

# *LA CONTRATACION POR VIA ELECTRONICA*

*Katia Murrieta*

## Antecedentes

Con el avance vertiginoso de la electrónica, la vida en la sociedad está cambiando drásticamente. Ahora, muchas operaciones pueden realizarse desde la comodidad del hogar: acceder a una guía telefónica de su país o de otros países en la pantalla del computador, o a una biblioteca de cualquier parte del mundo, asociada al sistema, en la cual se puede consultar cualquier tema. Todo, con sólo apretar un botón. Asimismo, en Europa, no es difícil encontrar en un aeropuerto una máquina que asista al viajero en la reservación y "chequeo" para ingreso inmediato al avión, sin necesidad de hacer cola o de que una persona se ocupe de él; el único requisito es que no porte equipaje. Basta introducir el billete de avión en la máquina y ésta le devolverá otro, con la indicación de la reservación del asiento. Tampoco es difícil comunicarse por vía telefónica haciendo uso de una tarjeta para el pago, no sólo de la tarjeta de crédito, sino de otras tarjetas, de uso nacional o internacional, que se venden libremente en el mercado, y por un determinado número de unidades. La tarjeta sirve hasta que se agota el número de ellas. En París, por ejemplo, una de 50 unidades para llamadas locales cuesta nueve dólares. No es raro tampoco encontrar una máquina en la cual se deposita un billete de cincuenta dólares, por ejemplo, y le devuelve el cambio, según sus necesidades, sea en francos franceses, marcos u otra moneda. Sólo tiene que digitar las teclas siguiendo las instrucciones, que son muy sencillas. Una vez introducido el billete, de regreso la máquina le da su cambio, incluso con un detalle escrito de la operación. También tenemos computadoras que nos responden con sonidos y que hablan; incluso, obedecen a nuestra voz y, además, dependiendo del programa, vierten un texto de un idioma a otro.

Naturalmente que el resto de actos y contratos de tipo mercantil que se realizan entre personas que se encuentran en el mismo país, pero en diversos lugares, o en distintos países, aun más allá de los mares, no podía quedar fuera de las ventajas que la electrónica ofrece. Tanto así es que, en 1991, el Presidente de la Unión Internacional del Notariado Latino, M. André Schwatgen, en un coloquio organizado por la Universidad Católica de Lovaina, en la que expuso sobre el tema "El futuro del notariado europeo", dijo lo siguiente: "La informatización de los estudios se acelera ciertamente en los años por venir. Debemos entonces repensar sobre nuestros instrumentos de trabajo y nuestros modos de práctica en función de la utilización de las tecnologías modernas. Las modalidades de aplicación de estas tecnologías, en la práctica, significan, además, mucho más que el paso de la máquina de escribir a la pantalla. Se habla ya de disco óptico como soporte del acto auténtico,

como medio de conservación del acto con garantía de permanencia y de inalterabilidad. Evocamos, igualmente, la firma computarizada de las partes y del notario por su inscripción en el teclado de la computadora. Hablamos, en fin, desde ahora, de la presencia computarizada del notario, es decir, de la posibilidad de recepción de los actos a distancia: qué maravillosas perspectivas con respecto al crecimiento de los intercambios internacionales".!

Desde entonces, sólo han transcurrido cuatro años y, ahora, según informó el mismo presidente de la Unión, ésta participa activamente con la American Bar Association y las autoridades federales americanas para crear en los Estados Unidos de América un tipo de jurista, nuevo, llamado "Cybernotary", que tendría a su cargo la certificación autorizada de los documentos que se realizan por vía electrónica, y quien será delegado por el Estado para dar fe pública. Pero, no se trata de cualquier persona, tiene que ser alguien perfectamente calificado en materia de derecho y sobre la aplicación de éste en la informática. Además, deberá ser sometido a severas normas de deontología jurídica y a un proceso de formación constante, vistos los cambios que, casi a diario, aparecen en esta materia.

Además, del 29 al 31 de agosto de 1995, en Montreal, Canadá tuvo lugar una Conferencia Internacional sobre los mecanismos de autorización electrónica y su valor jurídico y, próximamente, la Unión participará en la Comisión de Bruselas, de la Unión Europea, en los trabajos de estandarización y reglamentación ética de las normas jurídicas electrónicas.

Es que el derecho tiene que ir a la par de la evolución social, sometida ésta a los nuevos ordenamientos y usos que el avance de la tecnología impone, de modo que estamos frente a una nueva era en materia jurídica.

Preciso es repetir las palabras del Dr. Hans-Dieter Veasen, Presidente de la Bundesnotarkammer (Cámara de Notarios Alemana) en su discurso de bienvenida al segundo forum sobre "Las relaciones jurídicas por vía electrónica", realizado durante el XXI Congreso Internacional del Notariado Latino, llevado a cabo en Berlín, Alemania, del 28 de mayo al 3 de junio de 1995: "Las relaciones jurídicas por vía electrónica han hecho nacer estructuras que permiten concluir actos jurídicos de manera completamente nueva. En los campos de prescripción de la forma, de la atribución de las declaraciones de voluntad, de la repartición de los riesgos de responsabilidad, del arreglo de documentos electrónicos como prueba en un proceso -para sólo mencionar unos ejemplos- algunas preguntas han surgido al paso, a las cuales conviene encontrar una respuesta satisfactoria".

En efecto, ante tales acontecimientos, que se dan ya en la sociedad, es necesario encontrar un soporte jurídico suficiente que dé certeza al acto, confiabilidad y seguridad a las partes, Y permanencia y registro del documento.

1 Traducido del idioma francés por la autora.

La contratación por vía electrónica, por cierto, no está exenta de los riesgos que comporta una manipulación, al momento de enviar el documento o posteriormente, un fraude, o una fugacidad.

Analizaremos a continuación los tipos de contratación que se pueden dar por vía electrónica y, posteriormente, los problemas que pueden presentarse con este motivo, así como el auxilio que los fedatarios públicos podrían prestar.

#### Formas de contratación por vía electrónica

Generalmente, podría pensarse que la única forma de contratación por vía electrónica que pudiere realizarse sería utilizando los telecopiadores o telefaxes. Ante esta alternativa, salta a la vista inmediatamente que el obstáculo primordial que se presenta sería la falta de originalidad o la manipulación que podría haber sufrido el documento auténtico.

La respuesta es que no se trata solamente de la contratación a través de telecopiadores, o sea de contratar vía fax, de un aparato al otro, sino también de una computadora a otra, conectadas por "modem" o por "fax-modem".

Existen varios tipos de instrumentos que se pueden negociar, y que de hecho se negocian, por medios electrónicos, a saber: letras de cambio, pagarés, bonos al portador, dividendos de garantía, documentos al portador, cartas de garantía paga deras al portador, bonos del estado.

A más de estos documentos que, de hecho se utilizan diariamente en los mercados europeos y también norteamericanos y sudamericanos, existe otro tipo de contratos como los hipotecarios, a los cuales se ven avocados los notarios de los países que conforman el MERCOSUR, por ejemplo, habiéndose llegado, incluso, a pensar en la ampliación de las facultades de los fedatarios, de modo que estos puedan intervenir y autorizar actos y contratos en otros países.

#### Problemas derivados de la contratación a distancia

Este tipo de negociaciones por medios electrónicos presenta, por supuesto, una serie de obstáculos, que se tratan de superar, a medida que van apareciendo, con la creación de una legislación paralela que permita garantizar los intereses de los contratantes.

Los problemas que se dan como más graves son los siguientes:

- La dificultad de la reproducción
- La dificultad en detectar una posible alteración
- La no originalidad del documento
- La incapacidad de entregar un original

La carencia de fuerza probatoria; y,  
La expresión de la voluntad de la otra parte.

No olvidemos que todas estas transacciones se realizan a través de máquinas, donde sólo se ve lo que está ocurriendo en la pantalla. Analicemos cada uno de ellos.

La dificultad para la reproducción del documento se produce porque todo se realiza muy rápidamente en el teclado y el usuario del sistema no tiene un respaldo de la operación o, si lo tiene, es un documento emanado de una institución particular o suscrito por una persona que no goza de fe pública.

La dificultad en detectar una posible alteración también es evidente, porque el usuario desconoce lo que se está transmitiendo de un aparato a otro, es decir, ignora lo que el receptor está recibiendo en el otro lado. También podría producirse una manipulación a posteriori, o simplemente, por la fugacidad del documento, que es otro problema, éste desaparece y no hay manera de probar posteriormente lo que se hizo. La desaparición puede ocurrir por un mal manejo del aparato, o por daño, o en forma voluntaria provocada por el operador. De ahí que, incluso, pueden producirse actos fraudulentos con este tipo de operaciones.

La carencia de fuerza probatoria: Además, el peligro de la manipulación es mayor en tanto en la máquina no quedan huellas de este hecho, por lo que su prueba, por parte de quien la alega, resulta realmente difícil, si no imposible. Y no solamente la fuerza probatoria o la capacidad de probar se refiere al hecho del fraude o alteración que se puede cometer en el documento informatizado o computarizado, sino en la realización misma por parte del usuario, cuya firma no consta para asegurar, como en el derecho civil tradicional, que hubo la voluntad del otorgante para contratar y que éste se encontraba en su sano juicio cuando dio las órdenes al operador. No olvidemos que este tipo de contratación sale de los cánones normales de la realización de actos y contratos, por lo que estas relaciones jurídicas están exentas de una forma particular. El acto informático, por esencia, carece de un papel (documento o instrumento) para su soporte jurídico.

La no originalidad del documento es evidente. Lo que recibe el receptor de una computadora es una copia en papel de lo que se procesó en el aparato, luego el instrumento no es original, y, tampoco lo tiene aquel que lo envía, de ahí la incapacidad de entregar un original.

La expresión de la voluntad de la otra parte resulta fuera de contexto, de acuerdo a las actuales normas civiles que exigen, en un contrato consensual, que la otra parte exteriorice su voluntad de aceptar o no las cláusulas contractuales propuestas por el emisor, a más de las reformas o modificaciones que se

pueden introducir por las partes posteriormente. La dación de fe de esta voluntad, en el receptor, debe ser establecida por un funcionario que dé certeza de que se está manifestando en la forma exigida por la ley, esto es, sin presión ni fuerza que vicie el consentimiento y que, por tanto, determine que el contrato resulte nulo.

### Intervención del notario en este tipo de contratos

Ante los problemas que acabamos de exponer, surge entonces la necesidad de encontrar una fórmula que permita otorgar seguridad, certeza y registro a las relaciones jurídicas realizadas por medios electrónicos.

Para ello, se ha ideado la denominada "firma electrónica", que no es otra cosa que el uso de cifrado asimétrico, con un par de códigos secretos y otro público, en cifras, que llegan a tener hasta 123 caracteres, de modo que solamente la persona que conoce la clave pueda tener acceso a la información que se ha almacenado en el computador y, de intentarse una mediación, ésta sería fácilmente detectable. También se puede dar la llamada firma electrónica a través del uso de un "scanner", por el cual se introduce a la computadora la firma que consta en el documento de identidad de una persona o en cualquier otro instrumento. Lo mismo puede hacerse con la huella digital. Sin embargo, este procedimiento también resulta peligroso, puesto que cualquiera podría hacer un montaje. También resulta muy riesgoso si se usa el sistema de lectura de la huella digital por parte del aparato, que lo reproduce en la pantalla y en el documento.

A este respecto, dicen los doctores Jorg Bettendorf y Ranns Jacob-Putzer que "el control de acceso para la utilización del sistema de cifrado de la firma electrónica se efectúa por una palabra de pase o un número de identificación y no puede ser puesto sobre una base de igualdad con la firma manuscrita de la persona interesada. La utilización de la contraseña o de cifra de identificación no representa un acto individual del utilizador, porque puede ser hecha por cualquier persona".

Por estas razones, se vuelve indispensable la presencia de un tercero, honorable, en quien el Estado ha delegado o delega la fe pública, a fin de que la identidad de aquel que da la orden o que se obliga sea debidamente comprobada, pues no solamente basta que sepa o conozca la clave electrónica y firma, en esa forma.

Lo ideal es, entonces, requerir de la presencia de un notario al pie de cada computadora, de modo que dé fe acerca de la identidad de las personas y de la identificación de los aparatos, así como de la información que se está transmitiendo y de la recepción de ella, de manera que se sepa con certeza quién accionó u operó la máquina

Tan así es que, Me. Ranns Putzer ha propuesto reformar el código civil alemán en el siguiente sentido: "Si la ley prescribe la forma electrónica, el autor de la

declaración debe agregar su nombre al texto y poner su 'firma electrónica'. La firma electrónica debe ser inseparable del texto y de la firma, y ser efectuada siguiendo un procedimiento reputado seguro. El texto de la declaración y la firma deben poder ser reproducidos de modo legible y durable. La firma electrónica debe reenviar a un acto notarial en el cual el autor indique claramente que el código-firma utilizado corresponde bien a su persona, ella debe igualmente permitir obtener el texto y citar los lugares en los cuales el código puede ser verificado".

Cabe decir que en Alemania, así como en otros países, tal como lo afirma el Dr. Hanns Dieter Vaansen, el legislador ha creado las condiciones legales para el mantenimiento completamente electrónico de los registros, del libro financiero y del registro de comercio. Ciertas terminales "on line" darían al notario, por ejemplo, la posibilidad de consultar dicho libro.

Asimismo, en Francia, los notarios mantienen las redes de sus computadoras conectadas directamente con los registros de la propiedad, de tal manera que, desde que se inicia la negociación sobre determinado bien raíz, le es posible al notario conocer sus características e historia de dominio, así como saber si se encuentra gravado o no. Puede producir el bloqueo del inmueble, incluso, desde el momento en que se inicia la negociación. Sólo ciertas personas jurídicas, como los bancos y compañías financieras, a más de los notarios, tienen este acceso directo a los bancos de datos de los registros inmobiliarios.

En Argentina, hay un sistema de contratación a distancia que, según el Dr. Luis María Gatti, escribano, consiste en "otorgar instrumentos públicos a los efectos de transmitir por telecopiadores u ordenadores constancias de cualquier negocio, hecho o instrumento jurídico, y de proveerlas de un código que las identifique y permita a los sujetos negociales obtener los instrumentos que ellas refieren. De tal manera que, esos negocios, hechos o instrumentos adquieren en forma simultánea a su transmisión, por esos medios, existencia en el mundo jurídico y valor probatorio para cualquier parte interesada, en razón de constar precisamente en instrumentos públicos, y de constituirse el funcionario autorizante en depositario de la documentación original y obligado a su entrega por una vinculación contractual previamente acordada".

El escribano Gatti agrega, además, que "La norma 11883 de la Comunidad Económica Europea, que otorga a la prueba vital importancia y responde al propósito de uniformar y mejorar el intercambio de información para el comercio, se adentra en el análisis de la ley que rige la prueba de los diversos países miembros, y llega a la conclusión de que con el documento electrónico se acentúan las posibilidades de falsificación en mayor medida que con el documento de papel firmado por los otorgantes, y para superar el obstáculo, establece diversas normas que deberán cumplir los sistemas de transmisión de datos:

"1.- El sistema deberá contener un resguardo y protección contra la posibilidad de modificación del mensaje;

2.- El sistema deberá tener una cartera de seguridad y defensa o abrigo que determine exactamente la identidad del emisor y receptor del mensaje.

3.- El sistema debe proveer los medios para determinar la originalidad e integridad del mensaje.

4.- El sistema debe permitir la reproducción en todo tiempo en caracteres legibles de la información transmitida.

5.- El programa de computación utilizado para la registración electrónica (relación electrónica) y toda la documentación relativa a él deberán encontrarse disponibles.

6.- El receptor (o la persona que debe recibir el mensaje) deberá contar con un aviso previo.

7.- El registro completo de todos los mensajes deberá ser conservado y este registro deberá encontrarse a salvo de toda modificación o posibilidad de modificación".

Por su parte, la Bundesnotarkammer ha presentado un proyecto de ley relativo a las relaciones jurídicas por vía electrónica, con los siguientes puntos:

1.- Recepción de una declaración de voluntad hecha entre personas ausentes.

2. Toma de efectos de una declaración de voluntad hecha entre personas ausentes.

3.- Firma electrónica, "acta de atribución" procuración (delimitación con respecto a los procedimientos que no son asegurados de esta manera).

4.- Introducción de la firma electrónica en las partes generales y particulares del derecho de las obligaciones.

5.- Integración de la forma electrónica en el derecho de la prueba.

A base de esas consideraciones, proponen lo siguiente:

1.- La inserción de la instancia de certificación y establecimiento de un "acta de atribución" en el derecho notarial de autenticación.

2.- Consejo, información, garantía de carácter confidencial de la comunicación por vía electrónica, por el notario.

3.- Establecimiento del "acta auténtica electrónica"; y,

4.- Empleo de medios electrónicos en las comunicaciones y documentación del notariado.

En Argentina, se ha establecido ya un sistema del cual trataremos a continuación.

#### Sistema de telecopiadores asociados

El escribano Gatti manifiesta que "Se ha constituido un sistema de contratación a distancia en el cual la transmisión de la voluntad negocial en sí misma, o expresada en documentos, siempre bajo la forma exigida por el ordenamiento jurídico positivo, es efectuada por ordenadores o telecopiadores, y se le otorga existencia en el mundo jurídico con actas probatorias de la emisión o recepción de ellas". Para llegar a ella, se ha establecido un sistema contractual, por el cual se procede a "vincular notarios - agrega Gatti- de distancias jurisdiccionales para el otorgamiento de actas relativas a negocios jurídicos celebrados a distancia y para la transmisión por telecopiadores u ordenadores de constancias con efectos jurídicos".

Para ello se ha tomado la convención entre particulares, a fin de vincular el sistema, mediante la contratación, que permita la prueba de hechos entre las partes y, en el acta constitutiva del sistema indicado en Argentina se dice: "Que, a los efectos de dotar al mismo de existencia en el marco contractual se utiliza el acta constitutiva del mismo como 'causa fuente' de referencia de los derechos y obligaciones que tengan nacimiento en razón del mismo".

Dicho sistema tiene como objetivo, al decir de Gatti, "otorgar actas auténticas (escrituras públicas) a los efectos de transmitir por telecopiadores u ordenadores constancias de cualquier negocio, hecho o instrumento jurídico, proveyendo a las mismas de un código que las identifique y permita a los sujetos negociales obtener los instrumentos que ellas refieren".

Esta es la única forma por la cual se puede producir o reproducir la prueba de lo pactado, mediante la intervención notarial, que permita no sólo la identificación del aparato transmisor y receptor, sino el acceso directo al ordenador y, por ende, al banco de datos, a través de un código o clave, y el registro o archivo del documento.

En 1990, en la ciudad de Rosario, provincia de Santa Fe, de la República Argentina, se suscribió ante la escribana Irene María Sanguineti, un acta, por la cual el doctor Luis María Gatti dejó instaurado el sistema de "Telecopiadores Asociados Mil doce", como promotor, denominándose "adherente" al notario o escribano que quisiera adherirse al mismo y "usuario" a las personas que requieran de estos servicios.



Al adherente le es asignado un código o contraseña que lo vincula o integra al sistema, haciéndolo responsable de la "existencia de la operación, custodio de los instrumentos originales y deudor del usuario en relación a la entrega de los instrumentos respectivos", conforme reza de la referida acta.

Dicho código permite al adherente identificarse como tal, a distancia, para identificar una contratación y entrega de documentos relativos a ella, y como medio para atribuirle la responsabilidad de conservación y entrega del documento al usuario.

El número de la clave para la integración al sistema de Teleasociados Mil Doce se forma de la siguiente manera: a) El trimestre correspondiente a la fecha. Número (1) para el primer trimestre del año, número 2 para el segundo, etc. b) El número del registro del escribano adherido. c) su número de matrícula. d) La semana del año correspondiente a la fecha. e) el día de la semana (lunes 1, martes 2, etc.). t) la letra inicial del mes de la fecha.

Para ingresar al sistema, el escribano o notario debe suscribir un acta de integración, dejar constancia de su número de registro y de matrícula para la asignación de la clave, expresar que se obliga a la prestación del servicio al usuario conforme a las normas prescritas en la referida acta, manifestar que para la formación del "patrón de adherentes" procede a firmar y sellar la escritura en el carácter de "Registro de sello y firma" y solicitar el otorgamiento de un testimonio fotocopiado para enviarlo al promotor del sistema, de modo que, una vez aceptado por éste, queda incorporado a él, debiendo usar en adelante su clave.

La contratación por vía electrónica ha nacido ya al mundo del derecho. Nosotros, los ecuatorianos, nos estamos quedando atrasados con relación a legislaciones no muy lejanas, como la argentina, brasilera, etc. en cuyos países se mantiene un tráfico constante de contratos a distancia. Debemos de modernizar nuestras notarías, luchar porque se permita a los notarios el acceso al banco de datos del registro de la propiedad y ofrecer, de esta manera, un servicio a tono con el avance de la tecnología del momento. Debemos prepararnos ya para lograr la reforma del Código Civil, de nuestras obsoletas disposiciones notariales, la actualización de los exiguos y aranceles, que haga posible el cobro de honorarios dignos, acordes con nuestra formación y profesión, evite la competencia desleal que, al echar los precios por los suelos, no nos permite ganar lo suficiente como para adquirir la maquinaria necesaria para prestar un servicio rápido y eficiente. Debemos proyectar, desde ya, la forma de prestar nuestro concurso, como dadores de fe, de modo que nos coloquemos delante de la tecnología o que caminemos paralelamente a ella, pero no permitir, jamás, que ésta nos desplace.