/Carey

Marzo de 2020

FIRMA ELECTRÓNICA Y CONTINUIDAD OPERACIONAL

La firma electrónica es una herramienta tremendamente útil para asistir a la continuidad operacional de las empresas que, ante la restricción de movimiento derivada de la expansión del Covid-19, requieren digitalizar sus procesos, incluyendo la forma en que prestan su consentimiento para la contratación por vía remota.

Identificación de dos elementos clave: Procesos y prestador

La implementación de firma electrónica para estandarizar y simplificar la suscripción de todo tipo de contratos implica el ejercicio de identificar dos elementos fundamentales: Por un lado, identificar cuáles son los actos dentro del flujo contractual de una empresa que admiten el uso de una firma electrónica (y qué tipo de firma); y por el otro, identificar un prestador de servicios de firma electrónica que satisfaga las necesidades de cada giro.

¿Cómo se regula?

La Ley N° 19.799 (la "Ley de Firma Electrónica") y su reglamento regulan, principalmente, los documentos electrónicos y sus efectos legales; los tipos de firma electrónica; y el proceso de certificación y acreditación. Contempla la existencia de dos tipos de firma: La firma electrónica simple ("FES") y la firma electrónica avanzada ("FEA").

¿Cuándo puedo usar firma electrónica?

Cuando los contratos que se pretenden suscribir son consensuales y de naturaleza privada, la firma electrónica será legalmente válida y tendrá igual valor que una firma manuscrita realizada en soporte papel.

¿Cuándo no puedo usar firma electrónica?

No se puede usar firma electrónica para suscribir un acto o contrato: (i) para el que la ley exige una solemnidad que no pueda cumplirse mediante documento electrónico; (ii) que requiera la concurrencia personal de alguna de las partes; o, (iii) que sea relativo al Derecho de Familia.

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

Además, ciertos actos que sí pueden ser firmados electrónicamente requieren necesariamente del uso de firma electrónica avanzada: si un documento electrónico tiene la calidad de instrumento público, deberá necesariamente suscribirse por firma electrónica avanzada.

¿Cuál es la diferencia entre firma electrónica simple y firma electrónica avanzada?

La firma electrónica simple tiene una definición muy amplia, y es "cualquier clase de sonido, símbolo o proceso electrónico que permita al receptor de un documento electrónico identificar, al menos formalmente, a su autor".

Una FES puede ser, por ejemplo, el nombre de una persona al final de su correo electrónico, una huella digital, un medio biométrico (ej. huella digital), o un proceso electrónico complejo que no necesariamente tenga una manifestación perceptible por los sentidos, como el que ocurre cuando se acepta una política de privacidad en un sitio web marcando un check (siempre y cuando el proceso permita identificar al menos formalmente a un autor). Una firma electrónica que técnicamente sea idéntica a una firma electrónica avanzada, pero que no sea emitida por un prestador acreditado, es también una firma electrónica simple.

La FES es el método más comúnmente utilizado en el comercio electrónico. La validez de un contrato firmado por FES será similar a la de un contrato en papel y firmado en forma manuscrita, y su posibilidad de ser ejecutado ante los tribunales de justicia será equivalente a la de cualquier otra clase de instrumento privado.

La firma electrónica avanzada es la 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".

Los prestadores acreditados actualmente son ocho, listados en el sitio de la Entidad Acreditadora.

¿Qué elementos debo considerar para elegir un prestador de firma electrónica?

La firma electrónica en el entorno digital cumple dos funciones relevantes: (i) expresar la voluntad de obligarse; y (ii) configurar un elemento esencial de identificación del sujeto firmante. Por lo tanto, al evaluar a un proveedor de firma electrónica es importante no confundir dos elementos:

•

Si el procedimiento electrónico a implementar es válido como firma electrónica de acuerdo con la Ley de Firma Electrónica: y

• Si, existiendo firma electrónica válidamente emitida, el procedimiento de obtención de la firma es lo suficientemente robusto como para permitir una defensa ante la posibilidad de objeción de la autenticidad de la firma.

¿Cómo se prueba en juicio un contrato suscrito por firma electrónica?

A partir del principio de equivalencia de soportes establecido en la Ley de Firma Electrónica, las firmas electrónicas, tanto FEA como FES, tienen igual valor que si se hubieran realizado de forma manuscrita y en soporte papel.

En cuanto al valor probatorio en juicio de los documentos electrónicos firmados mediante firma electrónica:

•

Los documentos electrónicos que tengan la calidad de instrumento público, deberán suscribirse mediante firma electrónica avanzada, y harán plena prueba de acuerdo con las reglas generales.

• Los documentos electrónicos que tengan la calidad de instrumento privado suscritos con firma electrónica avanzada, tendrán el mismo valor probatorio que un instrumento público, según la regla anterior; salvo respecto de su fecha, a menos que ésta conste a través de un fechado electrónico otorgado por un prestador acreditado.
• Los documentos electrónicos que tengan la calidad de instrumento privado y estén suscritos mediante firma electrónica simple, tendrán el valor probatorio que corresponda, de acuerdo con las reglas generales; es decir, podrán presentarse en juicio, tendrán igual valor probatorio y podrán ser objeto de iguales objeciones que un instrumento privado suscrito con firma manuscrita y en papel.

Sin perjuicio de esto, la efectividad de este valor probatorio sí admite grados y será más amplia cuanto más robusto o seguro sea el protocolo de autenticación del firmante.

¿Cómo se contrata una firma electrónica?

Una firma electrónica avanzada debe contratarse de uno de los ocho prestadores acreditados, disponibles en el sitio web de la Entidad Acreditadora . La contratación de la FEA, por regla general, requiere la comparecencia personal del solicitante, es decir, e la persona que tomará la FEA para sí o para la empresa de la cual es representante legal.

Una firma electrónica simple no requiere necesariamente la contratación de un producto específico, pues basta que en el proceso tecnológico de la contratación se verifiquen los elementos señalados más arriba (es decir, que el sonido, símbolo o proceso electrónico permita identificar a su autor, por lo menos formalmente). Sin embargo, por motivos de seguridad, fiabilidad o dee prueba, la contratación de una firma electrónica simple, que sí existe como producto en el mercado, también es posible. En este caso, ésta puede contratarse de múltiples prestadores, quienes no necesariamente deben ser prestadores acreditados.