

Documento electrónico, firma electrónica y formación del consentimiento por medios tecnológicos.

ISABEL WARNIER R.

Profesora auxiliar Derecho Civil IV

FACULTAD DE DERECHO

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Profesor patrocinante: Hugo Rosende

RESUMEN: El presente artículo ofrece una visión general acerca de la ley sobre documentos electrónicos, firma electrónica, y servicios de certificación de dicha firma, con especial énfasis en la formación del consentimiento mediante documentos suscritos a través de medios tecnológicos.

Introducción.

La Ley N° 19.799¹ sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicio de certificación de dicha firma² contiene diversas disposiciones generales relativas a su objeto, a los principios en que se funda y a definiciones novedosas para el campo jurídico, tales como "**firma electrónica**", "**documento electrónico**" o "**prestador de servicios de certificación**".

Asimismo, la ley regula el uso de estas tecnologías en la Administración Estatal, la actividad de las empresas que posibilitarán la generación de firmas digitales, otorga competencia al Ministerio de Economía para fiscalizar a algunas de estas empresas y consagra una serie de derechos y obligaciones para quienes al firmar electrónicamente sean usuarios de los servicios de certificación.

Cabe precisar que el legislador se preocupó de enunciar los principios fundamentales en que se encuentra inspirada la norma, lo cual tiene por objeto darle una aplicación finalista, esto es, una interpretación que privilegie los objetivos

¹ Cada vez que en la presente ponencia se mencione un artículo o ley en general, sin señalar ley o código específico, deberá entenderse referido a la Ley N° 19.799 sobre "documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma".

² La ley N° 19.799 fue publicada en el Diario Oficial de 12 de abril de 2002 y el Reglamento a que se refiere su artículo 10, se dictó mediante Decreto Supremo N° 181 de Economía, de 17 de agosto del año 2002.

que se ha planteado el cuerpo normativo. En otros términos, los jueces deberán aplicarla con sentido teleológico para lograr satisfacer los fines perseguidos por el ordenamiento jurídico, dando a cada una de sus disposiciones el sentido que mejor cuadre con aquellos. Se trata de una buena técnica legislativa, que ya se empleó, por ejemplo, en la Ley N° 19.880 sobre procedimientos administrativos.³

Es así como el artículo 1° inciso 2° de la Ley N° 19.799 dispone que

“las actividades reguladas por esta ley se someterán a los principios de libertad de prestación de servicios, libre competencia, neutralidad tecnológica, compatibilidad internacional y equivalencia del soporte electrónico al soporte de papel”.

El legislador a continuación señala de forma expresa que *“toda interpretación de los preceptos de esta ley deberá guardar armonía con los principios señalados”.*

Dicho espíritu se desprende asimismo de lo dispuesto en el Mensaje N° 158-342 en virtud del cual el Presidente de la República inicia el proyecto de ley sobre firma electrónica y los servicios de certificación de firma electrónica, por cuanto dispone:

“como reglas especiales, estos principios han de tener prioridad sobre las reglas comunes de interpretación, para evitar que cualquier interpretación demasiado literal perjudique el sentido de fomento que tiene este proyecto, así como para permitir su necesaria interpretación evolutiva y tecnológicamente neutra”.

Sin lugar a dudas, el principio de equivalencia del soporte electrónico al soporte papel debe ser considerado como un principio de la mayor importancia en la mentada Ley.

En el Mensaje del Presidente de la República se señala que

“el Proyecto de Ley que se presenta a la Honorable Cámara de Diputados, tiene como propósito principal sentar un marco legal que otorgue a los actos y contratos celebrados por medios electrónicos de comunicación, el mismo reconocimiento y protección ante la ley que reciben los celebrados de manera convencional, es decir, en soporte de papel”.

Dicho criterio fue plasmado, entre otros, en la primera parte del artículo 3° de la Ley N° 19.799, en cuanto señala que: *“los actos y contratos otorgados o*

³ A propósito de esta técnica legislativa, utilizada en diversos cuerpos legales, se pronuncia de manera expresa en sentido positivo el profesor Pablo Rodríguez Grez, en revista *Actualidad Jurídica* “Nuevas tendencias en el Derecho Civil”, Universidad del Desarrollo, 2004, p. 10.

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”.

Como consecuencia de ello, el inciso final de la norma citada dispone que *“la firma electrónica, cualquiera sea su naturaleza, se mirará como firma manuscrita para todos los efectos legales, sin perjuicio de lo establecido en los artículos siguientes”.*

La consecuencia de que la firma electrónica otorgue efectos jurídicos al documento electrónico se debe a que ésta permite que aquellos sean “fiabiles”, solucionando los problemas que se derivan del tratamiento electrónico de datos, en particular la facilidad con la que pueden ser adulterados, copiados, y la imposibilidad que se tiene de conocer con cierta seguridad de la autoría del contenido del documento.

La importancia de la firma electrónica está dada por la posibilidad de vincular el contenido o declaración de un documento con una determinada persona y, en tal sentido, por el deseo de obligarse con lo que en dicho instrumento consigna. Lo anterior, asociado a la posibilidad de determinar con mayor o menor grado de certeza a la persona que suscribe el documento y la posibilidad de repudiar el mismo, llevó al legislador a reconocer un diferente valor probatorio teniendo en consideración la naturaleza de la firma que fue utilizada para la suscripción del documento.⁴

La finalidad de la norma es sentar un marco legal que otorgue a los actos y contratos celebrados por medios electrónicos de comunicación el mismo reconocimiento y protección ante la ley que reciben los celebrados de manera convencional, es decir, en soporte de papel, recogiendo la experiencia del derecho comparado existente sobre el particular. Empero, tal como se reconoció expresamente en el proyecto de ley, se pretendía recoger esta realidad *“sin alterar el ordenamiento jurídico vigente. La gran mayoría de los contratos señalados son consensuales, esto es, se perfeccionan por el mutuo consentimiento de las partes, consentimiento que, por supuesto, se puede manifestar a través de documentos electrónicos”.* Según se verá más adelante, se consideraron excepciones a la homologación referida.

Cabe hacer presente que de acuerdo a la historia fidedigna del establecimiento de esta ley, se tomó como referencia la experiencia comparada internacional, en particular la Ley Modelo y el proyecto de Régimen Uniforme para las Firmas Electrónicas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil

⁴ CANELO, Carola; ARRIETA, Raúl; MOYA, Rodrigo y ROMO, Rodrigo. “El documento Electrónico. Aspectos Procesales”. *Revista Chilena de Derecho Informático* N°4, Santiago, 2004. p. 93.

Internacional (UNCITRAL), así como extensas consultas con expertos de los sectores público y privado.⁵

El documento electrónico y su equivalencia funcional con el instrumento de papel.

Documento electrónico, definido en la letra d) del artículo 2° de la Ley, es *“toda representación de un hecho, imagen o idea que sea creada, enviada, comunicada o recibida por medios tecnológicos y almacenada de un modo idóneo para permitir su uso posterior.”*

Conforme a la normativa existente sobre la materia, los documentos electrónicos poseen los mismos elementos que un documento escrito en soporte papel. De esta manera, es aplicable el **Principio de Equivalencia Funcional**, toda vez que el artículo 3° de la ley ha homologado o equiparado de manera general a los documentos e instrumentos tradicionalmente soportados en papel o escriturados y firmados holográficamente para realizar actos o celebrar contratos, con aquellos que hoy en día se soportan en archivos electrónicos y se envían o intercambian mediante redes computacionales para realizar actos y contratos electrónicos, a distancia y entre ausentes, los que la ley reputa como escritos.

De conformidad con lo dispuesto en la disposición antes señalada,

“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

⁵ Conforme consta de la historia fidedigna de la ley, se consultaron las siguientes legislaciones extranjeras: a) La ley de Utah, la primera ley sobre firma electrónica que se aprobó en Estados Unidos (1995) y que regula la firma electrónica en base al sistema de criptografía; establece una autoridad licenciante de los certificadores y reconoce las consecuencias jurídicas de las firmas electrónicas, siendo equiparadas a las firmas manuscritas. b) El modelo de Uncitral, de 1996, que tiene como objeto formular ciertas recomendaciones para que los Estados las consideren cuando promulguen o revisen sus leyes que tengan como objeto regular o fomentar el comercio electrónico. Su principal objetivo es superar ciertos obstáculos jurídicos que dificulten el empleo cada vez mayor del comercio electrónico, los que consisten en la imposición de requisitos de documentación tradicional con soporte de papel. La ley modelo adopta un nuevo criterio: el del “equivalente funcional”. Asimismo hace equivalente u homologa la firma manuscrita a la electrónica. c) La ley alemana, primer país en Europa en aprobar ley sobre la materia (1997). Dicha ley de firma electrónica se refiere, especialmente, a los requisitos del contenido de los certificados de clave de firma y las condiciones mínimas que ha de satisfacer un servicio de certificación para poder emitir certificados. d) La Directiva de la Unión Europea (1999) sobre un Sistema Común para Firmas Electrónicas. Dicha Directiva señala que la firma electrónica adjuntada a un documento electrónico tiene exactamente el mismo valor legal que la firma manuscrita adjuntada a un documento escrito en soporte de papel. e) La ley española, Real Decreto Ley 14/1999. Esta ley crea un sistema en que los usuarios certifican la firma electrónica avanzada con prestadores de servicios de certificación, quienes llevan el registro de las claves públicas. Los prestadores pueden emitir certificados reconocidos en conformidad con la ley o no, y depende de los usuarios la preferencia por unos u otros; pero los certificados reconocidos para ser tales han de cumplir una serie de requisitos establecidos en la ley. f) La ley federal norteamericana de 2000 (Electronic Signatures in Global and National Commerce Act). Establece una regla general de validez para todos los actos o transacciones celebrados por medios electrónicos.

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.

En consecuencia, todo aquello contenido en formato electrónico tiene la misma validez, real y jurídica, que un documento en papel, y sólo deberá estarse a la naturaleza del documento y a las partes que han intervenido en su elaboración o suscripción para determinar qué tipo de instrumento se trata.

Resulta especialmente relevante el inciso 2° de la norma precedentemente citada, que señala textualmente que:

“lo dispuesto en el inciso anterior no será aplicable a los actos o contratos otorgados o celebrados en los casos siguientes:

- a) Aquellos en que la ley exige una solemnidad que no sea susceptible de cumplirse mediante documentos electrónico;*
- b) Aquellos en que la ley requiera la concurrencia personal de alguna de las partes, y*
- c) Aquellos relativos al derecho de familia.*

La firma electrónica, cualquiera sea su naturaleza, se mirará como firma manuscrita para todos los efectos legales, sin perjuicio de lo establecido en los artículos siguientes”.

Los documentos electrónicos y su valor como instrumentos públicos.

A su turno, el artículo 4° señala que los documentos electrónicos que tengan la calidad **de instrumento público** deberán suscribirse mediante **firma electrónica avanzada**. Por su parte, el artículo 5° dispone que:

“Los documentos electrónicos podrán presentarse en juicio y, en el evento de que se hagan valer como medio de prueba, habrá de seguirse las reglas siguientes:

- 1. Los señalados en el artículo anterior, harán plena prueba de acuerdo con las reglas generales, y*
- 2. Los que posean la calidad de instrumento privado, en cuanto hayan sido suscritos con firma electrónica avanzada, tendrán el mismo valor probatorio*

señalado en el número anterior. Sin embargo, no harán fe respecto de su fecha, a menos que éste conste a través de un fechado electrónico otorgado por un prestador acreditado.

En el caso de documentos electrónicos que posean la calidad de instrumento privado y estén suscritos mediante firma electrónica, tendrán el valor probatorio que corresponda, de acuerdo a las reglas generales."

Luego, el Título II de la ley refiere al uso de firmas electrónicas por los órganos del Estado, autorizando en el artículo 6° a "los órganos del Estado a ejecutar o realizar actos, celebrar contratos y expedir cualquier documento, dentro de su ámbito de competencia, suscribiéndolo por medio de firma electrónica". Hacen excepción a esta regla, las "actuaciones para las cuales la Constitución Política o la ley exija una solemnidad que no sea susceptible de cumplirse mediante documento electrónico, o requiera la concurrencia personal de la autoridad o funcionario que deba intervenir en ellas." Como contra excepción, el inciso 3° del artículo 6°, dispone que "lo dispuesto en este título no se aplicará a las empresas públicas creadas por ley, las que se regirán por las normas previstas para la emisión de documentos y firmas electrónicas por particulares".

En este sentido, el artículo 7° de la ley dispone expresamente que:

"Los actos, contratos y documentos de los órganos del Estado, suscritos mediante firma electrónica, serán válidos de la misma manera y producirán los mismos efectos que los expedidos por escrito y en soporte de papel.

Con todo, para que tengan la calidad de instrumento público o surtan los efectos propios de éste, deberán suscribirse mediante firma electrónica avanzada".

Analizando el tema respecto de los órganos de la Administración del Estado, el Reglamento enumera los siguientes instrumentos públicos que, en el evento de optarse por la firma electrónica respecto de ellos, deben ser suscritos necesariamente utilizando la firma electrónica avanzada:

- a. Los decretos y resoluciones;
- b. Los acuerdos de órganos colegiados;
- c. Los contratos;
- d. Cualquier otro documento que exprese la voluntad del órgano o servicio público de la administración del Estado en ejercicio de sus potestades legales;
- e. Todo documento que revista la naturaleza de instrumento público o aquellos que deban producir los efectos jurídicos de éstos.

En cuanto a las personas, la legislación posibilita que las mismas personas puedan relacionarse con los órganos del Estado a través de técnicas y medios electrónicos con firma electrónica, siempre que se ajusten al procedimiento descrito por la ley y que tales técnicas y medios sean compatibles con los que utilicen dichos órganos.⁶

Algunas nociones acerca de la formación del consentimiento, de las diversas clases de contratos en relación a su perfeccionamiento.

Preliminarmente, cabe señalar que se ha entendido que la formación del consentimiento en un contrato es un proceso que recorre dos etapas distinguibles entre sí: la oferta y la aceptación. La oferta es un acto jurídico unilateral, por el cual una persona le propone a otra la celebración de una determinada convención, mientras que la aceptación es el acto jurídico unilateral por el cual el destinatario de la oferta manifiesta su conformidad con ella.⁷

Determinar el momento en que se forma el consentimiento tiene importancia práctica, como se desprende de los aspectos que destacamos a continuación, según tradicionalmente se trata: (i) en lo que respecta a la capacidad de las partes; éstas deben ser capaces al momento de perfeccionar el contrato; (ii) en lo que respecta al objeto del contrato; ha de ser lícito al momento de celebrarse la convención; (iii) en lo que respecta a las leyes que se aplicarán al contrato, se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración⁸; (iv) en lo que respecta a los efectos del contrato, él producirá sus efectos desde el momento en que se perfecciona; y (v) en lo que respecta a la retractación del oferente, una vez formado el consentimiento, el oferente no puede retractarse válidamente, estando obligado a cumplir el contrato.⁹

Ahora bien, el lenguaje coloquial para referirse al nacimiento de un contrato usa la expresión "*celebrar*", empero la expresión técnica para decir que un acto jurídico ha nacido en conformidad a la ley y se encuentra en aptitud para producir sus efectos se utiliza el término "*perfeccionar*". Así, al momento de perfeccionarse el contrato, se inicia su vigencia y las partes adquieren sus calidades de tales. Dentro de esta clasificación, se distinguen las siguientes clases de contratos:

⁶ Véase art. 8° de la Ley N° 19.799.

⁷ En esta materia el Código Civil chileno mantuvo un total silencio, por lo que el Código de Comercio suple una sensible omisión, reglamentando así la formación del consentimiento en los artículos 97 al 108 de dicho código.

⁸ Artículo 22 de la Ley de Efecto Retroactivo de las Leyes.

⁹ Cabe hacer presente que esta es la regla general en materia contractual, sin perjuicio de que en aquellas convenciones que se encuentran sujetas a las disposiciones de la Ley N° 19.496, tiene aplicación lo previsto en el artículo 3° bis, disposición que regla el denominado derecho a retracto, aplicable a la contratación electrónica.

a. Contrato consensual: Es el que se perfecciona por el solo consentimiento. Basta con la manifestación concordante de la voluntad del oferente y el aceptante para que el acto jurídico sea perfecto. La manifestación de la voluntad pura y simple es apta para dar el perfeccionamiento al acto. Esta es la regla general del derecho civil, en donde se utiliza el principio de que la palabra empeñada basta para obligar a las personas. Sin embargo, el Código Civil comprendió que las palabras, sin estar formalmente recogidas más allá del propio lenguaje, podían perderse o desdibujarse en el tráfico civil, y por ello impone la escrituración, como regla, en los actos consensuales. Pero lo hace por vía negativa, disponiendo que los actos que deben consignarse por escrito no pueden probarse por testigos¹⁰. De esta manera, la escrituración recoge el sentido de acuerdo reducido al lenguaje que se convierte en el contenido formal que da cuenta del tenor de la obligación. Con todo, esa limitación probatoria sólo rige en materia civil, y únicamente respecto de obligaciones que han de consignarse por escrito, que son aquellas que provienen de actos jurídicos o contratos que contienen la entrega o promesa de entrega de una cosa que valga más de dos unidades tributarias.¹¹

b. Contratos solemnes: Para que sean perfectos, se requiere la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no producen efectos civiles. En el contrato solemne, la sola manifestación de voluntad no es capaz de perfeccionar el contrato, es más, en el acto jurídico solemne la voluntad tiene que manifestarse a través de ciertas formas externas que la contienen, de tal manera que sin estas formas, no hay voluntad. Las formalidades son aquellas que van incorporadas al perfeccionamiento del acto jurídico, que sirven para contener la voluntad. Cuando un acto jurídico es solemne, la solemnidad exigida por ley es necesariamente la manera en que se debe manifestar la voluntad. Las solemnidades legales, en consecuencia, son aquellas que crea la ley, y como tal, son las que dan el carácter de solemne a la realización del acto. Si un acto jurídico es solemne por ley, y si dicha solemnidad no se cumple, el acto se mirará como no celebrado o no ejecutado.¹²

Las formalidades pueden ser de diversa índole: instrumentos públicos o privados, presencia de un funcionario, testigos, etc. Pero sólo son solemnidades aquellas que la ley prescribe en atención a la naturaleza del acto en sí mismo. Las formalidades que se imponen en razón de la calidad o estado de las personas que en ellos intervienen no son solemnidades, sino

¹⁰ Conforme a lo dispuesto por el artículo 1708 del Código Civil, "No se admitirá prueba de testigos respecto de una obligación que haya debido constar por escrito."

¹¹ Ver Artículo 1709 del Código Civil.

¹² Cabe destacar que las partes también pueden acordar ciertas formalidades, en cuyo caso el origen es voluntario y no legal, tal como lo contempla el artículo 1802 del Código Civil, respecto de la compraventa de cosas diversas a los bienes raíces, censo, servidumbre y las de una sucesión hereditaria.

formalidades habilitantes o de protección de determinadas personas. Por eso, no todos los requisitos externos son solemnidades. Se distinguen: solemnidades propiamente tales, formalidades habilitantes e instrumentos "*ad probationem*", cuya omisión produce nulidad absoluta, relativa, ineficacia respecto de terceros o privación de un medio de prueba, respectivamente.

- c. Contrato real:** Es aquel que se perfecciona con la entrega de la cosa a que se refiere, como sucede por ejemplo en el caso del mutuo, comodato, depósito o prenda. Aquí no basta con el consentimiento, la ley exige la entrega de la cosa a que se refiere el acto. Los contratos reales generan la obligación de restituir, y no puede existir restitución sin entrega. La existencia de esta clase de contratos está subordinada al cumplimiento de una prestación previa de parte del futuro acreedor y puesto que consiste en la entrega de una cosa se les denomina reales. Todos generan la obligación de restituir y la previa entrega de la cosa que ha de restituirse es, por lo tanto, indispensable.¹³

Perfeccionado el contrato de la manera que se ha indicado precedentemente conforme a su naturaleza, de conformidad con el principio de la fuerza obligatoria, previsto en el artículo 1545 del Código Civil, el contrato "*es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales*".

De esta manera, el Código Civil eleva a la categoría de ley el convenio libre y lícitamente concertado. Por cierto, se exige un mínimo de requisitos: capacidad legal de los contrayentes, el consentimiento no viciado, la existencia de un objeto lícito y de una causa lícita. Cumpliéndose con esas condiciones, los particulares son libres y soberanos para concertar los contratos que deseen.

En este panorama general, la irrupción de nuevas tecnologías permite afirmar que la escrituración en papel no es la única manera de consignar una obligación contractual por escrito. Las nuevas tecnologías permiten la formación del consentimiento por vehículos tecnológicos que permiten consignar el respectivo acuerdo en soportes distintos al papel. En muchos casos, el lenguaje usado es sólo un instrumento de traducción, pues el contenido intrínseco del acuerdo está registrado en un lenguaje informático o electrónico.¹⁴ Estos documentos electrónicos, para efectos procesales, han debido ser homologados respecto de su suscripción (firma) y fecha. A este respecto, deben tenerse presente las normas de la ley y su última reforma, que modifica algunas disposiciones del Código

¹³ Por ejemplo, el artículo 2196 del Código Civil define al mutuo o préstamo de consumo como un contrato en que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosa fungible con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad.

¹⁴ Sobre el particular, véase a Pinochet Olave, Ruperto, *Derecho Civil y Nuevas Tecnologías. La formación del consentimiento electrónico*, LexisNexis, Santiago, 2007.

de Procedimiento Civil. Se trata de establecer un procedimiento para el reconocimiento o "percepción" del documento y su posterior "autenticación".¹⁵

En el otro extremo, y paradójicamente, hay áreas del comercio en que la escrituración en papel es exigida, al menos para la aceptación que debe dar el aceptante, y se regula minuciosamente hasta el tamaño de la letra, como es el caso de cláusulas contractuales de contratos de adhesión, reguladas por la Ley N° 19.496 sobre protección a los derechos de los consumidores, cuestión que se salva con la homologación prevista en la ley. El contrato por adhesión es aquel cuyas cláusulas son dictadas o redactadas por una sola de las partes, limitándose la otra sólo a aceptarlas, adhiriéndose al contrato. En consecuencia, en los contratos de adhesión no hay negociación previa, sino que una de las partes simplemente lo acepta. La Ley N° 19.496 define el contrato de adhesión como "*aquel cuyas cláusulas han sido propuestas unilateralmente por el proveedor sin que el consumidor, para celebrarlo, pueda alterar su contenido*".¹⁶

Jorge López Santa María estima que la característica principal del contrato de adhesión se encuentra en el desequilibrio del poder negociador de las partes¹⁷, lo anterior se debe a que una de ellas está en inferioridad económica y no tiene otra alternativa. En los contratos de adhesión la oferta tiene características especiales: es general, destinada a una colectividad de contratantes; es permanente, se mantiene en vigor mientras el autor no la modifica; y es generalmente detallada.

De manera muy breve, como requisitos de forma de este tipo de contrato, el artículo 17 de la Ley N° 19.496 establece que: a) Los contratos deben estar escritos de modo legible y en idioma castellano, salvo aquellas palabras de otro idioma que el uso haya incorporado al léxico o salvo que el consumidor acepte expresamente el contrato en otro idioma. Esa aceptación debe constar por escrito en un documento anexo al contrato y que debe ser redactado en español; y b) El contrato debe estar firmado por ambas partes.

Dentro de los requisitos de fondo, el artículo 16 de esa ley establece que: a) No puede estipularse una cláusula que otorgue a una de las partes la facultad de dejar sin efecto o modificar a su arbitrio el contrato; b) No tienen validez las

¹⁵ Pinochet Olave, Ruperto (n. 16), cit. p. 65, "*ofrece las características básicas que debe tener todo documento electrónico, si quiere cumplir funciones negociables y probatorias. En cuanto a la firma, debe ser un signo personal; debe permitir identificar a su autor y ser personalísima, es decir, de difícil utilización por otros; debe permitir autenticar el texto contenido en el documento, en el sentido de vincularlo al sujeto que lo ha suscrito; debe garantizar la no repudiación, esto es, que el signatario o firmante no pueda fácilmente desconocer su autoría. Respecto del documento mismo, debe garantizar la integridad de los datos que contiene, es decir, debe ser difícil realizar alteraciones en él, o al menos se debe poder, con cierta facilidad, detectar cambios o alteraciones fraudulentas en su contenido y debe perdurar en el tiempo, para cumplir las funciones de archivo, prueba y publicidad*".

¹⁶ Artículo 1° N° 6 de la Ley N° 19.496.

¹⁷ López Santa María, Jorge, *Los Contratos, Parte General*, Tomo I, (2005), p. 152.

cláusulas que establezcan incrementos en el precio por servicios o accesorios que no están previamente contratados; c) No tienen validez las estipulaciones que pongan de cargo del consumidor los efectos de deficiencias, omisiones o errores administrativos cuando ellos no le sean imputables; d) No puede invertirse la carga de la prueba en perjuicio del consumidor; e) No tienen validez las cláusulas que establezcan una exención de responsabilidad absoluta que priven al consumidor de ser resarcido de los perjuicios que se le irroguen; f) No tienen validez los contratos que incluyan espacios en blanco no llenados o inutilizados antes de suscribir el contrato; g) Si en estos contratos se designa un árbitro, el consumidor puede recusar sin necesidad de expresar causa y puede pedir al juez ordinario competente la designación de un nuevo árbitro.

Firma electrónica en particular y el valor probatorio de los documentos suscritos a través de este medio.

En Chile, la firma electrónica actúa como un mecanismo verificador de la identidad del autor del documento, por lo tanto es un medio para aumentar la confianza en los compromisos que constan en algún soporte. De esta forma, si el documento se firma, pasa a tener un autor conocido, quien acepta su contenido y se responsabiliza de lo que se declare, pasando así a tener un valor probatorio que será mayor o menor dependiendo del tipo de firma que se utilice según la clasificación a la que nos referiremos a continuación.

Se distinguen dos clases de firmas electrónicas, a saber: a) **la Firma Electrónica Simple**, definida en el artículo 2 letra f) como *cualquier sonido, símbolo o proceso electrónico, que permite al receptor de un documento electrónico identificar al menos formalmente a su autor, y*, b) **la Firma Electrónica Avanzada**, definida en la letra g) del mismo artículo, como *aquella certificada por un prestador acreditado, 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.*

Esta distinción obedece, principalmente, al valor probatorio que tienen los documentos electrónicos suscritos con una u otra clase de firma, pues mientras que el documento suscrito mediante Firma Electrónica Avanzada produce plena prueba, el documento suscrito con Firma Electrónica Simple tendrá el valor probatorio que corresponda según las reglas generales.¹⁸

Por otra parte, en cuanto a la forma cómo opera la formación del consentimiento en la contratación electrónica, la ley no se pronuncia sobre este tema,

¹⁸ Artículo 5° de la Ley.

razón por la cual habrá de recurrirse a las normas contenidas en el Código de Comercio relativas a la formación del consentimiento.

En caso de que el contrato que se pretenda celebrar requiera de la manifestación de voluntad de ambas partes, como sucede en el caso de los contratos consensuales, basta la sola aceptación de la persona a quien vaya dirigida la oferta para que éste se entienda celebrado, razón por la cual, en caso de que el aceptante manifieste su voluntad a través de la firma del documento mediante la firma electrónica, el contrato empezará a producir sus efectos y la prueba del consentimiento será el documento electrónico que la contenga. Lo anterior, sin perjuicio de lo señalado a propósito de los contratos de adhesión.

Distinta es la situación en el caso de que se requiera para el perfeccionamiento la entrega de la cosa –contrato real– o el cumplimiento de ciertas solemnidades –contrato solemne–, pues, en el primer caso, se requerirá la prueba de la entrega de la cosa, mientras que en el segundo el cumplimiento de la solemnidad respectiva.

Cabe hacer presente que si la solemnidad consistiere en que el contrato conste por escrito, como sucede por ejemplo en el contrato de promesa de celebrar un contrato, la solemnidad se cumple con la suscripción de un documento electrónico, que suple conforme a los términos del artículo 3° al documento con un soporte de papel.

En cuanto a los contratos solemnes, es importante destacar lo señalado en los artículos 4° y 7° de la ley. Estas normas permiten la celebración de instrumentos públicos en los siguientes términos:

“Artículo 4°. Los documentos electrónicos que tengan la calidad de instrumento público, deberán suscribirse mediante firma electrónica avanzada.”

“Artículo 7°. Los actos, contratos y documentos de los órganos del Estado, suscritos mediante firma electrónica, serán válidos de la misma manera y producirán los mismos efectos que los expedidos por escrito y en soporte de papel. Con todo, para que tengan la calidad de instrumento público o surtan los efectos propios de éste, deberán suscribirse mediante firma electrónica avanzada”.

Corroboro lo que se viene señalando lo indicado en el mensaje del proyecto que dio origen a la Ley, en cuanto al artículo 3° de la Ley, inciso 2°, que no homologa a los documentos electrónicos con los documentos celebrados por escrito o en soporte papel, cuando: a) la ley exige una solemnidad que no sea susceptible de cumplirse mediante documentos electrónicos; b) la ley requiera la concurrencia personal de alguna de las partes, y c) los relativos al derecho de familia. Al efecto señala el mensaje presidencial, en su parte pertinente:

“... si bien desde el punto de vista estrictamente técnico, es posible celebrar por medio de documentos electrónicos algunos actos y contratos solemnes, como por ejemplo los que requieren escritura pública o inscripción en un registro especial, su reconocimiento legal implicaría reformas más profundas al ordenamiento jurídico, finalidad que es ajena a este proyecto de ley”. “Con relación a esta excepción, hay que hacer presente que se utiliza el término solemnidad especial, para diferenciarla de la solemnidad que consiste meramente en que el acto o contrato conste por escrito. Ello porque es perfectamente posible, sin alterar las normas del ordenamiento jurídico, que los actos y contratos cuya solemnidad consiste solamente en su constancia por escrito, puedan celebrarse por medio de documentos electrónicos, los que además son documentos escritos”. “La segunda excepción a esta norma de asimilación, se refiere a los actos y contratos que exigen la comparecencia de los otorgantes, que, obviamente, no puede suplirse a través de un documento electrónico. Por último, la tercera excepción se refiere a los actos de familia, como el reconocimiento de hijo, la adopción, el acuerdo sobre la patria potestad, etc.. Encuentra su explicación en el carácter solemne de dichos actos, por una parte, y, por la otra, en que la mayoría de ellos, por su importancia, son personalísimos”. “Se ha querido excluir de este proyecto la regulación específica de las escrituras públicas y demás instrumentos públicos, debido a que regularlas conllevaría, de modo contrario al enfoque de esta propuesta, una reforma más amplia de cuerpos legales como el Código Orgánico de Tribunales, el Reglamento del Conservador de Bienes Raíces y otras normas legales y reglamentarias. Lo anterior con la salvedad de los documentos públicos emanados de la actividad de la Administración del Estado, que se reguló en un título especial del proyecto. Sin embargo, esta normativa recoge la posibilidad de que, una vez autorizada por otra ley la creación de documentos electrónicos públicos, éstos tendrán pleno valor en conformidad a sus disposiciones”.¹⁹

Entendemos que se ubica en esta misma línea la Dirección del Trabajo, la que se pronunció positivamente en cuanto al otorgamiento de contrato de trabajo haciendo uso de los medios de firma electrónica, establecidos en la Ley, en tanto su implementación no impida las labores de fiscalización de ese servicio. De igual forma, ha aceptado el manejo de los contratos de forma electrónica y otras documentaciones por este mismo medio, tales como comprobante de feriado.²⁰

Ahora bien, la manera de probar un contrato desde un punto de vista sustantivo, está determinada por la naturaleza del contrato: real, solemne o consensual,

¹⁹ Ibíd. (n. 5)

²⁰ Ord. 3161/064 de 29 de Julio de 2008, que modifica criterio contenido en Ord. 375 de 25 de enero de 2005. Cabe destacar que la opinión de la Dirección del Trabajo no alcanza, por ejemplo, al finiquito laboral, acto unilateral que debe cumplir con ciertas solemnidades legales y resulta ser presencial.

y por las limitaciones que a este respecto establece la ley, en relación a determinados medios de prueba.²¹

Por regla general, los contratos consensuales y reales se pueden probar por cualquier medio, pero si contienen la entrega o promesa de entrega de una cosa que valga más de dos unidades tributarias, deberán constar por escrito. Tampoco puede admitirse la prueba de testigos, *"en cuanto adicione o altere de modo alguno lo que se exprese en el acto o contrato, ni sobre lo que se alegue haberse dicho antes, al tiempo o después de su otorgamiento..."*²² Excepcionalmente, la prueba de testigos procede cuando hay un principio de prueba por escrito, cuando ha sido imposible obtener una prueba escrita y en los demás casos exceptuados en el mismo Código y en los Códigos especiales".²³

Los contratos solemnes deben probarse con la solemnidad que la ley les impone, bajo la sanción que la ley le asocia a su omisión, que por regla general será la nulidad absoluta del acto o contrato. Con todo, debe dejarse constancia de que conforme la doctrina más reciente de la Excelentísima Corte Suprema, el mandato para celebrar un contrato solemne no debe necesariamente otorgarse con la misma solemnidad que la ley exige para la celebración del contrato encomendado²⁴. De esta manera, en caso de que se pretenda suscribir un contrato de mandato que contuviera la facultad de suscribir pagarés, dicho contrato perfectamente puede probarse a través de un documento electrónico firmado a través de la firma electrónica simple, precisamente porque no se comunica la solemnidad para la celebración del acto o contrato encomendado.

En opinión de David Stitchkin, el mandato conferido para la celebración de un contrato solemne *"no se halla sujeto a ninguna formalidad, salvo naturalmente en los casos en que la ley lo dispone así. Exigir que el mandato se otorgue con sujeción a las mismas solemnidades que debe llenar el contrato encomendado es un error proveniente de la confusión de dos actos jurídicos distintos: uno, el mandato, otro el contrato cuya celebración se encomienda..."* Agrega el autor que basta la lectura del artículo 1448 del Código Civil para concluir que dentro del concepto de nuestro legislador es el representante o mandatario quien contrata, aun cuando en razón de la modalidad llamada representación se produzcan respecto del mandante *"iguales efectos que si hubiese contratado él mismo"*²⁵.

²¹ Las normas probatorias a que nos referimos son las propias del derecho civil, previstas en el Código Civil y en el Código de Procedimiento Civil.

²² Ver incisos 1° y 2° del artículo 1709 del Código Civil

²³ Artículo 1711, inciso final, Código Civil.

²⁴ Corte Suprema, sentencia de 13 de septiembre de 2007, causa Rol N° 3169-2005, mediante la cual se rechazó el recurso de casación en el fondo interpuesto, confirmando así las sentencias de los jueces del fondo, que estimaron que el poder para vender una sucesión hereditaria no debe necesariamente otorgarse por escritura pública, pese a un voto en contra del Ministro Muñoz, quien estimó que el contrato es nulo, si el apoderado del vendedor actúa con poder otorgado por instrumento privado.

²⁵ Stitchkin Branover, David, *El Mandato Civil*, (1965).

Por otra parte, la ley ha regulado minuciosamente el valor probatorio, tanto de los instrumentos públicos como de los instrumentos privados, en los artículos 1699 al 1707 del Código Civil.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 1699 del Código Civil, instrumento público o auténtico es el autorizado con las solemnidades legales por el competente funcionario. Dado que nuestra legislación no define, por su parte, al instrumento privado, aquél se conceptualiza por exclusión de las características del público.

El artículo 1700 del Código Civil señala que el instrumento público hace plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado, a que los otorgantes manifestaron lo que en ellos se consigna y a su fecha, pero no en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho los interesados, salvo contra los declarantes. En consecuencia, el instrumento público hace plena prueba, tanto respecto de los declarantes cuanto de los terceros, en lo que respecta a su fecha, al hecho de haberse realmente otorgado, y al hecho de haberse efectuado por los interesados las declaraciones que en ellos se consignan. Estas últimas, en cambio, sólo afectan, esto es, solamente obligan a los declarantes o a quienes sus derechos representen.

El instrumento privado, que como se dijo no tiene definición legal, doctrinariamente ha sido concebido como todo escrito que da constancia de un hecho y que ha sido otorgado sin formalidad o solemnidad alguna. Lo importante de esta clase de instrumento es que deje testimonio de un hecho. La ley no sujeta a los instrumentos privados a solemnidad alguna; pueden o no estar firmados por las partes; y pueden, incluso, hasta omitir el lugar y fecha en que han sido otorgados. A diferencia de los instrumentos públicos, los privados, por el hecho de ser tales, no llevan en sí mismos un sello de autenticidad. Para obviar este inconveniente, nuestro legislador acepta que un instrumento privado se le tenga por auténtico, siempre que haya sido reconocido, y le asigna fecha cierta en los casos que él mismo enumera.

Se tendrán por reconocidos estos instrumentos cuando así lo haya declarado en el juicio la persona a cuyo nombre aparece otorgado el instrumento o la parte contra quien se hace valer. Igualmente se tendrán por reconocidos cuando se declare la autenticidad del instrumento por resolución judicial.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 1702 del Código Civil, *“el instrumento privado, reconocido por la parte a quien se opone, o que se ha mandado a tener por reconocido en los casos y con los requisitos prevenidos por la ley, tienen el valor de escritura pública respecto de los que aparecen o se reputan haberlo suscrito, y de las personas a quienes se han transferido las obligaciones y derechos de éstos.”* Por su parte, el instrumento privado que no haya sido reconocido carece de

valor probatorio; y el tribunal, al ponderarlo en la sentencia definitiva, tendrá que restarle todo mérito, lo mismo que si no se hubiera presentado.

Por consiguiente, un instrumento privado suscrito mediante firma electrónica no tendrá la limitante del artículo 1709 antes referido, toda vez que ha de entenderse cuando esa disposición señala que "*deberán constar por escrito*", que tal expresión incluye no sólo al papel, sino también a los "documentos electrónicos". En este sentido ha de entenderse la exigencia en que se pide una "escrituración" documentada, ya sea en papel o en soporte digital que pueda ser autenticado.

Por último, cabe consignar que con fecha 12 de noviembre de 2007 se publicó y entró en vigencia la Ley N° 20.217 que "*Modifica el Código de Procedimiento Civil y la Ley 19.799 sobre Documento Electrónico, Firma Electrónica y los Servicios de Certificación de dichas Firmas,*" incorporando al catálogo de los documentos que deben ser considerados como instrumentos públicos en juicio del artículo 342 del Código de Procedimiento Civil, un nuevo numeral relativo a: 6° los documentos electrónicos suscritos mediante firma electrónica avanzada.

En virtud de lo anterior, los documentos electrónicos suscritos a través de firma electrónica avanzada hacen plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado, de su fecha y, respecto de los otorgantes, de sus declaraciones en él contenidas, concordando de esta manera las disposiciones del Código de Procedimiento Civil al artículo 5° número 1) de la Ley, la que otorga valor de plena prueba a los documentos electrónicos que tuvieren la calidad de públicos, en tanto instrumentos que deben ser suscritos mediante firma electrónica avanzada.

Además de lo anterior, la Ley N° 20.217 incorpora al Código de Procedimiento Civil el artículo 348 bis²⁶, el cual regula la forma en que los documentos electrónicos, privados o públicos, deben ser aportados al proceso. Para estos efectos se dispone la necesidad de celebrar una "*audiencia de percepción documental*". A esta audiencia se citará a las partes con el objeto de revisar y conocer el contenido y forma de los documentos aportados. En ese sentido, se impone la

²⁶ El artículo 348 bis del Código de Procedimiento Civil dispone que: "Presentado un documento electrónico, el Tribunal citará para el 6° día a todas las partes a una audiencia de percepción documental. En caso de no contar con los medios técnicos electrónicos necesarios para su adecuada percepción, apercibirá a la parte que presentó el documento con tenerlo por no presentado de no concurrir a la audiencia con dichos medios. Tratándose de documentos que no puedan ser transportados al tribunal, la audiencia tendrá lugar donde éstos se encuentren, a costa de la parte que los presente. En caso que el documento sea objetado, en conformidad con las reglas generales, el Tribunal podrá ordenar una prueba complementaria de autenticidad, a costa de la parte que formula la impugnación, sin perjuicio de lo que se resuelva sobre pago de costas. El resultado de la prueba complementaria de autenticidad será suficiente para tener por reconocido o por objetado el instrumento, según corresponda. Para los efectos de proceder a la realización de la prueba complementaria de autenticidad, los peritos procederán con sujeción a lo dispuesto por los artículos 417 a 423. En el caso de documentos electrónicos privados, para los efectos del artículo 346, N°3, se entenderá que han sido puestos en conocimiento de la parte contraria en la audiencia de percepción.

carga procesal a la parte que pretende incorporar el medio de prueba al pleito, de aportar los medios necesarios para la adecuada revisión de los documentos electrónicos de que se trate si el tribunal carece de los mismos.

Los documentos electrónicos privados, en conformidad a lo ya señalado, deberán acompañarse bajo el apercibimiento del artículo 346 N°3, plazo que comenzará a correr desde la realización de la audiencia de percepción que ordena el artículo 348 bis recién mencionado, oportunidad en que se pone en conocimiento de la contraria.²⁷

Si el documento es objetado, el Tribunal puede disponer una prueba complementaria de autenticidad, la que se llevará a efecto por peritos que en su cometido deberán ajustarse a lo previsto en los artículos 417 a 423 del Código de Procedimiento Civil. El resultado de la prueba complementaria de autenticidad es suficiente *"para tener por reconocido o por objetado el documento, según corresponda"*. De esta manera, el resultado de la pericia será determinante para el juez. Por primera vez se admite –según entienden algunos– que la opinión de un tercero extraño al juicio prevalezca por sobre la del juez. Por consiguiente, la norma que establece que *"los tribunales apreciarán la fuerza probatoria del dictamen de peritos en conformidad a las reglas de la sana crítica"*, en este caso no tendría aplicación²⁸

Lo anterior opera sólo en caso que se discuta respecto de la autenticidad del instrumento electrónico privado, por cuanto el propio artículo 348 bis en su inciso final indica que para los fines del artículo 346 N° 3 se entiende que ese documento se pone en conocimiento de la contraria en la audiencia de percepción documental, como ya se dijo. De esta forma, el afectado podrá alegar su falsedad o falta de integridad, al margen de la falta de autenticidad a que pudieren haber llegado los peritos tramitando el incidente respectivo, conforme a lo dispuesto en el artículo 355 del Código de Procedimiento Civil.²⁹

Sin perjuicio de ello, si los peritos concluyen que el documento es auténtico, las posibilidades de impugnación quedan reducidas a la alegación de falsedad o falta de integridad y su valor probatorio será el que corresponda conforme a las normas generales, al igual que cualquier instrumento privado acompañado en juicio.

Del mismo modo, esta Ley N° 20.217 introduce modificaciones a la ley, agregando en su artículo 2° el concepto de *"fecha electrónica"*. Además de ello,

²⁷ Se ha discutido cómo se computa el plazo de 6 días cuando el documento es acompañado en la demanda, en atención a lo previsto en el artículo 255 del mismo código (al vencimiento del término de emplazamiento).

²⁸ Artículo 425 del Código de Procedimiento Civil.

²⁹ Es de interés sobre esta materia, el artículo de don Héctor Oberg Yáñez, en revista *Actualidad Jurídica* N°18, Universidad del Desarrollo, julio de 2008.

modifica el artículo 5° en el sentido de otorgar pleno valor probatorio a los instrumentos privados suscritos con firma electrónica avanzada y señalar que, respecto de su fecha sólo harán fe cuando ésta conste por fechado electrónico otorgado por prestador autorizado, en plena concordancia, como hemos señalado, con la introducción del numeral 6° del artículo 342 del Código de Procedimiento Civil.

Normas de la Ley de Protección de los Derechos del Consumidor referentes a los documentos electrónicos.

Cabe hacer presente en esta materia que la Ley de Protección de los Derechos del Consumidor se preocupó expresamente de la contratación electrónica. Específicamente, las modificaciones que la Ley N° 19.955³⁰ introdujo a esa ley, responden a la necesidad de abordar esa materia. Antes de la referida reforma, la Ley del Consumidor señalaba en su artículo 12 que *“todo proveedor de bienes o servicios estará obligado a respetar los términos, condiciones y modalidades conforme a las cuales se hubiere ofrecido o convenido con el consumidor la entrega del bien o la prestación del servicio”*. Y la Ley N° 19.955 reguló expresamente la contratación electrónica, agregando un artículo 12 A, en los siguientes términos:³¹

“Artículo 12 A: En los contratos celebrados por medios electrónicos, y en aquellos en que se aceptare una oferta realizada a través de catálogos, avisos o cualquier otra forma de comunicación a distancia, el consentimiento no se entenderá formado si el consumidor no ha tenido previamente un acceso claro, comprensible e inequívoco de las condiciones generales del mismo y la posibilidad de almacenarlos o imprimirlos.

La sola visita del sitio de Internet en el cual se ofrece el acceso a determinados servicios no impone al consumidor obligación alguna, a menos que haya aceptado en forma inequívoca las condiciones ofrecidas por el proveedor.

Una vez perfeccionado el contrato, el proveedor estará obligado a enviar confirmación escrita del mismo. Ésta podrá ser enviada por vía electrónica o por cualquier medio de comunicación que garantice el debido y oportuno conocimiento del consumidor, el que se le indicará previamente. Dicha confirmación deberá contener una copia íntegra, clara y legible del contrato”.

Sin perjuicio de lo pertinente de estas normas, ellas sólo rigen *“las relaciones entre proveedores y consumidores”* y *“las infracciones en perjuicio del consumi-*

³⁰ Publicada en el Diario Oficial de 14 de julio de 2004.

³¹ La Ley 19.955 también agregó el artículo 3 bis a la Ley del Consumidor, referente al derecho de retracto en esta clase de contratos.

dor,” en los términos señalados en su artículo 1°. Sin embargo, algunos autores parecen entender que estas normas rigen a toda oferta pública.

En consecuencia, la Ley de Protección de los Derechos del Consumidor viene en ratificar el criterio de la homologación a que hace referencia el artículo 3° de la Ley N° 19.799, toda vez que reconoce expresamente el valor del documento electrónico. Lo anterior, sin perjuicio de que es evidente que el contrato de que se trata quedará sometido también a ese cuerpo normativo.