/Carey

Julio de 2020

FIRMA ELECTRÓNICA: ¿CUÁNDO PUEDE UTILIZARSE Y CUÁNDO NO?

La pandemia puso de manifiesto una gran necesidad de celebrar actos y contratos de forma remota, evitando tener que reunirse para suscribir los instrumentos o comparecer ante un notario. Esto aumentó las dudas sobre la regulación de la firma electrónica, sobre todo para entender en qué circunstancias puede utilizarse y cuándo no.

En este artículo explicamos brevemente: (i) cómo está regulada la firma electrónica en Chile; (ii) qué actos pueden y no pueden celebrarse a través de ella; (iii) el proyecto de ley que busca ampliar la cantidad de actos que se pueden celebrar con firma electrónica y (iv) propuestas de cambios al proyecto para extender la utilidad de la firma electrónica.

REGULACIÓN DE LA FIRMA ELECTRÓNICA EN CHILE

La firma electrónica está regulada por la Ley N°19.799 sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma (" **LFE** "), y su Reglamento. [1]

1.1. Principio de equivalencia entre documentos electrónicos y de papel. Por regla general, los actos y contratos suscritos por medio de firma electrónica son válidos de la misma manera y producen los mismos efectos que los celebrados por escrito y en soporte de papel. Para todos los efectos legales, estos actos y contratos se reputarán como escritos y su firma se mirará como firma manuscrita, cualquiera sea su naturaleza.

1.2. Tipos de firma electrónica. La LFE reconoce dos tipos de firmas, la firma electrónica simple (" **FES** ") y la firma electrónica avanzada (" **FEA** ").

(i) Firma electrónica simple. Constituye una firma electrónica simple «cualquier clase de sonido, símbolo o proceso electrónico que permita al receptor de un documento electrónico [2] identificar, al menos formalmente, a su autor». [3]

Esta alerta legal es proporcionada por Carey y Cía. Ltda. con fines educativos e informativos únicamente y no pretende ni debe interpretarse como asesoría legal.

Carey y Cía. Ltda.
Isidora Goyenechea 2800, Piso 43.
Las Condes, Santiago, Chile.
www.carey.cl

Por lo tanto, pueden ser una FES: la incorporación del nombre de una persona al final de un correo electrónico o incluso el solo acto de enviar aquel correo desde su casilla personal; la imagen escaneada de una firma manuscrita incorporada al final de un documento electrónico; un medio biométrico (p. ej. huella digital); el marcado de una casilla de verificación (checkbox) en un formulario electrónico; u otros procesos electrónicos que permitan la identificación, al menos formal, del autor de un documento electrónico. Un mecanismo que no sea compatible con el concepto de documento electrónico no podría ser considerado una firma electrónica simple.

En virtud del principio de equivalencia del soporte, un contrato firmado por FES tendrá el mismo valor jurídico que un contrato suscrito con firma manuscrita.

(II) Firma electrónica avanzada **.** Una firma electrónica avanzada es aquella firma «certificada por un prestador acreditado y que ha sido creada usando medios que el titular mantiene bajo su exclusivo control, de manera que se vincule únicamente al mismo y a los datos a los que se refiere, permitiendo la detección posterior de cualquier modificación, verificando la identidad del titular e impidiendo que desconozca la integridad del documento y su autoría». [4]

La Subsecretaría de Economía y Empresas de Menor Tamaño a través de la Entidad Acreditadora es la encargada de acreditar a los prestadores del servicio de certificación de firma electrónica avanzada y llevar el registro actualizado de aquellos. [5]

1.3 Restricciones al uso de firma electrónica. La regla general es que la firma electrónica simple y avanzada pueden usarse indistintamente para celebrar toda clase de actos y contratos, salvo los siguientes:

a) No puede utilizarse FES cuando la ley exige expresamente el uso de FEA, por ejemplo:

i) Los instrumentos públicos en formato electrónico deben llevar la FEA del funcionario que los emite: una copia electrónica autorizada de una escritura pública debe contar con la FEA del notario que la autoriza; un certificado del Registro Civil debe contar con la FEA del funcionario que lo emite, etc.

ii) El mandato judicial otorgado en documento electrónico debe ser suscrito con la FEA del mandante.

iii) Los formularios para la constitución, modificación, disolución o anotaciones de empresas del Registro de Empresas y Sociedad deben ser suscritos con la FEA de los constituyentes, socios o accionistas; o con la FEA del notario que autoriza el acto si es que estos no contaran con su propia FEA.

b) No puede utilizarse firma electrónica (FES o FEA) cuando la LFE u otras leyes impiden el uso de firma electrónica:

i) Cuando la ley exige una solemnidad que no sea susceptible de cumplirse mediante documento electrónico

ii) Cuando la ley requiere la concurrencia personal de alguna de las partes

iii) En actos y contratos relativos al derecho de familia

APLICACIÓN PRÁCTICA DE LAS NORMAS ANTERIORES

2.1 Los actos que requieren escritura pública no pueden ser celebrados con firma electrónica

Los actos para cuya celebración la ley exige la solemnidad de escritura pública (p. ej. la venta de inmuebles o servidumbres [6] o la constitución de hipotecas [7]) no pueden ser celebrados por firma electrónica, ni FEA ni FES, pues esta solemnidad no es susceptible de cumplirse mediante documento electrónico, como se desprende de los artículos 403 y siguientes del COT.

Según aquellas normas, el otorgamiento de una escritura pública requiere: (i) la concurrencia personal de las partes ante el notario (art. 405) y (ii) el cumplimiento de una serie de formalidades que resultan incompatibles con la noción de firma y documento electrónico [8] .

Los artículos 4° y 5° número 2° de la LFE suelen generar confusión en esta materia: El artículo 4° dispone que «los documentos electrónicos que tengan la calidad de instrumento público, deberán suscribirse mediante firma electrónica avanzada». Por su concisa redacción, esta disposición pudiera inducir a la idea errónea de que un instrumento público –como lo es una escritura pública– podría ser generado directamente por los contratantes si es que estos lo celebran utilizando su firma electrónica avanzada. Pero esa conclusión no es correcta.

Para entender el verdadero sentido de esta norma debemos tener

presente la definición de «instrumento público» del art. 1699 del Código Civil:

«Instrumento público o auténtico es el autorizado con las solemnidades legales **por el competente funcionario** .

Otorgado ante escribano e incorporado en un protocolo o registro público, se llama escritura pública».

Como se aprecia, el instrumento público lo autoriza siempre «el funcionario competente», que en el caso de la escritura pública es el notario. Por mucho que los particulares suscriban sus documentos privados con firma electrónica avanzada, no podrán darle la calidad de instrumento público, pues eso sólo lo puede hacer el funcionario que tiene las competencias legales para autorizarlo (p. ej. el Registro Civil y los Conservadores de Bienes Raíces están investidos de las facultades para emitir ciertos certificados en la esfera de sus competencias; los notarios pueden autorizar copias de escrituras públicas, etc.). El sentido de esta norma, entonces, es que aquellos funcionarios se vean obligados a utilizar FEA para autorizar este tipo de instrumentos.

El artículo 5° número 2° de la LFE también podría inducir a cierta confusión, pues le reconoce a los instrumentos privados suscritos con FEA el mismo valor probatorio que tienen los instrumentos públicos. Esta norma no hace equivalentes a ambos instrumentos en cuanto a su valor legal, pues el valor probatorio en juicio no es lo mismo que el valor jurídico absoluto de un documento. Para ejemplificar: las declaraciones sobre hechos que estén contenidas en un instrumento privado de compraventa de inmueble suscrito con FEA podrán tener la misma fuerza probatoria que si hubieran sido formuladas en una escritura pública, pero eso no significa que aquel instrumento privado vaya a ser aceptado por el Conservador de Bienes Raíces para realizar la tradición del inmueble, pues tal instrumento no cumple con el requisito que exige la ley para la venta válida de un inmueble, cual es la celebración del acto por escritura pública.

Un caso muy reciente ilustra muy bien esto. En consideración del estado de catástrofe que afecta nuestro país, el 7 de abril de este año el 11° Juzgado Civil de Santiago, en causa C-6045-2018, resolvió suscribir una escritura pública de adjudicación en remate usando firma electrónica avanzada para luego remitirla digitalmente a la notaría pertinente. Sin embargo, cuando se requirió la inscripción de

ese documento en el Conservador de Bienes Raíces de Santiago, este se rehusó a practicarla advirtiendo que el instrumento en cuestión no sería una verdadera escritura pública.

Ante esta negativa, el interesado solicitó al tribunal que le ordenara al Conservador practicar la inscripción de todos modos. Apoyándose en los artículos 3° y 4° de la LFE, que ya hemos analizado, el 30 de abril de 2020 el 11° Juzgado Civil de Santiago ordenó al Conservador de Bienes Raíces inscribir el instrumento de adjudicación suscrito con FEA . En respuesta, el 11 de mayo de 2020, el Conservador informó al tribunal los fundamentos de su decisión , explicándole que el instrumento en cuestión no podía inscribirse porque no era una verdadera escritura pública:

«De manera que confrontadas las disposiciones relativas a la escritura pública contenidas en los artículos 403, 405, 426 N°5 y 401 N°7 del Código Orgánico de Tribunales y en los artículos 1699 y 1770 del Código Civil con el documento acompañado para inscribir de fecha 8 de abril de la notaría de doña Valeria Ronchera, es posible concluir que no se trata de una escritura pública como instrumento público o auténtico que cumpla las exigencias de los mencionados artículos, sino que es un documento electrónico cuyo original se encuentra en un repositorio para su verificación y del tenor y expresiones empleadas en su redacción **aparenta ser una escritura pública sin serlo** ».

Resolviendo esta controversia, el 23 de junio de 2020, el pleno de la Corte de Apelaciones de Santiago ordenó dejar sin efecto el instrumento de adjudicación , requiriendo al tribunal celebrar la adjudicación por verdadera escritura pública («se instruye al señor Juez del Undécimo Juzgado Civil de Santiago a disponer las actuaciones necesarias para que se otorgue al efecto un instrumento en forma material»). Adicionalmente, y evidenciando una clara preocupación con lo sucedido, el pleno de la Corte ordenó a todos juzgados civiles de Santiago informar sobre la manera en que están procediendo con las subastas públicas y ofició su decisión a la Corte Suprema y a todos los intervinientes en la controversia (el tribunal, la notario que autorizó el instrumento y el Conservador de Bienes Raíces de Santiago).

2.2 Los actos que deben ser otorgados por instrumento privado suscrito ante notario admiten el uso de firma electrónica, pero compareciendo ante éste

Los actos o contratos que la ley exige suscribir por instrumento privado otorgado ante notario no producirán sus efectos si sólo son suscritos mediante firma electrónica, por las mismas razones que hemos dado para el caso de las escrituras públicas.

No obstante, a diferencia del caso de las escrituras públicas, para este tipo de actos el uso de firma electrónica no está totalmente vedado y resulta posible bajo las siguientes circunstancias: si las partes concurren a firmar el documento electrónico ante la presencia del notario, quien a su vez certifica el otorgamiento del documento usando su propia firma electrónica avanzada.

Esta posibilidad estaría reconocida en los acuerdos cuarto y octavo del Auto Acordado sobre uso de documento y firma electrónica por notarios, conservadores y archiveros judiciales que adoptó la Corte Suprema en el año 2006:

«Cuarto: Los titulares de firma electrónica, en el ámbito de sus funciones y competencia, **podrán emitir electrónicamente, mediante el uso de firma electrónica avanzada, todos los documentos que la ley permita** , especialmente copias autorizadas de instrumentos públicos y privados, documentos protocolizados, **certificaciones de firmas digitales estampadas en su presencia** , protestos y constataciones de hechos y certificaciones referidas a registros y actuaciones.

Octavo: En los casos en que el Notario **autorice una firma digital estampada en su presencia** , deberá dar fe de habérsele acreditado la identidad del firmante en los términos establecidos en el Código Orgánico de Tribunales».

La utilidad práctica de esta modalidad es muy baja, pues sigue siendo necesario comparecer ante el notario, de modo que no se aprovecha la más importante ventaja de la firma electrónica, cual es la posibilidad de celebrar un contrato en forma remota.

Algunos ejemplos de actos y contratos que la ley exige otorgar ante notario son la cesión de derechos de autor [9] , la constitución de una prenda sin desplazamiento [10] o la constitución de una corporación o fundación sin fines de lucro [11] .

2.3 La posibilidad y utilidad de suscribir pagarés en forma electrónica suscita controversia

La posibilidad de suscribir un pagaré en forma electrónica enfrenta dos dificultades:

i) ¿Puede firmarse un pagaré por firma electrónica? Parte de la doctrina sostiene que la naturaleza jurídica del pagaré está intrínsecamente relacionada con su unicidad y materialidad: el pagaré sería un documento físico, y no una obligación abstracta que pueda subsistir intelectualmente con independencia del soporte en que conste. Para esta postura, el pagaré electrónico no sería más que un instrumento privado en el que se reconoce una deuda, pero no sería propiamente un pagaré, al que se le puedan aplicar las normas que le son propias (ley 18.092).

Contra esta posición se ha argumentado que la existencia de un pagaré electrónico sí sería posible en virtud del principio de equivalencia entre soportes consagrado en la LFE, y que siendo esta ley posterior y más específica, debería prevalecer por sobre las nociones doctrinarias clásicas y anteriores en la materia.

ii) Para que el pagaré tenga mérito ejecutivo igualmente se requiere la participación de un notario, ya sea para el trámite de protesto o al momento de su otorgamiento. Aun superando el debate doctrinario anterior, subsiste otro inconveniente para el pagaré electrónico: para que un pagaré pueda gozar de mérito ejecutivo –que es uno de sus principales atractivos– debe (i) realizarse el trámite de protesto regulado en los artículo 60° y siguientes de la ley 18.092, lo que implica la intervención de un notario o de un oficial del Registro Civil; o (ii) haber sido este suscrito ante notario [12] , ya sea mediante firma manuscrita o electrónica, según lo explicado en el apartado 2.2. Como se aprecia, ambas exigencias involucran la intervención de un notario, ya sea para autorizar el documento o para realizar el protesto, lo que hace que la utilidad práctica de un pagaré electrónico sea bastante menor a la pretendida.

Por estas consideraciones, el 2012 el Ejecutivo presentó un proyecto de ley (boletín 8466-07) para modificar las normas relativas al pagaré –al que nos referimos más adelante– reconociendo expresamente la posibilidad de que este sea suscrito por firma electrónica avanzada y sellado de tiempo, y otorgándole mérito ejecutivo en tal circunstancia.

2.4 Ejemplos de actos y contratos que pueden ser celebrados por firma electrónica

i) Mandato simple. Ha habido posiciones divididas en la doctrina y jurisprudencia sobre la necesidad de que el mandato deba cumplir con las mismas solemnidades que la ley exige para el acto encargado [13] . Este debate adquiere relevancia para determinar si un mandato puede o no celebrarse en forma electrónica. De aceptarse la tesis de que la solemnidad del mandato debe ser la misma que la del acto encargado, no podría celebrarse mediante firma electrónica un mandato para la celebración de actos que, por ejemplo, requieran escritura pública.

ii) Contratos de autorización o licencia sobre obras protegidas bajo derecho de autor o privilegios industriales.

iii) Aceptación de términos y condiciones de uso en un sitio de comercio electrónico.

iv) Cesiones de derechos de propiedad industrial.

v) Autorizaciones para el tratamiento de datos personales.

vi) Acuerdos comerciales varios, como contratos de distribución, franquicias, etc. (en la medida que no contengan actos que no puedan ser celebrados por firma electrónica, como la venta de inmueble, por ejemplo).

vii) Contratos de confidencialidad.

viii) Suscripción de actas de sesiones de Directorio (véase la NCG 434/2020 de la Comisión para el Mercado Financiero).

EL PROYECTO DE REFORMA A LA LEY DE FIRMA ELECTRÓNICA

Como hemos demostrado, existen todavía varios impedimentos para adoptar el uso masivo de firma electrónica. Hay actos y contratos que necesariamente deben celebrarse por escritura pública y otros que pudiendo celebrarse por firma electrónica, requieren realizar esa firma en presencia de un notario, con lo que se pierde la utilidad de los medios electrónicos.

Con propósito de eliminar algunos de estos impedimentos y promover la masificación del uso de firma electrónica, el 2012 el Ejecutivo presentó un proyecto de ley (boletín 8466-07) que hoy se encuentra en tercer trámite constitucional, y que pretende introducir un conjunto de mejoras a la LFE y otras normas, de entre las que destacaremos tres:

i) Se introduce el concepto de «sellado de tiempo», que se define como la «asignación por medios electrónicos de la fecha y hora en que se suscribe un documento electrónico con la intervención de un prestador acreditado de servicios de certificación, quien da cuenta de la exactitud e integridad de la marca de tiempo del documento». Este concepto es exigido luego para suplir la labor del notario en el otorgamiento de ciertos actos.

ii) Se establece la posibilidad de que el uso de FEA y sellado de tiempo supla el requisito legal de autorizar un acto ante notario: «En todos aquellos casos en que el ordenamiento jurídico requiera que las firmas de los otorgantes de un determinado acto jurídico deban ser autorizadas ante notario, sea como solemnidad del acto o como requisito para hacerlo oponible ante terceros o para cualquier otro efecto legal, **dicho requisito o solemnidad se entenderá cumplido por el solo hecho de que el acto conste en un documento electrónico suscrito por el otorgante o las partes, según corresponda, con firma electrónica avanzada y sellado de tiempo** ». [14]

iii) Se modifica la ley N°18.092 estableciendo expresamente que la letra de cambio y el pagaré podrán ser extendidos en documento electrónico y suscritos con FEA y sellado de tiempo, y que gozarán de mérito ejecutivo en tal circunstancia. También se explicita que el protesto de estos documentos se podrá efectuar mediante documento electrónico, en cuyo caso el funcionario que efectúe la diligencia deberá suscribirlo con FEA y sellado de tiempo.

Estas modificaciones constituyen un gran aporte para superar algunas de las trabas que hoy enfrenta la firma electrónica y que tanto se han sentido en estos tiempos de pandemia que demandan la posibilidad de celebrar actos y contratos en forma remota. Sin embargo, el proyecto deja un gran asunto pendiente: introducir facilidades para que también puedan realizarse en forma remota los actos y contratos que requieren la solemnidad de escritura pública.

En efecto, la posibilidad de satisfacer esta solemnidad por medio FEA y sellado de tiempo fue expresamente vedada en el proyecto, a través de la siguiente norma: «Lo establecido en el inciso cuarto [15] **no se aplicará a las escrituras públicas** ».

Entendemos que los actos que requieren la solemnidad de escritura pública entrañan una importancia muy grande y que sería imprudente o temerario permitir que puedan celebrarse sin hacer una exhaustiva

verificación de la identidad de los contratantes, como permite la comparecencia ante notario. Sin embargo, creemos que el legislador podría encontrar fórmulas para conciliar la solemnidad de estos actos, con la imperiosa necesidad social de facilitar su celebración remota.

Una posible fórmula podría ser modificar las normas del Código Orgánico de Tribunales con el fin de permitir que las escrituras públicas sean también otorgadas en forma remota, exigiendo que los celebrantes comparezcan ante el notario a través de alguna herramienta tecnológica (por ejemplo, por medio de videoconferencia) para ratificar verbalmente su voluntad de celebrar el acto, y suscriban el documento electrónico en ese preciso momento, usando su firma electrónica avanzada y sellado de tiempo. Como resguardo adicional, se podrían exigir medidas de seguridad técnicas y organizacionales asociadas a la utilización de la herramienta por las partes y los notarios; y generar obligaciones estrictas de almacenamiento para los notarios (p. ej. guardar una grabación de la video comparecencia).

CONCLUSIONES

La legislación actual no permite que la firma electrónica sea utilizada para la celebración de todo tipo de actos y contratos, considerando que la firma electrónica, sobre todo en su forma simple, puede fácilmente permitir suplantaciones de identidad. En ese contexto, es comprensible que el legislador quiera proteger ciertos actos exigiendo a las partes su comparecencia personal.

Sin embargo, el uso de medios tecnológicos y la necesidad de hacer una apropiada verificación de identidad de los contratantes no son aspectos excluyentes. La pandemia que hoy nos golpea ha dejado en evidencia lo urgente que resulta modernizar nuestra legislación para diseñar fórmulas creativas que nos permitan celebrar los actos más solemnes por medios remotos, pero con robustos mecanismos de autenticación de los contratantes.

---

[1] El Reglamento de la LFE es el Decreto N°181/2002 del Ministerio de Economía, y regula los documentos electrónicos, sus efectos; los

tipos de firma electrónica; y el proceso de certificación y acreditación.

[2] Los documentos electrónicos están definidos por la LFE como «toda representación de un hecho, imagen o idea que sea creada, enviada, comunicada o recibida por medios electrónicos y almacenada de un modo idóneo para permitir su uso posterior».

[3] Art. 2° letra f) LFE.

[4] Art. 2° letra g LFE.

[5] Los actuales proveedores acreditados de esta clase de firma son: (i) BPO-Advisors (IDok): https://bpo-advisors.net ; (ii) TOC: http://www.toc.cl/ ; (iii) E-PARTNERS (Paperless): http://www.pkichile.cl/ ; (iv) CERTINET S.A.: http://www.certinet.cl/ ; (v) E-SIGN S.A.: http://www.e-sign.cl ; (vi) ACEPTA.COM: http://www.acepta.com ; (vii) E-CERT CHILE: http://www.e-certchile.cl ; y (viii) Thomas Signe: http://www.thomas-signe.cl .

[6] Art. 1801 del Código Civil

[7] Art. 2409 del Código Civil

[8] Por ejemplo: (i) el notario debe incorporar la escritura en su protocolo o registro público (art. 403) e inutilizar, con su firma y sello, el reverso no escrito de sus hojas (art. 404 inciso final); (ii) la escritura debe ser rubricada y sellada en todas sus fojas por el notario (art. 406); (iii) las partes deben tener la oportunidad de exigir que el notario lea la escritura en voz alta (art. 407); (iv) el notario o cualquiera de los otorgantes debe tener la oportunidad de exigir al resto de los celebrantes que dejen su huella digital en el documento (art. 409).

[9] Art. 73 de la ley 17.336 de propiedad intelectual. Según la norma, este acto también puede ser otorgado por escritura pública.

[10] Art. 14 de la ley 20.190. Según esta norma, el instrumento debe ser además protocolizado en el registro del mismo notario que autoriza.

[11] Art. 548 del Código Civil.

[12] Art. 434 n°4 del Código de Procedimiento Civil.

[13] A favor de la tesis de que el mandato debe ser solemne si el acto

encargado es solemne, véase la opinión de Fernando Alessandri y el considerando 24 de la sentencia de Corte Suprema dictada el 31 de mayo de 2017 en causa rol 50.064-2016 . Para la tesis contraria, véase la opinión de David Stitchkin y el considerando 7 de la sentencia de Corte Suprema dictada el 27 de diciembre de 2017 en causa rol 42.458-2017 .

[14] Nuevo art. 4° inciso 4° de la LFE, si el proyecto fuese aprobado.

[15] Hace referencia al inciso que permite el uso de firma electrónica avanzada y sellado de tiempo para suplir el requisito legal de autorizar un acto ante notario.

Autores: Elías Mohor