

MODIFICACIONES A LA REGULACIÓN DE LA FIRMA ELECTRÓNICA EN LA LEY 19.799

Comentarios al Boletín 8466 / Tercer tramite constitucional

Renato Jijena Leiva
Profesor Derecho Informático PUCV
renato.jijena@pucv.cl

SUMARIO:

I. ACERCA DE LA FIRMA ELECTRÓNICA

II. ¿OBJETIVOS Y SUPUESTOS ERRADOS DEL PROYECTO?

III. ASPECTOS ESPECÍFICOS:

- Exigencia obligatoria de time stamping / marca y sellado de tiempo
- Acreditación previa de la identidad de los signatarios
- Pagarés y letras electrónicos
- Aplicación de documentos electrónicos firmados y sellados de tiempo en ámbitos de fe pública

I. ACERCA DE LA FIRMA ELECTRÓNICA

*** Regla legal “de oro”:**

“...Los actos y contratos otorgados o celebrados por personas naturales o jurídicas, **suscritos por medio de firma electrónica**, serán válidos de la misma manera y producirán los mismos efectos que los celebrados por escrito y en soporte de papel.

Dichos actos y contratos se reputarán como escritos, en los casos en que la ley exija que los mismos consten de ese modo, y en todos aquellos casos en que la ley prevea consecuencias jurídicas cuando constan igualmente por escrito...”

...La firma electrónica (FE) presupone la existencia de un documento electrónico (DE) para ser firmado; si los segundos se desarrollan la primera se masifica.

...La firma electrónica no tiene existencia individual: sólo existe asociada a un documento, que es firmado por un “autor”, signatario o emisor, y siempre recibido por un receptor que lo valida.

...La única FE que permite autenticar documentos requiere de un software llamado “certificado digital”; las otras sólo **autentican identidades** pero no “cierran, encriptan ni hacen autónomo” un documento.

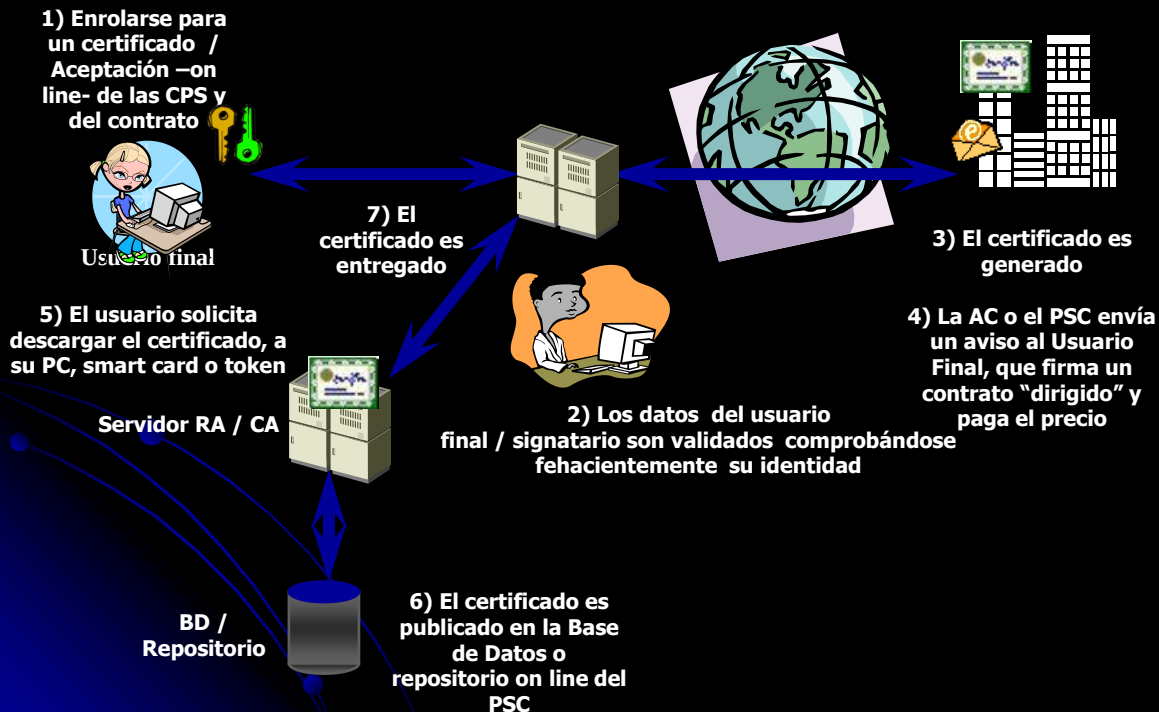
Téngase presente:

...las empresas certificadoras apoyan, venden “la herramienta” de firmado para ser usada durante un año y se responsabilizan por verificar previa y fehacientemente la identidad de su cliente, pero no participan en la gestión documental específica;

...nunca saben que es lo firmado o el contenido íntegro, auténtico y no repudiable de los documentos autenticados con su software.



* Operatoria para la obtención del software de firmado (certificado)



II. ¿OBJETIVOS Y SUPUESTOS ERRADOS DEL PROYECTO?

El proyecto de ley presentado el año 2012 por el Ministerio de Economía, en el marco de una "Agenda de Impulso Competitivo", declaró que su objetivo era:

...masificar el uso de documentos electrónicos firmados de la misma manera, tanto "públicos" como "privados", partiendo del supuesto de que la causa de su no masificación sería **“la falta de certeza técnica y jurídica como una barrera de entrada a la confianza de la gente o de los usuarios”**.

...En derecho, la actual asignación de "plena prueba" a documentos firmados electrónicamente es un beneficio jurídico que ya se otorga, que no se modifica pero se complica y encarece con este proyecto (artículo 5° ley 19.799).

¿Y cuál ha sido la real supuesta falta de certeza acerca de la fecha y hora en la firma de un documento electrónico para frenar la implementación y desarrollo masivo de la emisión de certificados electrónicos en el CBRS, de las declaraciones aduaneras de ingreso de mercancías en la Aduana (1995), en el SRC con sus certificados, en la masificación de la factura electrónica ahora obligatoria, en las operaciones de factoring electrónico o en la constitución de empresas en un día....?.

- Cero jurisprudencia....

* Para lograr el objetivo, en el proyecto se agrega al uso de software de firmado (certificados electrónicos) y a la necesidad de pagarse un token, **un nuevo requisito y servicio técnico pagado y obligatorio llamado "time stamping" o "marca o sellado de tiempo".**

Será prestado exclusiva y oligopólicamente por los mismos PSC a esta fecha acreditados por Economía, para tener certeza de la fecha y hora de emisión y firmado de un documento electrónico...

Una vez firmado un DE deberá ser enviado al sitio web de un PSC para ser marcado o sellado, y sólo así tendrá "el beneficio de la plena prueba" o de la plena fe de acuerdo al artículo 1700 CC...

¿Y a qué precio se prestará este servicio?.

* En síntesis: ...de aprobarse el proyecto sin modificaciones:

(i) ...más que impulsar pareciera un entrampamiento en el desarrollo de los DE Públicos y privados al agregarse un nuevo proceso y otro intermediario; y,

(ii) ...en vez de posibilitar masificar, de tener que pagarse –obligatoriamente- un servicio de “marca o sellado de tiempo” que a esta fecha la ley establece como optativo, se estarían aumentando los costos de transacción para el uso de documentos electrónicos en el sector privado.

* Warning: ...para los servicios públicos y sus documentos debiera establecerse en la ley que el servicio de sellado siempre será si o si gratuito o financiado por Minseges; ...se viene la TD (Boletín 11.882).

III. ASPECTOS ESPECÍFICOS:

- **1. Exigencia obligatoria de time stamping / marca o sellado de tiempo**
- **2. Acreditación previa de la identidad de los signatarios por los PSC**
- **3. Pagarés y letras electrónicos**
- **4. Aplicación de documentos electrónicos firmados y sellados de tiempo en ámbitos de fe pública**

*** 1. Exigencia “obligatoria” de time stamping / marca o sellado de tiempo**

...Para el proyecto pueden ser lo mismo:

- **Marca de tiempo:** ...asignación por medios electrónicos de la fecha y, en su caso, la hora en que se suscribe un documento electrónico.
- **Sellado de tiempo:** ...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.

- Una supuesta falta de certeza jurídica en la fecha y en la hora de los documentos electrónicos firmados no ha sido en Chile un desincentivo real a su masificación ni ha originado problema alguno en tribunales:

(i) todos los DE llevan fecha y hora en uno de sus "campos",

(ii) siempre hay un acuse de recibo del destinatario (el DE no se basta sólo en una transacción),

(iii) es 101% factible probar en un juicio sin time stamping la fecha y hora de un documento electrónico, y

(iv) quien intente alterar la fecha de un DE cometería el delito informático del artículo 3° de la ley 19.223.

- ...En ningún país el time stamping ha sido impulsor del crecimiento del documento electrónico; sólo es un servicio adicional que encarece los costos de transacción;

no obstante estar ya consagrado en el artículo 5° de la ley 19.799 como voluntario, en Chile nadie ha considerado necesario usarlo.

* **2. Acreditación previa de la identidad de los signatarios o firmantes electrónicos por los PSC.**

* Decía el proyecto aprobado en la CAD el 2014, que reemplaza el literal e) del artículo 12 (obligaciones de los PSC):

“...En el otorgamiento de certificados de firma electrónica avanzada, comprobar fehacientemente la identidad del solicitante y la calidad de autoridad o funcionario en el caso de la certificación de los órganos públicos y la identidad y personería de la persona que comparece en representación para el caso de certificados de personas jurídicas.

...Para lo anterior, **el prestador requerirá** previamente ante sí o ante notario público u oficial del registro civil, la comparecencia personal y directa del solicitante, **o alternativamente en forma no presencial si es que utiliza un sistema electrónico biométrico**”.

...En definitiva el 2018 se aprobó lo siguiente:

“Sustitúyese en el literal e), reemplazado por el literal d), la frase “o alternativamente en forma no presencial si es que utiliza un sistema electrónico biométrico”. El reglamento deberá establecer las características para asegurar el nivel de seguridad que debe tener el sistema electrónico biométrico para acreditar fehacientemente la identidad”, por...

“...u otras formas de comparecencia no presenciales dotadas de medidas de seguridad similarmente confiables”. El reglamento señalará los niveles de seguridad exigibles a los sistemas de verificación de identidad no presenciales”.

* Es difícil compartirlo; ¿usar la clave única sería suficiente para evitar suplantaciones?; la ley no debe dejar una facultad tan ambigua o genérica a la autoridad administrativa de turno.

*** 3. Letras de cambio y pagarés electrónicos.**

- Es un aporte o una explicitación importante, que pudo haberse concluido con las reglas generales:

Senado aprobó: ...La letra de cambio y el pagaré también podrán ser extendidos, en documento electrónico y suscritos con firma electrónica avanzada y sellado de tiempo.

...El endoso, aceptación y aval de una letra de cambio que conste en documento electrónico deberá ser suscrito con firma electrónica avanzada y sellado de tiempo

- Planteamos una interrogante: en materia tributaria, y ahora que se prescindirá de la autorización de los notarios, ¿quién hará ahora la labor de vigilar y asegurar el pago de los impuestos de letras, mutuos y pagarés?.

- Téngase presente: ...no se elimina un intermediario sino que se le sustituye por otro; en vez de pagarse por la autorización de un notario se pagará un servicio comercial de sellado de tiempo, que la entidad emisora (banco) traspasará al firmante (suscriptor del pagaré).

*** 4. Gestión registral electrónica / Análisis del proyecto desde la perspectiva de notarios y conservadores.**

- Hipótesis del proyecto; se propone en la CAD agregar un nuevo inciso al artículo 4°

"....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".

- Según el proyecto, si una persona
 - (i) compra un certificado para firmar,
 - (ii) firma por regla general cualquier documento y
 - (iii) lo firmado lo envía pagando a un servicio de sellado de tiempo en un sitio web,

....sería exactamente lo mismo que concurrir a una notaría.

...N y C están siendo desintermediados en forma genérica y ambigua, y cambiados por un servicio electrónico -también pagado y prestado a distancia por una empresa sólo con fines de lucro-, que no sabe qué es lo firmado ni tampoco lo almacena, sin tener que verificarse presencialmente y documento a documento la identidad del firmante y solicitante de sellado de tiempo (puede ser falsa o suplantada).

...Se olvidan los casos en que la ley exige la autorización esencial de un notario en un instrumento privado, como por ejemplo una declaración jurada o una autorización de un menor para salir del país, donde la institución o el ministerio de fe pública del notario no puede ser sustituida “técnicamente” por una entidad certificadora que vende software de firma y otorga el servicio de sellado de tiempo.

- El criterio legislativo más prudente sería lo aprobado en el Senado: ...hacerse de manera restringida y determinándose por ley cuáles serían las actuaciones excepcionales en que se prescindiría del notario, o más aún, en que se aplicaría la nula participación de un ministro de fe al momento de realizarse un acto jurídico.

Ejemplos: (i) la firma de un pagaré, (ii) la transferencia de dominio de un auto o (iii) el otorgamiento de un poder simple, podrían ser firmados y "sellados en su fecha" sin la presencia de un notario.

- Proyecto remitido por el Senado (Noviembre del 2013), modernizaba pero resguardando la Fe Pública.

Señaló: “De manera excepcional, y por tratarse de declaraciones o testimonios autorizados por un notario, que se refieren sólo a hechos o situaciones propias del declarante o a las que se refieren sus testigos, tales como certificados de soltería, declaraciones de ingreso, salvoconductos y similares, se entenderá cumplida dicha solemnidad, para todos los efectos jurídicos, por el solo hecho 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.

SUMARIO:

I. ACERCA DE LA FIRMA ELECTRÓNICA

II. ¿OBJETIVOS ERRADOS DEL PROYECTO?

III. ASPECTOS ESPECÍFICOS:

- **Exigencia obligatoria de time stamping / marca de tiempo**
- **Acreditación previa de la identidad de los signatarios**
 - **Pagarés y letras electrónicos**
- **Aplicación de documentos electrónicos firmados y sellados de tiempo en ámbitos de fe pública**