ASOCIACIÓN DE NOTARIOS, CONSERVADORES Y ARCHIVEROS JUDICIALES DE CHILE

Boletín 8466 que modifica la ley n° 19.799 sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma y otros textos legales que indica.

Introducción:

Agradecemos al señor presidente de esta H. Comisión y por su intermedio a la y los H. Senadores que la integran, la invitación que se nos cursara para exponer respecto del proyecto de ley que reforma la Ley Nº 19.799.

Queremos expresar, en primer lugar, nuestra solidaridad con un H. Senador integrante de esta comisión, que ha sido injustamente cuestionado, no obstante tratarse de una persona intachable y de la mayor calidad, tanto en lo personal como en lo profesional. Rechazamos este tipo de situaciones, muy repudiables y que no ayudan en nada a mantener el respeto por las personas e instituciones y menos permiten un debate con el nivel que se requiere.

En lo que se refiere al proyecto, la actual formulación del artículo 4º del mismo se sostiene en una premisa equivocada desde un punto de vista técnico jurídico, que consiste en suponer que, al autorizar instrumentos privados, la tarea del notario se reduce siempre y sin excepciones, a solo dos acciones:

- Acreditar la identidad de el o los solicitantes; y,
- Determinar en qué momento se perfeccionó un acto.

En la práctica, estas son las dos únicas funciones desempeñadas por el notario, que los sistemas de Firma Electrónica Avanzada (FEA) y Sellado de Tiempo (ST) propuesto podrían llegar a cumplir. La función notarial, sin embargo, es una *función pública* que excede con creces la identificación de el o los interesados y la determinación de una fecha, incluso en el universo de los instrumentos privados, los que incluyen un conjunto de actos sumamente sensibles para la vida de las personas y el quehacer económico, que no pueden ser resguardados en base a estos dos únicos datos.

El notario desempeña una función pública que tiene por objeto dar fe pública, seguridad y certeza jurídica y se apoya en una serie de principios que fundamentan su actuación y guían su comportamiento, tales como la inmediación, la imparcialidad, el asesoramiento profesional y el control de legalidad y con ello la justicia preventiva, que son, entre otros, marcados principios que orientan la conducta de cada uno de los miembros del sistema notarial y registral chileno.

El actual 4º, **revierte** el texto aprobado por el Senado en el primer trámite constitucional, reponiendo una intención del mensaje presidencial que había sido desestimada, por buenos motivos, en esta sede legislativa.

Equipara la actual norma, sin distinciones, de manera genérica y con extraordinaria amplitud, el valor de un documento electrónico suscrito con FEA y ST, con el valor de todos aquellos instrumentos privados autorizados por notario. Lo problemático, es que, bajo la categoría de instrumentos privados, caben indistintamente actos de efectos reducidos que están referidos a hechos propios –por ejemplo, certificados de soltería, de ingreso, de residencia o de sobrevivencia– como actos sumamente sensibles que tienen importantes efectos en derechos de terceros, patrimoniales o se refieren a actos de familia –por ejemplo, una **autorización de salida de un menor del país**. En esta sobre simplificación de la realidad radica, a nuestro juicio, el principal error del proyecto de ley.

Al evaluar la suficiencia de la FEA y el ST para reemplazar la función pública del notario de la manera propuesta en el proyecto, debemos tener en mente los actos sensibles que afectan derechos de terceros, derechos patrimoniales y actos de familia. La seguridad jurídica otorgada por el ministro de fe pública, descansa en 4 pilares básicos, que no son sustituibles por las funcionalidades tecnológicas de la FEA y el ST. Estos pilares son:

1. Acreditar fehacientemente la identidad de la persona
2. Determinar que la persona esté manifestando su voluntad de manera libre y sin presión alguna, sea mediando coacción o engaño;
3. Establecer que la persona tiene plena capacidad para entender el acto o contrato que celebra y que no se encuentra privada, temporal o permanentemente, de las facultades mentales y cognitivas para ello; y,
4. Verificar que el contenido del documento que se suscribe se ajusta a la legislación y/o reglamentación vigente. Cualquiera de estos requisitos que falte, no otorgará la debida seguridad al acto o contrato, que es el fin último de la actividad notarial, abriendo la puerta a abusos y exponiendo el acto a posibles cuestionamientos futuros.

Los medios electrónicos por los que se accede a la FEA y el ST no pueden asegurar, siquiera, que quien manipula el dispositivo requerido sea efectivamente el titular, pues dicho dispositivo lo puede utilizar cualquier persona que lo porte y que, buena o malamente, haya obtenido la clave para ello. Menos pueden la FEA y el ST reemplazar la actuación notarial en materia de orientación e instrumentación jurídica y de prevención, lo que permite, muchas veces, evitar que una persona pueda ser víctima de un ardid destinado a defraudarla, punto especialmente sensible para adultos mayores o personas vulnerables. No hay forma de que la FEA y el ST lleven a cabo un control de legalidad, **pues no participan de modo alguno en la generación o en el contenido de los documentos**.

Como siempre los ejemplos son ilustrativos, recurramos a determinadas situaciones concretas que podrían producirse respecto de instrumentos privados, de aprobarse al artículo 4º con su redacción actual:

a) El caso de los Finiquitos.

La ley ha sido rigurosa en determinar los ministros de fe ante los que se pueden autorizar dichos documentos y ha impuesto ciertas obligaciones en beneficio y protección de los trabajadores. En efecto, actualmente los notarios **deben comprobar** el pago de las cotizaciones previsionales y llevar un registro de todos los finiquitos que autorizan, registro que contiene las principales menciones de los mismos, con la obligación de remitirlo mensualmente a la Inspección del Trabajo respectiva.
Además, ante dudas, se explica al trabajador acerca de sus derechos, todo lo cual significa cautelar, por parte del Ministro de Fe, que los derechos de los trabajadores no se vean conculcados o vulnerados.
Quienes autorizan finiquitos son funcionarios públicos o que tienen las responsabilidades propias de los funcionarios públicos, como lo son el Oficial del Registro Civil, el inspector del trabajo y los notarios, salvo el caso del Presidente del Sindicato, que se trata de un representante del mismo trabajador y que estará atento a la completa revisión de la situación.
Como podría un trabajador establecer una *reserva de derechos* en el finiquito electrónico?

b) Permiso de Salida de Menores del País

Si un padre o madre quisiera salir del país con un menor de 18 años, bastaría con tener acceso a la FEA del otro padre o madre, para obtener, aún sin consentimiento, la autorización de viaje para menores de edad, instrumento privado que actualmente se obtiene con autorización notarial otorgada **presencialmente**. Esta es una materia extremadamente delicada, por la tutela de la libertad y seguridad de los menores, y que requiere de los mayores resguardos.

c) Compraventa de vehículos usados.

Cuatro premisas a considerar: Una) el pago del impuesto a la transferencia, que en un mercado que mueve más de un millón de transferencias al año, no es irrelevante para la hacienda pública; Dos) La situación de clonaciones, fraudes y otras situaciones que han sido preocupación del propio Ministerio del Interior y se ha trabajado para establecer un sistema electrónico de inscripciones que, practicándolas los notarios, dará la seguridad que tanto se busca encontrar en este ámbito de contrataciones; Tres) que las empresas certificadoras no son sujetos obligados ante la UAF para informar operaciones sospechosas de lavado de activos y financiamiento al terrorismo, como sí lo son los notarios de conformidad con el art. 3º de la ley Nº19.913, que gracias a esta tarea, se han podido detectar e investigar numerosas situaciones. La compraventa de vehículos en una forma muy utilizada por quienes realizan el

lavado de activos, tal como lo ha señalado expresamente la UAF. Sin embargo, **las empresas certificadoras no son sujetos obligados a informar**, menos, quien utiliza la firma electrónica, por lo que los autores de este delito encontrarán un terreno fértil en las compraventas de vehículos usados, realizadas sin ningún control en esta materia; Cuatro) Son contratos sujetos a registro en el que se anota a la partes contratantes, fecha, características del vehículo, monto del impuesto. Este registro impide toda alteración de fechas, pues debe llevarse diariamente, en riguroso orden cronológico y cerrarse diariamente.

d) Perjuicio Fiscal:

Advertimos, también, un eventual perjuicio Fiscal. Notarios (también conservadores) somos solidariamente responsables de los impuestos que gravan los actos o contratos que autorizamos, para lo cual nos encargamos de retener o vigilar su pago. Por esta vía, el Fisco tiene la seguridad de enterar en sus arcas cientos de millones de dólares anualmente. Si los mutuos, letras, pagarés y otros documentos gravados con impuestos se podrán firmar sin la intervención notarial, es bueno preguntarse quién se hará cargo de vigilar, retener y enterar el impuesto correspondiente en esos casos. ¿Que consecuencias puede significar esto para el interés Fiscal y para el Estado al tener que asumir la vigilancia, hoy a cargo de notarios y conservadores, y eventualmente tener que demandar el pago a los particulares cuando no hayan cumplido con dicha obligación ?

e) **Promesas de Compraventa de Bienes Raíces**.

Los contratos de promesa de compraventa de un bien raíz, como se sabe, imponen la obligación de suscribir, en el plazo o condiciones que se pacten, un contrato definitivo de compraventa.
Para garantizar el cumplimiento de dicha obligación, se dejan documentos de pago con instrucciones a los notarios, quienes, como custodios de dichos valores, los resguardan y entregan de acuerdo a las condiciones que se establezcan en la respectiva instrucción.
Estas garantías son las que inhiben el incumplimiento de los contratos, pues habrá una multa que pagar y dicha multa está garantizada por documentos entregados en custodia al notario.
Especial cuidado se debe tener con las promesas de “compraventas en verde”, debido a que la ley (promovida por el ex Diputado Juan Bustos) ha establecido una protección especial en favor del promitente comprador, consistente en que la promesa debe ser autorizada ante un notario y entregarse una póliza de seguro o boleta bancaria a objeto de resguardar la recuperación del dinero pagado, garantía que, desde luego, el promitente comprador debe aceptar.
Esta garantía está establecida precisamente para que, - en caso de quiebra o que por cualquier otro motivo deje de operar la inmobiliaria, constructora o cualquiera que figure como promitente vendedor -, los promitentes compradores no se vean enfrentados a la situación de quedarse prácticamente sin nada. Incluso más, su omisión es constitutiva del delito de estafa.

Qué duda cabe que esta protección favorece especialmente a las personas de más escasos recursos o más vulnerables, quienes entusiasmados por las ofertas que se hacen y viendo una posibilidad conveniente de comprar más barato, se pueden en un blanco fácil de una estafa u otra maquinación fraudulenta.
Bajo el ideario del proyecto, las empresas certificadoras, no asumen esta externalidad, solo se limitan a vender la herramienta. Quien se preocupara de esto? Como se verificará el cumplimiento de este resguardo? Pueden estas certificadoras recibir en custodia las garantías que se establecen en la ley vigente?.

f) **Alcance de la obligación de reporte de operaciones sospechosas**.

La obligación de reporte de *operaciones sospechosas* por parte de Notarios y Conservadores es norma expresa en el art. 3º de la ley de lavado de activos, la que se realiza sobre la base de las señales de alerta que la propia UAF entrega (como se desprende de la circular Nº42 de septiembre de 2008). Además, existe la obligación de nombrar un *oficial de cumplimiento* para el cumplimiento de este deber legal. En este punto, se debe precisar que **no es efectivo, que esta actividad se restrinja a las escrituras públicas.** Por el contrario, una atenta lectura de la circular Nº49 de diciembre de 2012, establece el deber de reportar "**cualquier operación** de carácter sospechoso de la que tenga conocimiento **en razón de su actividad**, acompañando todos los antecedentes necesarios para su acertada revisión por parte de la UAF". La "FEA", no cubre estos aspectos, lo que es un **contrasentido** frente a la supuesta voluntad de luchar contra el crimen organizado.

Lo expuesto anteriormente, nos lleva a reiterar que en el tema de seguridad, no podemos compartir el criterio que ella esté dada sólo por la identificación de la persona y la determinación de una fecha, ya que deja de lado aspectos esenciales para la validez y protección del acto o contrato, como lo es la capacidad de entender el acto o contrato, la verificación de la expresión libre de voluntad, y otras que se relacionan con sus efectos, como lo son la responsabilidad, el control, fiscalización y la necesidad de velar por el cumplimiento de las normas legales o reglamentarias que regulan determinados actos o contratos.

La Asociación de Notarios, Conservadores y Archiveros Judiciales de Chile, comparte plenamente la necesidad y la importancia de modernizar el acceso a la fe pública. Como usuarios cotidianos de estos medios, nos constan las potencialidades que ofrecen, pero la experiencia práctica nos permite conocer también los riesgos y debilidades asociados a una **incoporación forzada e irreflexiva** de medios tecnologícos.

Reconocemos el avance de la FEA, pero no es razonable ni prudente pensar que ella pueda reemplazar la actividad notarial en todos los instrumentos privados que hoy son otorgados ante notario, lo que debería quedar restringido sólo a aquellas declaraciones sobre hechos propios que no afectan derechos de terceros, tales como la declaración de sobrevivencia, de

ingresos, de domicilio, salvoconductos, de soltería y otras que tengan la misma trascendencia. La pretendida “equivalencia”, omite la asimetría en el regimen de responsabilidad, civil, penal y administrativa del notario, en el ejercicio de la función de garantía de fe publica, frente a un simple acto de venta de un dispositivo tecnológico, que traslada y diluye la responsabildad en el usuario.

Muchas gracias