.— IV. La acción de clase en materia tributaria.— V. Conclusiones.

I. Introducción

La situación generada por la incorporación y gravabilidad en el Impuesto sobre los Ingresos Brutos de las prestaciones de servicios digitales desde el exterior en las distintas jurisdicciones locales se enmarca dentro de una corriente mundial que tiene el desafío de establecer un sistema tributario aplicable a la economía digital.

A ello se suma, en un Estado federal como el nuestro, que las provincias establezcan tributos a esta modalidad económica respetando la Constitución Nacional y normativa infra-federal como la Ley de Coparticipación Federal de Impuestos.

Es sumamente relevante también que a la hora de establecer el mecanismo de recaudación e ingreso del tributo no se trastoquen sus elementos básicos, ya que puede llevar a excesos que deslegitimen al impuesto.

En virtud de la cuestión bajo conflicto es fundamental darle lugar a una herramienta que en materia tributaria ha adquirido relevancia en los últimos años: nos referimos a las acciones de clase, toda vez que en determinados supuestos pueden ser la solución adecuada.

II. El Impuesto sobre los Ingresos Brutos. Su característica central y aspectos conflictivos

II.1. El Impuesto sobre los Ingresos Brutos y su carácter de local

El Impuesto sobre los Ingresos Brutos es el impuesto local que mayor recaudación presenta para los fiscos en la actualidad.

Tiene como antecedente al Impuesto sobre el Comercio y la Industria; y, más cercano en el tiempo, al de las Actividades Lucrativas.

Básicamente grava actividad habitual, desarrollada a título oneroso dentro de la provincia respectiva. Así lo han dispuesto las propias provincias.

El elemento fundamental requerido es el sustento territorial, es decir, que el ejercicio

de actividad se despliegue, al menos en parte, dentro del territorio provincial. Dicho elemento también está previsto en el Convenio Multilateral para evitar la doble o múltiple imposición, perfeñado para las actividades desplegadas en más de una jurisdicción, evidenciando los gastos vinculados a la actividad su desarrollo (1).

La doctrina en general y el propio creador del Impuesto a las Actividades Lucrativas, Dino Jarach (2), indican ello; principalmente así fue establecido en los Códigos Fiscales provinciales desde su aparición y mantenido para el Impuesto sobre los Ingresos Brutos.

La Ley de Coparticipación Federal de Impuestos vigente del año 1988 excluye a Ingresos Brutos de la prohibición de analogía con tributos nacionales, pero da las pautas de cómo debe establecerse en su art. 9º. Recordemos que las provincias se comprometieron a no aplicar tributos análogos a los coparticipables.

Así el mencionado artículo nos dice:

“En lo que respecta a los impuestos sobre los ingresos brutos, los mismos deberán ajustarse a las siguientes características básicas: Recaerán sobre los ingresos provenientes del ejercicio de actividades empresarias (incluso unipersonales) civiles o comerciales con fines de lucro, de profesiones, oficios, intermediaciones y de toda otra actividad habitual excluidas las actividades realizadas en relación de dependencia y el desempeño de cargos públicos”.

De esta manera el impuesto requiere ejercicio habitual de actividad a título oneroso dentro del territorio provincial, tomando como base los ingresos brutos del contribuyente, afectando la comercialización de bienes y servicios por parte de personas jurídicas y humanas. Claro está que los fiscos al adherir a la ley-convenio deben respetar sus pautas.

II.2. Sobre el hecho imponible y la base imponible del impuesto

Respecto a esta distinción se ha hecho hincapié tanto en doctrina como en jurisprudencia y ha sido materia de profundo debate. Fonrouge sostiene que, a los fines de no generar una su-

perposición inconstitucional con el impuesto a las ventas, se expuso como hecho imponible el ejercicio de actividad y los ingresos como la medida del impuesto. En forma crítica nos dice que en realidad el impuesto incide sobre los ingresos provenientes de actividad (3).

Jarach ya exponía esta distinción al hablar del Impuesto sobre las Actividades Lucrativas, es decir, una cosa es el hecho imponible del impuesto y otra distinta la base de medición.

En líneas generales se establece que lo que se grava es la actividad llevada adelante y la base imponible son los ingresos brutos.

Esta cuestión nos lleva a otra discusión polémica, que consiste en saber cuánta base imponible puede tomar un fisco una vez que se desarrolle esa actividad.

Puede verse cómo Althabe y Bulit Goñi (4) discrepan sobre esto; y así también se ha debatido en la justicia y en el seno de la Corte Suprema.

Debemos ver cuál es la razonable relación que debe existir entre la base imponible o de medición y el hecho imponible.

II.3. El sustento territorial y la base imponible

Como expone Jarach (5), tratando el Impuesto a las Actividades Lucrativas y luego al Impuesto sobre los Ingresos Brutos (6), ambos poseen características análogas al impuesto inmobiliario por su naturaleza, real; y al punto de vinculación con el sujeto activo, que es el principio de territorialidad.

Ya advirtiendo los posibles conflictos, este autor nos decía:

“Sin embargo, este carácter territorial ha motivado muchas discusiones y dificultades interpretativas. Lo esencial de la materia es que exista un sustento territorial, o sea, un ejercicio de actividad lucrativa en la Provincia. Pero, ¿hasta qué punto? ¿y qué significa el ejercicio de actividad lucrativa en la Provincia?”.

Expone que el problema resulta discriminar en qué medida los ingresos obtenidos por estas

actividades son atribuibles a una jurisdicción y que existe una extralimitación por parte del poder fiscal estadual cuando pretende, por una actividad ejercida solo parcialmente en su territorio, aplicar un gravamen tomando como base de medición la totalidad de los ingresos obtenidos en todo el proceso económico, que solo en parte se desarrolla en su jurisdicción (7).

Bulit Goñi también remarca que es territorial, porque grava exclusivamente las actividades ejercidas en todo o en parte dentro del ámbito físico del Estado local que lo impone, siendo uno de los elementos esenciales del hecho imponible.

Se opone así a la característica personal o subjetiva de algunos tributos, en los que se atribuye al fisco de la radicación o domicilio del sujeto la potestad para gravar incluso las rentas, los ingresos, actividades ejercidas fuera de su territorio (8).

Como adelantáramos, siempre se ha sostenido y remarcado el debido sustento territorial del Impuesto sobre los Ingresos Brutos.

Se puede relacionar con el propio límite de las facultades tributarias locales en un Estado federal. Este principio de territorialidad, como límite al poder de imperio de cada una de las jurisdicciones, surge implícito de la Constitución Nacional.

Guillermo Teijeiro explica que el poder normativo tributario de las jurisdicciones locales tiene que vincularse con su territorio, mediante puntos o criterios de vinculación afines a la naturaleza del tributo de que se trate y la formulación legal del hecho imponible.

En este contexto los fiscos locales no pueden gravar actividades que se desarrollan en otras jurisdicciones y por una cuestión lógica menos aún en otro país, pues conlleva una extralimitación de su potestad tributaria. Por ello no existiría un vínculo jurisdiccional o territorial entre el hecho imponible que deviene en el ejercicio de la actividad y la provincia (9).

En concreto se establece que la actividad, al menos en parte, debe desarrollarse indefectiblemente en el ámbito provincial. El vínculo

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) Abogado (UNLP). Especialista en Derecho Tributario (Universidad Austral). Especialista en Fiscalidad Internacional (Universidad de Santiago de Compostela, España). Coordinador de la asignatura “Regímenes Tributarios Provinciales y Municipales” de la Maestría en Derecho Tributario de la Universidad Austral. Auxiliar docente de Finanzas y Derecho Financiero, Cátedra II de la UNLP. Miembro de la

Asociación Argentina de Estudios Fiscales y relator de la comisión de Tribunales Fiscales de dicha Asociación.

(1) Así lo establece el art. 1º de dicho acuerdo.

(2) JARACH, Dino, “Curso Superior de Derecho Tributario”, Ed. Liceo CIMA, Buenos Aires, 1958, t. II, cap. XVII, ps. 353-386.

(3) Cfr. GIULIANI FONROUGE, Carlos M., “Derecho Financiero”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004, 9ª ed., t. II, p. 931.

(4) Puede verse la obra de dichos autores. ALTHABE, Mario E. - SANELLI, Alejandra P., “El Convenio Multilateral, Análisis Teórico y Aplicación Práctica”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2007, 2ª ed. BULIT GOÑI, Enrique, “Convenio Multilateral”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1992.

(5) JARACH, Dino, ob. cit.

(6) JARACH, Dino, “Finanzas Públicas y Derecho Tributario”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004, 3ª ed., reimpr., p. 814.

(7) JARACH, Dino, “Curso Superior...”, ob. cit., p. 363.

(8) Cfr. BULIT GOÑI, Enrique, “Impuesto sobre los Ingresos Brutos”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1997, 2ª ed., p. 49.

(9) Citado por ALMADA, Lorena, “Tributación local y economía digital. La pretensión de gravar una base imponible sin hecho imponible”, IMP - Práctica Profesional 2020-LXX, 113.

que existe entre el sujeto activo de la relación tributaria y el contribuyente es el desarrollo territorial de la actividad.

Cabe pensar si podría ser factible tomar en cuenta otro vínculo con base en la naturaleza del impuesto; y si eso es constitucionalmente válido, en función al desarrollo ya hecho.

II.4. Extralimitación local e internacional en la aplicación del impuesto

Partiendo de la base que el sustento territorial es necesario para poder exigir el impuesto de marras, nos enfrentamos a un nuevo conflicto, del cual algo hemos adelantado.

¿Cuál es la base de medición que puede tomar la provincia a la hora de cobrar Ingresos Brutos?

Concretamente si puede tomar base imponible que represente actividad en otra provincia o incluso otro país. Esta discusión ha dado origen, entre otros motivos, a la sanción del mismísimo Convenio Multilateral y ha dividido a la doctrina también calificada como fuera indicado.

Concretamente si verificado el sustento territorial en una provincia, pueden tomarse todos los ingresos brutos del contribuyente. Así el fisco local podría tomar ingresos generados en otra provincia.

A este problema debe sumarse uno mayor, si pueden los fiscos locales gravar a sujetos extranjeros o tomar puntos de conexión que afecten actividad ejercida no ya en otra provincia sino en otro país.

— *La doctrina de la Corte Suprema sobre el tema:*

La doctrina de la Corte ha ido tratando a lo largo de la historia de sus precedentes estos aspectos de la tributación local. Recordemos que el primer antecedente de este impuesto es el que gravaba al Comercio y la Industria, para luego pasar a ser el Impuesto sobre las Actividades Lucrativas e instalarse finalmente como Ingresos Brutos.

En el trabajo de Parada Larrosa (10) se efectúa un análisis de la evolución de los fallos de la Corte sobre este tema.

Vinculado al Impuesto al Comercio y la Industria contamos con el precedente “Sociedad Anónima Mataldi” (11). En este trascendental antecedente, relevante en varios aspectos, la Corte expuso su postura sobre la cuestión. El impuesto establecido por una provincia sobre productos que son objeto de venta o negocio fuera de su jurisdicción, es violatorio de la Constitución, arts. 9º, 10, 11, 67, inc. 12 y 108 (ley provincial de 6 de septiembre de 1916, llamada de “Impuesto al comercio e industria”).

Recordemos, como dijimos, que si la base imponible son los ingresos totales, se podrían incluir ingresos por ventas en otra jurisdicción.

Por su parte en la causa “West Indian Oil Company” (12) se afirma que las provincias tienen facultad para gravar con impuestos todo artículo de producción territorial y todo otro no exceptuado que, procedente del exterior o de otras provincias, se haya incorporado a su propia riqueza general y sea materia de transacciones dentro de su jurisdicción, no habiendo delegado los Estados autónomos dicha facultad en el Gobierno Federal.

Sin embargo, no pueden crear gravámenes, de especie alguna, que directa o indirectamente signifiquen un impuesto al tránsito de las mercaderías, por el solo hecho de cruzar su territorio. El sistema de la Constitución ha sido, en materia de circulación territorial y de comercio interprovincial, el de hacer un solo territorio para un solo pueblo.

Este criterio se revierte en el caso “Michelin SA c. Provincia de Buenos Aires”, citado por Bulit Goñi (13); también, respecto al Impuesto sobre el Comercio y la Industria. El Alto Tribunal recepta el planteo de las jurisdicciones locales y distingue entre el hecho imponible del gravamen, ejercicio de comercio e industria, y su base imponible, el volumen de ventas.

Aquí la Corte legitima la pretensión provincial sobre actividades desarrolladas efectivamente en sus territorios, y medidas con base en las ventas, más allá del lugar donde se efectúen, agregando para nuestra opinión un punto fundamental. Por un lado, el impuesto provincial debe recaer verdadera y solamente sobre la riqueza creada por la actividad industrial y guardar con ella equitativa y efectiva proporción; y, asimismo, el precio de venta de los productos debe ser un índice razonable para medir la riqueza producida.

El máximo tribunal incorporó el elemento de *razonabilidad*, nada más complejo y tal vez impreciso, debiéndose analizar en cada caso concreto.

Por ejemplo, podría considerarse de dudosa constitucionalidad el hecho de tomar todos los ingresos del contribuyente por parte de un fisco, si solo ejerce el 10% de la actividad en esa jurisdicción, o tiene una pequeña oficina o depósito que le dan sustento territorial; o genere muy poca riqueza en esa jurisdicción determinada.

De todas maneras, muchas de las cuestiones se han resuelto internamente mediante la sanción del Convenio Multilateral que justamente pretende determinar el ejercicio y magnitud de actividad en cada jurisdicción mediante el acuerdo de los fiscos, a la par de evitar una múltiple imposición no deseada.

Si bien la Corte legitima que se puedan tomar ingresos por ventas foráneas, no deja en claro que un fisco pueda tomar sin más la totalidad de los ingresos en todos los supuestos.

Es lógico que al estirarse la base imponible de un tributo, aunque el supuesto de incidencia describa una conducta, se estaría gravando mucho más que ello.

Supongamos un Impuesto de Sellos o Inmobiliario que toma como base imponible las ganancias del contribuyente: es claro que ya no gravará el tráfico comercial o el valor inmobiliario. Por ello se supone que para medir la capacidad contributiva que se quiera gravar, debe existir cierta vinculación entre el hecho imponible y su base.

Ya instalado el Impuesto a las Actividades Lucrativas, la Corte Suprema en pronunciamientos antagónicos volvió a expedirse sobre el tema. En la causa “Quebrachales Fusionados” (14) rechaza que se puedan tomar como base las ventas hechas al exterior; es decir, los bienes con destino de exportación.

Es importante tener en cuenta que la Corte toma como uno de sus argumentos la interferencia en el comercio exterior, arts. 67 incs. 1º y 2º y 108 de la CN antes de la reforma de 1994.

Sin embargo, en autos “Indunor” (15) se aparta de la doctrina “Quebrachales Fusionados” y, retomando la doctrina anterior, permite que se tomen las ventas hechas al exterior, ya que es solo la base imponible sobre la actividad generada en la provincia.

En “Indunor” se expresa que el límite al poder tributario local se da cuando interfiere en las transacciones internacionales o interprovinciales, no siendo el caso. Agrega nuevamente que la base imponible debe ser un parámetro razonable para medir la actividad.

Ya tratando el Impuesto sobre los Ingresos Brutos tenemos varios precedentes sobre el tema.

Uno de ellos es el fallo “Pluna” (16) del Máximo Tribunal. En el caso se trataba de una empresa aerocomercial dedicada al transporte internacional constituida en el exterior, que ejercía actividad en nuestro país.

Respecto a este tema específicamente la Ley de Coparticipación (17) establece un compromiso a que en materia de transporte internacional efectuado por empresas constituidas en el exterior, en Estados con los cuales el país tenga suscriptos o suscriba acuerdos o convenios para evitar la doble imposición en la materia, de los que surja —a condición de reciprocidad— que la aplicación de gravámenes queda reservada únicamente al país en el cual estén constituidas las empresas, no podrá aplicarse el Impuesto sobre los Ingresos Brutos.

En el caso se debatía el carácter de tratado o convenio de los instrumentos celebrados por nuestro país, involucrados en aquel precedente. En el Dictamen de la Procuración, al que adhiera la Corte, se recordó que, como lo afirmó el máximo tribunal, siendo órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal le corresponde —en la medida de su jurisdicción— aplicar los tratados internacionales a que el país está vinculado, ya que lo contrario podría implicar responsabilidad de la Nación frente a la comunidad internacional. A la luz de esta doctrina, la posición pretendida por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires importaría hacer incurrir al Estado nacional en un supuesto de ese tipo.

Es posible advertir que se habla de empresas constituidas en el extranjero que ejercen actividad en el país, pero nada dice respecto a las constituidas en Argentina que se dediquen al transporte internacional.

Poder gravar este último supuesto fue legitimado por el Tribunal Fiscal de Apelación (18), en la causa “Aerolíneas Argentinas”, aunque la empresa cuenta actualmente con una medida cautelar ante la Corte (19).

La Comisión Plenaria también ha legitimado el cobro en un caso concreto (20). Obviamente los ingresos del contribuyente provienen de la venta de boletos y se aplica el art. 9º del Convenio Multilateral, sin importar que se trate de transporte internacional.

Referido al transporte interprovincial contamos con el fundamental precedente de la Corte Suprema en autos “Transporte Vidal c. provincia de Mendoza” (21). En este fallo se permite gravar actividad interjurisdiccional, aunque se trate de transporte de cosas o de personas.

Una vez que deviene factible gravarlo, tenemos ya expuesto el problema de cuál es la base

imponible que se puede tomar y que sea ello válido constitucionalmente.

Otro fallo relevante es el caso “Total Austral c. Provincia de Tierra del Fuego” (22). Allí se sostuvo que era improcedente la pretensión fiscal de la Dirección General de Rentas de la Provincia de Tierra del Fuego de gravar con el impuesto sobre los ingresos brutos a los yacimientos de hidrocarburos situados en el mar territorial, fuera de la franja de tres millas marinas contadas desde las líneas de base establecidas según la ley 23.968, ya que durante la existencia del territorio nacional el dec. 2191/1957 estableció sus límites sin reconocimiento de jurisdicción sobre el mar adyacente y luego de la provincialización adquirió jurisdicción compartida sobre el mar territorial adyacente a sus costas hasta una distancia de tres millas marinas, conforme lo establece la ley 18.502

Es decir que en este caso no existía punto de conexión territorial con la provincia para poder gravar la actividad con Ingresos Brutos; y la Corte hace lugar al planteo de la empresa.

Posteriormente llega el precedente “Helicópteros Marinos” (23). En el caso la empresa prestaba servicios de transporte entre la costa de la Isla Grande de Tierra del Fuego y el yacimiento de hidrocarburos ubicado sobre el lote “Hidra” (plataformas Hidra Centro e Hidra Norte), localizado a unos 12,8 km de aquella costa. A diferencia del caso anterior, existía (más allá de su medida y relevancia) un punto de conexión con el territorio provincial, ya que los vuelos tenían origen en Tierra del Fuego.

El Procurador General expone que las facultades de imponer contribuciones y percibir las sin intervención de autoridad extraña han de ser ejercidas por las provincias sobre aquellas actividades creadoras de riqueza que se producen dentro del ámbito físico de sus respectivos Estados, pues, cuando ellas gravan operaciones realizadas fuera de sus territorios, exceden el ámbito de sus potestades e invaden otras jurisdicciones, remitiéndose a precedentes anteriores, y al fallo “Total Austral” ya citado.

Se concluye que la postura de la demanda es inaceptable, pues —bajo el argumento de la existencia de un “punto de conexión” en su territorio— intenta gravar una porción de actividad realizada fuera de sus límites físicos, excediendo indebidamente el ámbito de sus potestades e invadiendo otra jurisdicción.

La mayoría de la Corte toma el Dictamen del Procurador y se remite al precedente “Total Austral” haciendo lugar a la demanda.

Sin embargo, esta causa cuenta con una relevante disidencia de los Dres. Petracchi y Argibay.

El Dr. Petracchi expone que, más allá de las cuestiones decididas en “Total Austral SA”, lo que corresponde determinar en este expediente es si el hecho de que el servicio se preste parcialmente fuera de los límites provinciales, impide reconocer al Estado local jurisdicción tributaria sobre la actividad, rechazando la postura de la empresa al existir un sustento territorial otorgado por el lugar de origen del viaje.

La Dra. Argibay nos dice que el Procurador Fiscal subrogante sostiene que la Provincia de Tierra del Fuego no tiene poder fiscal sobre la actividad desplegada por la firma demandan-

{ NOTAS }

(10) PARADA LARROSA, Federico, “El impuesto sobre los ingresos brutos y los servicios intangibles, prestados por residentes del exterior vía internet. Análisis a partir del sustento territorial (Segunda parte)”, PET 2015 (diciembre - 577), p. 3.
(11) CS, Fallos: 149:260.

(12) CS, Fallos: 151:92.
(13) BULIT GOÑI, Enrique, “Convenio Multilateral”, ob. cit., p. 17.
(14) CS, Fallos: 280-176.
(15) CS, Fallos: 286-301.
(16) CS, 27/11/2014, “Pluna Líneas Aéreas Uruguayas

SA c. EN - D G Rentas y otro s/ proceso de conocimiento”.
(17) Art. 9º.
(18) TFA, sala III, 15/12/2008, <http://www.tfaba.gov.ar/>.
(19) CS, 21/04/2015, “Aerolíneas Argentinas SA c. Provincia de Buenos Aires s/ acción declarativa”.
(20) Res. 2/2017 (CP).

(21) CS, Fallos: 306:516.
(22) CS, Fallos: 326:3368.
(23) CS, 08/06/2010, “Helicópteros Marinos SA c. Tierra del Fuego, Provincia de s/ acción declarativa”, AR/JUR/36581/2010.

te, puesto que “una porción” de esta última es realizada por fuera de sus límites físicos, excediendo indebidamente el ámbito de sus potestades e invadiendo otra jurisdicción.

Continúa diciendo que, sin embargo, ninguna norma de la Constitución o del derecho federal se ha invocado en el dictamen —tampoco lo hace la demanda— en orden a justificar la exigencia de que la totalidad de la actividad lucrativa tenga lugar dentro de las fronteras de la Provincia para reconocer a esta última la atribución de recaudar el correspondiente impuesto sobre los ingresos brutos. Agrega que, por lo demás, tampoco tiene asidero la exigencia —que pareciera desprenderse de la opinión vertida por el señor Procurador Fiscal subrogante— de que la Provincia se halla constitucionalmente obligada a ajustar el monto del impuesto a la “porción” de la actividad que tuvo lugar dentro del territorio provincial. El método para la determinación de la cuantía del impuesto, por sí solo, no da lugar a objeciones de carácter constitucional, aun cuando tome en cuenta ingresos provenientes de otras jurisdicciones.

Finalmente contamos con el Fallo “Telecom c. Provincia de Corrientes” (24). Adelantamos que el Dictamen de la Procuración resulta favorable a la empresa. El conflicto entre las partes tuvo su origen en la decisión adoptada por el fisco provincial de liquidar el Impuesto sobre los Ingresos Brutos, vinculado con la prestación del servicio telefónico que presta la firma actora, tomando como base las sumas totales facturadas por dicho concepto a los clientes radicados dentro de su territorio.

Entre los montos cobrados aparecían ingresos por llamadas internacionales que efectuaban dichos clientes de la provincia.

La parte actora argumentó que la actividad de la empresa extranjera que presta este servicio de llamadas internacionales no forma parte de la que realiza Telecom en el territorio sobre el que tiene jurisdicción la Provincia de Corrientes y, por ende, no debería estar alcanzada por el Impuesto sobre los Ingresos Brutos.

La Procuradora toma el precedente “Helicópteros Marinos” y considera hacer lugar a la demanda interpuesta, dejando fuera de gravabilidad los ingresos por llamadas internacionales.

La Corte se aparta del Dictamen y rechaza la demanda. Para ello sostiene que, frente a planteos relacionados con la ausencia de sustento territorial de los impuestos creados por las autoridades argentinas, ha sido criterio que dicha circunstancia no se traduce en la invalidez constitucional del tributo, si resulta de la causa que la actividad financiera o comercial gravada afecta de algún modo al país. Aquí se remite al precedente de CS, Fallos: 181:184 que trataba sobre el Impuesto nacional a los Réditos, que se distingue del Impuesto sobre los Ingresos brutos, ya que como vimos este último es local y territorial.

Agrega que según cuál sea la actividad que intente abarcar el impuesto, el ámbito en el que aquella se despliega, el punto de conexión que presente con la provincia que se considera acreedora, y las limitaciones que, en su caso, genere la pretensión atribución fiscal, será la confirmación o confrontación con los principios y reglas constitucionales que rigen la materia.

Es importante dejar en claro que la Corte no abandona la doctrina “Helicópteros Marinos”,

sino que considera que no resulta aplicable al presente.

Para ello expone que en “Helicópteros Marinos” el tribunal tuvo en cuenta que se trataba de operaciones realizadas fuera del territorio de la provincia por la misma empresa que cuestionaba el impuesto, y valoró que la pretensión fiscal de la Provincia de Tierra del Fuego invadía otra jurisdicción, la del Estado Nacional, a cuya jurisdicción correspondía el mar territorial.

Agrega que, en cambio, el caso de autos plantea un problema diferente, puesto que no se halla involucrada otra jurisdicción que pueda considerarse invadida o menoscabada por el fisco de Corrientes. Por lo tanto: “extender el criterio antedicho a reclamos como el presente importaría tanto como sentar una regla tan amplia por la que quedarían excluidos del impuesto provincial todos aquellos costos de producción que el contribuyente pueda vincular con compras de insumos en el exterior, alterándose así los principios recordados en el consid. 5º de este pronunciamiento”.

Podemos ver que en líneas generales y más allá de la importante discusión en torno a la base imponible válida a tomar, siempre se ha requerido el ejercicio de actividad, que por otra parte es el vínculo establecido desde siempre por los ordenamientos.

Existe una vinculación como se dijera entre la base imponible y el hecho imponible, ya que, claro está, a medida que el ejercicio fuera de la jurisdicción sea mayor, menos riqueza se genera en el fisco que toma base foránea.

Cuando esto ocurre entre varios fiscos locales, la cuestión se resuelve mediante el Convenio Multilateral. Allí se mide el despliegue de actividad mediante ingresos y gastos o bien se distribuye la base de manera directa por los regímenes especiales con criterios fijos. La actividad se despliega entre varias provincias donde exista sustento territorial, pero todos los ingresos son asignables a algún fisco, más allá del tratamiento que luego este aplique.

Por ello vemos que los problemas aparecen actualmente cuando se trata de actividad o base desarrollada fuera de cualquier provincia.

Entendemos que la Corte deja abierta una puerta de casuística sobre un tema de gran relevancia que hace a las potestades tributarias locales.

II.5. El mínimo sustento territorial que requiere el impuesto

Hemos visto la importancia del sustento territorial; y la distinción entre hecho imponible y base efectuada en este impuesto.

Resulta fundamental conocer cuál es el mínimo de sustento territorial que se requiere para darle potestad a un Fisco determinado a exigir el tributo.

Es útil analizar las discusiones en el marco del Convenio Multilateral que han generado polémica; y aún al día de la fecha promueven debate.

El requisito mínimo se ha concretado en general mediante operaciones entre ausentes, concertadas por medios telefónicos o electrónicos. Uno de los fallos más importantes es “Red Star c. Pcia. de Entre Ríos” (25), donde la Corte declaró que al tratarse de contratos por correspondencia no existía actividad al-

canzada en la jurisdicción del adquirente de los bienes.

Sin embargo, *a posteriori*, ya con la sanción de la versión actual del Convenio Multilateral de 1977, se estableció en su art. 1º:

“Cuando se hayan realizado gastos de cualquier naturaleza, aunque no sean computables a los efectos del art. 3º, pero vinculados con las actividades que efectúe el contribuyente en más de una jurisdicción, tales actividades estarán comprendidas en las disposiciones de este Convenio, cualquiera sea el medio utilizado para formalizar la operación que origina el ingreso (correspondencia, telégrafo, teletipo, teléfono, etcétera)”.

Es decir, efectuándose un gasto en la jurisdicción del adquirente vinculado a la actividad, se establece que estamos ante una actividad interjurisdiccional donde resulta aplicable el Convenio Multilateral.

Justamente en comercio electrónico interprovincial se estableció que las transacciones efectuadas por medios electrónicos por Internet o sistema similar se hallan encuadradas en el último párrafo del art. 1º del Convenio. Se agrega como cuestionable presunción que a los efectos de la atribución de ingresos prevista en el inc. b) *in fine* del art. 2º del Convenio Multilateral, se entenderá que el vendedor de los bienes, o el locador de las obras o servicios, ha efectuado gastos en la jurisdicción del domicilio de su adquirente o locatario, en el momento en el que estos últimos formulen su pedido a través de medios electrónicos por Internet o sistema similar a ella (26), sorteando la problemática de marras.

Se ha expuesto que los gastos deben tener una mínima envergadura y relevancia para dar sustento territorial, criticando ciertos criterios de los organismos del Convenio Multilateral, basados en presunciones legales (27).

El maestro Jarach comenta que aun antes de la existencia de convenios, en reiterada jurisprudencia de la Cámara Fiscal de la Provincia de Buenos Aires se excluyó la posibilidad de gravar las actividades lucrativas que consistiesen únicamente en la venta por correspondencia, sin que hubiese por lo menos un agente, que podría ser un simple “demostracionista”, pero que desarrollara en la provincia una actividad capaz de producir ingresos, aun cuando estos después no fueran atribuibles a su actividad. Citó como ejemplo, el caso “Electrolux”, resuelto por la Cámara Fiscal de la Provincia (28). Hace mención también a la actividad de los escribanos y los conflictos para definir el delgado hilo de vinculación que puede dar sustento territorial.

III. La nueva modificación del hecho imponible

III.1. La incorporación de los servicios digitales prestados por sujetos no residentes

Los fiscos locales en sus Códigos Fiscales han incorporado la gravabilidad de actividad ejercida por sujetos no residentes en el país que presten servicios digitales.

Claro está que, si se trata de sujetos radicados en el país que lleven adelante allí mismo prestación de servicios digitales, no hay duda de su gravabilidad. Tampoco existiría conflicto (al menos desde el punto de vista teórico) de gravar un sujeto no residente que preste servicios efectivamente en el país, siempre y cuando se configure el sustento territorial requerido por el tributo.

Sin embargo, debemos ver la previsión normativa para conocer cuáles supuestos son gravados concretamente.

En este sentido citaremos como ejemplo la normativa vigente en Provincia de Buenos Aires y CABA, si bien otros fiscos también han

contemplado este nuevo supuesto con distintas fórmulas.

El Código Fiscal bonaerense en su art. 184 bis (incorporado por ley 15.079, BO 11/12/2018) establece:

“Tratándose de servicios digitales prestados por sujetos no residentes en el país, se entenderá que existe una actividad alcanzada por el impuesto cuando el prestador contare con una presencia digital significativa, la que se entenderá verificada cuando se cumpla, en el período fiscal inmediato anterior —o el proporcional del período en curso, según lo que establezca la Autoridad de Aplicación—, con alguno de los siguientes parámetros:

a) se obtenga un monto de ingresos brutos superior al importe que anualmente establezca cada Ley Impositiva, por la prestación de servicios digitales a sujetos domiciliados en la Provincia; y/o

b) se registre una cantidad de usuarios domiciliados en la Provincia, superior a la que anualmente establezca cada Ley Impositiva; y/o

c) se efectúe una cantidad de transacciones, operaciones y/o contratos con usuarios domiciliados en la Provincia, superior a la que anualmente establezca cada Ley Impositiva”.

Por su parte en la CABA se dispuso en su Código Fiscal modificado por ley 6279 (BO 23/12/2019):

“Art. 177 bis.— En el supuesto del ejercicio de la actividad de prestación de servicios digitales por parte de sujetos no residentes en el país, se entiende que existe una actividad alcanzada por el impuesto cuando la prestación del servicio produce efectos económicos en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o recae sobre sujetos, bienes, personas o cosas situadas o domiciliadas en esta jurisdicción con independencia del medio, plataforma o tecnología utilizada a tal fin, o cuando el prestador contare con una presencia digital, la que se entenderá verificada cuando se cumpla, en el período fiscal inmediato anterior, con alguno de los siguientes parámetros...

a) Efectuar transacciones, operaciones y/o contratos con usuarios domiciliados en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

b) Ser titular o registrar un nombre de dominio de Internet de nivel superior Argentina (.ar) de conformidad con las normas y reglamentaciones que dicte la Dirección Nacional del Registro de Dominios de Internet dependiente de la Secretaría Legal y Técnica de la Nación, o la que en un futuro la reemplace, y/o poseer una plataforma digital orientada, total o parcialmente, al desarrollo de su actividad con sujetos ubicados o domiciliados en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

c) Poner a disposición respecto de sujetos radicados, domiciliados o ubicados en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de una interfaz digital multifacética que les permita localizar a otros usuarios e interactuar entre ellos.

d) Poner a disposición respecto de sujetos radicados, domiciliados o ubicados en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de una interfaz digital multifacética que les facilite la entrega de bienes y/o las prestaciones de servicios subyacentes entre los sujetos que utilicen tales servicios.

e) Poner a disposición respecto de sujetos radicados, domiciliados o ubicados en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de una interfaz digital multifacética, y que la misma se nutra de los datos recopilados acerca de los usuarios y/o las actividades desarrolladas y/o realizadas por estos últimos en esa interfaz digital multifacética.

{ NOTAS }

(24) CS, 26/12/2017, “Telecom SA Argentina c. Corrientes, Provincia de s/ acción declarativa”, AR/JUR/102882/2017.

(25) CS, Fallos: 280:203.

(26) Res. gral. Comisión Arbitral 83/2002.

(27) PARADA LARROSA, Federico, “El impuesto sobre los ingresos brutos y los servicios intangibles, prestados por residentes del exterior vía internet. Análisis a partir del sustento territorial (Tercera parte)”, PET 2016 (enero-578), p. 4.

(28) JARACH, Dino, “Curso Superior...”, ob. cit.

f) La puesta a disposición de una plataforma digital, cualquiera su medio, cuya actividad se despliegue mediante el acceso a la misma a través de direcciones de protocolo de internet o de cualquier otro método de geolocalización ubicados dentro de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”.

Por un lado, se puede ver como se incorpora el concepto de “presencia digital significativa”; y asimismo la producción de efectos económicos en la jurisdicción o localización de bienes como algunos de los parámetros de vinculación.

El problema principal que ya ha sido advertido se refiere a si nos encontramos ante la existencia de sustento territorial, tal como lo requiere el impuesto; y por otro lado, si se afecta la Ley de Coparticipación al poder considerarse un nuevo impuesto (29).

Debemos recordar que mediante la última reforma del IVA (ley 27.430) se dispuso gravar estos mismos servicios prestados por sujetos no residentes cuya utilización o explotación efectiva se lleve a cabo en el país.

Al haberse establecido una extensión del punto de vinculación, y trastocarse un elemento central del impuesto se podría considerar que ya no estamos ante el clásico Impuesto sobre los Ingresos Brutos provocando la analogía con la Ley de IVA. Recordemos que la Ley de Coparticipación prohíbe a los fiscos locales establecer tributos análogos a los coparticipables como el caso del IVA, y la Corte le ha dado un concepto sumamente amplio a lo que se entiende por analogía (30).

De aquí podemos inferir, como vimos, que, más allá del alcance que los fiscos locales pueden desplegar en torno a la base imponible del impuesto, se mantiene la exigencia de que la actividad se desarrolle concretamente en una jurisdicción al menos parcialmente.

Pues bien, de muchos de los casos contemplados en las reformas locales en este aspecto se advierte que no es posible afirmar que exista una concreta actividad de la empresa residente en el extranjero dentro de las provincias. Por ello mismo han incorporado conceptos como *presencia digital significativa* o estableciendo puntos de conexión no ya territoriales, sino con base en los efectos de la actividad gravada.

A nivel nacional no se plantean los problemas locales, ya que el IVA no se encuentra limitado por la Ley de Coparticipación o el principio territorial.

III.2. La designación de sustitutos tributarios

Al incorporarse la gravabilidad de los servicios digitales prestados por sujetos del exterior con las críticas expuestas, tenemos que analizar cómo funciona la liquidación e ingreso del tributo en estos supuestos.

Está claro que el contribuyente es el que ejerce la actividad onerosa habitual de prestación de servicios con residencia en el exterior, verificador del hecho imponible del impuesto. Sin embargo, en la normativa se define un dia-

grama de ingreso y recaudación donde intervienen varios sujetos.

Por un lado, se define a los prestatarios o usuarios del servicio como responsables sustitutos; y en caso que intervengan entidades del país que faciliten o administren los pagos, actuarán como agentes de liquidación.

La normativa procedimental bonaerense dispone:

“Art. 184 *quinques*: El gravamen que resulte de la aplicación de los arts. 184 *bis* y 184 *ter* estará a cargo del prestatario, como responsable sustituto del sujeto prestatario no residente en el país. Cuando las prestaciones de servicios aludidas en los artículos citados sean pagadas por intermedio de entidades del país que faciliten o administren los pagos al exterior, estas actuarán como agentes de liquidación e ingreso del impuesto, conforme lo establezca la reglamentación”.

Asimismo, a nivel de la CABA por medio del art. 240 *bis* del Cód. Fiscal, se dispone que el gravamen que resulte de la aplicación del art. 177 *bis*, estará a cargo del prestatario, como responsable sustituto del sujeto prestatario no residente en el país; y también se incorpora a los que faciliten los pagos como agentes de liquidación. Esta mecánica se replica en las demás jurisdicciones locales.

Ahora bien, en derecho tributario se define al responsable sustituto como aquel que asume la situación jurídica del contribuyente quedando este último liberado. Por su parte puede existir una sustitución con retención; y una sin retención (31). En el primer supuesto el sustituto es obligado a practicar una retención sin que se vea afectado económicamente.

Está claro que siempre debe existir una acción de reembolso para el sustituto, ya que de otra manera el impuesto cae definitivamente en este, que pasaría a ser el afectado definitivo por el tributo.

En líneas generales la designación de un sustituto, para ser válida, debe ser razonable y respetar los principios constitucionales de la tributación. Está claro que si el sustituto sin retención no tiene acción de reembolso, es en realidad el que se hace cargo del tributo, si bien no verifica el hecho imponible demostrativo de capacidad contributiva. El diseño del instituto falla, ya que el contribuyente se ve indemne y el sustituto se hace cargo del tributo.

A través de la mecánica dispuesta por los Códigos Fiscales y las reglamentaciones (32), a la hora de cobrar el tributo el agente de liquidación lo incorpora sobre el valor del servicio, lo abona el usuario en su carácter de responsable sustituto y luego este agente lo ingresa al fisco.

Si se presta atención, no se afecta de manera alguna al contribuyente residente en el exterior. Distinto hubiera sido el supuesto en que se establezca que el facilitador del pago retenga el monto del impuesto sobre la suma a pagar al contribuyente no residente y lo ingrese al fisco.

La Corte Suprema en fecha 07/08/2012, autos “Servicios de Aguas de Misiones SA (TF 19.309-I) c. DGI”, deja en claro la situación de cada sujeto dentro de la relación jurídica tributaria y su vínculo con el hecho imponible, debiendo primar la realidad sobre cualquier denominación.

Mediante el sistema diagramado el sujeto sustituto abona el tributo sin retención, es decir, de su bolsillo, quedándole en su caso una posible acción de reembolso contra el contribuyente. Evidentemente el diseño tiene en miras no afectar al verdadero contribuyente y que el sustituto no tenga opción a la hora de abonar el impuesto. Es lógico pensar que si el Estado, a su vez, diagrama una estructura que facilita el cobro del impuesto por las dificultades que conlleva cobrarle directamente al sujeto no residente, la acción de reembolso de un particular contra este es prácticamente una ilusión.

El máximo tribunal ha tenido oportunidad de expresar que las figuras de los responsables tributarios deben utilizarse de una forma razonable, con base en la manifestación de riqueza gravada y la vinculación que exista con el contribuyente (33).

III.3. El impuesto sobre los Ingresos Brutos, su carácter de indirecto y la modificación en materia de servicios digitales

Como se ha sostenido, en líneas generales el Impuesto sobre los Ingresos Brutos es un impuesto indirecto, ya que toma en cuenta una capacidad mediata de capacidad contributiva como son los ingresos brutos; y, por otra parte, es en principio trasladable (34).

La crítica a esta última clasificación consiste en que introduce cuestiones que se vinculan con situaciones de mercado en un contexto determinado, sin que pueda servir de base clasificatoria de los impuestos.

Ahora bien, una cosa es que el impuesto aquí tratado se considere indirecto, partiendo de la base que deviene trasladable y se prevea que el contribuyente lo aplique a los precios que pagan los adquirentes; y otra muy distinta es que saltando un posible efecto económico de manera directa se designe a un sujeto sustituto sin retención, con una acción de reembolso impracticable, tratando de equiparar las situaciones.

La Corte (35), adhiriendo al dictamen de la Procuración, tuvo oportunidad de afirmar que resulta indubitable que Ingresos Brutos es un impuesto que grava las rentas o beneficios obtenidos por un contribuyente, resultado al que también se llega por exclusión, ya que no puede colegirse, bajo punto de vista alguno, que sea un gravamen sobre actos de consumo o sobre la tenencia o posesión de un patrimonio.

Recordemos que la traslación y repercusión en Ingresos Brutos es meramente económica y facultativa; no está prevista jurídicamente, como en el IVA (36).

De esta manera nos encontramos no con un tributo que grava el desarrollo de actividad, sino directamente la adquisición de bienes y servicios.

Claramente el sistema esta perfeccionado para que el contribuyente no se vea afectado, tal vez por la dudosa legitimidad y sustento territorial que existe; y para que el adquirente de los servicios se vea afectado vía agente de liquidación de manera directa y sin posibilidad de discutir o ser resarcido.

IV. La acción de clase en materia tributaria

IV.1. El ámbito de aplicación de los procesos colectivos

Es indudable que a raíz del conocido precedente “Halabi” (37) la Corte se encargó de delinear el marco de aplicación de los procesos colectivos.

En materia tributaria, si bien se trata de cuestiones patrimoniales, nos podemos encontrar ante casos de derechos individuales homogéneos.

Aunque *a priori* se tenga que ser más exigente en estos supuestos en cuanto a los requisitos de la acción de clase, no se puede descartar su relevancia en materia tributaria. Sí resultará necesaria una uniformidad de situaciones de los sujetos afectados, que en determinado caso puede no darse. Por ejemplo, en materia de confiscatoriedad, por no poder aplicarse ajuste por inflación; donde resulta dudosa la legitimación de una asociación ante la diversidad de situaciones y prueba de cada contribuyente (38).

En el caso de servicios digitales existe esa uniformidad requerida, ya que el simple abono del tributo en los términos vistos deviene ilegítimo. Claro está que en definitiva siempre podrá afectar en distinta medida a cada sujeto, pero ello no es óbice para el proceso colectivo.

Definitivamente puede ser una gran herramienta para proteger el derecho de los pequeños contribuyentes o consumidores.

Como ha dicho la Corte, se requiere como uno de los puntos centrales que el ejercicio del derecho individual no se encuentre justificado. Y este es un aspecto clave del presente, ya que el monto que abona cada uno de los sustitutos no justifica una acción individual. Por su parte no es factible transitar un reclamo en sede administrativa, ya que la administración tributaria no podría declarar la inconstitucionalidad de la normativa aplicada siendo una vía inútil.

La gran ventaja de los procesos colectivos es el efecto de la cosa juzgada que se esparce para todos los afectados, en la mayoría de los casos sectores que de otra manera verían afectados sus derechos.

Ello en un contexto que, como lo señala Chomsky (39), los sistemas impositivos han sido rediseñados para tratar de mantener los impuestos sobre los salarios y el consumo, que todo el mundo tiene que pagar, pero no sobre las ganancias.

Tal vez explique que la concentración de la riqueza se acentuó a tal punto en 2018 en el mundo, que 26 multimillonarios poseen más dinero que las 3800 millones de personas más pobres del planeta, según un informe de la ONG Oxfam International (40).

{ NOTAS }

(29) ALMADA, Lorena, ob. cit. CORONELLO, Silvina É., “Los servicios digitales y los impuestos a los consumos”, IMP - Práctica Profesional 2018-XXXVI, PARADA LARROSA, Federico, ob. cit.

(30) CS, 19/06/2012, “Pan American Energy LLC. Su cursal Argentina c. Chubut, Provincia del y otro s/ Acción declarativa”, PET 2012 (julio-495), AR/JUR/27410/2012.

(31) VALLE BILLINGHURST, Andrés, “Los sujetos tributarios. Contribuyentes, sustitutos y agentes de retención”, en GARCÍA NOVOA - HOYO JIMÉNEZ (coord.), *El tributo y su aplicación perspectivas para el siglo XXI*, Ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2008.

(32) Res. ARBA 38/2019 y AGIP 312/2019 a modo de ejemplo.

(33) CS, 13/03/2012, “Luján Williams Automotores SA - Conc. Prev. c. Volkswagen Argentina SA y Volkswagen SA de Ahorro para fines determinados y Volkswagen Cia. Financiera SA s/ medida autosatisfactiva - avocamiento directo - incidente de cobro detasas judiciales”, LA LEY, 2012-B, 482.

(34) BULIT GOÑI, Enrique, “Impuesto sobre los Ingresos Brutos”, ob. cit., p. 47.

(35) CS, en la causa “Pluna” ya citada.

(36) QUERALT, Juan Martín - LOZANO SERRA-

NO, Carmelo - TEJERIZO LÓPEZ, José M. - CASA-DO OLLERO, Gabriel, “Curso de Derecho Financiero y Tributario”, Ed. Tecnos, Madrid, 2014, 25ª ed., p. 733. Puede verse en este sentido la doctrina española y las consecuencias jurídicas que de ello puede derivar, por ejemplo, en las relaciones entre los sujetos intervinientes y el derecho de devolución en GARCÍA NOVOA, César, “La devolución de ingresos tributarios indebidos”, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1993, ps. 97-98.

(37) CS, 24/02/2009, “Halabi, Ernesto c. Estado Nacional”, AR/JUR/182/2009.

(38) FURCHI, Martín L. - WAISSMAN, Juan, “Intereses individuales homogéneos vs. prueba suficiente de la confiscatoriedad. La dificultad de presentar un caso tributario como acción de clase”, PET 2016 (agosto-591), p. 5.

(39) CHOMSKY, Noam, “Réquiem por el sueño americano. Los diez principios de la concentración de la riqueza y el poder”, Ed. Sexto Piso, Madrid, 2017, trad. Magdalena Palmer. Puede verse el Principio 4 -Desplazar la Carga Fiscal-.

(40) Ver <https://www.ambito.com/negocios/pobreza/concentracion-riqueza-al-maximo-26-personas-tienen-mas-que-3800-millones-pobres-n5011607>, 21/01/2019.

La particularidad del presente, como vimos, es que el perjuicio del pequeño contribuyente no se da ya por la traslación económica que pudiera llevar adelante una empresa, sino que el propio legislador ya se hace cargo de la incidencia o afectación y directamente a través de la normativa lo convierte en sujeto afectado definitivamente.

IV.2. El legitimado activo

En este punto es indefectible tener en cuenta la reforma de la Constitución Nacional de 1994.

A partir del art. 43 se estableció:

“Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización”.

Como puede apreciarse, en la última parte de dicho artículo no se hace mención a la materia tributaria, pero sí refiere a los derechos del consumidor.

Se ha sostenido que las asociaciones de consumidores pueden iniciar procesos colectivos que involucren conjuntamente cuestiones de derecho financiero y de defensa del consumidor, que tengan incidencia en la relación de consumo, en perjuicio de los usuarios o consumidores de bienes y servicios⁽⁴¹⁾.

La Corte Suprema reconoció legitimación activa a una asociación de usuarios donde se impugnaba la constitucionalidad de normas provinciales, en tanto los usuarios industriales del ámbito bonaerense debían abonar el tributo sobre el importe facturado, cuando eran abastecidos por un prestador sujeto a la jurisdicción nacional, pero estaban eximidos de dicho pago si el prestador estuviese sometido a la jurisdicción provincial⁽⁴²⁾.

También cabe darle relevancia al Defensor del Pueblo en este tema, ya que aparece como otro legitimado del art. 43 CN, si bien se ha debatido su alcance en cuanto a la legitimación y las materias en juego.

A nivel local se han ido abriendo camino las acciones colectivas en materia tributaria otorgando legitimación a asociaciones e incluso al Defensor del Pueblo.

Tal el caso “Llan de Rosos, Ramiro J. y otros c. Fiscalía de Estado de la Pcia. de Buenos Aires s/ pretensión restablecimiento o reconoc. de derechos s/ incidente de apelación” emitido por la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de San Nicolás⁽⁴³⁾.

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires también otorgó legitimación a una asociación en materia tributaria señalando las ventajas que ello presenta en autos “Asociación de Diseñadores Gráficos Nicoleños (A.DI.GRA.N.) c. Municipalidad de San Nicolás. Inconstitucionalidad arts. 65 y 70 ord. fiscal y tarif. 4340/1997” de fecha 13/07/2016.

En CABA el Superior Tribunal Superior de Justicia ha permitido resolver las acciones declarativas de inconstitucionalidad en que se cuestionaban normas tributarias promovidas por entidades que defienden intereses difusos, cuya legitimación aceptó tácitamente⁽⁴⁴⁾ y, más concretamente, en autos “GCBA s/ Queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Asociación Argentina de Agencias de Publicidad c. GCBA s/ impugnación de actos administrativos” del 25/03/2007⁽⁴⁵⁾.

De esta manera puede verse que se encuentra totalmente justificada una acción de clase en materia tributaria, más en un caso como el presente que no requiere analizar situaciones particulares para llegar a la conclusión de que el tributo es ilegítimo y no se justifica una acción individual de cada sujeto afectado. Asimismo, al verse afectados los prestatarios de los servicios por la norma legal tributaria como sustitutos, ni siquiera hay que argumentar perjuicio patrimonial por una traslación económica.

IV.3. Sujetos demandados y competencia

Una cuestión fundamental es conocer contra qué sujetos se debe interponer la acción y en qué fuero.

El primer aspecto a tener presente es que si nos encontramos ante un proceso colectivo que se vincule únicamente con temas de defensa del consumidor sin que intervenga el Estado de manera alguna, será competente la justicia en lo comercial.

Caso contrario, entrará a jugar el Estado en cualquiera de sus niveles, siendo parte demandada en el proceso colectivo, habilitando el fuero contencioso administrativo.

Nada quita que se pueda demandar a una empresa juntamente con el Estado.

Por ejemplo, contamos con el caso “Unión de Usuarios y Consumidores c. Telefónica Comunicaciones Personales SA ley 24.240 y otro s/ amparo proceso sumarísimo (art. 321 inc. 2º Cód. Proc. Civ. y Com.)”⁽⁴⁶⁾.

La demanda se inició por la actora contra Telefónica Comunicaciones Personales SA, con el objeto de que se ordene a dicha prestataria el cese de la imposición a los usuarios del servicio del pago de la “Tasa de control, fiscalización y verificación” y del “Aporte al fondo fiduciario del servicio universal” y, asimismo, el reintegro de las sumas percibidas por tales conceptos, más intereses.

Si bien la acción también fue dirigida contra el Estado nacional, a fin de que se lo obligara a cumplir con su deber de contralor de la actividad empresarial de la prestadora del servicio de telefonía móvil, posteriormente la asociación desistió de tal pretensión, ya que había desaparecido la situación que la motivaba al dictar la res. 279/2001 de la Secretaría de Comunicaciones de la Nación por

la que se intimó a todas las prestadoras de telefonía móvil a cesar en la práctica de individualizar los importes correspondientes a la “tasa” y el “aporte” en la facturación a sus clientes.

La Corte se remite a otorgar legitimación activa al precedente “PADEC c. Swiss Medical SA s/ nulidad de cláusulas contractuales”, del 21/08/2013⁽⁴⁷⁾.

Es importante remarcar que los contribuyentes de la tasa eran las compañías prestadoras, que trasladaron su carga a los usuarios, habiéndose demandado al Estado también por su incumplimiento en el deber de contralor. Pero el perjuicio principal fue generado por las empresas al facturar su carga tributaria.

Como aspecto fundamental que amerita el proceso colectivo se sostiene, por parte de la Corte, que las sumas en cuestión individualmente consideradas permiten suponer que el costo que insumiría a cada usuario accionar en forma particular resultaría muy superior a los beneficios que derivarían de un eventual pronunciamiento favorable, tal como ocurre en el supuesto que analizamos mediante el presente.

Por otra parte, existen casos donde la participación del Estado genera, de manera directa, el perjuicio mediante la sanción de tributos ilegítimos. Tales los antecedentes citados a lo largo del presente donde la demanda se dirigió contra el fisco de manera directa.

También cuando ya se han ingresado al fisco sumas ilegítimas y deben devolverse. La Cámara Federal de Rosario, sala B, “Usuarios y Consumidores Unidos, Noelia Bristos c. AFIP-DGI s/ acción meramente declarativa - reintegro” del 30 de mayo de 2017, hizo lugar, por ejemplo, a una acción de repetición colectiva contra el organismo fiscal, al haber los usuarios abonado el IVA de manera impropia.

En el caso abordado en este trabajo no es posible hablar de un perjuicio generado por el contribuyente residente del exterior, ya que, como vimos, no interviene de ninguna manera. Por su parte los agentes de liquidación del tributo son designados por ley y se encuentran obligados a cobrar el tributo.

Dicho esto, el demandado central deberá ser el fisco provincial. Claro está que si se exige a los agentes de liquidación se abstengan de practicar la liquidación del tributo vía judicial, el Estado deberá ser parte necesaria también.

Con respecto a la competencia federal o provincial, si se invoca que la modificación ilegal de Ingresos Brutos, establece un tributo análogo a los coparticipables, afectando la ley 23.548, por no respetar el sustento territorial; o bien por establecer un sujeto pasivo distinto, como es el responsable sustituto de manera irrazonable, la causa deberá tramitar indefectiblemente en la justicia local. Ello, ya que a partir del fallo “Papel Misionero”⁽⁴⁸⁾ la Corte ha sostenido que la afectación de la Ley de Coparticipación Federal no es un caso de competencia federal.

La única vía de federalizar la cuestión es argumentar un exceso territorial o in-

terferencia con un Estado extranjero, que afecte de forma inmediata cláusulas constitucionales. En dicho caso podría llegar a abrirse la competencia originaria de la Corte asignándole un manifiesto contenido federal.

A modo ilustrativo pueden citarse los casos “Gasnor SA c. Provincia de Salta s/ acción declarativa”⁽⁴⁹⁾ del 15/09/2015, “YPF SA c. Provincia de Chubut s/ acción declarativa”⁽⁵⁰⁾ del 15/09/2015, “Telefónica Móviles Argentina SA c. Provincia de Tucumán s/ acción declarativa de certeza”⁽⁵¹⁾ con fecha 04/06/2019 y “Aerolíneas Argentinas SA c. Provincia de Buenos Aires s/ acción declarativa” del 21 de abril de 2015. En estos antecedentes el hecho que se encontraba involucrada la Ley de Coparticipación o el Convenio Multilateral no fue óbice para abrir la competencia existiendo otras cuestiones federales suficientes.

V. Conclusiones

Hemos visto que el Impuesto sobre los Ingresos Brutos es un tributo local con determinadas características que lo definen como tal. Entre ellas el aspecto territorial como punto fundamental, que hace a la potestad tributaria del fisco local y a la propia naturaleza de lo que se grava, que es el ejercicio de una actividad a título oneroso.

Si bien la Corte ha ido variando su criterio respecto a la base imponible que puede tomarse, siempre ha mantenido como requisito el sustento territorial.

Al incorporarse la gravabilidad de los servicios digitales por sujetos residentes en el exterior, se ha puesto en jaque el tradicional concepto de territorialidad por el de *presencia digital significativa* o efectos de la actividad.

Ello ha sido pasible de críticas por afectar la Ley de Coparticipación y establecerse un impuesto análogo al IVA, sumado a los posibles excesos del poder tributario local a nivel territorial.

Paralelamente, y otro aspecto definitorio sobre la ilegalidad del impuesto en este sentido, es la estructura que se ha diseñado para su recaudación.

El contribuyente sujeto residente del exterior no se ve afectado, ya que la norma pone en cabeza de los usuarios la obligación de pago como *responsables sustitutos* y a las empresas que faciliten los pagos como *agentes de percepción*. Desde un punto de vista jurídico el contribuyente se ve inalterado por el tributo.

Al establecer un caso de sustitución sin retención, obliga a pensar en una acción de reembolso, ya que de otra manera en vez de sustituto el usuario sería afectado definitivo y en los hechos, el contribuyente. Sin embargo, por las características del caso, al tratarse de sujetos no residentes y los montos en juego, dicha acción deviene de imposible cumplimiento y el instituto del sustituto tributario como irrazonable.

Una cuestión es que mediante un efecto económico Ingresos Brutos pueda llegar a trasladarse a los prestatarios; y otra muy distinta es ya dar por sentado ello y gravar

{ NOTAS }

(41) ESPECHE, Sebastián, “Procesos colectivos en el derecho financiero, a partir de ‘Halabi’ (Primera parte)”, PET 2011(octubre-477), p. 1.

(42) CS, 22/04/1997, “Asociación de Grandes Usuarios de Energía de la República Argentina - AGUEERA c. Provincia de Buenos Aires y otro”, CS, Fallos: 320-690, citado por ESPECHE, Sebastián, ob. cit.

(43) Para un mayor análisis del tema puede verse SAS-TRE, Mercedes, “Las acciones de clase y su impacto en el ámbito tributario a la luz de un reciente pronunciamiento”, LA LEY, 2017-E, 223.

(44) SPISSO, Rodolfo, “Solapada maquinación en la creación de tributos a extramuros de la Constitución”, LA LEY, 2010-D, 171.

(45) Puede verse el comentario de BIANCHI, María Eugenia, “Impuesto sobre los ingresos brutos. Agente publicitario. Actividad de intermediación. Alicuota aplicable. Control difuso de constitucionalidad. Legitimación de las asociaciones en materia tributaria”, *Práctica Profesional* 2007-44, p. 110.

(46) CS, 06/03/2014, LA LEY, 2014-C, ps. 121 y 559.

(47) CS, LA LEY, 2013-E, 290.

(48) CS, 05/05/2009, “Papel Misionero SAIFC c. Provincia de Misiones s/ acción declarativa”, CS, Fallos: 332:1007.

(49) CS, Fallos: 338:845.

(50) CS, Fallos: 338:868.

(51) CS, Fallos: 342:971.

directamente a estos últimos, no encontrándonos ante un caso de traslación económica, sino en uno donde se grava la adquisición de bienes, excediendo el hecho imponible del impuesto.

Si bien las acciones de clase *a priori* protegen bienes de tutela colectiva no patrimo-

niales, no se las puede descartar en materia tributaria. Al tratarse de derechos patrimoniales homogéneos y no siendo una vía apta la acción individual de cada sujeto involucrado, requiriendo constantes reclamos o exclusiones a ser percibidos, el camino más idóneo es una acción colectiva, que tiene efectos globales.

Vemos cómo el impuesto se desdibuja, ya que afecta a los adquirentes de servicios no ya siquiera por una cuestión de mercado y efectos económicos, sino por vía legislativa perjudicando a consumidores y contribuyentes.

Ello no hace más que distribuir la carga tributaria entre los que menos capacidad

contributiva tienen, lejos de afectar a las empresas prestadoras de servicios residentes en el extranjero.

Cita on line: AR/DOC/1598/2020

Contratos autoejecutables

SMART CONTRACTS. APENAS UNA DESCRIPCIÓN PARA PROPONER SU USO VIRTUOSO

Fulvio G. Santarelli (*) (**)

SUMARIO: I. Preliminar.— II. Lo esencial de un contrato autoejecutable.— III. El contrato en clave de ejecución e internet de las cosas. No solo el contrato es inteligente, ¡sino también las cosas!— IV. Bosquejando un concepto.— V. Los principales desafíos que presentan estos contratos.— VI. Conclusión.

I. Preliminar

El que sigue no es un estudio sobre los denominados *smart contracts*; es apenas una descripción de lo que se propone desde el lugar de la *legal tech* como factible y que efectivamente se usa, en ciertas aplicaciones y ámbitos de la economía (1); e intentar divulgar su uso y otorgar premisas para su incorporación y amalgama con las normas del derecho común. Lo que aquí se procura es lograr una mixtura entre el contrato ya conocido y lo propuesto. Y en este punto, dos reflexiones, una propia: el jurista clásico ha mirado siempre el contrato desde su celebración; lo han ocupado más los problemas de su formación y los elementos esenciales que aquellos de la ejecución, tal vez sobre la premisa de que, resuelto lo primero, lo segundo es simple derivación. Probablemente este aserto sea aplicable solo a las geografías del derecho continental europeo; de tal modo, analizar este tipo de contratos nos ejercita el costado menos cultivado de los aspectos contractuales. La otra reflexión no me pertenece y tiene que ver con la actitud del jurista frente a los cambios tecnológicos, que pusiera de manifiesto Hugo Acciari, quien, si bien reconoce que la misión de aquel es poner su atención en los peligros de lo nuevo, más que pensar en sus ventajas, señala que aquella capacidad para subrayar riesgos conlleva rodear la actividad novedosa de restricciones que también pueden aparejar limitaciones a sus beneficios (2).

II. Lo esencial de un contrato autoejecutable

II.1. Nada más virtual que el modelo contractual clásico

Es habitual contraponer lo “real” a lo “virtual”, entendido esto como lo que viene del mundo de la programación, de los sistemas, el ámbito del *software*. Sin embargo, el jurista debe reconocer que el mundo del contrato, tal como lo concibe la dogmática, se trata de una realidad virtual que solo se “realiza” en el documento escrito, las más de las veces, o en la pura acción de quien se cree obligado. Antes de todo ello tenemos “la voluntad”; “lo

querido”, “el fin del contrato”; “el consentimiento”; todas insinuaciones de un mundo que luego deben plasmarse en algún documento legible y/o tangible. La apelación a lo virtual no termina allí: entre el reglamento contractual imaginado, lo efectivamente plasmado y su ejecución, media la interpretación, es decir, la tarea “significante” que entre lo querido y lo tangible y las finalidades o intenciones presumidas intenta obtener conclusiones acerca de cómo las partes deben actuar. Con este modelo convencional convivimos.

II.2. El contrato ejecutable

El contrato clásico es una herramienta social, captada por el derecho, para el intercambio programado (3); se vislumbra allí un elemento esencial: el contrato es un dispositivo para organizar conductas que conducen a fines de intercambio patrimonial. Se trata así, de un programa prestacional, en el que se acuerdan conductas humanas que son el vehículo de la transacción de bienes y servicios. Ese contenido, las conductas humanas que lo constituyen, es —precisamente— lo que se debe ejecutar, cumplir, actuar; y ese modo de actuación puede ser —tal como una obra teatral— llevado a cabo de diferentes modos, con diversos matices y acentos. En los contratos denominados “inteligentes”, el programa de prestaciones está definido en un código que determina acciones de una computadora, de un sistema que objetivice el proceso en el lugar que a su mente le quede más cómodo para su comprensión, de modo que, una vez escrito, se oprime *enter* y el programa comienza a cumplirse.

Los contratos inteligentes vinculan máquinas, ordenan pagos, requieren aprobaciones, liberan *stocks*, entregas, remitos, facturas, todo a partir de un programa acordado entre los intervinientes que no requiere de intervención humana, salvo el supuesto en que el diseño del programa (*software*) lo requiere.

Si el contrato clásico se compone de un programa prestacional que deba actuarse, el contrato autoejecutable concibe ese mismo pro-

ceso como un *workflow* y lo hace correr como un flujo predeterminado. Nada demasiado nuevo; estamos a punto de caer, en este relato, en las consideraciones ya brillantemente expuestas por Natalino Irti en “Intercambios sin acuerdo” (4); pero no vale la pena revivir el debate: aquí el acuerdo está en la diagramación del programa común, o bien en modo adhesivo, para el desarrollo de un negocio. El contrato es un *software*, puede ser ya prefigurado, conforme a la tipicidad práctica del negocio, o diseñarse *ad hoc* por los otorgantes.

II.3. Eficiencia y justicia del sistema de las obligaciones

Es inherente al derecho de las obligaciones la búsqueda permanente de ambas cualidades, que, además, no parecen de por sí contrapuestas. En ocasiones, basta con solo cambiar el punto de mira desde el cual se analiza la relación jurídica en examen para advertir que una coopera con la otra. La eficiencia se vincula con un derecho menos burocrático, que permita a las situaciones jurídicas fluir dinámicamente. Al solo efecto de ejemplificar, cabe aludir a la mora automática (art. 886, Cód. Civ. y Com.); pero también otros institutos se inspiran en el valor de la economía y la simplicidad: las acciones directas (arts. 736 y ss.); la subrogatoria (art. 739, Cód. Civ. y Com.); el sistema de consignación extrajudicial (arts. 910 y ss.) y la compensación como modo de extinción de las obligaciones (arts. 921 y ss., Cód. Civ. y Com.), entre otros.

En el caso de los contratos autoejecutables, la nota de eficiencia es evidente, y es la que justifica su propulsión en la realidad. Empero, es menester atender a que no se convierta en el vehículo que exagere una tendencia que se aprecia en el derecho de los contratos que, es el “unilateralismo del crédito”; es decir la reserva por parte de uno de los contratantes de la decisión por sí mismo sobre los momentos vitales de las vicisitudes del contrato, tales como: la oferta unilateral, fijación o variación de precios unilateral, resolución unilateral, etc. (5). En este sentido, la innovación contractual de que se trata encuentra normas de balance en el derecho sustantivo hoy vigente.

En efecto, si bien el desarrollo exhaustivo de este aserto implicaría un tratado específico al respecto, pueden enumerarse las siguientes normas de contención básica: la dinámica actual que presenta el abuso del derecho, con sus aplicaciones en lo relativo a la posición dominante; a la dependencia económica (6); al campo de actuación ampliado de la cláusula abusiva, inclusive a los contratos B2B en tanto sean de adhesión (arts. 984 y 988, Cód. Civ. y Com.) y al deber de colaboración y uno de sus derivados, el deber de renegociar en los contratos de duración ante la facultad unilateral rescisoria de una de las partes (art. 1011, Cód. Civ. y Com.), entre otras.

II.4. Algunos “flujos” elementales para ilustrar supuestos

Como preámbulo a la temática más sofisticada, es recomendable fijar un primer concepto: el contrato en tanto ejecución, dejando atrás el contrato en tanto celebración, interpretación. Imaginemos la apertura de una nueva estación de servicio que se suma a la red de distribución de una de las destilerías de combustible; en el contrato respectivo se acuerda que i) el combustible será provisto de acuerdo con el nivel del fluido que muestran sus depósitos, debajo del cual se despacha desde la destilería el respectivo camión; ii) junto con la remisión del combustible, se emite la factura, la cual se autoejecuta y debita el monto pertinente de la cuenta del distribuidor. Esa operación implica una sumatoria de verificaciones, tales como los niveles de existencia, envío del combustible, verificación del precio para el distribuidor, llegada y llenado de reservas, que corren en un flujo automático, que puede no requerir intervención humana a lo largo de su desenvolvimiento. En el medio, también se prevén las variantes de verificaciones de pagos; si los débitos no se pueden configurar, las remesas se interrumpen. En el servicio de hotelería, las tarjetas magnéticas están programadas para permitir los accesos en tanto dure la estadía acordada. Las llaves de proximidad de los vehículos de última generación pueden adicionar a su programación efectivos dispositivos de acceso para el deudor prendario

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) Agradezco las lecturas —y recomendaciones— efectuadas por los Dres. Carlos Hernández y Alejandro Chamatropulos, quienes no tienen ninguna responsabilidad por los yerros y los desconcepciones que pueda encontrar el lector.

(**) Abogado (UBA). Doctor en Derecho (Universi-

dad Austral). Profesor regular de Obligaciones y Derecho del Consumidor (UBA).

(1) Al solo efecto ejemplificativo, cabe remitir a Ethereum.org, que se propone como una plataforma global de código abierto para desarrollar programas, contratos, criptomonedas, etc., accesible desde cualquier lugar del mundo, para cualquier persona.

(2) ACCIARRI, Hugo, “Smart contracts, criptomonedas y el Derecho”, LA LEY, 2019-B, 1082; cita online: AR/DOC/1017/2019. Por ello, es que se pretende aprender del nuevo modelo, para ir incorporando los beneficios de la novedad.

(3) SACCO, Rodolfo, en SACCO – DE NOVA, *Il Contratto*, UTET, Torino, 3ª ed., ps. 16-17.

(4) *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, 1988, ps. 347-364.

(5) MEKKI, Mustapha, “Reformar el derecho del contrato, del mito a la realidad”, RCyS, nro. extraord. 3, 2019, p. 5.

(6) Ver SANTARELLI, Fulvio, “Contrato y mercado”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2018, ps. 225 y ss.

que no esté en mora. Lo mismo ocurre con los equipos electrónicos hogareños, que pueden dejar de funcionar si se nos olvidó el pago de su crédito.

III. El contrato en clave de ejecución e internet de las cosas. No solo el contrato es inteligente, ¡sino también las cosas!

En la actualidad, todas las cosas que, por definición, eran inanimadas, aparecen dotadas de mecanismos y programas que les permiten cierta actuación por sí mismas (7). O, tal vez con más precisión a los fines aquí expuestos, tienen la capacidad de responder a otras voluntades, más allá de la de aquel que las maneja y se sirve de ellas (8). La programación, que no es más que la anticipación a decisiones frente a distintos supuestos, hace posible que la cosa muestre una autonomía que puede servir a fines de garantía o de cumplimiento de plazos contractuales. Si al locatario, fenecido el plazo contractual que le permite el uso y goce, paulatinamente le van dejando de funcionar sus electrodomésticos, como modo de aviso de que está fuera de plazo, hasta llegar al impedimento de ingreso, obtenemos un efectivo modo de asegurar el cumplimiento de una previsión contractual, que no solo se ejecuta drásticamente, sino que otorga sutiles avisos, tal vez más amables que una carta documento, pero de seguro, inexorables. Este proceso imaginario es factible, no por el instrumento contractual, sino porque las cosas permitirían una tal programación (9). Las cosas actúan una orden, una disposición de voluntad antes acordada. La prestación, entendida como conducta humana que es el vehículo del interés del acreedor, se resignifica, desde que la cosa es idónea, por sí, para responder a aquel interés.

IV. Bosquejando un concepto

IV.1. Acerca de su origen

Nick Szabo, versado tanto en el derecho como en la criptografía, es decir, la disciplina que otorga seguridad a las transacciones en internet de base matemática, en un documento de 1997 imaginó la posibilidad de que los contratos se diseñen y se escriban en un código de programación a partir del cual se ejecuten automáticamente (10). Más precisamente, acuñó el término, definiéndolo como “a set of promises, specified in digital form, including protocols within which the parties perform on the other promises”. Estas posibilidades fueron potenciadas por el desarrollo de la cadena de bloques (11) y de su derivado, las criptomonedas; en definitiva en ellas aparecen todos los atributos de la seguridad que revela la autoría del consentimiento, todo ello sin perjuicio de recurrir a las normas que sobre firma digital presentan los distintos países (12). Desde estas ideas prácticas, parece innecesario intentar obtener una categoría dogmática; no parece que sea ello necesario; desde un concepto de libertad de formas, no se vislumbran vallas insalvables, lo que sí cabe subrayar es un elemento típico, la autoejecución, y sus eventuales riesgos y ventajas.

IV.2. Un elemento insoslayable: la autoejecución

Tal como se viene diciendo, no existen razones de peso para ser ortodoxos en una definición de este tipo de vínculos, salvo que se crea que su utilidad se desenvuelve con el auxilio de la cadena bloques que otorga al sistema de contratos una autoejecución segura, incluso utilizando como medio de pago las

criptomonedas, que son un derivado del uso de la *blockchain* (13). Desde esta perspectiva, que puede denominarse estricta, un “contrato inteligente” será un “código programado” en donde la última intervención de las partes es, precisamente, esa: su programación; que luego se ejecuta automáticamente hasta consumir, por ejecución de las prestaciones pactadas, el vínculo contractual (14). Este concepto estricto o puro de contratos inteligentes que recurre a las criptomonedas se preconiza, da lugar al desarrollo de la idea de la denominada *token economics* de la que se dio cuenta *supra* (15).

Pero ello no obsta a que, con mayor amplitud, pueda concebirse un contrato mixto, en el que se encuentren cláusulas programáticas que den marco al *software* de ejecución, e incluso se diseñen estrategias de flujo del contrato con precisa intervención humana de decisión.

Así, el elemento distintivo será que se trata de un *software* que proporciona la ejecución programada de contraprestaciones de índole contractual (16).

IV.3. Se reconocen al menos dos modalidades

De lo expuesto, pueden concebirse dos modalidades: a) un modelo, que vale denominar “externo”, en el cual el código fuente del *software* que determina la performance del contrato está separado del texto de este que está redactado en lenguaje natural; y b) otro “interno”, en el cual las previsiones contractuales están incluidas en el código fuente sin la referencia anterior a un documento redactado en lenguaje natural (17). Esta distinción resulta conveniente porque permite una mejor transición de los contratos autoejecuta-

bles bajo el derecho clásico, haciendo posible controlar los efectos colaterales negativos que tal automatización puede presentar.

IV.4. Durante la ejecución del contrato, ¿puede mediar intervención humana?

Parecería que para asegurar el linaje de contrato inteligente, la ejecución debería ser exclusivamente automática; sin embargo, se ha considerado que “Un contrato inteligente es un acuerdo automatizable y exigible. Automatizable por computadora, aunque algunas partes pueden requerir intervención y control humanos. Aplicable ya sea mediante la aplicación legal de los derechos y obligaciones o mediante la ejecución de código informático a prueba de manipulaciones” (18). Teniendo presente lo expuesto es que pueden diseñarse modos de intervención de las partes, o bien de terceros.

IV.5. La participación de terceros

Para ejecutar ciertos pasos contractuales puede valerse de terceros, a los cuales les consulta información trascendente para el contrato; estos reciben el nombre de “oráculos” y pueden ser: i) entidades financieras para determinar evolución de tasas de interés; saldos de cuentas; flujos de fondos; etc.; ii) oficinas públicas, nacionales o internacionales para determinar índices de depreciación monetaria, evolución de precios mayoristas; salarios; o del PBI de un país dado o evolución de la economía regional, de determinado segmento o producto; o cualquier otro tipo de información inherente al contrato; iii) salidas o llegadas de transportes o movimiento de mercaderías a través de buques, aeronaves; iv) interacción con registros públicos: pro-

{ NOTAS }

(7) La inteligencia de las cosas nos rodea; los dispositivos celulares conforman la síntesis de todo lo que se pretende explicar. Nos preguntamos si nos escuchan. Es que las cosas presentan la capacidad de recopilar datos, nuestros datos, lo que con nuestra conducta les “relatamos” (nada más real) para aprender de ellos, nos devuelven servicios: nos sugieren caminar o dar más pasos, nos sugieren el camino más conveniente, el tipo de música que nos gusta o el próximo libro que vamos a leer o serie que vamos a ver. Ver un panorama en BARRIO ANDRÉS, Moisés, “Internet de las cosas”, Ed. Reus, Madrid, 2020, 2ª ed.

(8) El principal poder de internet de las cosas (IoT) es el alto impacto que tiene en los negocios y en la vida personal de la gente, mejorando su calidad de vida; en materia de negocios, las compañías están usando IoT para crear nuevos modelos de negocios, mejorar sus procesos y reducir costos y riesgos (RAYES, Anmar – SALAM, Samer, “Internet of Things from Hype to Reality. The Road to Digitalization”, Springer, Cham, 2019, 2ª ed., p. 2).

(9) Se caracteriza IoT como la red de cosas, con identificación de dispositivos, inteligencia integrada y capacidades de detección y actuación, conectando personas y cosas a través de internet. El término puede usarse para referir a todos los objetos, cosas, cualquier dispositivo conectada a través de internet, incluidos electrodomésticos, edificios, automóviles, personas, animales, árboles, plantas, etc. (*Ibid.*, p. 4).

(10) SZABO, Nick, “Formalizing and Securing Relationships on Public Networks”, <http://ojs.org/ojs/index.php/fm/article/view/548469>.

(11) Ver, entre nosotros, DABA, Alejandro D., “Derecho y tecnología: Los ‘contratos inteligentes’ y su legalidad en el Derecho Argentino”, JA del 11/03/2020, p. 19, cita online: AR/DOC/404/2020, quien cuenta las vicisitudes del mítico “Satoshi Nakamoto” y su desarrollo de la cadena de bloques y las criptomonedas; además detalla cómo funcionan, por lo que allí remitimos. El sistema sobre el cual funciona —que se basa en la intercomunicación de terminales a partir del “minado”, que no es más que la resolución de problemas lógicos-algebraicos— es considerado poco sustentable desde la perspectiva ambiental; en efecto, conforme a estudios recientes, las emisiones de CO₂ provenientes del minado de *bitcoins* se ubicarían en niveles similares a los producidos por países como Jordania o Sri Lanka o ciudades como Kansas en Estados Unidos. En el mismo sentido, se

sostiene que la red de *bitcoin* podría alcanzar en el corto plazo un consumo de 7,67 GW, comparable al de países completos como Irlanda o Austria; sin embargo, también posibilita el fortalecimiento de la transparencia y la confiabilidad de la cadena de suministros de bienes, colaborando con relación al consumo y la producción sostenible. Ver RINALDI, Gustavo, “*Blockchain* y sustentabilidad ambiental”, LA LEY del 10/02/2020, cita online: AR/DOC/3998/2019.

(12) En la actualidad existen instituciones que facilitan plataformas de desarrollo de este tipo de vínculos, entrenan en el uso de su lenguaje y otorgan a quienes quieren contratar de esta manera ámbitos seguros o que facilitan el manejo de lo necesario para este tipo de vínculos; ver por caso *Ethereum*.

(13) *Blockchain* es una tecnología que permite la transferencia de datos digitales con una codificación muy sofisticada y de una manera completamente segura. Sería como el libro de asientos de contabilidad de una empresa en donde se registran todas las entradas y salidas de dinero; en este caso hablamos de un libro de acontecimientos digitales; por tal razón, se la denomina también “DLT” por *distributed ledger technologies* o tecnologías de registro distribuido. No requiere de un intermediario centralizado que identifique y certifique la información, sino que, al estar distribuida en múltiples bloques independientes entre sí, que la registran y la validan sin necesidad de que haya confianza entre ellos, cada uno de esos bloques contiene la información codificada de una transacción en la red. Antes hicimos la analogía del libro contable, donde anotamos, p. ej., que salió A y entró B. Pues bien, *blockchain* se comporta igual, pero serán los nodos distribuidos de la red quienes tengan que certificar que esos datos son verdaderos. Cada bloque de la cadena porta el paquete de transacciones y dos códigos, uno que indica cuál es el bloque que lo precede (excepto el bloque de origen, claro) y otro para el bloque que le sigue, es decir, que están entrelazados o encadenados por lo que se llaman códigos o apuntadores *hash*. En definitiva, es un protocolo de red descentralizado, accesible a todo público, con capacidad de verificación también descentralizada y segura por el uso de sistema criptográfico. El almacenamiento de la información en bloques independientes procura resguardar la inalterabilidad de los datos o información en ellos almacenada; cada nodo y cada bloque replica la misma información, por tanto, habría que violar los protocolos de seguridad de cada bloque para falsear la información, y a su vez, el corres-

pondiente *hash*. Cada nuevo dato o transacción genera un nuevo bloque; para ello el nuevo dato viene con su clave criptográfica para que sea reconocido por los bloques y se pueda sumar válidamente la nueva información. Al desarrollo de las tecnologías “DLT” se le asigna una relevancia fundamental al punto de constituir la base de una nueva economía, denominada *token economics* desde que se le asigna ser el punto de partida a nueva economía financiera (ver HEREDIA QUERRO, Sebastián, “*Token economics* and *corporate finance*”. Tensiones entre regulaciones bursátiles del siglo XX y la tecno-democratización del acceso al financiamiento del siglo XXI”, LA LEY, 2019-C, 1179; en el mismo trabajo pueden verse las referencias normativas de nuestro derecho que ya se refirieron a los actos financieros generados por medio de tecnologías “DTL”) No cabe duda de que este ambiente generado por la denominada “tokenización” de la economía encuentra su instrumento de ejecución en el *smart contract*; pero el intento de este trabajo es llevar elementos del contrato ejecutable a una fusión virtuosa con el contrato clásico.

(14) MARZORATI, Osvaldo J., “Las nuevas tecnologías el impacto de la venta *online* en los contratos frente al *blockchain* y los contratos inteligentes”, RDCO 297-859, describe este tipo de vínculos contractuales que como nota distintiva presentan aquella de “estar encastrados en un código, conformado por algoritmos y tecnologías de registro, que se transmiten electrónicamente y que encierra el protocolo previsto por las partes para su autoejecución”.

(15) Las criptomonedas son derivados del sistema “DTL” y están diseñadas como derivación del sistemas de bloques, que para cierta comunidad de usuarios cumplen los valores habituales que se le asignan a una moneda: medio de intercambio, unidad de medida o reserva de valor (ver HERRERO QUERRO, ob. cit.); en definitiva, sin entrar en el debate de si las criptomonedas tienen el carácter de moneda, es menester tener presente que el dinero podemos verlo como un adjetivo, esto es como “el medio de intercambio generalmente aceptado”; es decir, como “aquellas cosas que en el comercio se entregan y se reciben como fracción equivalente o múltiplo de la unidad”; o bien como un sustantivo, al que refiere como moneda a aquella que cuenta con el curso legal y forzoso reconocido por el Estado, dado que su efecto cancelatorio no depende del acuerdo de partes, sino, precisamente por el curso forzoso con que cuenta. Estas enseñanzas de la Real Academia Española de la Lengua, resultan

bastantes para entender que puede adjetivarse como moneda para alguna comunidad de negocios lo que para el Estado y la comunidad en general no resulte aceptable; y que en todo caso valen por su valor de cotización, es decir, por aquel al cual cierta comunidad le reconoce valor. Para ampliar respecto del carácter monetario de los criptoactivos son imprescindibles las recomendaciones y las precisiones de ACCIARRI, Hugo, ob. cit.

(16) En análogo sentido a la caracterización propuesta: “Smart contracts are defined as agreements wherein execution is automated, usually by computers. Such contracts are designed to ensure performance without recourse to the courts. Automation ensures performance, for better or worse, by excising human discretion from contract execution”. Conf. RASKIN, Max, “The Law And Legality Of Smart Contracts” [cite as: 1 Geo. L. Tech. Rev. 305 (2017); <https://perma.cc/673G-3ANE>, *Georgetown Law Technology Review*]. Naturalmente, que teniendo presente que “aun cuando la utilización de la expresión *contract* puede inducir a error, debemos subrayar que la categoría jurídica de contrato no existirá en tanto no se cumplan los requisitos que la ley exige para su validez”. Ver TUR FAÜNDEZ, Carlos, “*Smart Contracts*. Análisis jurídico”, Ed. Reus, Madrid, 2018, p. 51.

(17) Esta distinción aparece en INTERNATIONAL SWAPS AND DERIVATIVES ASSOCIATION, “Legal Guidelines For Smart Derivatives Contracts”, en estos términos: “The legal perspectives paper also distinguishes between two different models of smart legal contract: the external model and the internal model. In the external model, the coded provisions remain external to the legal contract, and represent only a mechanism for automatic performance. In the internal model, the provisions that can be performed automatically are included in the legal contract, but are rewritten in a more formal representation than the current natural language form. A computer could then take this more formal representation and automate performance”. Disponible en <https://www.isda.org/category/legal>. Es claro que no se trata más que de una recomendación sectorial, para cierto tipo de transacciones financieras; no obstante, tiene la virtud de compilar soluciones u opiniones de la práctica legal que las concibe.

(18) “A smart contract is an automatable and enforceable agreement. Automatable by computer, although some parts may require human input and control. Enforceable either by legal enforcement of rights and obligations or via tamper-proof execution of computer code” (*ibid.*).

piEDAD inmueble, marcas y patentes rodados, prendarios, etc. Conforme a la información de los oráculos, el circuito contractual tomará su curso (al solo efecto de seguir con un ejemplo), aplicará cierta tasa de interés, impondrá cierto precio promedio, ordenará la remisión de un contenedor ya arribado a puerto; impondrá penalidades por estadías; etcétera.

Existe otro tipo de intervención de terceros, la de aquellos que tienden a dar seguridades a la actuación de las partes, a su consentimiento o al acuerdo; en efecto, el art. 36 del dec.182/2019, referente a la firma digital, establece: “Servicios de confianza. Se entiende por Servicio de Confianza al servicio electrónico prestado por un tercero de confianza relativo a: 1. La conservación de archivos digitales. 2. La custodia de declaraciones de voluntad realizadas en formato electrónico, contratos electrónicos, y toda otra transacción que las partes decidan confiar a un tercero depositario. 3. La notificación fehaciente de documentos electrónicos. 4. El depósito de declaraciones de que se presentan como una suerte de voluntad realizadas en formato electrónico. 5. La operación de cadenas de bloques para la conservación de documentos electrónicos, gestión de contratos inteligentes y otros servicios digitales. 6. Los servicios de autenticación electrónica. 7. Los servicios de identificación digital. 8. Otras prestaciones que determine el Ente Licenciante” (19). Asimismo, existen servicios denominados *time stamp* que, como una suerte de estampillado, constituyen una variante a la firma digital: se trata de un tercero de confianza que sobre el documento genera una *hash* que determina la creación del documento en determinada fecha y dejará constancia de cualquier alteración, como asimismo de la data de tal modificación.

V. Los principales desafíos que presentan estos contratos

V.1. La formación del contrato a la luz de la normativa vigente

El ordenamiento sustantivo, desde el art. 284 del Cód. Civ. y Com., viene preconizando para los actos jurídicos en general, el principio de libertad de formas, y exhibe la plasticidad y la apertura de su régimen al dar cabida a la distinción entre documentos particulares firmados y no firmados, incluyendo en tal categoría “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” (conf. art. 287, Cód. Civ. y Com., *in fine*); con igual sesgo, el art. 288, Cód. Civ. y Com., define la firma y sus funciones, y admite la firma digital en tanto “asegure indubitablemente la autoría e integridad del instrumento”. Ya en sede del contrato, se ratifica el principio de libertad de formas (art. 1015, Cód. Civ. y Com.), se establece una directiva, en el art. 1016, Cód. Civ. y Com., que aun cuando se refiere a los contratos formales, es conveniente observar aun en los no formales,

ya que sienta un principio de coherencia entre la forma elegida para la celebración y sus eventuales adiciones o modificaciones posteriores, las cuales deben observar la misma modalidad (cabe asignarle a esta norma un contenido basado en la buena fe, que ahuyenta conductas sorpresivas); a su turno, las reglas de la prueba de los contratos se condice con la apertura en cuanto a la elegibilidad de formas (conf. art. 1019, Cód. Civ. y Com.). Estas relaciones normativas dan suficiente cobijo a acuerdos que puedan expresarse sobre códigos de programación en lenguaje no natural. En tal sentido, debe adicionarse lo pertinente al régimen de firma digital para tener un acabado panorama de su viabilidad legal (conf. ley 25.506 y dec.182/2019).

Situados ahora en la categoría de los contratos de consumo, la utilización de medios electrónicos recibe su propia regulación; en efecto, el art. 1106, Cód. Civ. y Com., respecto de la utilización de medios electrónicos, 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”, y seguidamente, el art. 1107 establece: “si las partes se valen de técnicas de comunicación electrónica o similares para la celebración de un contrato de consumo a distancia, el proveedor debe informar al consumidor, además del contenido mínimo del contrato y la facultad de revocar, todos los datos necesarios para utilizar correctamente el medio elegido, para comprender los riesgos derivados de su empleo, y para tener absolutamente claro quién asume esos riesgos”. Con ello, el ordenamiento concibe la utilización de soportes distintos a los usuales, en la medida que estén debidamente informados.

De lo relacionado se concluye que un contrato autoejecutable, celebrado en lenguaje informático, no natural, es, con las prevenciones efectuadas, legalmente viable, así sea un contrato entre partes, como de adhesión, o de consumo.

V.2. Del contrato “celebrado por medios electrónicos” al contrato autoejecutable

Se trata, ahora, de proponer algunas premisas para tener presente a la hora de diseñar un contrato autoejecutable que pueda compatibilizar con las normas imperantes en la materia. Para ello se tienen presentes, además de la normativa nacional, las enseñanzas de la directiva europea 2000/31/13 dedicada a reglar el comercio electrónico (20); vale insistir en que se trata solo de recomendaciones, que pretenden elevar el umbral de protección que surge de la normativa antes relacionada. Ellas son:

i) En carácter de información previa al contrato, esclarecer acerca de los diferentes pasos técnicos que deben darse para tener por celebrado el contrato (conf. art. 10, DE 2000/31/13).

ii) Informar acerca de las condiciones de registro y seguridad del contrato, como asimismo la ruta de acceso a su código (conf. art. 10, DE 2000/31/13).

iii) Si el contrato refiere a un plexo de condiciones generales, estas deben estar disponibles y ser recuperables en lenguaje natural (conf. art. 10, DE 2000/31/13). Asimismo, es recomendable una instancia de revisión y chequeo de las disposiciones contractuales, como de los datos de los cuales se sirve la ejecución del contrato. Es recomendable, para asegurar la inalterabilidad del documento, que se recurra a algún sistema de encriptado disponible.

iv) Este tipo de contratos, que, vale insistir, se autoejecutan, lo hacen sobre cierta plataforma; si se recurre a la cadena de bloques, esta es independiente y descentralizada por definición; pero para el supuesto de que se recurra a otras variantes, es imprescindible que se trate de una plataforma independiente, de modo que garantice la no injerencia de los contratantes en la ejecución del contrato.

v) Asimismo, y en el caso de recurrir a “oráculos”, desde que a ellos les pueden caber distintos tipos de roles, determinantes de la configuración de ciertos parámetros esenciales para el contrato —punto de partida de intereses, su tasa, inicio de penalidades contractuales, etc.—, tanto su identificación como la individualización del insumo deben ser objeto preciso de determinación contractual, formando parte no solo del acuerdo, sino de la información previa al contrato.

vi) Respecto del cumplimiento —es decir— en la determinación de si las prestaciones se cumplieron, debe tenerse presente la premisa del art. 11 de la DE 2000/31/13, en cuanto dispone que las remisiones se tienen por cumplidas cuando las partes puedan tener acceso efectivo a lo entregado; esta premisa resulta útil para las prestaciones de dar, en especial obligaciones dinerarias.

vii) En orden a la faz de ejecución del contrato, se dijo más arriba que lo propio de los contratos inteligentes o autoejecutables es que la última intervención de las partes es el momento de su celebración; sin embargo, y siempre dependiendo de las características del contrato y de la categoría jurídica de los contratantes, para los contratos de adhesión y de consumo parece recomendable —cuando no necesario— concebir protocolos de intervención de las partes a lo largo de su ejecución; en particular en lo concerniente a aprobar “rendiciones de cuentas” (21), confirmar saldos; máxime en situaciones en las cuales el sistema ordena la reasignación de montos de dinero, interrupción del uso de la cosa; su desplazamiento, etc. Se trata de evitar situaciones que el derecho suele mirar con desconfianza, tales como la “autoliqui-

dación” de deuda y su pertinente ejecución de la garantía. Al respecto vale aclarar que, cuando en el apart. iv) se preconiza la utilización de plataformas independientes para la ejecución del contrato, se trata de evitar impugnaciones de esta índole (22).

viii) Siguiendo con las pautas de intervención humana programada, en los contratos de consumo, estas deben dirigirse a garantizar los derechos del consumidor al derecho de retractación (art. 34, ley 24.240) y el ejercicio de la garantía legal por vicios de la cosa (art. 11, ley citada) (23), entre otras.

V.3. La autoejecución en función de garantía

Los sistemas de autoejecución pueden ser una valiosa herramienta para préstamos sobre las cosas muebles no registrables; bien cuidados los supuestos de intervención de los contratantes, procurando resguardar los valores antes expuestos, pueden reducir la tasa de riesgo de este tipo de transacciones.

VI. Conclusión

Se ha intentado una descripción de una clase de acuerdos que se caracterizan por la ejecución por sí, a través del motor que significa una *software*. A estas ideas, aquellos que están inmersos en las tecnologías aquí mencionadas las impugnarán por maniatar aquel desenvolvimiento automático del contrato, neutralizando sus ventajas. Es comprensible. No obstante, ir admitiendo en el iter contractual clásico tramos de autoejecución constituye un avance que acelerará el proceso de introducción de la automatización pura. Con esta convicción fueron escritas estas líneas (24).

Cita online: AR/DOC/1615/2020

MÁS INFORMACIÓN

Adaro, Mario, “Justicia y COVID-19: de la digitalización impuesta a la transformación necesaria”, Sup.Gestión Judicial 2020 (mayo), 4, AR/DOC/1380/2020

Cao, Christian A., “Coronavirus, datos personales y control ciudadano mediante la Inteligencia Artificial en dispositivos móviles. La privacidad puesta en crisis”, LA LEY 13/05/2020, 3, AR/DOC/1107/2020

Bielli, Gastón E. - Ordóñez, Carlos J., “Uso de la nube para la incorporación de prueba electrónica al proceso. En épocas de COVID-19, y después también”, LA LEY 04/05/2020, 2, AR/DOC/1242/2020

LIBRO RECOMENDADO

Contrato y Mercado

Autor: Santarelli, Fulvio G.

Edición: 2018

Editorial: La Ley, Buenos Aires

{ NOTAS }

(19) El art. 37 del decreto de firma digital establece quiénes pueden ser prestadores de estos servicios: “Podrán brindar servicios de confianza las personas humanas, jurídicas, consorcios, entes públicos, entes públicos no estatales, de acuerdo con los procedimientos, estándares y condiciones que determine la Jefatura de Gabinete de Ministros”.

(20) Esta directiva recibió tratamiento en el nuevo Cód. Civil francés, en particular los arts. 1125, 1126, 1127-1 y 1127-2.

(21) La referencia a la rendición de cuentas lo es en el sentido que le otorga la regulación del Código Civil y Comercial a este nuevo tipo obligacional; en efecto, no solo

es menester atender a su contenido, conforme a los parámetros de los arts. 858 y 859; sino a las circunstancias que suscita esta obligación —art. 860—; como asimismo su oportunidad —art. 861— y las vicisitudes de su aprobación, conf. art. 862.

(22) No puede desconocerse aquí que existen pronunciamientos que observan los procedimientos de ejecución de garantías, tales como el secuestro prendario, por violar la garantía del debido proceso adjetivo, sea en forma directa o indirecta, y que en el caso de las relaciones de consumo implica una cláusula abusiva desde que viola el art. 37 de la ley 24.240 (ver CS, 11/06/2019, “HSBC Bank Argentina SA c. Martínez,

Ramón V. s/secuestro prendario”.

(23) Los contratos inteligentes pueden ser un muy eficaz medio para garantizar la protección del consumidor; en efecto, en situaciones tales como la ejecución de la garantía que significa al consumidor el instituto de los contratos conexos (arts. 1073 a 1075, Cód. Civ. y Com.) que requiere implementaciones procesales precisas para su concreta aplicación, aquí puede funcionar a requerimiento del consumidor, p. ej., el *stop debit* del precio de compra ante quien la financió, frente a la manifestación del vicio del producto.

(24) Tal vez no sea aventurado reflexionar en paralelo al pensamiento expuesto por SACCO en su obra “El De-

recho mudo”, quien reflexiona acerca de las implicancias del lenguaje sobre el derecho no expresado, aquel que fue solo practicado, actuado, pero no formulado; en definitiva, un intento de despegar el derecho del lenguaje; independizar la regla de su explicación o justificación. Es que ya no pertenece a la ficción, sino que es real, forma parte de nuestro mundo fáctico actual, la expresión en lenguaje no natural, que inclusive, crea una comunidad de cosas y personas integradas que interactúan; es evidente que las consecuencias no serán triviales (SACCO, “Il Diritto muto”, Laterza, Bologna, 2015; existe traducción de César Moreno More, Ed. Communitas, Lima, 2016).