

COMENTARIOS AL BOLETÍN 8466

Renato Jijena Leiva

Profesor Derecho Informático PUCV

SUMARIO

I. ACERCA DE LA AUTENTICACIÓN DE IDENTIDADES Y LA FIRMA ELECTRÓNICA DE DOCUMENTOS.

II. OBJETIVOS DECLARADOS Y MAL ABORDADOS POR EL PROYECTO.

III. ASPECTOS ESPECÍFICOS.

I. ACERCA DE LA AUTENTICACIÓN DE IDENTIDADES Y LA FIRMA ELECTRÓNICA DE DOCUMENTOS.

El sistema jurídico chileno hoy posee una regla legal “de oro”.

La ley 19.799 que se quiere ahora modificar establece que “...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, en la medida que circulen electrónicamente”.

Y agrega que 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 y no al revés.

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

...La única FE que permite autenticar documentos requiere de un software llamado “certificado digital”; las otras (rut/password, biometría) sólo autentican identidades pero “no cierran ni hacen autónomo” un documento.

* Explicación de la obtención del certificado / software de firma: función previa de RA ahora relativizada o relajada en la CAD; téngase presente: las empresas certificadoras apoyan, venden “la herramienta” de firmado y se responsabilizan por verificar fehacientemente la identidad de su cliente, pero no participan en la gestión documental específica.

II. OBJETIVOS DECLARADOS Y MAL ABORDADOS POR EL 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).

Cabe preguntarse: ¿cuál ha sido la supuesta falta de certeza técnica 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, por ejemplo, en los conservadores, en las declaraciones aduaneras de ingreso de mercancías en la Aduana, en los BL, en el SRC con sus certificados, en la masificación de la factura electrónica ahora obligatoria, en las operaciones de factoring electrónico, en la cv de seguros por Internet, en el envío de documentos a la CGR, en el otorgamiento de permisos de circulación, etc.....?.

Para lograr el objetivo, en el proyecto se agrega al uso de software de firmado (certificados electrónicos) 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 sellado, y sólo así tendrá "el beneficio de la plena prueba" o de la plena fe de acuerdo al artículo 1700 CC.

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 bajo el nombre de "fecha electrónica", en Chile nadie ha considerado necesario usarlo.

*** En síntesis:** ...de aprobarse el proyecto sin modificaciones ...más que impulsar significará un entrampamiento y un encarecimiento de los costos en el desarrollo de los DE Públicos y privados o se encarecerán los costos de transacción para el uso de documentos electrónicos en el sector privado y los costos de gestión para los servicios públicos.

III. ASPECTOS ESPECÍFICOS.

1. Exigencia obligatoria de time stamping / marca de tiempo.

El proyecto aprobado en primer trámite distingue:

- 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.

En este mismo proyecto el tema es particularmente delicado para los DE de los órganos públicos... (artículo 8°), que aunque sólo deberán siempre usar "marca de tiempo" y no "sellado", ambos son servicios prestados por los PSC, las EC o las CA y deberán pagarse, lo que encarecerá los costos de transacción o de los desarrollos documentales del Estado (v.gr. oficios a la CGR).

¿Importancia, proyección o masificación del negocio?: ...**Boletín 11.882** de “transformación digital” hace obligatorios los documentos electrónicos, con lo cual será siempre obligatorio y de alto costo que sean “marcados” o “sellados” en su fecha y hora.

¿Y a qué precio se prestará este servicio?.

Una supuesta falta de certeza jurídica en la fecha y en la hora de los documentos electrónicos firmados no ha sido 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.

2. Requisitos previos minimizados en la CAD para la acreditación previa de los signatarios o firmantes electrónicos.

La ley vigente exige para la FEA (artículo 12 letra e) comprobación fehaciente de la identidad del firmante.

El Senado estableció: “e) 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. En el caso de certificados suscritos por personas

jurídicas, comprobar fehacientemente la identidad de aquellas, así como la identidad y personería de quien comparezca en representación de ellas”.

La CAD había sólo sugerido y aprobado el año 2014 que en paralelo a la verificación presencial podía alternativamente sólo usarse un sistema biométrico. Decía –y se comparte- el proyecto aprobado en la CAD, que se reemplaza el literal e) del artículo 12 obligaciones de los PSC), por el siguiente:

“...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”.

La CAD aprobó en definitiva, a instancias de indicaciones del Ejecutivo (septiembre del 2018) y relajando una obligación esencial previa de verificación de identidad:

“e) 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 o 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 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”.

3. Suscripción de pagarés y letras de cambio electrónicas.

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?.

Senado: “Asimismo, tendrá mérito ejecutivo, sin necesidad de reconocimiento previo, la letra de cambio o pagaré extendido en documento electrónico y suscrito por el obligado con firma

electrónica avanzada y sellado de tiempo, siempre que el impuesto de timbres y estampillas respectivo, si correspondiere, sea pagado dentro de los cinco primeros días hábiles a contar de su emisión".

CAD: "Asimismo, tendrá mérito ejecutivo, sin necesidad de reconocimiento previo, la letra de cambio o pagaré extendido en documento electrónico y suscrito por el obligado con firma electrónica avanzada y sellado de tiempo, siempre que el impuesto de timbres y estampillas respectivo sea pagado en los plazos que corresponda, según el artículo 15 del decreto ley N° 3.475, que modifica la Ley de Timbres y Estampillas, contenida en el decreto ley N° 619, de 1974".

*** Efecto concreto: en vez de pagarse por la autorización de un notario se pagará un servicio comercial de sellado de tiempo.**

4. Aplicación de documentos electrónicos en ámbitos de fe pública.

El Senado aprobó -razonablemente- la modalidad de prescindir de los ministros de fe y reemplazarlos por el uso de FEA más sellado de tiempo, de manera excepcional, solo para las declaraciones de hechos propios (sobrevivencia, soltería, de residencia, de ingresos, etc.).

Se estableció: "...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".

La CAD radicaliza la opción y transforma la sustitución en regla general:

"...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".

Téngase presente: ...en los actos y documentos registrales la seguridad jurídica no sólo consiste en verificar la identidad de una persona, que ni siquiera lo pueden hacer a veces los medios tecnológicos (suplantaciones para trámites bancarios) salvo que sea una actuación presencial con biometría, sino que también se verifica que la persona actúa libremente y en condiciones de entender el acto o contrato.

Esto salvaguarda todos los actos de familia y aquellos actos y contratos que afectan derechos de terceros (cartas poder para operar cuentas corrientes, promesas privadas de compraventa, contratos de arriendo privados, etc.).

Con presión o engaño se pueden obtener las claves o, incluso, obtener FEA, ya que ahora no sería presencial la verificación previa de la identidad del firmante, minimizando en este sentido la responsabilidad de las EC, CA o PSC. En las autorizaciones de viaje, el tema es de cuidado, porque padre o madre pueden conocer sus claves respectivamente.

5. **Otras modificaciones en la CAD.**

- Es un aporte la complementación del principio de neutralidad tecnológica;
- Es un aporte el rol estandarizador para reglamentar y de emisión de certificados de firma para los órganos de la Administración asignado a Minseges;