

UNIVERSIDAD DEL AZUAY

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

ESCUELA DE DERECHO

**“EL NOTARIO DIGITAL EN EL ECUADOR Y SUS
LIMITACIONES NORMATIVAS”.**

Tesis previa a la obtención del Título de
Doctor en Jurisprudencia y Abogado de
los Tribunales de la República del Ecuador.

AUTOR:

JUAN FRANCISCO CARRASCO BERMÚDEZ.

DIRECTOR:

DR. HOMERO MOSCOSO JARAMILLO.

CUENCA - ECUADOR

2008 – 2009.

INDICE :

- **RESUMEN**
- **ABSTRACT**
- **DEDICATORIA**
- **AGRADECIMIENTOS**
- **PRESENTACIÓN**
- **INTRODUCCIÓN**

CAPÍTULO I: EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL NOTARIADO.

Introducción.-	18
.....	
1.1 Los Hebreos.-	20
.....	
1.2 Los Egipcios.-	20
.....	
1.3 Los Griegos.-	22
.....	
1.4 Roma.-	23
.....	
1.5 El Imperio Bizantino.-	25
.....	
1.6 La Edad Media.-	27
.....	
1.7 La Escuela de Bolonia.-	29
.....	
1.8 La Legislación Francesa.-	30
.....	
1.9 La Legislación Española.-	31
.....	
1.10 Orígenes del Notariado en América.-	33
.....	
1.11 El Escribano en el Ecuador.-	34
.....	

CAPÍTULO II: RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE AL NOTARIO DIGITAL Y AL COMERCIO ELECTRÓNICO EN EL ECUADOR.

2.1 Código de Procedimiento Civil.-	36
.....	
2.2 Ley Notarial.-	39
.....	
2.3 Ley de Comercio Electrónico.-	46
.....	
2.4 Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico.-	53
.....	
2.5 Reglamento General a la Ley de Comercio Electrónico.-	56
.....	
2.6 Reglamento para la Acreditación, Registro y Regulación de Entidades de Certificación de Información y Servicios relacionados.....	59

CAPÍTULO III: EL COMERCIO ELECTRÓNICO.

Introducción.-	64
.....	
3.1 El Comercio Electrónico.-	67
.....	
3.2 Principios Directrices del E-Commerce.-	68
.....	
3.3 Sistemas utilizados para el Comercio Electrónico.-	72
.....	
3.4 Dificultad en la regulación de el E-Business.-	73
.....	
3.5 Las Redes.-	74
.....	
3.6 El Internet.-	75
.....	
3.7 La Contratación Electrónica.-	77
.....	
3.8 Oferta, Aceptación y Comunicaciones Comerciales.-	80
.....	

3.9 Momento y Lugar de Perfección del Contrato.-	86
.....	
3.10 Ley Aplicable y Competencia de Jurisdicción.-	89
.....	
3.11 Protección a los Consumidores.-	90
.....	
3.12 El Pago Electrónico.-	96
.....	
3.13 Solución de Conflictos en el Comercio Electrónico.-	98
.....	

CAPÍTULO IV: LA FIRMA DIGITAL

Introducción.-	101
.....	
4.1 La Firma Hológrafa.-	103
.....	
4.2 La Firma Digital.-	104
.....	
4.3 Los Documentos.-	106
.....	
4.4 El Documento Electrónico.-	107
.....	
4.5 Sistemas de Seguridad de los Documentos Informáticos: La Criptografía.-	110
.....	
4.6 Sistemas de Criptografía Simétrica o de Llave Única.-	110
.....	
4.7 Sistema de Criptografía Asimétrica o de Llave Doble.-	112
.....	
4.8 Sistema combinado de ciframiento de texto por sistema simétrico múltiple y firma electrónica por sistema asimétrico de doble llave.....	114
4.9 Sistema Asimétrico con utilización de la Función “Hash” o Firma Digital.-	115
.....	
4.10 Firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido y producida por un dispositivo seguro de creación.....	118

4.11 La Firma Electrónica en el Ecuador.	119
.....	
4.12 Autoridades de Certificación de Información.-	120
.....	
4.13 Las Entidades de Certificación de Información.-	120
.....	
4.14 Los Certificados de Firma Digital.-	123
.....	
4.15 Titulares de Certificados y Firmas Electrónicas.-	126
.....	

CAPÍTULO V: EL NOTARIO DIGITAL

Introducción.-	127
.....	
5.1 La Fe Pública.-	129
.....	
5.2 El Notario.-	131
.....	
5.3 La Escritura Pública.-	134
.....	
5.4 El Protocolo Notarial.-	137
.....	
5.5 Análisis Comparativo de los Sistemas Notariales.-	138
.....	
5.6 Los Instrumentos Públicos Electrónicos.-	142
.....	
5.7 El Notario Digital o Cybernotary.-	143
.....	
5.8 La Función Notarial como Entidad de Certificación de Información.-	143
.....	
5.9 Autoridades de Registro Local.-	147
.....	
5.10 Proyectos y Leyes Extranjeras.-	150
.....	

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.-	
.....	152
ANEXO I: Glosario de Términos.-	
.....	157
BIBLIOGRAFÍA.-	
.....	162

RESUMEN

Desde la invención de la escritura, el hombre ha querido dejar registrado actos y contratos y los eventos más importantes de su tiempo para que éstos resistan los avatares del tiempo. Los Notarios han sido los profesionales encargados de documentar y dar fe de los instrumentos por ellos otorgados.

La aparición de nuevas tecnologías ha permitido el uso de las redes para el Comercio Electrónico. “El Notario Digital en el Ecuador y sus Limitaciones Normativas” explica como estos profesionales podrían asumir el papel de una Entidad de Certificación de Información o el de una Entidad de Registro Local.

ABSTRACT

Since the beginning of writing, the man has wanted to register his acts, contracts and any other important event of his time in order for them to survive the passing of time. Notaries have been the professionals in charge of documenting and giving testimony to the documents they have certified.

The appearance of new technologies has allowed the use of the web for E-Commerce. “The Cyber notary in Ecuador and his normative limitations” explains how these professionals could assume the role of e Information Certification Body or that of a Local Registry Body.

DEDICATORIA:

A mi madre adorada, ejemplo de amor y abnegación.

A la memoria de mi padre, cuya presencia extraño y añoro cada día de mi vida.

A Jazmín, Amor, Amistad y Ternura infinita.

AGRADECIMIENTOS:

Quiero expresar mis más sinceros agradecimientos al Sr. Dr. Homero Moscoso Jaramillo por su valiosa colaboración e inmensa paciencia.

Agradezco al Dr. Xavier Encalada Soto por la presentación que caballerosamente ha aportado a este ensayo.

Agradezco también a todas las personas que de una u otra manera me han apoyado y motivado durante la elaboración de esta investigación.

PRESENTACIÓN.

UN NOTARIO VIRTUAL PARA UNA SOCIEDAD VIRTUAL

He llegado a creer que el desarrollo del conocimiento del hombre se puede medir por la cantidad de invenciones a las que tiene que recurrir para hacer su vida más fácil, una especie de llaves maestras de la vida cotidiana. Muchas de esas invenciones tienen que ver con la desmaterialización de los bienes, utilizado este término en el más amplio sentido cognitivo.

Si mi estimado amigo lector, es realmente impensable la vida actual sin un invento como el dinero, pues tal y como está pensado el mundo de hoy en día, éste es como un gran mall en el que lo único necesario es el dinero con sus evolucionadas formas, para adquirir bienes y servicios.

La relación que ha sido tradicionalmente aceptada en el Derecho Civil es la de una persona con respecto a una cosa, más técnicamente llamada “bien”. En el Derecho Civil Francés Code Francais expedido por Napoleón, verbigracia, no se acepta la existencia de un derecho de propiedad intelectual. Sin embargo como la tecnología siempre anda muy por delante del derecho y con el devenir de los tiempos se han ido generando diversos tipos de derechos de carácter virtual, desmaterializando de este modo su anterior manera de presentarse, derechos que han requerido de regulación.

Pero yendo más allá, lo más importante de vivir en una sociedad virtual como la nuestra es que las relaciones personales se están despersonalizando, y las relaciones socioeconómicas, no requieren ahora para su realización la presencia física de las personas, en otras palabras se han ido virtualizando.

Actualmente, con el avance de la tecnología no solamente que se comercia y se hace negocios jurídicos con bienes que no tienen una presencia física, corpórea; es decir apreciable por los sentidos, sino que los contratantes ni siquiera están presentes, métodos de contratación que se van popularizando a través de la utilización del Internet y del Comercio Electrónico, que si bien está en sus inicios muestra posibilidades casi ilimitadas.

Dentro de este orden de cosas, quizá el reto más importante del Comercio Electrónico no es el conocimiento por el lego o por el público en general, sino como hacer más segura dicha contratación y el hecho de no tener un soporte documental hace que se busquen métodos de carácter electrónico para asegurar dichas transacciones.

Por lo demás la contratación Comercial moderna con su serie de nuevos tipos de contratos impuestos o de adhesión, requiere de celeridad, seguridad y eficacia para lograr así un intercambio más eficiente de bienes y servicios en esta era virtual.

Por otra parte el ordenamiento jurídico ecuatoriano establece para seguridad de las transacciones civiles, comerciales y patrimoniales, documentos que tienen el carácter de públicos o ejecutivos, a los cuales la ley les ha conferido más fuerza probatoria por haber sido emitidos por el funcionario competente; el Juez dentro de su ámbito en general contencioso y el Notario dentro del campo sobre todo de jurisdicción voluntaria.

En la presente tesis, su autor ha hecho el esfuerzo de analizar y presentar de una manera resumida los diferentes elementos que intervienen dentro del Comercio Electrónico y de los mecanismos técnicos de los cuales se sirve para conseguir seguridad en las transacciones comerciales y en como estas nuevas aplicaciones tecnológicas pueden facilitar el trabajo de los Notarios.

El Notario Digital, será una herramienta de trabajo y de consulta para todos aquellos que deseamos integrar esta área del conocimiento –la tecnología- a nuestro desenvolvimiento profesional.

Dr. Xavier Encalada Soto.

**“EL NOTARIO DIGITAL EN EL ECUADOR Y SUS
LIMITACIONES NORMATIVAS”.**

INTRODUCCIÓN

En el tercer milenio es incuestionable la interdependencia entre los Estados y sus habitantes a todo nivel, los países que quieran progresar no pueden actuar aislados o solos. El comercio internacional presenta grandes oportunidades para aprovechar la globalización de los mercados permitiendo conseguir grandes cantidades de clientes independientemente de su ubicación geográfica. Los nuevos fenómenos tecnológicos hacen evidente la necesidad de una capacitación especializada para profesionales y trabajadores que permita su adaptación a los entornos laborales con las nuevas tecnologías que van surgiendo.

Hasta hace pocos años el uso del comercio electrónico estaba limitado a las relaciones mercantiles entre grandes empresas a través de Intranets, hoy se está extendiendo a una compleja gama de actividades a escala mundial entre muchos participantes llámense éstos entidades del sector público, empresas o particulares cuyo número crece geométricamente.

La utilización del comercio electrónico facilita a las medianas y pequeñas empresas, el operar globalmente sin los altos costos que reclama la infraestructura de una cadena de distribución internacional y los gastos de representación o de traslados; en el ámbito de la administración pública, las autoridades podrán modernizar sus servicios y ofrecer una mejor atención a los ciudadanos. Por su parte los consumidores al tener acceso a un mayor número de proveedores, estimulan la competencia entre éstos lo que se traduce en el abaratamiento de los productos.

El intercambio de bienes y servicios realizados a través de las redes de comunicación bidireccionales ha venido a reducir el tiempo y hasta el espacio que separaban a vendedores y compradores. Los denominados e-markets son accesibles las veinticuatro horas del día desde las computadoras con conexión a Internet y en ellas se puede comprar todo tipo de objetos y servicios.

El ámbito del derecho no puede estar ajeno a esta revolución del campo tecnológico. Así la informática se presenta como objeto y como medio; en el primer caso, al derecho informático le corresponde la regulación de las repetidas tecnologías y en cuanto a medio, la informática jurídica estará al servicio del jurisconsulto permitiéndole el uso de diversas herramientas que ayuden a cubrir sus necesidades

profesionales como por ejemplo la utilización de grandes bases de datos¹ para el estudio normativo, jurisprudencial y doctrinario nacional e incluso internacional. Algunas de estas bases de datos contienen contratos premodelados, certificaciones y sentencias previamente elaboradas, que coadyuvan al ahorro de tiempo y recursos tan escasos en estos días y que colaboran con la celeridad de los trámites burocráticos.

Los riesgos e incertidumbres del tráfico digital son indiscutibles especialmente en las transacciones realizadas mediante redes abiertas como el Internet en donde la contratación comercial se hace comúnmente entre personas desconocidas además del peligro de que cualquiera pueda “pinchar” la red e interceptar la información que fluye en su interior.

Para dotar al documento informático de la seguridad necesaria en el intercambio electrónico, se ha recurrido a su protección civil y penal y desde el punto de vista técnico se ha introducido códigos secretos y sistemas de encriptamiento con el objetivo de impedir la violación de la información transmitida.

No todos los medios tecnológicos usados para conseguir confianza en el tráfico digital poseen los mismos niveles de protección y certidumbre, será entonces necesario un tratamiento individual que determine los efectos de cada uno de ellos.

El advenimiento del Comercio Electrónico ha dado origen a la coexistencia de dos sistemas contractuales; el sistema contractual clásico o per cartam, desarrollado por el Derecho Romano y que fundamentado en la intervención del notariado, concede seguridad y certeza a las declaraciones de voluntad; y, el sistema contractual electrónico o transferencia electrónica de datos que utilizando el documento electrónico, permite así mismo la celebración de acuerdos de voluntades pero que se distingue de aquella en cuanto a que el corpus será el soporte o medio informático en el que está archivado el contrato y cuyo contenido estará formado por el lenguaje binario propio de los medios electrónicos.

Al hablar de la contratación electrónica, debemos tener en cuenta la aplicación universal del principio de la autonomía de la voluntad, del principio de equivalencia funcional, de la neutralidad tecnológica, de la buena fe y además se debe tener presente que la utilización de los recursos tecnológicos no altera las reglas existentes sobre la validez, formación e interpretación de los contratos. También habrá que tener en claro la

¹ Entre los bancos de datos más difundidos citare: el Lexis, el Silec, el Auto-cite norteamericano que versa sobre jurisprudencia y el Italgire find en Europa que contiene legislación, jurisprudencia y doctrina.

diferencia entre la aptitud de los documentos digitales para realizar contrataciones y sus limitaciones para servir como medio de prueba.

Para que los documentos electrónicos tengan un valor jurídico cierto deberán ajustarse a la normativa establecida para la validez del documento tradicional, con este fin ha sido necesario crear nuevas formas que permitan armonizar la realidad electrónica con la observancia de las formas jurídicas plenas. La firma electrónica avanzada o sistema de encriptación de doble llave actualmente es la única que permite cumplir con las funciones identificativa y declarativa del documento.

El procedimiento tecnológico de firmar digitalmente no es suficiente por sí solo, para cumplir con sus objetivos, se requiere además la existencia de una infraestructura de clave pública que implica la intervención de un tercero de confianza que deberá cumplir con los requisitos técnicos, jurídicos y económicos establecidos y quien será responsable del control del sistema. El principal papel de este tercero será la emisión de certificados de firma digital que garanticen la identidad del titular de la misma y el ser garante del perjuicio económico que haya lugar en caso de mal uso de dichos certificados según lo dispuesto en las leyes y en las cláusulas del contrato de prestación de este servicio.

Tales requisitos hacen referencia a una profesión que a través de la historia ha venido cumpliendo esa labor con plena satisfacción de los usuarios y de la sociedad. La función notarial consiste en la íntima fusión de los deberes de certificar la identidad y capacidad de las partes, de brindarles su asesoramiento jurídico para interpretar su voluntad y traducirlo en un documento cuyo contenido debe encuadrarse dentro de lo dispuesto por el ordenamiento jurídico vigente.

Esta nueva realidad implica el desarrollo de una sistematización jurídica diferente de la concebida hasta la actualidad en cuanto prevé posibilidades nuevas, así la teoría de la unidad del acto jurídico podría verse alterada por la posibilidad de la formalización de un negocio jurídico a distancia por vía electrónica en la que se producirán todos los efectos obligacionales.

Será fundamental la elaboración coordinada en el ámbito mundial, de los principios técnicos y jurídicos sobre la materia para lograr una estandarización de los sistemas y herramientas utilizadas con el propósito de evitar contradicciones entre las legislaciones, dar seguridad a los negocios electrónicos y conseguir una interoperabilidad tecnológica entre los usuarios. La necesidad de dotar de certeza a las transacciones electrónicas se ha concretado en la exigencia normativa de regularla,

dicho interés se contrapone a la opinión de muchos especialistas quienes propugnan que la mejor forma de sistematizar la contratación electrónica es no regular nada.

Dado lo experimental de la ciencia y la normativa en vigor, se deberá analizar la posibilidad de la emisión de Escrituras Públicas por medio de las redes de comunicación, las reformas necesarias y los pormenores técnicos y funcionales se podrán ir desarrollando con la práctica tomando en cuenta eso sí los postulados doctrinarios y la normativa aplicable.

CAPÍTULO I

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL NOTARIADO

Introducción

El origen de la especie humana se remonta a la aparición del Australopithecus hace aproximadamente unos dos o tres millones de años, los primeros grupos humanos poseían un lenguaje rudimentario. Dadas las circunstancias hostiles del medio ambiente en el que se desenvolvía el hombre, su actividad se reducía a la persecución de rebaños y a la recolección de frutos es decir a labores de auto abastecimiento de comestibles.

Con el paso del tiempo, el ser humano adquirió los conocimientos de la elaboración del fuego, la manufactura de las herramientas y de la vestimenta; esto hizo posible que su especie cubra sus necesidades vitales.

La producción sin intervalos de los alimentos y la domesticación de animales (10.000 A.C) permitió la sedentarización de grupos humanos en aldeas con una vida colectiva las cuales se asentaron en las cercanías de las corrientes de agua necesarias para la agricultura. Por primera vez el hombre es capaz de cultivar excedentes de productos los cuales utiliza para intercambiarlos por otros mediante el trueque; coetáneamente aparece la esclavitud como medio de producción. Estos grupos primitivos practicaban ritos propios de sus culturas con los que pretendían dar el carácter de solemne a algún hecho.

La Historia humana inicia con la aparición de los primeros documentos escritos (5.000A.C) que coincide con la utilización de los metales, el desarrollo de las economías urbanas y la división del trabajo. “Los primeros documentos escritos tienen fines económicos: listas, cuentas, inventarios, descripción de bienes, herencias, etc.”².

Desde la invención de la escritura el ser humano tuvo el interés de dejar sentado en documentos, los convenios y los hechos considerados importantes para que esta información resista los avatares del tiempo. “Se considera como antecedentes históricos del notariado los que reposan en libros, de autenticidad comprobada, que relatan la historia de los pueblos antiguos”³. En los primeros tiempos se utilizaba la escritura con signos ideográficos.

² VIVAR, Jorge. “Historia Económica Universal”. Cuenca-Ecuador. 1996. p. 14.

³ BARRAGÁN, Alfonso. “Manual de Derecho Notarial”. Editorial TEMIS. Bogotá. 1979. p. 15.

La valoración de los documentos depende de la categoría y confianza de quien los elabora. Los escribanos han sido los encargados en las distintas etapas de la historia y en las diversas civilizaciones, de documentar y posteriormente dar fe de los instrumentos que ante él se otorguen.

El escribano evolucionó a la par con el instrumento público y la tecnología hasta convertirse en un verdadero profesional del derecho investido por el estado de la facultad de dar fe pública a los actos y contratos celebrados ante él. Los instrumentos otorgados por el notario tienen la calidad de verdaderos, además como garante de la legalidad es su deber recibir, interpretar, asesorar y redactar la voluntad de las partes lo que se traduce en seguridad jurídica de los actos que realicen ante aquellos.

Estos profesionales han recibido distintos nombres en el transcurso de la historia; Así en el pueblo Hebreo se lo llamaba Escriba, Agornomo en Egipto; en Grecia Mnemones; en Roma Tabeliones; En la edad media Escribanos, etc.

A continuación haré una breve reseña de la evolución histórica del Notariado.

1.1 Los Hebreos

En la antigüedad aparece en esta nación, una especie de amanuenses especialistas en caligrafía llamados “scribae”. Estos escribas se clasificaban según el patrono al que servían; así coexistían el “Escriba del rey, quien autentificaba los actos y las resoluciones monárquicas; el escriba de la ley, quien tenía la potestad y la facultad exclusiva de interpretar la ley; el escriba del estado, quien ejercía funciones de secretario del Consejo de Estado y colaborador de los tribunales de justicia; y el escriba del pueblo, quien era redactor de pactos y convenios entre las partes”⁴.

La facultad interpretativa de los escribas de la ley les otorgó gran influencia y poder, esta prerrogativa explicativa estaba vinculada con la religión por lo que en el plano ideológico tuvieron una confrontación con Jesucristo debido a su interpretación opuesta de las escrituras y por las añadiduras que habían hecho en ellas los fariseos.

Los escribanos hebreos constituían una suerte de notarios públicos, preparando certificados de divorcio y registrando negocios. En la época del sacerdote Esdrás se conoció a los escribas “soferim” como un grupo de copistas de las Escrituras Hebreas extremadamente meticulosos, hasta el grado de que no solo contaban las palabras copiadas, sino incluso las letras.

La tinta que usaban estos escribas era una mezcla de hollín, goma y agua. El instrumento utilizado para escribir estaba fabricado de caña, el cual se humedecía para que actuara como un pincel; la escritura se hacía sobre rollos de cuero, sobre papiros y ulteriormente sobre hojas de papel que juntas formaban un códice al que en ocasiones se le colocaba una cubierta de madera.

1.2 Los Egipcios

Las primeras urbes de Egipto se desarrollaron impulsadas por la actividad mercantil de las aldeas asentadas en las orillas del río Nilo con zonas vecinas. Aparecen así los “nomos”, ciudades semiagrarias como: Heliópolis, Coptos, Sais, Menfis, Tebas, etc. La unificación de estas ciudades dio origen a la historia dinástica egipcia que comenzó en el 3.200 a.C. y duró hasta el 332 a.C.

⁴ ROURA GAME, Natacha. “El Notario Ecuatoriano Evolución y Trayectoria”. Colección Derecho Notarial. p. 17.

En una primera etapa la capital estaba asentada en Menfis, el Faraón que a su vez era el Sumo Sacerdote hizo concesiones de tierras a “...nobles y eclesiásticos originando así un período de Feudalismo Egipcio distinguido por la estratificación social”⁵. El comercio se lo hacía únicamente mediante el trueque. El origen del dinero aparece en Asiria aproximadamente en el año 1.600 a.C. en donde se utilizaban unos lingotes metálicos y en Babilonia donde circulaba una moneda grabada con la cabeza de la diosa Ishtar.

En la etapa de la Monarquía Media, la capital se trasladó a Tebas y se instauró un socialismo de estado en donde la tierra concedida anteriormente a los señores feudales se dividió entre los campesinos; Nace una clase media formada por funcionarios administrativos y escribas.

En la etapa del Nuevo Imperio, Ramsés III restablece el Feudalismo religioso y las tierras pasan una vez más a manos del Faraón, los Nobles y los Religiosos.

La cultura Egipcia poseía grandes conocimientos de la escritura, de los números y su arquitectura asombra aún en nuestros días; esta civilización era eminentemente agrícola aunque comerciaban con la isla de Creta, Arabia, la India y Libia.

En esta civilización los miembros de la clase sacerdotal conocidos como “agornomos” o escribas, eran los “...encargados de la correcta redacción de los contratos, a su lado estaba el Magistrado, funcionario que autentificaba el acto imponiendo su sello”⁶. Estos funcionarios eran eruditos en jeroglíficos, geografía, contabilidad, derecho, idiomas y cosmografía.

En el Egipto de esta época había dos clases de documentos: el “casero” (3100 al 177 a. C.) y el “del escriba y testigo” (1573 y 712 a. C.)

Mediante el documento casero, se adquiría simplemente una obligación de hacer, como la transmisión de la propiedad de un objeto, requería la presencia de tres testigos y la firma de un funcionario de jerarquía.

El documento del escriba y testigo, constituía una declaración de persona, que era firmada por el escriba y que contenía medios de seguridad que hacían casi imposible el que pudiera alterarse el papiro. En el Nuevo Imperio se reemplazó el uso del papiro por la piedra caliza lo que posibilitó una conservación más eficaz del documento.

⁵ VIVAR, Jorge. Ob. cit. p.22.

⁶ CARRAL Y DE TERESA, Luis. “Derecho Notarial y Registral”. Editorial PORRUA S.A. México. 1979. p. 65.

1.3 Los Griegos

Las primeras ciudades griegas como: Micenas, Tirinto y Orkómenes, tuvieron como antecedente a las ciudades Cretenses entre las que destacan la ciudad de Festos situada al sur de la Isla en el mar Mediterráneo y Nossos (1.400A.C) ubicada al norte la cual logró el señorío y el control de las demás ciudades. Los Griegos adoptaron muchas de sus instituciones como pesos, medidas, regímenes impositivos y otros, de Egipto, Babilonia, Persia y las culturas Talásicas(Creta y Fenicia).

Esta civilización se dedicaba principalmente al comercio. El suelo de su territorio no era propicio para el cultivo por lo que expandieron sus territorios a terrenos más fértiles.

En una primera etapa denominada Homérica, se produce la invasión Griega(Aqueos) de Troya en el año 1194 A.C motivada por la explotación de minerales y por la imposición de que el comercio solo podía desarrollarse fuera de sus murallas.

En el siglo VIII A.C opera una etapa de colonización en donde se unifican varias Polis bajo la supremacía de Atenas que creó empresas comerciales en el Mediterráneo. En el siglo V A.C inició el imperialismo mercantil Ateniense luego de la derrota de los persas en Maratón (490 A.C) y Salamina(480 A.C)

En el año 359 A.C, Grecia es Conquistada por Filipo II comandante de los Macedonios, tribu bárbara situada entre el Egeo y el Danubio. Los conquistadores sin embargo adoptaron la cultura y costumbres griegas.

Al igual que las demás civilizaciones contemporáneas, los griegos contaban con funcionarios públicos especialistas en redactar los documentos. “Se habla de Síngraphos y de los Apógraphos y de un registro público llevado por los primeros, verdaderos notarios”⁷.

Existían además otros funcionarios llamados Mnemon, Promnemon o también conocidos como Sympromnemon que se encargaban de registrar y dar fe a tratados, convenciones y contratos privados.

Los Logógrafos, palabra que proviene de logo que significa palabra y grafo que quiere decir gravar, eran los individuos que “...se encargaban de redactar los discursos de los acusados para su defensa personal en las audiencias, los hechos más notables del tiempo en que vivían y los datos que les solicitaba el público”⁸.

⁷ CARRAL Y DE TERESA, Luis. Ob. cit. p. 66.

⁸ ROURA GAME, Natacha. Ob. cit. p. 17.

1.4 Roma

Los orígenes de esta civilización se remontan al segundo milenio antes de Cristo con la colonización de tribus indoeuropeas en la región denominada Latio; los Latinos se dedicaban principalmente a la agricultura y practicaban el comercio aunque de forma rudimentaria.

Roma es fundada en el año 754 antes de Jesucristo con influencia Etrusca y durante la época de la Monarquía que duró hasta el año 509 A.C, la sociedad se dividió en clases: “los patricios considerados descendientes de los fundadores de Roma constituían el estrato mas alto, poseían grandes propiedades, tenían derechos políticos y percibían una renta anual. La clase de los plebeyos agrupaba a los pequeños agricultores, comerciantes, extranjeros domiciliados y los clientes eran los antiguos habitantes de Latio”⁹.

En los inicios de la Etapa de la República que va desde 509 A.C hasta el 29 A.C, el imperio se organiza bajo un sistema Timocrático en donde los altos cargos públicos correspondían a los nobles que embolsaban las rentas más altas. Mas tarde los plebeyos ricos, tuvieron acceso a dichos cargos, dando lugar a una República Plutocrática.

La ciudad de Roma estaba ubicada en el centro del Mar Mediterráneo, lugar estratégico para el desarrollo del comercio aunque su economía siempre tuvo como sustento a la agricultura basándose en la producción de Latifundios. Roma vio la necesidad de extender su territorio para adquirir el control de ciertas materias primas y extender su comercio por lo que se enfrentan a los Cartagineses en las llamadas “Guerras Púnicas” que duraron cerca de 100 años y que culminó con la destrucción de Cartago en el año 146 a.C.

La Etapa del imperio concuerda con el ascenso al poder de Augusto en el año 29 a.C. y perdura hasta el año 476 de nuestra era. Roma había iniciado un proceso de expansión territorial, así su territorio se extendió por el norte desde el Rhin en Alemania hasta el Tigris y el Eúfrates en Mesopotamia y hacia el sur desde España y Britania hasta el Mar Caspio en Rusia e Irán.

En la época del Bajo Imperio, Dioclesiano (284-305) trató de evitar el colapso Romano mediante una organización gubernamental basada en un sistema de dirección central, se restringió la actividad dineraria y se estableció el pago de impuestos en

⁹ VIVAR, Jorge. Ob. cit. p. 41.

especie. Las medidas tomadas sin embargo degeneraron en un absolutismo y en una mayor segmentación de las clases sociales.

Constantino(306-337) continuó la política de su antecesor lo significó la desintegración del Imperio. Con la muerte de Teodosio el Grande en el año de 395, se dividen los territorios Imperiales en dos: Bizancio al Oriente y Roma en Occidente. Finalmente en el año 476 es depuesto el último emperador romano Rómulo Cesar Augusto.

En Roma coexistían varias clases de profesionales de la escritura como los Cursor, Notari, Tabulari, Tabelión, chartulari, actuari entre otros, quienes recitaban frases rituales necesarias para la validez de sus actos.

Los escribas acompañaban a los pretores romanos enviados a las provincias, su función consistía en extender las actas, escribir los decretos y custodiar en los archivos, las cuentas del Estado.

El Cursor se especializaba en escribir con rapidez por lo que sus servicios eran requeridos por funcionarios gubernamentales y en el campo de la administración de justicia.

Los Argentari estaban facultados para intervenir en negocios de dinero; los actuari redactaban los decretos judiciales y los chartulari se encargaban de conocer y guardar los instrumentos públicos.

El Notari, similar a los taquígrafos actuales, escribía con exactitud y celeridad en minutas, notas o borradores las intervenciones orales de un tercero.

Los Tabulari, eran funcionarios de carácter administrativo que poseían fe pública por el oficio de practicar el censo; además se encargaban de hacer las listas de impuestos, declaraciones de nacimientos, inventarios y de la custodia de documentos públicos. Estas circunstancias motivaron a los particulares a confiarle documentos tales como testamentos, contratos y otros instrumentos. “Su nombre deriva de tábula que era un pedazo de madera encerada sobre la cual redactaban sus documentos”¹⁰.

Los Tabeliones por su parte eran “profesionales privados diestros en redactar y conservar testamentos e instrumentos”¹¹. Utilizaban para sus minutas la “tabela” de menor dimensión a la tábula y eran los únicos que podían extender documentos basados en las minutas de los Notari.

¹⁰ ROURA GAME, Natacha. Ob. cit. p. 18.

¹¹ CARRAL Y DE TERESA, Luis. Ob. cit. p. 67.

Para el tratadista Alfonso Barragán “El Tabelión tenía como obligación redactar una scheda o minuta del acto es decir que se le imponía el deber de intervenir personalmente en el contrato que las partes celebraban, debía asimismo conservar la minuta bajo su personal custodia.”¹². El ingreso al servicio estaba sometido a reglas y condiciones que debía llenar el aspirante tales como el tener conocimientos de la ciencia de las leyes, no llevar una vida disoluta, poseer un buen carácter y ser escogido entre gente prudente, juiciosa e inteligente.

Se puede decir que por la potestad de intervenir en los negocios privados, su destreza redactora, el profundo conocimiento del derecho que les permitía brindar un asesoramiento jurídico a las partes y la posibilidad de que procurará una eficaz conservación de los documentos, hacen del “tabelion”, quien, con más legítimos derechos, pueda ser considerado como antecesor del notario dentro de la interpretación caracterizante del notario de tipo latino.

Los romanos además establecieron la incompatibilidad entre los oficios de Abogado y Notario en la máxima “Notarii ad scribendus contractus constituti non possunt scribere forensia”. Los notarios y escribanos facultados para autorizar contratos no pueden redactar alegatos forenses.

1.5 El Imperio Bizantino

Luego del fraccionamiento del imperio Romano, mientras la parte Occidental del Imperio se disgregó, el Imperio Oriental cuya capital era Bizancio, (Estambul) mantuvo una unidad política, una economía agrícola de tipo estatal y una estratificación social en castas hasta su ocaso con el advenimiento de la cuarta cruzada cristiana en el año 1204. Destacan como centros de comercio las ciudades de Alejandría, Mileto y Damasco.

Justiniano, quien imperó entre los años 527 y 565; una vez que unificó los territorios itálicos, dirigió la recopilación legislativa Romana conocida con el nombre de “Corpus Juris Civilis” que contenía:

- El Código, compuesto por una docena de libros, contiene una sistematización de las constituciones dictadas desde la llegada al poder por parte de Adriano hasta la época de Justiniano.

¹² BARRAGÁN, Alfonso. Ob. cit. p. 17.

- El Digesto o Pandectas, consistía en las respuestas de cuarenta jurisconsultos sobre temas de derecho.
- Las Instituciones, se trata de un manual didáctico para la cátedra del derecho.
- Las Novelas, comprendían las constituciones dictadas por Justiniano.

En las novelas encontramos normas reguladoras de la actividad del Tabelión como el establecimiento de “La Plaza, ubicada en las proximidades del Foro donde se situó la actividad notarial”¹³. Era requisito sine que non que el tabelión estuviese presente desde el inicio hasta la culminación de la redacción del documento. El nombramiento del Tabelión lo hacía el “Magister Census” en Constantinopla y los Gobernadores en las provincias.

La elaboración del documento debía cumplir varias fases, que se pueden resumir de la siguiente manera: En la “rogatoria”, que usualmente estaba a cargo de subalternos llamados “Ministrantes”, las partes acudían donde Tabelión y le comunicaban su voluntad realizar un negocio jurídico.

Luego se elaboraba la “scheda” que consistía en “las notas tomadas por el colaborador del Tabelión con la voluntad de las partes, para la elaboración del documento, la que era leída a las partes por si necesitaba alguna modificación y sea aprobado su contenido, etapa conocida como *initium*”¹⁴.

Aprobado el texto de la scheda, se pasaba a limpio para que las partes lo suscribieran; el documento se hacía en hojas de papiro y se lo conocía con el nombre de “*protocolum*”. Terminada la redacción en el *protocolum*, seguía la autorización por parte del Tabelión, conocido como “*completio contracti vel instrumenti*”.

Los documentos “pública monumenta” eran los expedidos por un Magistrado, no precisaban de la intervención de testigos y tenían la calidad de instrumentos públicos. Los documentos “pública confecta” redactados por los tabeliones constituían prueba válida salvo que las partes objeten la veracidad de su contenido en cuyo caso un juez dirimía el conflicto. La llamada “*insinuatio*” consistía en acudir al magistrado romano con el documento pública confecta o documento privado “... para que fuera elevado a la condición de instrumento público que luego era registrado”¹⁵. Este trámite era utilizado para los testamentos.

¹³ ROURA GAME, Natacha. Ob. cit. p. 24.

¹⁴ ROURA GAME, Natacha. Ob. cit. p. 25.

¹⁵ ROURA GAME, Natacha. Ob. cit. p. 27.

Si bien la actividad del tabelión en un principio no tuvo un carácter oficial, la confianza que inspiraron por sus conocimientos, la intervención de los testigos en los negocios jurídicos y las formalidades que se debían observar, brindaron la suficiente seguridad a los documentos por él emitidos, hasta llegar a ser considerados como verdaderos instrumentos públicos.

La influencia de la labor de Justiniano se extendió por Europa en donde muchos países recogieron su obra en el llamado “sistema notarial latino”.

En el siglo IX Basilio inició una compilación de las obras de Justiniano e hizo una actualización suprimiendo las leyes en desuso. León VI seguidor de Basilio, fue el que culminó la obra compilatoria que comprendía la traducción al griego de las novelas.

La Constitución de 887 dictada por León VI, no fue propiamente una obra notarial pero dentro de su contenido se halla el llamado “Libro del Prefecto” que trata de las corporaciones en Constantinopla en cuya lista destaca la Corporación de Notarios o Tabeliones. En este cuerpo legal se determina los requisitos necesarios para acceder al cargo: idoneidad física y moral, preparación jurídica; era investido bajo juramento y se le entregaba un anillo representativo de su potestad.

1.6 La Edad Media

Desde la caída de Roma, no hubo en Occidente la hegemonía de un Emperador. Los jefes bárbaros de pueblos como las Visigodos, Ostrogodos, Germanos y otros, procuraron establecerse como soberanos de los territorios conquistados.

Los Normandos o Vikingos invaden Irlanda desde el siglo VIII hasta el X. Este pueblo destaca por su habilidad para la navegación y el comercio lo que les permitió llegar al continente Americano en el año 981.

Es así como en la Europa Occidental se desarrolló paralelamente al Imperio Bizantino el Feudalismo, sistema que se basa en la concesión de tierras que el monarca hacía a los nobles a cambio de un tributo y de ayuda militar generalmente contra pueblos bárbaros invasores. Los siervos del señor feudal participaban en el excedente de la tierra, se trata de “Una economía de autosuficiencia y auto abastecimiento que no se orienta al tráfico exterior...”¹⁶. Al ser eliminados los mercados, los intercambios se

¹⁶ VIVAR, Jorge. Ob. cit. p. 50.

hacían por trueque, el tributo se pagaba en especie y la moneda circulaba únicamente en pequeñas cantidades.

El método capitalista de producción tiene como antecedente a “...las ciudades medievales de los siglos XI y XII que por influencia de Bizancio y de las cruzadas (1096-1270) evolucionaron a partir de los centros episcopales y las fortalezas medievales o Burgos asentados en las antiguas ciudades romanas”¹⁷. El desplazamiento de la población rural a estas localidades, permitió que mediante la actividad mercantil, los comerciantes acumulen tierras y riquezas y formen la clase Burguesa. Los gremios se adhieren a esta clase neocapitalista, buscan su emancipación de las instituciones feudales y adquieren tierras cerca de las ciudades que destinan para la industria y la producción agrícola. El señor feudal se une a la causa al observar las prácticas exitosas de esta nueva Burguesía.

Los centros episcopales se dedicaban principalmente a actividades de tipo civil, se asentaban en lugares de tráfico, aquí se establecieron monasterios, sedes jurídicas, artesanos y caballeros. Los Burgos tuvieron originalmente como fin la defensa contra amenazas externas.

Al aumentar la población la demanda de bienes y servicios se incrementó, surgieron entonces en el siglo XIII las ferias como las de Champagne que se regían por sus propios estatutos y en los que las “Hansas” o caravanas armadas de comerciante ofrecían productos de todo el mundo conocido. En estas ferias aparecen los cambistas de monedas y los precursores de la banca que concedían créditos con intereses, actividad a la que se dedicaban los judíos ya que en el mundo cristiano se prohibía estas prácticas.

En esta época, por influencia de las Legislaciones Española y Francesa y de las obras de la Escuela de Bolonia, se extiende por toda Europa la tendencia de reafirmar la función de federatarios a los escribanos dando como resultado la aparición de los primeros notarios públicos en el siglo XIII.

¹⁷ VIVAR, Jorge. Ob. cit. p. 56.

1.7 La Escuela de Bolonia

Esta escuela es fundada en 1228 por Rainieri di Perugia; se caracteriza porque notables juristas hacían análisis y comentarios de los textos de derecho por lo que se les conoció como los “Glosadores”. Fue en Bolonia, y gracias a sus notables exegetas, donde nació la enseñanza pública del Notariado.

Entre las obras de di Perugia destacan la “Summa Artis Notariae”, que contiene un análisis e interpretación de las leyes notariales romanas y lombardas cuyo objetivo era mejorar y actualizar las fórmulas notariales en desuso. En su obra se determinan los requisitos o condiciones que debe reunir el notario como “...el conocimiento de las leyes, la capacidad para captar la condición de las partes contratantes y del negocio jurídico que se realizaría”¹⁸.

Rolandino Pasaggieri (1207), conocido también como Rudolfo, es considerado como el exponente más notable de la escuela de Bolonia; notario, catedrático y gran conocedor del derecho, influyó de gran manera en la política de su tiempo.

Entre sus obras sobresalen las siguientes:

- Summa Artis Notariae, que comprendía cuatro partes: la primera de los contratos en general; la segunda sobre actos de última voluntad; la tercera trata de los procesos judiciales y la última sobre la elaboración de las escrituras y las respectivas copias.
- La Aurora, consistía en un análisis a la Summa.
- El Tractus Notularum que es una “Introducción del arte notarial y que contiene estudios de derecho notarial y de derecho sustantivo relacionado con el ejercicio del notariado”¹⁹.

Otro gran glosador de esta escuela fue Salatiel, su obra máxima es “Ars Notariae” en donde expone su posición doctrinaria. La obra contiene cuatro libros de los cuales los tres primeros tratan del derecho civil, y el último contiene los formularios en donde se instruye sobre “el objeto del oficio notarial, las cualidades y exigencias de las funciones del notario, establece los requisitos de redacción, de las partes intervinientes y trata sobre los asuntos vinculados con los juicios”²⁰.

¹⁸ ROURA GAME, Natacha. Ob. cit. p. 31.

¹⁹ CARRAL Y DE TERESA, Luis. Ob. cit. p. 68.

²⁰ ROURA GAME, Natacha. Ob. cit. p. 31.

1.8 La Legislación Francesa

La organización y progreso del notariado francés comienza en el 1270 con las regulaciones denominadas “Establecimientos de San Luis”. En estas directrices se determina que el número de escribas no podía exceder de sesenta en París; los escribas se congregaban una sede conocida como la “Gran Chaletec” en donde también ejercía sus labores el Preboste de la ciudad a nombre de quién y cuyo sello utilizaban los notarios para dar fe a los documentos.

La reforma de Felipe IV conocido como “el Hermoso”, tuvo importancia en el campo técnico-notarial, confirió a los notarios la facultad de autorizar los documentos, imprimir su propio sello, y se señaló el procedimiento para llevar los documentos.

El Conde Amadeo VI de origen Francés publicó en 1379 el llamado “Estatuto del Conte Verde” en donde se hace por primera vez una distinción entre la fe judicial y la extrajudicial, al encargado de los actos judiciales se lo llamó “clerici curiae”.

A Otto Amadeo VIII, elevado al pontificado como Felix V, se le debe la promulgación del estatuto denominado “De tabellionibus et Notaris”, dicho instrumento establece un orden que el notario debe observar para la redacción del documento, es la instauración definitiva del protocolo.

Los principios y el desarrollo Legislativo originados por la Revolución Francesa (1789) tuvieron influencia en todo el mundo. En marzo de 1803 se dicta la “Ley del 25 de ventoso del año XI” que consta de tres títulos y regula el sistema notarial Francés.

Este cuerpo legal es considerado como el origen de la legislación notarial contemporánea; entre sus aciertos esta el considerar al notario como un funcionario público investido de fe pública, delimita sus funciones estrictamente al campo extrajudicial, suprime la posibilidad de comprar el oficio y se consagrara la concepción del notario como funcionario vitalicio.

1.9 La Legislación Española

Este Estado europeo estuvo a la vanguardia en el ámbito legislativo notarial de la época. Se le atribuye a Casiodoro, senador en los tiempos del rey godo Teodorico, haber hecho la distinción entre las funciones de los jueces y las de los notarios; estableció que los jueces solamente fallaban en las contiendas mientras que los notarios tenían por objeto prevenir dichos conflictos.

Las 46 fórmulas visigóticas se dictaron por el año 600, según estas reglas para elaborar un instrumento público era necesario: “Los otorgantes, los testigos presenciales hasta en un numero de doce. El escriba presencia, confirma y jura en derecho”²¹.

El “Fuero Juzgo” (641) Primer Código General de España, por motivos de seguridad y para evitar distorsiones, establece que es facultad exclusiva de los escribas el redactar y leer las leyes, además de confirmar los contratos.

En Valencia el notariado también logra un desarrollo técnico y un notable progreso equiparable a los de Bolonia. El aspirante, mediante la convivencia, aprendía directamente del notario durante varios años. Posteriormente el postulante rendía un riguroso examen ante un jurado compuesto por peritos en la materia; la agrupación de los notarios era conocida como Colegio Insigne y a sus dirigentes se les llamaba mayores.

Felipe II “el Santo”, ordenó la traducción del fuero Juzgo. Conjuntamente desarrolló algunos capítulos relacionados con los escribanos entre los que destaca “el Fuero Real” o “Libro de los Consejos de Castilla” (1255), que constituyó una aspiración de unificación legislativa. Establece por seguridad probatoria, que el escriba debe conocer a las partes, respetar sus voluntades y llevar un registro de “notas primeras” con los datos principales de los documentos ante él actuados.

Entre 1256 y 1268 Alfonso X “el Sabio”, promulgó el Código de las Siete Partidas que clasifica al escribano en: escribanos reales, que ejercían en cualquier lugar salvo en los que hubiera numerarios; de ayuntamiento, quienes autorizaban las resoluciones de este cuerpo colegiado; de cámara, actuaban ante los tribunales superiores y numerarios o públicos, quienes ejercían su profesión con exclusión en un distrito determinado. Establece plantillas de redacción y requisitos como la fecha, la fe de conocimiento, la lectura del documento, la nota del acto tomada por el escribano

²¹ CARRAL Y DE TERESA, Luis. Ob. cit. p. 69.

cuya copia era la “carta pública” que se entregaba a las partes. La práctica del “Fiat”²² degeneró en una proliferación de escribanos con pobre calidad técnica y escaso valor moral.

La Partida Tercera incorpora al notario como funcionario público aunque surgen inconvenientes entre éstos relacionados con la jurisdicción y competencia; determina además que para ejercer la función de notario el ciudadano debe tener al menos 25 años, demostrar conocimientos de lectura y escritura, debe profesar el cristianismo y debía residir en el distrito asignado.

El Ordenamiento de Alcalá de 1348, expedido en el reinado de Alfonso XI, pretende dar impulso a la Partidas, buscó una coordinación de los sistemas notariales pero “comete el error de dar igual valor jurídico al pacto y al contrato considerando a la expresión de la voluntad suficiente para la validez de la declaración”²³. En lo relativo al testamento, se haría ante escribano público, con la presencia de al menos tres testigos y se impone la unidad de acto.

Con la llamada “Reforma de los Reyes Católicos” en el siglo XV, se prohibió la venta de oficios y se exigió a los aspirantes a escribanos la rendición y aprobación de un examen ante el Consejo Real o ante las Audiencias territoriales.

En 1480 se determina que solo los escribanos reales y los públicos de número pueden intervenir en asuntos extrajudiciales y testamentarios. En 1503 se dictaron leyes relativas al protocolo, entre sus disposiciones se impone al escribano el deber de guardar los documentos originales y otorgar copias literales a los interesados, debía llevar un libro de protocolos encuadrado con los detalles de cada acto celebrado.

Los reyes ordenaron una compilación debido al concurso y dispersión de normas, es así que surgen las Leyes de Toro, La Nueva Recopilación y Novísima Recopilación cuyo aporte legislativo es considerado de poca importancia por muchos autores.

Entre las principales obligaciones de los escribanos establecidas en las partidas y en las recopilaciones tenemos:

- Autorizar actos y contratos y dar fe y testimonio de lo que ante ellos se dijo.
- Llevar un protocolo debidamente organizado en el que debía asentarse las escrituras antes de otorgar copias a las partes, este registro era firmado cada fin de año, los instrumentos se extendían en papel sellado y sin abreviaturas, números o iniciales.

²² Fiat o Enajenación de Oficios, consistía en la entrega de dinero a cambio de un cargo público.

²³ CARRAL Y DE TERESA, Luis. Ob. cit. p. 71.

- En lo relacionado a sus funciones judiciales debía presenciar los actos de substanciación de los juicios, redactar los testimonios presentados y registrar la documentación presentada por las partes.
- Tenían la obligación de entregar autos y providencias a los litigantes o a sus procuradores.

El veintiocho de mayo de 1862 se dictó la Ley Orgánica del Notariado Español cuyo ordenamiento jurídico permitió suprimir la practica de ciertos actos de corrupción, establece una sola clase de notarios y determina la separación de las funciones notariales de las del secretario judicial. Así el primer artículo de la ley expresa “El Notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las Leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales”²⁴.

La Ley esta compuesta de seis títulos, disposiciones generales y transitorias. El Título primero trata de los notarios; el título II de sus requisitos; el Título III del Protocolo y copias; el título IV trata de los protocolos e Inspección de Notarías; el título V sobre el gobierno y disciplina de los notarios y el título VI se refiere a los derechos y premios.

1.10 Orígenes del Notariado en América

La llegada de Colón a nuestro Continente permitió a la Monarquía de Castilla adueñarse de estas tierras con el consiguiente trasplante y aplicación de sus leyes. Entre los miembros de la expedición se encontraba el escribano del Consulado del Mar Don Rodrigo de Escobedo, primer notario de América.

En este escenario, la responsabilidad del notario, miembro necesario en toda expedición, se relacionaba con el registro de mercaderías, de las personas a bordo y la anotación de los hechos importantes; Las faltas a la verdad se sancionaban con la pérdida del patrimonio y castigos físicos como la amputación de miembros e incluso la pena de muerte.

En 1544, la Nueva Recopilación y Novísima Recopilación que regían en ese entonces en España fueron trasladadas al Nuevo continente con sus deficiencias que sumada a la desventaja de la distancia con la Madre Patria, hizo necesario decretar nuevas leyes, unas generales para todo el continente y otras específicas para ciertas colonias, dichas leyes se caracterizaban por tener un gran sentido religioso.

²⁴ PONDE, Eduardo. “Origen e Historia del Notariado”. Editorial Depalma. Buenos Aires. 1967. p. 9.

Recopilación de las Leyes de Indias

Esta compilación fue ordenada por Carlos II “el Hechizado”, consta de nueve libros divididos y subdivididos en 218 títulos y 6.377 leyes. Se determinó el uso subsidiario de las leyes de Castilla, de los Municipios y de las Siete Partidas.

En la recopilación se dividen a los escribanos en varias clases: “de Minas, de Gobernación, de Cabildo y Número, Públicos y Reales, Notarios Eclesiásticos y Escribanos de Cámaras”²⁵. Esta clasificación significó una confusión en las actividades propias de cada escribano problema agravado por el pago del fiat, o venta de oficios.

Las leyes de Indias impusieron al notario deberes tales como la obligación de llevar registro de lo actuado, sujetarse a los aranceles, devolver documentos con inventarios; además se le prohibió litigar o usar abreviaturas.

1.11 El Escribano en el Ecuador

El Notario Ecuatoriano tiene como antecedente al Notario Latino, que deriva de los antiguos escribas egipcios, logógrafos griegos y del tabelión romano.

En 1540 se nombra a Don Diego Navarro Navarrete como escribano del Cabildo de Guayaquil, de Minas y de Hacienda. En 1552, mediante Cédula Real se le otorga a Navarro la calidad de Primer Escribano Real de Guayaquil. Para obtener la calidad de escribano era necesario: ser hombre libre, ser lego y no eclesiástico, haber cumplido la edad mínima de 25 años, obtener una instrucción mediante la práctica con un escribano por lo menos durante cuatro años, gozar de buena reputación y poseer bienes a fin de restituir los excesos y las culpas que cometiere en su profesión.

Posteriormente en la época de República, la regulación del derecho notarial se hallaba dispersa en diversos cuerpos legales: La Ley Orgánica de la Función Judicial, estableció la autonomía del escribano quien era el llamado a dar fe de los actos y contratos privados otorgando la respectiva escritura pública. “El Código de Procedimiento Privado regulaba la actuación de los Notarios de esa época que también actuaban en el campo judicial con facultades similares a las del secretario judicial actual; proporcionaban decretos, autos y sentencias, ponían fe de presentación, firmaban las notificaciones, foliaban procesos y los rubricaban”²⁶.

²⁵ ROURA GAME, Natacha. Ob. cit. p. 44.

²⁶ ROURA GAME, Natacha. Ob. cit. p. 110.

El 6 de abril de 1937 mediante Decreto Supremo número 94 promulgado en el mismo mes por el Ingeniero Federico Páez, se apartaron las funciones judiciales de las notariales otorgando el nombre de notarios a los anteriormente llamados escribanos y encargándoles en forma excluyente la facultad de dar fe pública extrajudicial.

En 1953 aparecen los Colegios de Notarios de Quito y Guayaquil, organización influida por el primer Congreso Internacional del Notariado Latino de Buenos Aires.

En 1966 durante el interinazgo de Clemente Yerovi, se promulgaron: el 31 de octubre, la Ley de Derechos Notariales y el 11 de noviembre la Ley Notarial. Las regulaciones de Ley Orgánica de la Función Judicial sobre el tema en cuestión se mantuvieron vigentes en todo lo que no se oponga a aquellas.

En 1974 durante el gobierno de Guillermo Rodríguez Lara, se dictó una nueva Ley Orgánica de la Función Judicial en la que únicamente se conservaron cuatro artículos que regulaban a los notarios. Ese mismo año se incorporó el uso de la máquina de escribir para redactar los protocolos, registros y libros lo que constituyó un avance tecnológico ya que anteriormente se lo hacía a mano.

En 1978 se incorpora la tecnología de las copadoras al oficio notarial y se concede al federatario la facultad de dar fe de la exactitud de su contenido.

Para el año de 1986 se crea la Federación Ecuatoriana de Notarios integrada por los Colegios con personería jurídica de derecho privado y que tendrá la representación de los notarios ante el Estado ecuatoriano y ante la UINL.

En 1996 mediante una Ley Reformatoria a la Ley Notarial, se introdujo el Tribunal de Disciplina y se extendió la cantidad de actos de jurisdicción voluntaria en los que podían intervenir los notarios, potestad que hasta entonces pertenecía exclusivamente a los jueces de lo civil.

Un Proyecto de Ley Orgánica de la Función Notarial y Registros presentado en 1999 y aprobado en primer debate por el Congreso Nacional reposa en sus archivos. Este cuerpo legal establece la creación del Consejo Nacional del Notariado y de Consejos Distritales, entes que pasarían a ser los rectores de la función.

CAPÍTULO II

RÉGIMEN JURÍDICO ECUATORIANO APLICABLE AL NOTARIO DIGITAL Y AL COMERCIO ELECTRÓNICO EN EL ECUADOR

Para tener un panorama claro sobre los temas a tratarse en este ensayo, es necesario hacer alusión a los principales preceptos legales que rigen la materia. A continuación haré una breve síntesis y un análisis de los temas más importantes.

2.1 Código De Procedimiento Civil

Este cuerpo normativo esta ordenado en dos libros; el primero posee dos títulos y el segundo contiene tres. El libro segundo trata sobre el enjuiciamiento civil y al referirse en la sección séptima a las pruebas, regula lo referente a los instrumentos públicos.

El Instrumento Público.- Los instrumento públicos “son documentos en los que interviene algún agente de las Funciones del Estado: la administración Ejecutiva, la Función Judicial, la Legislativa o los notarios”²⁷. Basta que haya sido emitido en el ejercicio de las labores propias de su cargo y respetando el marco legal vigente.

El artículo 168 de este cuerpo legal lo define, “...es el autorizado con las solemnidades legales por el competente empleado para ello. Si fuere otorgado ante notario e incorporado en un protocolo o registro público, se llamará escritura pública”.

Las escrituras públicas son emitidas por el notario, este funcionario es un experto del derecho y perito en el arte notarial lo que le permite detectar y evitar la comisión de ilegalidades y brindar asesoramiento a las partes. Los documentos por él emitidos tienen efecto “erga omnes” en lo referente a la certeza de su celebración y de su fecha; en cuanto a las obligaciones y descargos contenidos en tal declaración, tendrán validez para las partes, además, su valor probatorio es superlativo excepto se demuestre su nulidad.

²⁷ LARREA, Juan. “Enciclopedia Jurídica de Derecho Civil Ecuatoriano”. Tomo IV. Ecuador 2005. p. 83.

La Enciclopedia Jurídica OMEBA, establece la existencia de requisitos subjetivos y objetivos necesarios para la validez de los instrumentos públicos. Los requisitos subjetivos son la potestad o investidura del oficial público para instrumentar públicamente y su competencia. En cuanto a la competencia, “La función del oficial público se desempeña dentro de un territorio y dentro de una materia”²⁸. Su actuación no puede traspasar los límites de esas dos esferas, así por ejemplo los Jefes del Registro Civil, no podrían autorizar una escritura de compraventa por que le faltaría competencia en razón de la materia; tampoco podría autorizar una partida de nacimiento acaecida en una localidad distinta a la suya porque carecería de competencia por razón del territorio.

Los requisitos objetivos o formas prescritas por la ley que deben observar los instrumentos públicos so pena de nulidad son: La firma del oficial público, la firma de las partes y de los testigos en su caso, la fecha de autorización y el sitio de autorización.

El artículo 169 ubica como instrumentos públicos a los diplomas, decretos, mandatos, edictos, provisiones, requisitorias, exhortos y demás providencias; las certificaciones, copias o testimonios de un acto o procedimiento administrativo o judicial; las minutas que son autorizadas por un notario; los registros de libros y actuaciones de funcionarios del sector público y los registros de libros parroquiales y de tenientes políticos.

En cuanto a las solemnidades externas del instrumento, es necesario que los intervinientes hayan actuado con capacidad y consentimiento en un acto o contrato que tenga objeto y causa lícita.

Los artículos 171 y 172 determinan que para que constituyan prueba válida los instrumentos públicos judiciales, sus copias y compulsas, deben estar escritas con un tamaño de caracteres lo suficientemente grandes para que se pueda leer todo su texto sin dificultades, que no haya sufrido ninguna alteración de su contenido y que no estén rotas o con borrones en sus partes esenciales salvo se haya salvado oportunamente.

En caso de que la validez de un documento esté siendo ventilada por autoridad competente mediante la interposición de un recurso, su mérito probatorio dependerá del dictamen final de dicha autoridad.

En los sistemas romanistas de derecho, la prueba documental suele tener un valor superlativo respecto de la prueba testimonial debido a la injerencia que pueden ejercer las partes sobre los testigos para que tergiversen los hechos a su conveniencia.

²⁸ “Enciclopedia Jurídica OMEBA”. Tomo XVI. Editorial Bibliográfica Argentina. p. 216.

Nulidad de Los Instrumentos Públicos.- Este tema se refiere a la validez y eficacia; su regulación consta entre otros en los siguientes artículos:

El artículo 175 en concordancia con el artículo 39 de la Ley notarial, prescribe la prohibición de utilizar cifras o caracteres desconocidos en los instrumentos públicos a menos que corresponda a denominaciones técnicas, tampoco se permite el uso de letras iniciales en lugar de nombres, el dejar espacios en los que se puedan introducir palabras y escribir en distinto papel o con diversos formatos de letra. Estas medidas tienen como propósito que el texto del instrumento quede claro, que no haya duda de la identidad de los intervinientes y asegurar la integridad del documento. Además para el otorgamiento y emisión de dichos documentos deberán observarse las formalidades previstas por la legislación interna de cada estado so pena de nulidad.

El artículo 182 dispone que será instrumento falso el que contenga: deformaciones en las firmas de los intervinientes, alteraciones en su texto luego de haber sido otorgado o por haberse simulado la fecha de otorgamiento.

El artículo 184 establece que una vez presentada la demanda de nulidad de un instrumento público, luego del sorteo correspondiente, el juez a quien corresponda conocer la causa procederá a comparar la copia con el original y recibirá las declaraciones de los testigos instrumentales. Practicadas estas diligencias, se correrá traslado a la parte demandada. Sí el proceso culmina con sentencia que declare falso el instrumento se ordenará el enjuiciamiento penal del incurso.

El artículo 191 determina que en caso de que un instrumento público autorizado por un notario sea declarado nulo por vicios de forma, el funcionario será destituido y pagará una indemnización de cuatro mil sucres.

Instrumentos Públicos Extranjeros.- Su tratamiento corresponde a los artículos 192, 193 y 194.

En nuestra legislación a los instrumentos públicos extranjeros autenticados se les reconoce el mismo valor que se les concede en su país de origen; estos documentos tienen que ser autenticados mediante la certificación de la firma del funcionario que lo autorizó por parte de un agente diplomático o consular del Ecuador y en su defecto por un agente diplomático de un estado amigo. Dicha certificación será legalizada por el Ministerio de Relaciones Exteriores del país en donde se otorgó. Se respetará el principio *Locus Regit Actum*.

2.2 Ley Notarial

Esta ley fue creada por el presidente interino de la República, Clemente Yerovi Indaburú mediante Decreto Supremo 1404 promulgado en el Registro Oficial número 158 del 11 de Noviembre de 1966. La ley esta formada por tres títulos, seis capítulos y cuarenta y nueve artículos. El título preliminar expone los principios generales de la profesión notarial; el Título I en su único capítulo, regula todo lo relativo a los notarios; El título segundo versa sobre los documentos Notariales en cuatro capítulos, el primero trata sobre el protocolo, el segundo sobre las escrituras públicas, el tercero regula lo relacionado a las copias y compulsas y el cuarto capítulo establece las nulidades y sanciones. El Título tercero en su capítulo singular ordena lo concerniente a la organización notarial.

La importancia de esta ley radica en que establece las directrices bajo las cuales se desarrollará la actividad notarial y determina los requisitos que debe cumplir la escritura pública, medio eficaz para dar seguridad jurídica a los acuerdos y declaraciones de voluntad.

En el Título Preliminar que va desde el artículo primero al quinto, determina que la profesión notarial es regulada exclusivamente por el derecho positivo, es decir por la Ley Notarial y las disposiciones de otros cuerpos legales que manifiestamente se refieran a ella. La actividad, salvo preceptos de leyes especiales, la cultivarán exclusivamente los notarios, funcionarios investidos de fe pública y para quienes todos los días y horas son hábiles. En caso de contradicción entre leyes, prevalecerán las disposiciones de la Ley Notarial.

Los Notarios.- Su función esta normada desde el artículo sexto al vigesimoprimer. La Ley notarial define a los notarios como funcionarios públicos ungidos de la potestad de dar fe pública a los actos y contratos celebrados ante ellos, su jurisdicción es cantonal por lo que ejercerán sus labores exclusivamente dentro de la circunscripción territorial para el que fue nombrado sin que tenga importancia los domicilios de los otorgantes, la ubicación de los bienes o el lugar donde vaya a surtir efectos el contrato autorizado.

El artículo octavo de este cuerpo normativo establece que la cantidad de notarios requeridos anualmente en cada cantón es señalada por la Corte Suprema (Consejo de la Judicatura Art. 199 Constitución) previo informe de los estudios estadísticos anuales sobre actos y contratos de la Federación Ecuatoriana de Notarios.

El artículo noveno fija como requisitos para acceder a la función: ser ecuatoriano por nacimiento, estar en pleno uso de sus derechos ciudadanos, poseer título de Doctor en Jurisprudencia o Abogado y avalar su idoneidad ante un tribunal conformado por un Ministro Juez de la Corte Provincial de Justicia, un miembro del Tribunal de Honor del Colegio de Notarios y otro igual del Colegio de Abogados. (Título de tercer nivel en Derecho. Art. 200 Constitución).

El artículo undécimo prescribe que notarios duran cuatro años en funciones(6 años. Artículo 200 Constitución.) desde que son posesionados, pueden ser removidos o suspendidos por la Consejo de la Judicatura o por la Corte Provincial de su jurisdicción, previo informe de la Comisión de Quejas de esta última. En caso de renuncia, fallecimiento o destitución, la Corte Provincial correspondiente nombrará un notario interino que se hará cargo de los archivos por el tiempo que le faltare al titular para cumplir el período para el cual fue elegido.

El artículo decimotercero de la presente Ley, establece que cada notario propondrá el nombre de su suplente de quien será solidariamente responsable. Éste debe reunir los mismos requisitos exigidos para el titular y lo subrogará en sus tareas cuando aquél pida licencia por enfermedad o vacaciones. No se podrá dar nombramiento al cónyuge o a los parientes del notario y de los Ministros de la Corte Provincial, hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

El artículo decimosexto determina que para los casos en que no exista subrogante, el presidente de la Corte Provincial o el Juez primero de lo Civil encargará el despacho a otro notario del cantón y a falta de éstos, el juez ordenará que se haga el inventario del archivo y lo cuidará hasta se posesione al interino. En caso de que haya necesidad de ejecutar labores notariales, el Juez nombrará en cada caso un notario ad-hoc que suscribirá en conjunto con el juez primero los documentos evacuados.

El artículo vigesimoprimer prescribe quienes no pueden ser Notarios: Los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad y el o la cónyuge de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia (CNJ) o de la Corte Provincial del respectivo Distrito, salvo que hubieren sido designados con anterioridad; y, quienes hayan sido removidos o destituidos de sus cargos y no hayan sido rehabilitados conforme a la ley.

Atribuciones.- El artículo decimoctavo establece las siguientes prerrogativas de los notarios:

1. Autorizar actos y contratos y redactar las respectivas escrituras excepto en los casos en que exista una razón legítima para no hacerlo;
2. Protocolizar los instrumentos públicos y privados que no tengan prohibición legal, sea por orden judicial o a solicitud de parte;
3. Autenticar las firmas de los documentos que no tengan el carácter de escritura pública;
4. Dar fe de la vida de las personas naturales;
5. Ser federatario de la correspondencia entre el documento original y el contenido de fotocopias y copias;
6. Levantar protestos por la falta de aceptación o de pago de letras de cambio o pagarés a la orden;
7. Intervenir avalando los remates, sorteos y actos que no requieren de las solemnidades de la escritura pública. Anotará lo actuado en su Libro de Diligencias;
8. Otorgar extractos;
9. Realizar reconocimiento de firmas;
10. Receptar la declaración juramentada por parte del titular y dos testigos de la necesidad de extinguir o subrogar el patrimonio familiar;
11. Receptará una declaración juramentada del titular de un bien que va a ser donado, en el sentido de que posee medios suficientes para su subsistencia;
12. Receptar la declaración juramentada de quienes crean tener derecho en la sucesión del cuius; el notario concederá la posesión efectiva del patrimonio del causante pro indiviso a los peticionarios sin perjuicio de los derechos que tuvieren terceros;
13. Tramitar la petición de disolución de la sociedad conyugal, previo reconocimiento de firmas y presentación de documentos habilitantes;
14. Autorizar el remate de bienes inmuebles de menores que tengan la libre administración de sus bienes cumpliendo lo dispuesto en el Código Civil Adjetivo;
15. Receptar informaciones Sumarias;
16. Registrar la negativa de recepción de documentos o de tributos por parte de funcionarios públicos o agentes de recepción;
17. Protocolizar las capitulaciones matrimoniales, inventarios solemnes, poderes especiales y revocatorias de poderes;

18. Practicar los requerimientos necesarios para el cumplimiento de la promesa de contrato, entrega de la cosa debida y ejecución de obligaciones;
19. Proceder a la exhibición, apertura y publicación de los testamentos cerrados previa petición de parte y publicación llamando a los presuntos beneficiarios;
20. Registrar las firmas de funcionarios y representantes de personas jurídicas. El documento gozará de autenticidad pero sin los efectos probatorios de los instrumentos públicos;
21. Autorizar los actos de restablecimiento de linderos desaparecidos o de fijación por primera vez;
22. Tramitar divorcios por mutuo consentimiento cuando los cónyuges no tengan hijos menores o dependientes;
23. Proceder a la liquidación de la sociedad conyugal o de la sociedad de bienes, es facultad de los cónyuges, ex cónyuges y los convivientes, acordar la liquidación mediante escritura pública;
24. Autorizar la emancipación voluntaria del menor adulto mediante escritura pública, los padres del menor expresaran su voluntad de dar fin a la patria potestad y el menor manifestará su aceptación;
25. Tramitar la solicitud de declaratoria de interdicción del reo con sentencia penal ejecutoriada que se adjuntará al acta en la cual se nombrará un curador;
26. Solemnizar mediante un acta, la declaratoria de los convivientes sobre la existencia de la unión de hecho;
27. Declarar a petición del nudo propietario, la extinción de un usufructo por haberse demostrado: La muerte del usufructuario, la llegada del día o cumplimiento de la condición o la renuncia de los derechos del usufructuario.

Obligaciones de los Notarios.- La Ley Notarial ecuatoriana, en su artículo decimonoveno, establece los siguientes deberes que deben ser observados por los notarios:

1. Receptar, interpretar, asesorar y dar forma legal a la voluntad de las partes que solicitan de sus servicios, si las partes presentan una minuta firmada por un abogado, transcribirá la minuta al protocolo.
2. Exigir previo a la celebración del acto o contrato, el pago de los impuestos a que haya lugar. Si la entidad correspondiente se negare a recibirlos, el notario podrá

depositar el dinero a orden de aquella en el Banco Central o en el Banco Nacional de Fomento.

3. Concurrir cuando sea llamado a ejercer su oficio en un acto en el que la Ley ordene su intervención.
4. Incorporar diariamente a sus registros los documentos que deban ser protocolizados.
5. Registrar en el Libro de Diligencias las actividades no sujetas a inscribirse en el protocolo.
6. Ordenar el Índice Especial de testamento.
7. Sellar a fin de año los libros bajo su custodia; debe detallar el número de fojas y la primera y última diligencia realizada.
8. Remitir a la Corte Provincial hasta el mes de enero, el índice del protocolo del año anterior.
9. Entregar copias de los documentos bajo su custodia solicitadas por autoridad competente.
10. Afiliarse al Colegio de Notarios de su Distrito.
11. Exhibir las Tablas Notariales en su despacho.

Prohibiciones: El artículo vigésimo del cuerpo legal en mención, prescribe los hechos proscritos para los notarios:

1. No pueden ser depositarios de cosas litigiosas o de dinero excepto los valores que por concepto de impuestos ocasione el acto o contrato.
2. No deben permitir que se saquen los archivos del protocolo de su despacho.
3. Están impedidos de autorizar escrituras en donde el notario tenga interés o en los que intervengan su cónyuge o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad. Tampoco podrá autorizar escrituras suscritas por incapaces si no se cumple con los requisitos legales.
4. No puede otorgar escrituras ficticias a sabiendas.
5. Le esta vedado el ejercicio libre de la Abogacía y de cargos públicos y privados salvo la docencia universitaria.
6. No le esta permitido informar sobre las disposiciones testamentarias del testador mientras viva.
7. No puede autorizar escrituras en las que no se determine su cuantía.

La Escritura Pública.- El artículo 26 de esta Ley las define: “...es el documento matriz que contiene los actos y contratos o negocios jurídicos que las personas otorgan ante notario y que éste autoriza e incorpora a su protocolo”.

Antes de redactar una escritura pública, el artículo 27 establece como obligación del notario verificar la identidad y capacidad de los otorgantes mediante la comprobación de las cédulas de identidad o pasaporte según el caso; además debe indagar la libertad con la que proceden los comparecientes; dialogará separadamente con cada una de las partes para averiguar si existe algún tipo de presión o influencia en la celebración del acto o contrato.

El federatario, al prestar la labor de asesoría, explicará a las partes, los resultados del acto que esta a punto de autorizar. También es obligación del notario el constatar que se paguen los impuestos.

En cuanto a los requisitos de forma de la escritura pública, el artículo vigesimonoveno establece que para su redacción se utilizará el idioma castellano exclusivamente; el instrumento además contendrá los siguientes datos:

1. Lugar y fecha de redacción. Se anota la hora si se cree conveniente.
2. Los nombres completos del notario y del cantón donde ejerce.
3. Los datos generales de los otorgantes.
4. La manifestación de los otorgantes de sí comparecen por sí mismos o por medio de representación.
5. La fe de conocer a los otorgantes, testigos e intérprete cuya participación se registrará en la escritura.
6. La identidad de las personas se constatará con los dígitos de las cédulas de identidad y en su defecto por el testimonio de dos conocidos que porten sus documentos de identidad.
7. La exposición clara y circunstanciada del acto o contrato convenido;
8. La circunstancia de haber concurrido al otorgamiento dos testigos idóneos, cuyos nombres, apellidos y domicilios constarán en el documento si se creyere conveniente.
9. Se escribirá la constancia de haber realizado la lectura de todo el instrumento en presencia de todos los que intervienen.

10. La escritura será suscrita en un solo acto por el notario, los otorgantes, testigos e intérprete.

Los artículos 35, 37 y 38, preceptúan que las palabras que se escriban entrerrenglones se transcribirán al final de la escritura previo a la firma de los intervinientes o se tendrán por no escritas. De la misma manera se transcribirán al final de la escritura las palabras que quieran suprimirse, éstas se señalarán en el documento con una línea corrida sobre ellas de modo que queden legibles. Las adiciones, aclaraciones o variaciones que se hagan en una escritura, se extenderán por instrumento separado.

Las Nulidades y Sanciones.- Esta cuestión esta regulada desde el artículo 44 hasta el 48 de la Ley Notarial.

El artículo cuadragesimocuarto establece que la escritura pública será nula en los siguientes casos: cuando un notario autorice una escritura a sabiendas de su simulación; cuando autorice una, en donde tenga interés o una en la que intervenga un incapaz. El notario será destituido y podrá ser sujeto de responsabilidades civiles y penales.

El artículo cuadragesimoquinto prescribe que la escritura autorizada por un notario, en la que no se establece la cuantía o se conviene en su alteración mediante instrumentos privados, no tendrá validez si no se pagan los impuestos en relación con el verdadero valor del acto o contrato. El SRI o la Contraloría General de la Nación podrán solicitar la destitución del funcionario a la respectiva Corte Provincial.

El artículo cuadragesimoséptimo declara nula a la escritura que no se halla en la página del protocolo donde, según el orden cronológico debía ser hecha.

En el artículo cuadragesimoctavo se determina la nulidad por defecto de forma para las escrituras en las que falte la constancia del lugar y la fecha de su redacción, los nombres de los otorgantes o sus firmas, los documentos habilitantes y la presencia de los testigos y notario. Las escrituras que carezcan de estos requisitos pero que estén firmadas, valdrán como instrumento privado. La omisión de otras formalidades no afectará la validez de las escrituras pero podría significar la imposición de multas a los notarios.

Para el tratadista colombiano Alfonso Barragán, son causales de nulidad formal de la escritura la omisión de cualquiera de los requisitos esenciales como, “La actuación del notario fuera de los límites de su jurisdicción, la falta de comparecencia de las partes, la falta de aprobación del texto de la escritura por parte de los comparecientes y

el no haberse registrado en la escritura datos como la fecha y lugar de autorización, la denominación legal del notario, los comprobantes de representación, las identidades de los otorgantes, los datos necesarios para la determinación del objeto materia del acto o contrato y las firmas de los intervinientes”²⁹.

Por su parte Mario Antonio Zinny considera que son defectos de forma “La omisión de la forma escrita, el no registrar la escritura en el protocolo, el no registrar la escritura en el lugar del protocolo donde cronológicamente corresponda, el no consignar lugar, fecha y nombre de los otorgantes o requeriente, el no haber salvado al final del instrumento lo enmendado, suprimido o adicionado y el escribir de manera ininteligible o equívoca”³⁰.

2.3 Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos

Esta ley fue creada por el H. Congreso Nacional del Ecuador mediante la Ley 67 promulgada en el Registro Oficial suplemento 557 del 17 de abril del 2002. Su origen responde al desarrollo tecnológico de los sistemas electrónicos y de información que en los tiempos actuales han adquirido gran importancia ya que han facilitado la realización de negocios y la transferencia de información tanto en el sector público como en el privado. Estos sistemas se han convertido en una herramienta común en todo tipo de actividad humana como la educación, la promoción, la cultura, el turismo, etc.

Los sistemas de redes electrónicas, en donde destaca el Internet, han permitido la realización de contratos de carácter civil y mercantil los cuales requieren de regulación por medio de una ley especializada que permita brindar seguridad a los actos realizados en este ámbito.

Esta Ley está formada por cinco títulos, once capítulos, y sesenta y cuatro artículos. El Título preliminar en su único capítulo expone los principios generales sobre la materia; el Título segundo contiene cuatro capítulos que corresponden a la regulación de la firma electrónica el primero, el segundo trata sobre los certificados de firma electrónica, el tercero regula lo relativo a las entidades de certificación de información y el cuarto norma a los organismos de promoción y difusión de los servicios electrónicos y el control de las entidades de certificación acreditadas. El título III consta así mismo de cuatro capítulos que en su orden versan sobre los servicios

²⁹ BARRAGÁN, Alfonso. Ob. cit. p. 100.

³⁰ ZINNY, Mario. “El Acto Notarial”. Editorial Depalma. Argentina. 1990. p. 96.

electrónicos, sobre contratación electrónica y telemática, respecto a los derechos de los consumidores de estos servicios y lo relativo a los Instrumentos Públicos. El Título Cuarto establece las pautas de lo referente a la prueba y a las notificaciones electrónicas en un solo capítulo. Y finalmente el título quinto establece la normativa que rige a las infracciones Informáticas.

El título preliminar de este cuerpo legal, establece que el objeto de esta ley es la regulación de los mensajes de datos, la firma electrónica, los servicios de certificación, los negocios y contratos electrónicos y telemáticos, la prestación de servicios electrónicos, y la protección a los usuarios de estos sistemas.

Principios Generales.- Los principios generales de esta ley están plasmados entre los artículos segundo y duodécimo, los artículos 2 y 3 reconocen un valor jurídico idéntico de los documentos escritos, a los mensajes de datos y a los anexos vinculados mediante un enlace electrónico, siempre que cumplan los requisitos establecidos en la presente ley y su reglamento.

En los artículos 4 y 5 se establece que la información de los mensajes de datos está protegida por las regulaciones sobre propiedad intelectual tanto en el ámbito local como internacional; esta protección se extiende a la confidencialidad de la información cuya violación constituye un delito punible según lo determinado en los ordenamientos sobre la materia.

Los artículos 6, 7 y 8 prescriben que cuando la ley exija que la información conste por escrito y sea conservada en su forma original, el requerimiento podrá cumplirse, con un mensaje de datos íntegro que contenga la firma electrónica debidamente certificada por una entidad acreditada y que su verificación sea asequible; variaciones pueden producirse en el formato por el proceso de transmisión. Se conservará los datos que permita determinar el remitente, destinatario, y los lapsos en que fue creado, enviado, recibido y archivado.

El artículo noveno en lo relacionado a la protección de la información dispone que para la utilización y transferencia de bases de datos obtenidas por la transmisión de mensajes de datos requerirán el consentimiento de su titular. De la misma manera la información de carácter personal otorgado con la reserva de que no se haga público, se podrá transferir únicamente con autorización del titular o por orden de autoridad competente.

El artículo décimo establece como principio, el que se presumirá como remitente de un mensaje de datos a quien lo envía salvo advierta que el mismo proviene de otra fuente; la concordancia entre la firma electrónica y la identificación del emisor, autoriza al receptor para utilizar el contenido del mensaje.

El artículo undécimo dispone que salvo acuerdo, se tendrá como tiempo de envío del mensaje del emisor, al momento en que ingresa a una red electrónica que no este bajo su control; Por su parte se entenderá como momento de recepción al instante en que el mensaje ingresa al sistema de información del receptor. Si el destinatario señala una red electrónica distinta, el momento de recepción será en el que se recupere el mensaje.

Se tendrán como lugares de emisión y recepción los convenido por las partes, a sus domicilios legales o los establecidos en los certificados de firma electrónica; subsidiariamente se considerará el lugar de trabajo o el lugar relacionado con el giro principal de sus actividades. Se podrá usar medios técnicos para identificar la procedencia de un mensaje de datos.

La Firma Electrónica.- Los artículos 13 y 14 de esta ley describen a la firma electrónica como un archivo de datos que se adjunta a los mensajes de datos, con el que se puede identificar a su titular el cual aprueba la información contenida en el mensaje enviado. Legalmente se le reconoce igual validez y el mismo valor probatorio que tiene la firma hológrafa.

En términos generales, para la validez de la firma electrónica, el artículo decimoquinto dispone que es necesario que la misma pertenezca a una sola persona sea natural o jurídica la cual tendrá control total sobre los datos contenidos en ella. Además su técnica de creación ha de ser fiable y debe permitir la verificación de su titular mediante dispositivos determinados por este cuerpo legal y reglamentos sobre el tema.

El artículo 17 establece como obligaciones del titular de una firma electrónica: Debe poseer un control estricto y diligente sobre su firma; si tiene conocimiento de la posibilidad que su firma esté siendo mal empleada por un tercero no autorizado deberá, sino quiere ser responsable, dar conocimiento del particular a las personas vinculadas y a la entidad de certificación para que cancele los certificados. Tiene además la obligación de revisar el contenido del mensaje por la razón de que aceptará las obligaciones que se deriven de su uso.

En cuanto a la duración y extinción de la firma electrónica, los artículos 18 y 19 dispone que la misma tendrá una validez indeterminada pero puede ser revocada, anulada o suspendida según lo expuesto en el reglamento de esta ley. La firma electrónica se extingue por la voluntad de su titular, por su fallecimiento o disolución y por sentencia judicial. Las obligaciones adquiridas con anterioridad a la extinción se deberán cumplirse de todas formas.

Los Certificados de Firma Electrónica.- El artículo vigésimo lo define como “Es el mensaje de datos que certifica la vinculación de una firma electrónica con una persona determinada, a través de un proceso de comprobación que confirma su identidad”.

Para que el certificado de firma electrónica sea válido debe cumplir los requisitos descritos en el artículo vigesimosegundo de la Ley de Comercio Electrónico, debe contener el número de serie que es único, la fecha de emisión y caducidad, las limitaciones para el uso del certificado; la identidad del ente certificador, su domicilio legal y su firma electrónica; así como los datos de identificación y ubicación del titular del certificado y el método usado para la verificación de su firma.

El artículo 24 prescribe que los certificados de firma electrónica se extinguen por solicitud de su titular, por revocatoria de la firma electrónica o por expiración de su plazo de validez. Para el caso de personas de quienes se desconoce su paradero por secuestro o desaparición, se extingue desde que se denuncia ese particular.

El artículo vigesimoquinto determina que la Entidad certificadora podrá suspender el certificado de firma electrónica en caso de que así lo ordene el Consejo Nacional de Telecomunicaciones; cuando descubra engaño en los datos declarados por su titular o por incumplimiento de contrato del titular. La suspensión terminará por resolución del CONATEL o por cesación de las causas que le dieron lugar.

En cuanto a la revocatoria, los artículos 26 y 27 establecen que el certificado será revocado por resolución del Consejo Nacional de Telecomunicaciones: si la entidad certificadora cesa en sus funciones o si es declarada en quiebra técnica. La revocatoria será comunicada a su titular y surtirá efectos para terceros desde el momento de su publicación.

El artículo 28 prescribe que los certificados de firma electrónica extranjeros podrán ser revalidadas por una entidad de certificación de información acreditada en el país siempre que cumplan los requisitos determinados por la ley. El servicio de

sellado de tiempo por parte de las entidades de certificación deben acreditarse por parte del CONATEL.

Las Entidades de Certificación de Información.- El artículo 29 las define como “Son las empresas unipersonales o personas jurídicas que emiten certificados de firma electrónica y pueden prestar otros servicios relacionados con la firma electrónica, autorizadas por el Consejo Nacional de Telecomunicaciones, según lo dispuesto en esta ley y el reglamento que deberá expedir el Presidente de la República”.

En el artículo trigésimo se establece como responsabilidades de las Entidades de Certificación: la conservación y publicación de la información relativa a los certificados evacuados y aplicar las suspensiones o revocatorias resueltas por la Superintendencia de Telecomunicaciones. Una vez que han sido legalmente constituidas, deben probar una solvencia técnica y económica que cubra posibles perjuicios con un monto no menor al 5% del total de las operaciones que puede ser extendido hasta el total de su patrimonio; además les corresponde la carga de la prueba. Los servicios de certificación pueden ser prestados por terceros vinculados a una entidad de certificación si cumplen los requerimientos del Consejo Nacional de Telecomunicaciones.

La cesación de operaciones de las entidades de certificación de debe comunicar al CONATEL con una anticipación de por lo menos noventa días.

El artículo 36 instituye como organismo de promoción y difusión de los servicios electrónicos al “COMEXI” o Consejo Nacional de Comercio Exterior e Inversiones.

Con relación a los Organismos de regulación y control de las entidades de certificación acreditadas, los artículos 37 y 38 disponen que El Consejo Nacional de Telecomunicaciones o “CONATEL” es el organismo encargado de la autorización, registro y regulación de las entidades de certificación de información acreditadas. Entre sus prerrogativas esta la cancelación de las entidades de certificación y la suspensión o revocatoria de los certificados de firma electrónica. Para realizar actividades de certificación de firma electrónica se requiere un informe previo de la Superintendencia de Telecomunicaciones.

La Superintendencia de Telecomunicaciones es el ente encargado del control de las entidades de certificación, entre sus potestades destacan el control operativo y la legalidad en la promoción y practicas comerciales de las entidades de certificación. Para

estos fines puede solicitar información y realizar auditorías; redactará los informes previstos en la ley e impondrá las sanciones a que hubiere lugar.

Los artículos 45, 46 y 47 determinan que los contratos celebrados a través de medios electrónicos que observen las formalidades legales, tendrán validez y fuerza probatoria. Salvo acuerdo de las partes la recepción o apertura del mensaje de datos no importará la aquiescencia del contrato. En caso de conflicto, las partes someterán su caso a la jurisdicción convenida y en su defecto se regirán por lo dispuesto en el Código Civil Adjetivo y en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor que determinan como competente la jurisdicción del domicilio del demandado y la del consumidor respectivamente.

Los Instrumentos Públicos Electrónicos.- El artículo quincuagesimoprimer de este cuerpo legal reconoce la validez jurídica de los mensajes de datos que sean otorgados y autorizados por autoridad competente siempre que cumplan las formalidades legales exigidas y que sean firmados electrónicamente.

Medios de Prueba Electrónicas.- La Ley de Comercio reconoce la validez probatoria según lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil, de los mensajes de datos, documentos electrónicos y certificados electrónicos que cumplan las formalidades legales. Las firmas electrónicas certificadas poseen una presunción de legalidad y autenticidad, la autenticidad de una firma electrónica o de los certificados electrónicos se puede comprobar cotejando los archivos de la entidad de certificación y los mensajes de datos en general y mediante la verificación técnica de los datos de creación y de seguridad.

Si dentro de un proceso judicial se presenta como prueba un mensaje de datos, se deberá adjuntar el soporte informático necesario para su comprobación y la transcripción en papel de su contenido. La valoración de los registros electrónicos como medios de prueba, dependerá del criterio del juez, quien cuenta con la ayuda de peritos especializados en la materia. Las partes de un procedimiento judicial pueden recibir notificaciones en el casillero judicial o en el domicilio judicial electrónico de un Abogado.

La LCEFEMD consagra los principios universalmente reconocidos en el e-commerce: El principio de equivalencia funcional y no-discriminación, el postulado

de neutralidad tecnológica, el principio de la inalterabilidad del derecho contractual existente y los principios de buena fe y de libertad de pacto.

En cuanto a las infracciones informáticas, el artículo 57 del Título V de la LCEFEMD introduce reformas que al Código Penal para su regulación.

Así a continuación del artículo 202 del Código penal se introducen dos artículos innumerados. El primero sanciona con prisión de seis meses a un año y una multa de quinientos a mil dólares a quien vulnere claves o sistemas de seguridad con el fin de acceder a cualquier tipo de información; si los datos violentados tienen relación con secretos comerciales, industriales o relativos a seguridad nacional, la pena oscilará entre uno y tres años de prisión y multa de mil a mil quinientos dólares. En los casos de utilización o divulgación fraudulenta de dichos datos, la condena será de tres años hasta nueve años de reclusión menor y una multa de dos mil a diez mil dólares en donde uno de las agravantes es que el delito se haya cometido por un individuo encargado del cuidado de los repetidos datos.

El segundo artículo innumerado establece una sanción de dos meses a dos años y una multa de mil a dos mil dólares para los que publiquen o transfieran información personal sin autorización de su titular.

El artículo 59 de la LCEFEMD sustituye el artículo 262 del Código Penal Ecuatoriano determinando una condena de tres a seis años de reclusión menor a los empleados de la función pública que con mala fe destruyan información, documentos o bases de datos a su cargo.

Por su parte el artículo 61 de la LCEFEMD incorpora dos artículos innumerados a continuación del artículo 415 del Código Penal. El primer artículo innumerado establece una pena de prisión de seis meses a tres años y una multa de sesenta a ciento cincuenta dólares americanos para el que fraudulentamente dañe o destruya temporal o definitivamente los datos contenidos en cualquier sistema de información. El incurso será reprimido con una condena de tres a cinco años y una multa de doscientos a seiscientos dólares si el sistema de información violentado se relaciona con un servicio público o con la defensa nacional.

El segundo artículo innumerado determina una pena de prisión de ocho meses a cuatro años y una multa de doscientos a seiscientos dólares para el que destruya o inutilice las instalaciones necesarias para transmitir, receptor y procesar datos.

El artículo 62 de la LCEFEMD introduce dos artículos innumerados, prolongación del artículo 553 del Código Penal ecuatoriano.

El primero de dichos artículos establece una condena de prisión de seis meses a cinco años y una multa de quinientos a mil dólares para el infractor que utilizando sistemas de información o redes electrónicas, faciliten la apropiación de un bien ajeno.

El segundo artículo innumerado establece una pena de uno a cinco años y una multa de mil a dos mil dólares si el delito se comete en concurrencia de las siguientes agravantes:

1. Inutilización de sistemas de alarma o guarda;
2. Descubrimiento o descifrado de claves secretas o encriptadas;
3. Utilización de tarjetas magnéticas o perforadas;
4. Utilización de controles o instrumentos de apertura a distancia; y,
5. Violación de seguridades electrónicas, informáticas u otras semejantes.

2.4 Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo del Derecho Mercantil Internacional sobre Comercio Electrónico

Desde los años noventa, La ONU, interesada por los Sistemas de Intercambio Electrónico de datos (EDI), encargó a la CNUDMI la misión "...de elaborar leyes modelos que den soporte legal a los mensajes electrónicos. Este esfuerzo ha producido el llamado artículo X"³¹. Luego de las correcciones que se creyeron pertinentes, su texto fue adoptado por la UNCITRAL en su vigesimonoveno período de sesiones en Nueva York del 28 de Mayo al 14 de junio de 1996.

La Ley esta compuesta de dos partes. La primera parte que consta de quince artículos, establece los principios generales del comercio electrónico. La segunda parte del proyecto, está compuesta de dos artículos que se refieren a los contratos de transporte de mercancías y provee la base legal para la negociabilidad de los documentos de transporte electrónicos, redactados de forma tal que sean aplicables a cualquier tipo de transporte.

La secretaría de la UNCITRAL, ha emitido un informe sobre las regulaciones de las firmas digitales en el que se advierte que el desarrollo de esta tecnología carece de un patrón uniforme debido a que cada diseñador de software adopta su propio sistema;

³¹ COVA, Luis. "La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico". Publicaciones Jurídicas Venezolanas. Caracas.1997. p. 2.

la ISO no ha podido lograr un consenso. El Grupo de Trabajo de la CNUDMI ha preferido dejar que el tema sea resuelto por las autoridades de certificación.

Disposiciones Generales, El artículo primero de esta Ley Modelo, establece su aplicación a toda información en forma de mensaje de datos que sea utilizada en la actividad comercial.

El artículo quinto de esta ley que concuerda con el segundo de la Ley de Comercio Electrónico Ecuatoriano, prescribe que no se negará la validez de la información contenida en un mensaje de datos.

Los artículos sexto y noveno de este cuerpo legal internacional que armonizan con los artículos sexto y séptimo de la LCEFEMD, reconocen el valor del mensaje de datos como medio de prueba y constancia de un acto o negocio.

El artículo séptimo, antecedente de los artículos decimotercero y decimocuarto de la LCEFEMD establece idéntica validez para la firma electrónica y la manuscrita siempre que cumplan con los requisitos legales y técnicos pertinentes.

El artículo octavo de la LMCUCE, que coincide con el artículo séptimo de la Ley de Comercio Electrónico, dispone que el contenido de un mensaje de datos se considerará información original si puede comprobarse su integridad.

El Artículo 10 de la Ley Modelo de Comercio electrónico que se ajusta al contenido del artículo 8 de la LCEFEMD, establece que si la ley exige la conservación de información, se podrá utilizar los mensajes de datos archivados: si son accesibles para su consulta y si se demuestra su integridad.

Los artículos undécimo y duodécimo de la Ley Modelo UNCITRAL al igual que el artículo 45 de la Ley de Comercio Electrónico Ecuatoriana, determinan que tendrán fuerza obligatoria los contratos celebrados electrónicamente.

El Artículo 13 de la Ley modelo de la CNUDMI, análogo al artículo 10 de la Ley de Comercio, establece la presunción legal de que los mensajes de datos provienen del emisor del mismo sea que lo haya enviado personalmente o por intermedio de una persona facultada para actuar en su nombre o utilizando un sistema electrónico programado para que opere automáticamente. Se exceptúan los casos en que el emisor

da aviso que el mensaje proviene de otra fuente o si el destinatario no hizo lo necesario para verificar el origen de dicha información.

El artículo 15 de la Ley Modelo de Comercio Electrónico al igual que el artículo 11 de la LCEFEMD, prescribe que salvo acuerdo de las partes, se tendrán como momento de transmisión y recepción del mensaje de datos cuando éste entre en un sistema de información que no este bajo el control del emisor. El destinatario puede designar un sistema diferente, en ese caso el momento de recepción será el de la recuperación del mensaje.

En cuanto al lugar, se presume que el mensaje fue expedido en donde el emisor tenga su establecimiento; así mismo se presume que fue recibido en donde el destinatario tiene el suyo.

Los artículos 16 y 17 de la Ley Modelo de Comercio Electrónico de la CNUDMI, regulan lo relacionado a los documentos electrónicos utilizados para la contratación en materia de transporte de mercancías.

Podemos concluir que el objetivo de la Ley Modelo CNUDMI sobre comercio electrónico es doble:

- Facilitar la utilización de los medios electrónicos de contratación mediante el uso de este cuerpo normativo, aplicable a los diversos sistemas jurídicos, sociales y económicos del planeta y que permitirá armonizar los contenidos normativo y técnico de la materia evitando que un régimen legal interno inadecuado pueda obstaculizar con el comercio internacional.
- Otorgar la equivalencia funcional de los documentos en soporte papel, a los documentos en soporte informático y de la firma electrónica respecto de la firma hológrafa según lo determinado por los acuerdos internacionales, leyes y reglamentos pertinentes.

2.5 Reglamento General a la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de datos.

El objetivo de este cuerpo legal es regular varios aspectos de la ley 67. Este reglamento que contiene 23 artículos fue creado por el entonces presidente de la República, Gustavo Noboa Bejarano mediante Decreto Ejecutivo 3496 promulgado en el Registro Oficial número 735 del 31 de diciembre del 2002.

Información Anexa.- El artículo primero de este reglamento prescribe que la aceptación de la información por remisión que se adquiere mediante un enlace electrónico, debe ser confirmada por el destinatario mediante un mensaje de datos que establezca tal aprobación. Será responsabilidad del emisor, el detallar los dispositivos y procedimientos necesarios para acceder y almacenar en cualquier momento la información de los mensajes de datos y los datos anexos en especial cuando se trate de negocios protegidos por la Ley Orgánica de defensa del consumidor.

Posteriores alteraciones de la información anexa, previa comunicación al receptor, requerirán de su aquiescencia expresa mediante un mensaje de datos o por escrito. La ley puede exigir que la publicación se haga por escrito o que toda la información sea incluida en un mismo mensaje de datos.

Documentos Desmaterializados.- El artículo cuarto y los siguientes determinan que cuando la ley lo determine o por acuerdo de las partes, el original y las copias de los documentos en formato electrónico y los mensajes de datos deberán ser certificados ante un Notario o autoridad competente por medio de su firma electrónica u otro mecanismo autorizado.

El convenio para desmaterializar documentos se podrá plasmar en un documento físico o electrónico que contendrá las firmas de las partes y la constancia de la correspondencia entre el documento físico original y el electrónico. Los documentos desmaterializados contendrán la advertencia de su calidad.

Salvo prueba en contrario, se entenderá que las obligaciones del documento físico como las del desmaterializado, pertenecen a un mismo acuerdo. La desmaterialización de los documentos de identificación personal estará sujeta a las disposiciones especiales y procedimientos que las entidades competentes determinen.

Para que un mensaje de datos sea considerado íntegro, además de la inalterabilidad de su contenido, deberá estar firmado electrónicamente. La información técnica adicional relativa a la transmisión de datos no se considera parte sustancial de la información. Los cambios derivados del proceso normal de transferencia de datos no alteran la integridad del documento.

Certificado de Firma Electrónica.- El artículo séptimo determina que la correspondencia entre el emisor de un mensaje de datos y su firma electrónica se verifica con la información contenida en el certificado de firma electrónica. El aviso de la posibilidad de inseguridad de una firma, de su certificado o del contenido de un mensaje de datos se hará con anterioridad a la realización de la actividad electrónica mediante cualquier medio para que el receptor tome las previsiones necesarias. El propietario de una firma electrónica tendrá las responsabilidades establecidas en la ley 67 en su reglamento y en las leyes que regulen el uso de la firma manuscrita.

La duración del certificado de firma electrónica será de dos años sino existe convenio entre el titular y la entidad certificadora. Los certificados de firma electrónica obtenidos por funcionarios en su calidad de tales, no podrán mantenerse sino para el tiempo de duración de su cargo salvo se encuentre en funciones prorrogadas.

Las entidades de certificación deberán publicar las listas de certificados extintos, suspendidos o revocados en su página web y en las páginas electrónicas determinadas por el CONATEL, el enlace de certificación de la firma se desactivará o se colocará un aviso que contenga el estado de la certificación. Esta información se publicarán también en sitios web determinados para la consulta de datos de los certificados de firma electrónica.

La revocatoria o suspensión se notificará en la dirección electrónica y en el domicilio señalado por el titular en el contrato de servicio. Si no es posible verificar la validez de los certificados en tiempo actual se deberá informar del particular al emisor y al destinatario del mensaje de datos. Si la entidad certificadora cree conveniente publicará estos datos en los medios de comunicación pública.

El artículo octavo dispone que la responsabilidad respecto al contenido de los mensajes de datos, bases de datos y otros similares; recae exclusivamente en el propietario de la información y no afecta a terceros que prestan servicios relacionados con el envío y recepción de los mismos. El CONATEL, so pena de sanción; tiene la

facultad de ordenar a los suministradores de servicios electrónicos, la suspensión del acceso a información que se declare ilegal.

Por su parte el artículo noveno establece que la conservación y custodia de datos se hará a través del Registro Electrónico de Datos, servicio que puede ser prestado por terceros bajo la política de la libre competencia y contratación. La autoridad competente podrá disponer el mantenimiento de dichos datos por el tiempo que estime preciso.

Las disposiciones legales vigentes sobre la firma electrónica no limitan la autonomía privada para la utilización de firmas electrónicas ajenas a la tecnología de la doble llave, a sus medios de verificación o a los acuerdos de las partes sobre su validez. La actividad de certificación de información y demás servicios electrónicos, procurarán ser compatible con los estándares internacionales.

Certificados Extranjeros de firma electrónica.- El artículo 16 determina que a los certificados electrónicos emitidos en el extranjero se les reconocerán sus efectos jurídicos si su entidad emisora y la entidad de registro que actúa en su nombre en el Ecuador se registran y acreditan en el CONATEL previo análisis su seguridad y capacidad técnica. Las entidades que se registren pero no se acrediten, podrán operar en el país pero tendrán la responsabilidad de informar su calidad de no acreditadas a los usuarios de sus servicios.

EL CONATEL puede pedir a una entidad de certificación los respaldos de la autenticidad y exactitud de la información contenida en los certificados de firma. La entidad certificadora es responsable de la verificación de esos datos. La Superintendencia de Telecomunicaciones desarrollará los procedimientos que requieran las auditorías en el ámbito de su competencia.

Derechos de los Usuarios.- El artículo vigesimoprimer prescribe que la información relativa a las especificaciones técnicas necesarias para acceder al registro de datos se publicará en medios electrónicos o materiales. El consumidor deberá autorizar el servicio, confirmando que posee los requerimientos tecnológicos para el acceso.

Cuando se solicite información personal o confidencial por parte de una entidad proveedora de servicios electrónicos, tendrá la obligación de detallar las condiciones de seguridad que requiere la ley, las que posee el servicio y los riesgos de la falta de ella. Si la información prestada no corresponde a la realidad de la entidad suministradora de

servicios, el organismo de control pedirá que haga las rectificaciones del caso e incluso puede disponer que el acceso de los servicios sea interrumpido.

Para enviar mensajes periódicos que contengan publicidad se requiere de mecanismos de suscripción y cancelación para el titular de la dirección electrónica y la identificación del remitente. Una vez recibido el mensaje de exclusión, el proveedor del servicio de publicidad eliminará la información que sobre él tenga en sus bases de datos.

Finalmente el artículo vigesimotercero dispone que las entidades certificadoras que deseen suministrar el servicio de sellado de tiempo, deberán registrarse en el CONATEL. El sellado de tiempo consiste en incorporar al mensaje de datos, la hora y fecha en que la entidad certificadora recibe el mensaje y la hora y fecha en que se entrega al destinatario.

2.6 Reglamento para la Acreditación, Registro y Regulación de Entidades Habilitadas para prestar Servicios de Certificación de Información y Servicios Relacionados.

Este Reglamento fue expedido mediante resolución del CONATEL 584 publicada en el Registro Oficial 196 del 23 de octubre del 2003. Este reglamento esta formado por siete capítulos y 37 artículos; en este reglamento se regulan las prerrogativas establecidas en la Ley de Comercio Electrónico para el Consejo Nacional de Telecomunicaciones. En el presente cuerpo legal se establecen las directrices en lo que tiene que ver con la prestación de ciertos servicios electrónicos.

El artículo primero de este cuerpo normativo establece que este reglamento tiene como objeto regular a las entidades de certificación de información; los servicios de certificación de información, certificados de firma electrónica, la prestación de servicios por medio de terceros, el sellado de tiempo y los derechos que asisten a los servidores y a los usuarios.

El artículo segundo aclara que los términos técnicos del presente reglamento, se entenderán según lo establecido por la Unión Internacional de Telecomunicaciones, La CAN y la Ley de Comercio Electrónico y su reglamento.

La Clave Pública.- El artículo tercero prescribe que la infraestructura de clave pública esta formada por las redes electrónicas de información, los sistemas de información, los

equipos y programas y las políticas relacionadas con la operación de los servicios de certificación de información tales como: Firmas y certificados de firma electrónica, sellado electrónico de tiempo, certificación electrónica de documentos por autoridad competente mediante la firma electrónica, conservación de mensaje de datos y otros autorizados por el CONATEL.

Los equipos y el software para la elaboración y la comprobación de las firmas electrónicas utilizarán únicamente algoritmos reconocidos por la comunidad internacional de manera pública.

Responsabilidad de las Entidades de Certificación de Información.- Los artículos quinto y sexto determinan que las entidades acreditadas tienen la responsabilidad de emitir los certificados a individuos capaces, los certificados tienen que ser únicos e irrepetibles para lo cual contendrán un identificador distintivo. La emisión de “demos” de los certificados esta prohibido. Las entidades de certificación de información extranjera no domiciliadas en nuestro país podrán registrarse para emitir firmas y certificados de firma electrónica si nombran un apoderado en nuestro país y demuestran el reconocimiento legal de los servicios prestados en otros estados. El registro le permite operar pero no como una entidad acreditada, circunstancia que se debe comunicar a los usuarios.

Entidad de registro de información.- El artículo octavo lo define como un ente acreditado en el CONATEL y que esta vinculado legal y contractualmente con una entidad de certificación de información registrada o acreditada. Esta entidad esta autorizada para representar a la entidad de certificación y brindar servicios en nombre de aquella tales como la conservación y custodia de información y documentos de soporte necesarios para emitir firmas y certificados de firma electrónica; Instalación de aplicaciones para el uso y comprobación de firmas electrónicas y certificados y los que requiera la entidad de certificación.

La Ley de Comercio Electrónico establece la política de acreditación voluntaria de las entidades de certificación, sin embargo, las firmas electrónicas y los certificados de firma emitidas por las entidades de certificación de información acreditadas y las entidades de registro vinculadas tendrán la calidad de acreditados, se presume su legalidad lo que significa que sus datos no han sido alterados. Los contratos y la

publicidad de estos servicios darán aviso de sí detentan o no la calidad de acreditados y los derechos que en este sentido les corresponde a los usuarios.

Extinción del Título.- El artículo decimosexto determina que el título se extingue por las siguientes causas:

1. Advenimiento del plazo de autorización.
2. Incumplimiento de obligaciones de la entidad de certificación fundamentada por el CONATEL.
3. Modificaciones no reportadas o no aceptadas por el CONATEL respecto a los requisitos para su autorización.
4. Resolución del CONATEL por causas técnicas o legales como la alteración de la información solicitada.
5. Cese de las labores de la entidad.
6. Cese de relación con la entidad de registro.

El Ente regulador adoptará las medidas encaminadas a proteger la información de los usuarios y los derechos adquiridos.

Contenido del Título: El artículo decimoséptimo prescribe que el título contendrá los siguientes datos:

- a. Especificación de los servicios que se autoriza prestar y duración del título.
- b. Las obligaciones y responsabilidades de las entidades de certificación y los derechos y procedimientos que asisten a los usuarios.
- c. La prerrogativa de prestar servicios al sector público.
- d. Las causales de extinción del título.

Trámite para la entrega de Títulos Habilitantes.- El artículo decimoctavo y siguientes establecen que los documentos técnicos deben suscribirse por un profesional colegiado especialista. Los procedimientos para otorgar permisos para la prestación de servicios de información constan en el Reglamento General a la Ley de Telecomunicaciones.

A la solicitud para obtener un título habilitante se adjuntará los siguientes documentos:

- 1.** Identificación del solicitante, socios o representantes de la entidad de certificación y los documentos que prueben tal calidad.
- 2.** Diagrama y descripción técnica del sistema.
- 3.** Descripción de los servicios que se pretenden prestar y de la infraestructura existente.
- 4.** Documentos que sustenten el cumplimiento de los requisitos de la Ley de Comercio Electrónico y su reglamento como la capacidad de evitar la falsificación de sus certificados y seguridad en caso de que se utilice claves criptográficas privadas.
- 5.** Los demás requeridos por el CONATEL según el tipo de servicio que se vaya a prestar.
- 6.** A la solicitud de renovación de licencia o ampliación de servicios se acompañará el certificado de cumplimiento de las obligaciones determinadas en el permiso por parte del órgano de control.

A la solicitud de permiso para las entidades de registro de información vinculadas a una entidad de certificación acreditada se acompañará:

- a.** Identificación del solicitante, socios y representantes y los documentos que prueben tal calidad.
- b.** Documentos que sustenten su relación contractual con la entidad certificadora y en las que se determinará las responsabilidades de cada una de las partes.
- c.** Los demás requeridos por el CONATEL según el tipo de servicio que se vaya a prestar.
- d.** Descripción de los servicios que se van a brindar.

A la solicitud permiso para las entidades de registro de información, relacionadas con una entidad de certificación registrada, se acompañará los mismos documentos enumerados anteriormente mas los documentos notarizados y autenticados por autoridad competente de su país, que acrediten el reconocimiento legal de los servicios prestados por la entidad extranjera. En este caso la entidad de registro acreditada será la responsable ante las autoridades y los usuarios por los servicios prestados. El permiso y los derechos y obligaciones derivados de aquel no pueden ser cedidos.

Los solicitantes podrán acogerse al Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva para sus relaciones con el CONATEL y el SENATEL lo cual no limita la petición de ampliación, modificación o aclaración de los actos administrativos que se deben resolver en un término de 15 días o caso contrario se entenderá como silencio administrativo.

Condiciones del Título Habilitante, Normas Operativas.- El artículo veintiocho determina que una vez obtenida la licencia para la prestación de servicios, el ente tendrá seis meses de plazo para comenzar sus operaciones caso contrario se extinguirá su título. Se podrá solicitar una ampliación motivada del período; el SENATEL tendrá 15 días de plazo para responder o se entenderá silencio administrativo. La ampliación no superará los 90 días calendario. Las copias de los permisos, prórrogas, revocatorias y modificaciones se enviarán a la Superintendencia de Telecomunicaciones para que ejerza control.

Certificados de firma electrónica emitidos en el extranjero.- El artículo trigesimosegundo prescribe que los certificados emitidos en el extranjero se podrán revalidar cumpliendo con la acreditación y demás requisitos legales. Los certificados que no se revaliden tendrán la calidad de no acreditados.

Servicio de Sellado de Tiempo.- El artículo 33 y los siguientes manifiestan que este servicio incluye la recepción de mensajes en los que se escribirá la fecha, hora y lugar. La firma electrónica del documento sellado avala la integridad y su autenticidad. Los entes que quieran ofrecer este servicio presentarán un anteproyecto técnico que pruebe la efectividad del servicio y un diagrama del sistema que se empleará.

Las obligaciones de las entidades de certificación acreditadas para brindar servicios de sellado y verificación de tiempo son:

1. Responder por la integridad de los documentos sellados y sus respaldos.
2. Usar mecanismos automáticos de sellado que hagan imposible su alteración y que permitan el acceso a este servicio de manera permanente.
3. Ajustar la fecha y hora de los equipos de sellado de tiempo con la Coordinación Universal de Tiempo(UTC) con una diferencia no mayor a un segundo.

Los cambios que se quieran hacer al sistema de sellado o de verificación de tiempo, requerirán autorización de la Superintendencia de Telecomunicaciones. Se establecerá un sistema para que los servicios encriptados sean accesibles para su control.

Regulación y Control.- Los artículos 36 y 37 determinan que los servicios de certificación de información están sujetos al control, regulación y supervisión de la Superintendencia de Telecomunicaciones, el CONATEL y el SENATEL. Los controles de la Superintendencia se harán según las recomendaciones de entidades internacionales como el Instituto Europeo de Estándares de Telecomunicaciones(ETSI). Las entidades de servicios darán facilidades cuando la Superintendencia haga sus inspecciones.

CAPÍTULO III

EL COMERCIO ELECTRÓNICO

Introducción

El siglo XXI está llamado a ser la centuria de la revolución electrónica. La historia de la humanidad se ha desarrollado a impulsos de la técnica; desde el invento de la rueda hasta el desarrollo de la tecnología espacial, pasando por el papel, la imprenta, la máquina de vapor, el automóvil, la energía eléctrica, el telégrafo, el teléfono y la televisión, han transcurrido muchos siglos y se han producido muchas conmociones.

El perfeccionamiento y evolución de las redes de comunicación bidireccionales como las Intranets y el Internet han dado lugar a la aparición del denominado “Ciberespacio” en donde todos los usuarios están a un clic de distancia independientemente de su ubicación espacial. Esta nueva realidad ha permitido que la contratación electrónica se establezca como el principal foco de internacionalización y globalización del comercio.

El comercio electrónico no es un fenómeno tan reciente. Una de las primeras formas de comercio digital que apareció en la década de los ochenta y que hoy en día es una de las más consolidadas, es el Intercambio Electrónico de Datos o EDI que consiste en la realización de transacciones comerciales de forma automatizada a través del intercambio de órdenes de compra, venta y pagos de computadora a computadora generalmente a través de redes cerradas. Las transacciones mediante el sistema EDI requieren casi siempre de una negociación y preparación previa entre las partes respecto a los protocolos técnicos y administrativos y a las cláusulas o términos de la relación comercial que serán aplicables. Esta tecnología por sus altos costos generalmente es desarrollada a largo plazo, para importantes volúmenes de operaciones generalmente entre empresas grandes y dignas de confianza.

Hoy en día el nivel del comercio en Internet es todavía relativamente bajo, existe un universo de navegadores más que de compradores; pero en un futuro próximo es de esperarse un aumento del mismo y la realización de operaciones comerciales de mayor importancia. La utilización de las nuevas tecnologías y especialmente de las redes bidireccionales, “...permiten nuevas oportunidades de negocio, mayor competitividad, la reducción de costos, la eliminación de los intermediarios y una mayor celeridad en el desarrollo de las relaciones comerciales, principios todos ellos que deben presidir la

organización y desarrollo de toda actividad empresarial...”³². De la misma manera, el comercio digital favorece a los consumidores quienes gozan de mayor capacidad de elección entre varios proveedores, de precios más bajos originados por la libre competencia y de productos más especializados. La administración pública por su parte podrá utilizar estas nuevas herramientas tecnológicas para mejorar los servicios que brindan a los usuarios.

Una de las características del “e-commerce.” Es la interactividad o posibilidad de que se produzca una comunicación recíproca de contenidos informáticos entre las partes, sea sincrónico o simultáneo o diferido o diacrónico. Las redes de comunicación pueden ser unidireccionales, en donde no hay posibilidad de respuesta inmediata a las ofertas hechas como por ejemplo la televisión y bidireccionales o interactivas como el Internet.

Nos encontramos en presencia de una forma de alteración contractual de análoga trascendencia a la que se produjo con la sustitución de la tablilla de piedra por el papiro y la del pergamino por el papel. Esta alteración tiende a facilitar la celebración y documentación de actos y contratos, el soporte negocial ha sido cada vez más móvil y ligero, fácil de transportar, accesible a la generalidad de los potenciales contratantes y económico en su realización.

El principal efecto del comercio digital es el “de provocar la transformación de transacciones y procesos basados en papel a procesos digitales en los que la palabra impresa es sustituida por los unos y los ceros del código binario”³³.

Finalmente, para poder hablar de comercio electrónico debe concurrir el carácter lucrativo en la operación al contrario de los servicios de la sociedad de la información, que pueden ser gratuitos u onerosos.

Son servicios de la sociedad de la información, “la contratación de bienes y servicios por vía electrónica, la organización o gestión de subastas, la gestión de compras, el envío de comunicaciones comerciales, el suministro por vía telemática, el alojamiento de información, aplicaciones o servicios, el ofrecimiento de instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos y el vídeo bajo demanda”³⁴. De esta categoría

³² MARTÍNEZ, Apolonia. “Comercio Electrónico, Firma Digital y Autoridades de Certificación”. Editorial Civitas. Madrid. 2001. p. 34.

³³ MARTÍNEZ, Apolonia. Ob. cit. p. 30.

³⁴ ECHEBARRÍA, Joseba. “El Comercio Electrónico”. Editorial Edisofer. Madrid. 2001. p. 25.

quedan excluidas, el almacenamiento de datos por el destinatario y los servicios de radio y televisión que carecen de interactividad. Desde el punto de vista jurídico será fundamental establecer con claridad, quienes prestan verdaderos servicios a la sociedad de la información y quienes prestan un servicio comercial.

3.1 El Comercio Electrónico

Comercio electrónico, e-business o e-commerce “Es la parte del comercio que se desarrolla a través de redes mediante la relación entre oferta y demanda, con este fin se utilizan herramientas electrónicas y las telecomunicaciones lo que permite agilizar el proceso comercial por medio de la reducción de tiempo, espacio y de costos”³⁵. Abarca todos los tipos de relaciones en que puede desarrollarse el comercio es decir entre estados(G2G), entre estados y empresas(G2B), entre empresas (B2B), entre empresa y consumidor (B2C) y entre consumidores(C2C).

Al comercio electrónico en un sentido amplio se lo entiende como todo intercambio de datos por medios electrónicos, este o no relacionado con la actividad comercial. En sentido estricto, el tráfico digital consiste en “La realización de actos o negocios con trascendencia jurídica y económica a través de medios electrónicos, informáticos o telemáticos”³⁶. Estas actividades comprenden la comercialización de bienes y servicios, el suministro en línea de contenidos digitales, la transferencia electrónica de fondos, las subastas electrónicas, la prestación de servicios en línea, servicios de posventa, la compraventa de acciones, etc.

El comercio electrónico puede ser cerrado o abierto dependiendo del tipo de red que se utilice. En las redes cerradas, en donde el acceso al sistema depende de un contrato previo, las relaciones comerciales entre las partes se rigen por los contenidos de dichos contratos; por su parte en las redes abiertas como el Internet, el acceso es posible para cualquier persona mediante un ISP y las relaciones contractuales entre sus usuarios se regulan por la ley aplicable.

Comercio Electrónico Directo.- “Es aquel que se lleva a cabo íntegramente por vía electrónica”³⁷. Abarca todo el proceso comercial, desde el pedido, el pago y el suministro en línea del software o de la información solicitada en paquetes digitalizados o bloques de información que se descargan por el canal de comunicación.

³⁵ SARRA, Andrea. “ Comercio electrónico y derecho”. Editorial ASTREA. Buenos Aires. 2000. p. 279.

³⁶ BARREIROS, Francisco. “El Papel del Notariado en el uso de la firma digital”. Editorial Bosch. España. p. 9.

³⁷ SARRA, Andrea. Ob. cit. p. 285.

Comercio Electrónico Indirecto.- “Éste se realiza mediante pedidos de bienes o servicios en la red, pero el suministro o la entrega del producto se hace off line, es decir por medio de los canales normales de la distribución física”³⁸.

Los principios básicos que sirven de directriz dentro del comercio electrónico son: el reconocimiento de la equivalencia funcional de los documentos electrónicos a los documentos en soporte papel y de la firma digital a la firma manuscrita, la neutralidad tecnológica de los sistemas a utilizarse, la invariabilidad de las normas internas que regulan las obligaciones y contratos, la presunción de la buena fe y el reconocimiento de la autonomía de la voluntad o libertad de pacto.

3.2 Equivalencia Funcional y No - Discriminación.- El contenido del artículo 2 de la LCEFEMD establece el principio de equivalencia funcional entre los documentos elaborados en soporte de papel y los documentos electrónicos. “Los mensajes de datos tendrán igual valor jurídico que los documentos escritos. Su eficacia, valoración y efectos se someterán al cumplimiento de lo establecido en esta ley y su reglamento”. Esta equivalencia funcional implica “..la recuperabilidad del mensaje electrónico, su accesibilidad, legibilidad y su posible vinculación con un origen”³⁹. Otras cuestiones como su integridad o la identificación de su autoría, nos remiten a la fuerza probatoria que tendrá dicho documento y la función que en tal sentido desempeñan las técnicas de encriptación como la firma electrónica avanzada.

El artículo 3 del Reglamento a la Ley de Comercio Electrónico manifiesta que una vez cumplidos las exigencias de accesibilidad, el documento electrónico tiene los mismos efectos jurídicos que los documentos per cartam.

Por su parte el artículo 14 de la LCEFEMD reconoce la equivalencia funcional de la firma hológrafa a la firma electrónica la que tendrá los mismos efectos jurídicos y servirá de prueba válida dentro de un juicio.

En cuanto a la no-discriminación, el artículo 45 de la LCEFEMD y el artículo 5 de la LMCUCE disponen que no se debe objetar la validez de un contrato por el mero hecho de sustentarse en un soporte electrónico.

Neutralidad Tecnológica.- Este principio se fundamenta en que las normas de reconocimiento de la firma electrónica deben ser “omnicomprensivas y compatibles con

³⁸ SARRA, Andrea. Ob. cit. p. 286.

³⁹ ECHEBARRÍA, Joseba. Ob. cit. p. 132.

las diversas tecnologías electrónicas existentes y con las que puedan comercialmente existir. Sin embargo la existencia de una tecnología específica de gran difusión y que cumple todos los requisitos técnicos y de seguridad de la firma electrónica lo ha convertido en un auténtico estándar global”⁴⁰.

La adopción por parte de las legislaciones del principio de neutralidad tecnológica es conveniente para dejar abierta la posibilidad de adoptar los sistemas que se desarrollen en el futuro y que brinden condiciones de mayor seguridad. Por otro lado no se debe dejar de regular a la firma digital conocida también como firma electrónica avanzada basada en una PKI que hoy en día es la única que cumple con todos los requisitos técnicos y brinda un alto grado de certeza a efectos de seguridad en cuanto a la autenticación, integridad y confidencialidad dentro de la contratación electrónica.

La LCEFEMD en sus artículos 2, 13 y 14, en su disposición general 4 y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio electrónico en sus artículos 5, 7, 8 y 9, establecen que no se excluirá a ningún sistema de comunicaciones o de firma electrónica; este principio tiene por objeto facilitar la incorporación de cualquier innovación técnica en la materia mediante una flexibilidad normativa.

Estas normas sin embargo resultan demasiado vagas, la necesidad práctica de usar un sistema que garantice un grado mínimo de seguridad en las transacciones mediante las redes contrasta con la aplicación de este principio. Lo más adecuado sería adoptar una posición normativa que permita la utilización de cualquier sistema que cumpla con los requisitos de autenticidad, integridad, confidencialidad y no repudio.

Inalterabilidad de las Legislación preexistente sobre Obligaciones y Contratos.- El uso de los medios y de las herramientas tecnológicas disponibles para el E-Commerce no podrá modificar las reglas existentes sobre la validez, formación e interpretación de los contratos. Las formalidades exigidas para la validez en la contratación tradicional o per cartam deberán ser igualmente observadas en su homóloga digital.

La Unión Internacional del Notariado Latino (UINL) que está integrada por más de setenta países de todo el mundo en su segunda Asamblea del 2 de octubre de 1998 formuló la siguiente declaración. “El creciente interés por la creación del documento electrónico y el comercio telemático ha suscitado grandes esperanzas de progreso pero

⁴⁰ ILLESCAS, Rafael y AAVV. “Derecho Mercantil Contemporáneo: La Firma Electrónica y el Real Decreto Ley del 17 de septiembre de 1999”. Fondo Editorial de Derecho y Economía. Buenos Aires. 2001. p. 16.

es innegable que induce a dudas y temores porque las nuevas tecnologías pueden implicar un coloquio de máquina a máquina con un aporte de inteligencia y de control humano mínimo o inexistente. Pero esta sensación no tiene razón de ser, la nueva tecnología no representa más que un cambio de instrumento de comunicación sin que implique necesariamente una modificación de las tradiciones de intercambio comercial o del ordenamiento del mismo”⁴¹.

A pesar de este principio, es obvio que las disposiciones de la LCEFEMD alteran las normas relativas a la forma y prueba de la emisión de la voluntad negocial o no negocial; se deberá entender que excepto en dicho ámbito específico, la Ley de Comercio Electrónico no producirá modificaciones en el Derecho contractual privado.

El artículo 44 de la LCEFEMD establece que toda actividad comercial electrónica se “...someterá a los requisitos y solemnidades establecidas en la ley que las rijan, en todo lo que fuere aplicable, y tendrá el mismo valor y los mismos efectos jurídicos que los señalados en dicha ley”.

La Buena Fe.- El principio de la presunción de la buena fe dentro del comercio electrónico deriva de la inalterabilidad de las normas y de los principios existentes en el ámbito de la contratación tradicional.

El Artículo 3 numeral 1 de la LMCUCE determina que “En la interpretación de la presente Ley habrán de tenerse en cuenta su origen internacional, la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe”. La Ley Modelo no hace sino seguir la estela dejada por los textos del DUCI como los artículos 7 y 80 de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías.

De esta manera “...la buena fe constituye uno de los fundamentos del régimen jurídico aplicable al intercambio internacional y nacional de bienes y servicios independientemente de que se haya convenido verbal, manual o electrónicamente”⁴².

La Libertad Contractual.- Al igual que el principio precedente consiste en la manifestación de la inmutabilidad de las normas preexistentes en materia de contratación con ocasión de su aplicación vía electrónica. La mayoría de los distintos

⁴¹ BOLÁS, Juan. “Firma Electrónica, Comercio Electrónico y Fe Pública Notarial”. Editorial Bosch. España. p. 49.

⁴² ILLESCAS, Rafael. “Derecho de la Contratación Electrónica”. Editorial Civitas. Madrid. 2001. p. 55.

sistemas jurídicos, reconocen dentro de ciertos límites, la libertad de pacto. (28, 46, y 47 de la LCEFEMD, 4.1 y 11 de la LMCUCE, 8, 11, 1480 C.C.).

El principio universal de la autonomía de la voluntad o libertad de negociación, válido tanto para el comercio tradicional como para el electrónico, queda reconocido y en su virtud las partes podrían acordar efectos distintos a los establecidos por el ordenamiento positivo. Las disposiciones vigentes sobre el tema, pasarían a ser normas supletorias para regular lo no previsto en los arreglos previos por los contratantes.

Los límites a esta libertad, están restringidos a lo determinado por la Ley, la moral o el orden publico interno de cada estado; así serán nulos los contratos en los que existan vicios del consentimiento, objeto o causa ilícitas y en los que se hayan omitido algún requisito o formalidad prescritas por las leyes para su validez. En el ámbito de la contratación electrónica tendrá especial importancia los márgenes de libertad de contratación establecidos en las normas que protegen los derechos de los consumidores considerados la parte débil de la relación contractual.

En este sentido la Disposición General 5 de la LCEFEMD dispone que “Se reconoce el derecho de las partes para optar libremente por el uso de tecnología y por el sometimiento a la jurisdicción que acuerden mediante convenio, acuerdo o contrato privado, salvo que la prestación de los servicios electrónicos o uso de estos servicios se realice de forma directa al consumidor”.

3.3 Sistemas utilizados para el Comercio Electrónico.- El Comercio electrónico se realiza por medio de diversos sistemas de información, entre los más utilizados esta el sistema EDI, el correo electrónico, el Fax y el Videotext.

EDI.- El Intercambio Electrónico de Datos⁴³, “consiste en la realización de transacciones comerciales de forma automatizada, mediante el intercambio de órdenes de compra, venta y pago realizadas de ordenador a ordenador generalmente a través de redes cerradas”⁴⁴. Estos sistemas cuentan con un lenguaje predefinido de aplicación universal (UN\EDIFACT, ANSIX12) lo que evita problemas en la utilización idiomática y las variantes en las acepciones de las expresiones técnicas que han conllevado a múltiples problemas respecto a la interpretación de contratos y tratados.

⁴³ El formato EDI es compatible con los protocolos TCP/IP por lo que podría ser transmitido en Internet, previa codificación.

⁴⁴ MARTÍNEZ, Apolonia. Ob. cit. p. 31.

Otra ventaja de este sistema es la reducción de tiempo y costos en la contratación, mediante su aplicación se eluden gastos de negociación como viajes, hoteles, comidas y de servicios profesionales de secretarías, notarios y profesionales del derecho. El sistema EDI reconoce en la actualidad dos subvertientes, el EDI Financiero y la Transferencia Electrónica de Fondos.

Correo Electrónico.- Consiste en un sistema de información mediante el cual se intercambia datos de una computadora a otra con la intervención de un agente que generalmente es el Internet. Utiliza códigos alfanuméricos que pueden ser leídos en la pantalla del computador o per cartam a través de una impresora.

El Fax.- Este sistema se basa en el uso de un aparato técnico denominado fax, el cual al estar conectado a un teléfono por medio de un módem, hace posible la transmisión electrónica de un documento de un emisor a un receptor.

Su uso origina problemas en cuanto a la prueba documental, conclusión de los contratos, certeza de la recepción del mensaje de datos y otros relacionados con la falta de codificación necesaria para evitar adulteraciones del contenido del documento.

El Videotext.- Este SI, “utiliza una combinación de un sistema digital de computación en comunicación vía módem con un sistema analógico de información como una pantalla de televisión o una línea telefónica que permite un diálogo entre las partes”⁴⁵. En este sistema es factible el acceso a redes de telecomunicaciones o bases de datos por medio de un ordenador.

3.4 Dificultad de Regulación del E-business.- Muchas de las disposiciones legales de los distintos ordenamientos jurídicos sobre comercio electrónico, actúan como obstáculos para el apuntalamiento de empresas que buscan comercializar sus productos electrónicamente; por otro lado el vacío legal relacionado con el instrumento digital y la falta de disposiciones que regulen la contratación electrónica y la firma digital produce similares consecuencias.

⁴⁵ GAETE, Eugenio. “ El Instrumento Público Electrónico”. Editorial Bosch. Barcelona-España. 2000. p. 133.

La Firma electrónica constituye un elemento del comercio electrónico en el que el progreso tecnológico incide de modo decisivo y directo, las constantes innovaciones generan obsolescencia y dificultan la aplicación del postulado de neutralidad tecnológica. Este riesgo cierto y efectivo de obsolescencia hace que muchas de las legislaciones, no ejerciten su función normativa en la materia; sin embargo el permanente desarrollo tecnológico no debe detener a las legislaciones del ejercicio de su función normativa en este ámbito; habrá siempre la posibilidad de reformar, actualizar o modificar las normas que dejan de adecuarse al tiempo y al espacio.

La regulación que se haga en la materia deberá procurar la armonización internacional de los principios técnicos y jurídicos mediante la observación de los estándares fijados por los estados y las organizaciones internacionales que están a la vanguardia del desarrollo tecnológico.

3.5 Las Redes.- “Una red es un conjunto de computadoras interconectadas entre sí a los efectos de compartir recursos como información, discos, impresoras, software, etc. La conexión entre ellas es posible mediante la utilización de protocolos de red, tales como TCP/IP”⁴⁶. Cada computadora esta conectada al sistema por medio de un módem que es un dispositivo que conecta los ordenadores con las líneas telefónicas, con la fibra óptica o con la tecnología wireless. Por lo general, las redes son operadas universalmente por compañías de Telecomunicaciones.

Las redes abiertas o públicas como el Internet, posibilitan a cualquier individuo mediante una habilitación técnica por un proveedor de servicios de Internet, una comunicación interactiva entre interlocutores que generalmente no han entablado una relación previa. Ofrece nuevas posibilidades empresariales para la reducción de costos y para acceder a clientes potenciales y permite a los entes del sector público interactuar entre ellos, con las empresas o con los ciudadanos.

Las redes cerradas o privadas por su parte restringen su uso a los individuos vinculados contractualmente con anterioridad, estas personas tendrán acceso exclusivo a los protocolos y normas técnicas de contratación a utilizarse, el sistema EDI es el representante por antonomasia de los entornos privados.

⁴⁶ SARRA, Andrea. Ob. cit. p. 69.

Además en las redes cerradas e Intranets, se limita el acceso a la información clasificada de las compañías, únicamente al personal autorizado para ello. Para este objetivo, se utilizan dispositivos denominados “fire walls” que impiden alcanzar la información archivada como confidencial. Es posible captar información pública proveniente de redes abiertas e introducirla en una red privada con el fin de adecuarla a las necesidades individuales de cada empresa, esta nueva información pasará a estar amparada por el derecho privado de propiedad.

La seguridad en las redes no debe enfocarse solamente a la protección de los datos que fluyen a través de ella sino además debe evitar el acceso a los diversos elementos de la red que pudieran ser atacados, para varios autores especializados, los ataques a las redes de telecomunicaciones pueden ser calificados en activos y pasivos.⁴⁷

3.6 El Internet.- El Internet consiste en el conjunto de redes de computadoras interconectadas mediante plataformas de software y protocolos de comunicación estándar como TCP/IP, WWW, HTTP, HTML entre otros.

Para la Internet Society, el Internet “Es una red global de redes que posibilita a computadoras de todo tipo comunicarse en forma directa y compartir servicios e información a través de la mayor parte del mundo”⁴⁸.

“Formalmente, nadie posee Internet, cada red pertenece a distintos dueños, no existe una autoridad central de funcionamiento pero sí varios órganos consultivos como la Internet Society y el World Wide Web Consortium”⁴⁹.

La World Wide Web y el correo electrónico cumplen un papel de difusión de información comercial y como medio para realizar una transacción electrónica efectiva interactiva. El correo electrónico y la W.W.W. son aplicaciones de Internet que ofrecen la ventaja de los bajos costos de operación pero que plantea problemas de seguridad por su calidad de red pública.

El comercio electrónico practicado en Internet es conocido como comercio digital abierto y se caracteriza por no necesitar de acuerdos previos entre sus usuarios; esta accesibilidad pública facilita las relaciones mercantiles ocasionales o a corto plazo.

⁴⁷ Los activos comprenden: La interrupción del sistema, modificación de un mensaje o de cualquier elemento de la red y la transmisión de información, falsificando una identidad. El pasivo comprende la interceptación, que consiste en el acceso no autorizado a una información o a un elemento de la red.

⁴⁸ <http://www.isoc.org>.

⁴⁹ DEVOTO, Mauricio. “Comercio Electrónico y Firma Digital”. Editorial la LEY. Buenos Aires. 2001. p. 106.

Antecedentes Históricos.- En el año de 1961 Leonard Kleinrock, profesor del MIT, publicó la denominada “Teoría de conmutación de Paquetes” como intento de explorar la utilidad de la interconexión de ordenadores. En 1962, otro profesor del MIT, Joseph Licklider, publicó un conjunto de artículos sobre la visión de una red global de ordenadores accesible desde cualquier terminal.

Durante el auge de la guerra fría, El Pentágono, encargó a la corporación RAND la creación de un sistema de comunicaciones capaz de resistir una guerra nuclear. En 1964 aparece un diseño que utiliza una red sin autoridad central en donde cada red local tendría una categoría equivalente a las demás; los mensajes serían enviados en dirección aproximada de su destino y si alguna de las redes físicas fuera destruida, el mensaje buscaría una ruta alternativa hasta llegar a su receptor. En 1965 los investigadores del MIT Lawrence Roberts y Thomas Merrill alcanzaron la primera conexión interestatal de computadoras por medio de una línea telefónica.

El Diseño de Internet se hizo en 1973 y se publicó en 1974 por Vint Cerf y Rober Kanh en EEUU. Luego de una década de pruebas el servicio es lanzado en 1983, en un principio se requería de personal especializado para su uso y éste estaba vinculado exclusivamente a objetivos académicos y militares.

En materia de software, aparece en 1957 el lenguaje “Fortran” que utiliza símbolos similares a los matemáticos; el “Sabre” de 1962 era un sistema automatizado para establecer los horarios de presentación de los vuelos aéreos.

Los sistemas de información alcanzaron un mayor desarrollo a partir de los años setenta con la “...microminiaturización de los circuitos electrónicos los cuales son integrados en pequeñas placas de silicio denominadas chips. Esta avance coadyuvó a la aparición de los personal computers”⁵⁰.

Los Sistemas de Información(SI).- Constituyen un factor de gran importancia dentro del comercio electrónico ya que parcialmente por intermedio de los sistemas de información se crean, fluyen y logran su destino los mensajes de datos. Es todo dispositivo físico o lógico utilizado para crear, generar, enviar, recibir, procesar, comunicar o almacenar, de cualquier forma, mensajes de datos como por ejemplo las redes.

⁵⁰ GAETE, Eugenio. Ob. cit. p. 36.

El agente electrónico es un SI que en virtud de sus características de programación, contrata electrónicamente de manera automática si la oferta recibida cumple con los parámetros establecidos en el software que lo controla.

Los Proveedores de Internet (ISP).- Para que las transacciones electrónicas fluyan de forma segura se debe utilizar un acceso a Internet prestado por un servidor seguro.

“Un servidor es un ordenador o un sistema al que se conecta el usuario en Internet y le proporciona información y recursos para poder trabajar; trata la información que envía y la canaliza hacia la red y procesa los mensajes de datos que recibe de otros usuarios con diferentes servidores. Actúa como punto de conexión del usuario con Internet”⁵¹.

Para que un proveedor de servicio de conexión con Internet pueda ser considerado confiable debe utilizar un formato de protocolo que se considere técnicamente seguro y debe contar con una certificación de una autoridad de certificación de información. Un protocolo es un sistema de conexión con Internet y se considera seguro cuando garantiza que tanto la información emitida como la recibida, fluyen a través de la red de forma cifrada. En cuanto a la seguridad operativa, el “servidor” debe avalar la integridad de los mensajes transmitidos, la integridad quiere decir que el mensaje de datos no ha sufrido alteraciones durante su viaje por la red.

3.7 La Contratación Electrónica

Contrato electrónico es “...toda transacción onerosa relativa a bienes o servicios que se lleva a cabo entre un proveedor y un consumidor en el marco de un sistema de venta o de prestación de servicios a distancia, organizado por el proveedor que utiliza exclusivamente una o varias técnicas de comunicación electrónica hasta la conclusión del contrato”⁵². Si bien la contratación electrónica reviste formas diferentes, ésta deberá reunir las características básicas exigidas por el Derecho contractual aplicable a cualquier contrato, en particular en lo relacionado con el consentimiento, objeto y causa.

Además hay que aclarar la diferencia entre el contrato electrónico celebrado en Internet y la contratación informática practicada desde hace varias décadas y que agrupan modelos transaccionales distintos como los cajeros automáticos, Intranets o

⁵¹ ECHEBARRÍA, Joseba. Ob. cit. p. 158.

⁵² Unión Europea. Directiva 97\7 CE. Artículo 2.

redes privadas de información, EDI o transferencia electrónica de fondos, etc. Mientras que la contratación informática se fundamenta en contratos mecanizados basados en instrucciones técnicas programadas contenidas en un contrato marco previo, el diseño de la plataforma tecnológica del Internet permite que el cliente y el empresario interactúen y dialoguen en tiempo real y de manera espontánea⁵³.

Cada día es más común dentro las empresas el empleo del correo electrónico o del EDI como sustitutos del fax y del teléfono, el uso de las páginas web como medios de publicidad, la explotación de los llamados “markets digitales” o portales de venta de productos y la utilización del pago electrónico. Todos estos medios permiten lograr una gestión empresarial mecanizada y una distribución informatizada.

Las estadísticas existentes en materia de contratación digital “...apuntan a una realidad innegable al afirmar que pese a que solo una pequeña porción de los Internautas son empresarios, éstos totalizan aproximadamente el ochenta y ocho por ciento del tráfico económico en Internet y obviamente la totalidad del tráfico en las redes cerradas mediante formatos EDI”⁵⁴.

Por otro lado es frecuente el debate respecto de sí la contratación digital es una contratación entre ausentes (correo electrónico), o entre presentes (chat o conexión on line) en función de los medios de comunicación utilizados y de la inmediatez con que se manifiesta el consentimiento de las partes.

Como señalan acertadamente algunos autores, “La cuestión no es en realidad si la contratación es entre ausentes o entre presentes, sino que se trata de una contratación a distancia sin la presencia física palpable de los contratantes”⁵⁵. Así en un contrato en el que se descargue inmediatamente un archivo y se realice el pago al mismo tiempo utilizando medios electrónicos, la prestación del consentimiento será inmediata. Es común que la jurisprudencia internacional equipare la contratación entre presentes al tráfico que utiliza formas de conexión como el teléfono en donde las manifestaciones de oferta y aceptación ocurren de forma prácticamente simultánea. El problema aparece en los supuestos en los que la formación y ejecución del contrato se difiere, resurgen los inconvenientes de la contratación a distancia que anteriormente ya se manifestaron con el comercio por carta, catálogos o vía telegráfica.

⁵³ Es precisamente esa presunción de falta de continuidad de las declaraciones de voluntad de las partes, característica del contrato a distancia o contratación entre ausentes, la que se rompe en la contratación a través de Internet.

⁵⁴ ECHEBARRÍA, Joseba. Ob. cit. p. 81.

⁵⁵ ECHEBARRÍA, Joseba. Ob. cit. p. 101.

En las redes de comunicaciones bidireccionales, se efectúa una forma de contratación “on line” que difiere de la contratación tradicional con presencia física de las partes y también de la llamada venta a distancia o contratación entre ausentes.

La directiva 2000/31 de la Comunidad Europea, en su artículo 9 permite a sus estados miembros la exclusión voluntaria de realizar ciertos actos y contratos por vía telemática tales como:

- La creación o transferencia de derechos inmobiliarios excepto los relacionados al arrendamiento. Esta posible salvedad se justifica en los sistemas jurídicos preventivos como el nuestro que exigen el cumplimiento de formalidades que no se adaptan a la excesiva celeridad y a la falta de asesoramiento que en algunos casos puede importar la contratación electrónica.
- Los que legalmente requieren de la intervención de tribunales, autoridades públicas o profesionales que ejerzan una función pública. Aquí se incluye la emisión de documentos públicos: judiciales, administrativos y notariales. Muchos contratos requieren para su validez el que se hayan otorgado mediante escritura pública.
- Los contratos de crédito y caución. Se refiere a los préstamos, líneas de descuento, fianzas, etc. La vaguedad de este apartado puede ser consecuencia de que se espera la aprobación de la Directiva Europea relativa a la prestación de servicios financieros a distancia. La exclusión en este ámbito también parece lógica por cuanto nos encontramos ante negocios jurídicos de gran trascendencia patrimonial, a los que en nada beneficia la velocidad propia de las transacciones telemáticas.
- Los actos y contratos relativos al derecho de familia y a las sucesiones: Matrimonio, capitulaciones matrimoniales, filiación y testamentos. Debido a que el contenido de dichos contratos es de índole personal y al estar sustentados en lazos afectivos y de parentesco, sería inadecuado su realización sin la presencia física de las partes.

Hay que subrayar que la norma establece la posibilidad y no la obligación de que los estados miembros excluyan la celebración de contratos por vía electrónica en las materias referidas; sin embargo creo que hubiese sido más acertado excluir de forma

obligatoria determinados campos de la contratación como el inmobiliario y el familiar o sucesorio que por su idiosincrasia no son idóneos para utilizarse en la contratación electrónica.

“En materia contractual el estatuto que se admite es el mixto, así los requisitos de fondo como la capacidad, consentimiento, objeto y causa, se determinan por el estatuto personal; mientras sus requisitos de forma o manifestación exterior del acto se rigen por el estatuto real, es decir aquél relativo a las cosas”⁵⁶. En nuestro país la forma externa de los actos se guían por el principio “locus regit actum” (art.16 C.C.), según el cual la forma externa de los instrumentos públicos se determina por la ley del país en donde se ha otorgado el mismo. Tratándose de actos relativos a los bienes, en nuestro país se aplica el principio “lex rei sitae” (art. 15 C.C.), es decir que rige la ley en donde se hallen ubicados los bienes aunque sus dueños sean extranjeros.

Es necesario tener en cuenta que los sistemas anglosajones de derecho, se rigen por el estatuto de la territorialidad de la ley con un carácter absoluto en lo relacionado a inmuebles, en cuanto a los requisitos internos del acto y en cuanto a las formas del mismo. El principio locus regit actum se aplica únicamente en los actos que involucren bienes muebles.

3.8 Oferta, Aceptación y Comunicaciones Comerciales

La realidad contractual del comercio electrónico difiere de la contratación per cartam. La existencia del espacio cibernético hace que los contratos sufran variaciones no solo en lo relativo al corpus sino también en cuanto a su contenido, es decir en lo relativo a sus elementos esenciales, naturales y accidentales.

De esta manera se altera:

1. La formación del consentimiento, respecto a las etapas de oferta y aceptación y lo relativo al momento y lugar de su formación.
2. Desaparece la unidad de acto como expresión del consentimiento.
3. Se cambian los medios de prueba necesarios.
4. Se crean nuevos riesgos contractuales derivados de los medios utilizados para el tráfico.

⁵⁶ GAETE, Eugenio. Ob. cit. p. 164.

5. Este tipo de contratación acarrea problemas de Derecho Internacional Privado relacionados con la competencia del Tribunal que resolverá los conflictos que se generen, le ley aplicable al caso, etc.

La Oferta.- Tomando en consideración la definición del maestro Garriguez, entenderemos como oferta a la declaración de voluntad encaminada a la perfección de un contrato que comprende los términos esenciales del mismo.

En el ámbito del E-Business, la información expuesta en la red sobre distintos servicios y productos y las comunicaciones comerciales remitidas por correo electrónico que no contengan los requisitos esenciales del contrato, se considerarán como simples mensajes publicitarios o una mera invitación a ofertar.⁵⁷

El artículo 14 de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, establece que la propuesta de celebrar un contrato constituirá oferta si es lo suficientemente precisa e indica la intención inequívoca del oferente de quedar obligado. Una declaración será lo suficientemente precisa cuando expresa o tácitamente señale las condiciones generales de contratación: el precio, la forma de pago, condiciones de entrega, información del producto, etc. El predisponente tendrá la obligación de facilitar al adherente o consumidor, el texto completo de la información relativa al producto o servicio ofertado y todas las cláusulas que regirán al contrato.

A mi juicio estos requisitos no resultan de aplicación en el comercio electrónico entre empresarios mediante redes cerradas o en los que exista un acuerdo EDI que por definición exigen un pacto previo. Ciertamente este mecanismo no concuerda con la contratación en masa propia del tráfico mercantil interempresarial en donde en el mejor de los casos se establece un contrato marco o contrato inicial. Dada la rapidez, celeridad y masificación del tráfico comercial electrónico sería irreal exigir la notificación de los términos del contrato con antelación o la remisión del contrato completo con cada una de las entregas del suministro habitual, mecanismo propio de tutela del consumidor.

En el E-Commerce, la exposición de las condiciones generales de contratación con anticipación será posible en los sistemas EDI, en las páginas web y en los portales con formatos HTML. En la contratación por e-mail el predisponente deberá enviar al

⁵⁷ En las páginas web activas podemos encontrar auténticas ofertas y mecanismos de solicitud del producto o servicio en cuestión; en las páginas web pasivas cuya labor esencial es la publicidad, encontraremos información e invitaciones a ofertar o a comunicarse por medio del correo electrónico o de links con otros web sites activos.

adherente una justificación del contrato celebrado, por escrito, en el idioma utilizado en la oferta y en un soporte duradero.

Otro problema común de la contratación digital, es el de comprobar el carácter extemporáneo de la aceptación a una oferta cuyo contenido suele establecer una fecha límite. Si el oferente no señaló un plazo, si no condicionó la oferta a la existencia de stock o al cambio de las condiciones del mercado, deberá asumir las aceptaciones realizadas con anterioridad a la revocación pública de dicha oferta.

El oferente además será el responsable de los desfases que haya lugar entre las condiciones que desea aplicar y las ofertadas por medios públicos como una página web o una comunicación comercial de alcance general. Para evitar estos problemas el ofertante podrá incluir avisos como por ejemplo: “sometido a revisión”, “solicite presupuesto” o similares.

Aceptación.- Dentro de la doctrina es común entender que la aceptación ha de ser concordante con la propuesta de contrato y susceptible de manifestarse de manera pura y simple. En la contratación mediante el sistema EDI o por intermedio de redes privadas, el acuerdo previo de las partes debería fijar como se formulará la aceptación de la transacción.

En el comercio electrónico abierto existen distintas formas de manifestar el consentimiento, este consentimiento debe consistir en un acto de voluntad de carácter expreso como fórmula de protección al consumidor; generalmente se hace mediante el llamado pedido electrónico “como pulsar una tecla o un ícono con la palabra Accept, Enter o similares, rellenar formularios o solicitudes, el envío de e-mails, el pago, la utilización del servicio, la descarga del archivo, etc.”⁵⁸. La lectura de las condiciones generales y particulares del contrato no es ineludible, basta que aquellas estén visibles o sean perceptibles mediante un link claramente distinguido en la pantalla.

En cuanto a la aceptación entre empresarios dentro de la contratación en redes abiertas, la primera cuestión que hay que dilucidar es si es posible un comercio electrónico sin que medie un acuerdo previo establecido en un contrato marco precedente y elaborado por escrito. Teniendo en cuenta la relevancia superlativa del principio de libertad de pacto en las relaciones comerciales electrónicas B2B, sería posible el uso de redes abiertas para tal propósito aunque por los riesgos inherentes a las

⁵⁸ ECHEBARRÍA, Joseba. Ob. cit. p. 109.

redes públicas y la gran trascendencia económica de las negociaciones intercorporativas, la tendencia lógica sería la de rehuir a esta posibilidad.

Sólo los mensajes que gocen de las adecuadas condiciones de legibilidad podrán ser instrumentos válidos de aceptación. La recepción de un mensaje con errores no generaría efectos jurídicos en orden a la perfección del contrato aunque podría dar origen a la carga de dar aviso al emisor en busca de una aclaración, causa por la que adquiere importancia los acuses de recibo.

El segundo párrafo del artículo 46 de la LCEFEMD al tratar del perfeccionamiento y aceptación de los contratos electrónicos, establece que “La recepción, confirmación de recepción, o apertura del mensaje de datos, no implica aceptación del contrato electrónico, salvo acuerdo de las partes”.

Finalmente hay que tener presente que la significación que tienen dichos actos pueden diferir en los distintos ordenamientos jurídicos, así lo que dentro de una legislación representa una aceptación en otras legislaciones se entenderá como una oferta a quien ha puesto una información comercial previa, por lo que el mensaje de contestación del empresario al consumidor se considerará un acto de aceptación.

El Acuse de recibo.- La directiva Europea 31/2000 sobre comercio electrónico, establece la obligación del oferente que ha recibido una aceptación, de emitir un acuse de recibo sin demora al solicitante. “Se trata del deber de información por parte del oferente al aceptante, en sentido de que ha recibido y registrado su pedido o solicitud.”⁵⁹. Esta obligación no afecta la perfección del contrato.

En el comercio electrónico directo, “la descarga del archivo o la realización inmediata de la prestación, actuaría como acuse de recibo”⁶⁰. El comercio electrónico indirecto por su parte, requerirá de alguna forma de comunicación de recepción del pedido para considerar cumplida esta carga.

El artículo 21 de la Convención de Viena establece al acuse de recibo⁶¹ como respuesta o confirmación de la aceptación tardía o fuera de plazo y el artículo 5 del acuerdo europeo de EDI, contempla que el acuse de recibo debe ser emitido en el plazo de un día laborable desde que es recibida la aceptación, siendo el efecto del

⁵⁹ Directiva Europea 31/2000 sobre Comercio Electrónico.

⁶⁰ ECHEBARRÍA, Joseba. Ob. cit. p. 113.

⁶¹ El acuse de recibo determina: 1. El momento en que la revocación de la aceptación deja de ser admisible en la contratación vía e-mail o sin conexión directa on line de las partes. 2. Como medio de confirmación de la aceptación extemporánea o tardía.

incumplimiento de esta carga, la posibilidad de que el aceptante rechace la validez de su mensaje de aceptación.

Técnicamente existen dos tipos de acuses de recibo; el acuse de recibo automatizado que es emitido por el servidor del oferente cuando el mensaje llega a la red que esta bajo su control y el acuse de recibo cognoscitivo que es emitido por el oferente una vez revisado el texto de la aceptación. El modelo de acuerdo EDI europeo deja en claro que sólo este último, es el contemplado como trascendente, pues resultaría impropio otorgar eficacia jurídica a un acuse de recibo automático que no implique el conocimiento efectivo del contenido del mensaje recibido el cual además puede acarrear problemas como la confirmación de una aceptación extemporánea o de un mensaje ilegible.

El acuse de recibo es una medida oportuna de verificación del pedido electrónico pero no un elemento del proceso de perfección del contrato. “Si la iniciativa u oferta procede del cliente, como a menudo sucede en Internet, la aceptación del prestador del servicio o del proveedor del producto, deberá ser expresa; pero un acuse de recibo adicional carece de sentido”⁶².

La Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos del comercio electrónico, establece los siguientes principios a la contratación de un servicio por vía electrónica: “El prestador debe acusar recibo del pedido sin demora y por vía electrónica. Se considerará que se ha recibido el pedido electrónico y el acuse de recibo cuando las partes puedan tener acceso a los mismos”⁶³.

Esta operación permite un mayor conocimiento de la operación por parte del comprador; en esta suerte de confirmación del pedido se indicará la forma de entrega del producto, el plazo previsto para la entrega y el costo de dicho servicio si lo hubiere. Estos preceptos no se aplican a las relaciones B2B en donde casi siempre existen acuerdos previos para la contratación electrónica.

El silencio de nuestra legislación sobre éste deber y las consecuencias que acarrea la falta de envío del acuse de recibo puede dar origen a conflictos en el ámbito de la contratación internacional.

⁶² MATEU DE ROS, Rafael y AA VV. “Derecho de Internet: El Comercio Electrónico”. Editorial Aranzadi. Navarra-España. 2000. p. 47.

⁶³ Artículo 11 de La Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos del comercio electrónico. 2000.

Las Comunicaciones Comerciales.- En cuanto a las comunicaciones comerciales, las Directivas Europeas dejan en manos de sus estados miembros, la decisión de autorizar o no las comunicaciones comerciales no solicitadas. Las comunicaciones comerciales deberán incluir un enlace que permita la exclusión voluntaria de las personas físicas que no deseen recibir las. La mayoría de legislaciones incluyendo a la ecuatoriana han optado por no permitir las comunicaciones comerciales por correo electrónico que no hayan sido solicitadas o autorizadas previamente. La finalidad de estos preceptos es la tutela del consumidor frente al acoso de campañas publicitarias no deseadas.

En este sentido el artículo 50 de la LCEFEMD en sus párrafos quinto, sexto y séptimo prescriben que “En el envío periódico de mensajes de datos con información de cualquier tipo, en forma individual o a través de listas de correo, directamente o mediante cadenas de mensajes, el emisor de los mismos deberá proporcionar medios expeditos para que el destinatario, en cualquier tiempo, pueda confirmar su suscripción o solicitar su exclusión de las listas, cadenas de mensajes o bases de datos, en las cuales se halle inscrito y que ocasionen el envío de los mensajes de datos referidos”.

“La solicitud de exclusión es vinculante para el emisor desde el momento de la recepción de la misma. La persistencia en el envío de mensajes periódicos no deseados de cualquier tipo, se sancionará de acuerdo a lo dispuesto en la presente ley”.

“El usuario de redes electrónicas, podrá optar o no por la recepción de mensajes de datos que, en forma periódica, sean enviados con la finalidad de informar sobre productos o servicios de cualquier tipo”.

Este criterio será inaplicable a “las contrataciones entre empresarios quienes por definición tienen un interés profesional en la recepción de ofertas comerciales y por el hecho de ejercer el comercio otorgan un consentimiento implícito para la recepción de dichas ofertas procedentes de otros empresarios o profesionales”⁶⁴. Estos sujetos podrán excluir las ofertas recibidas mediante un sistema de listas negativas. Salvo pacto en contrario, las comunicaciones comerciales interempresariales tendrán el valor de una oferta cuando se realicen mediante un sistema que admita contestación o aceptación inmediata.

Las Justificaciones.- Con relación al deber de enviar al cliente una justificación o confirmación documental escrita del contrato celebrado, se reconoce la posibilidad de la

⁶⁴ ECHEBARRÍA, Joseba. Ob. cit p. 107.

entrega del mismo mediante un registro informático en un soporte duradero. La justificación escrita consistirá en un resumen que recoja las principales cláusulas de la operación. Varios autores propugnan que si el usuario puede almacenar, copiar y reproducir en su computadora el texto del contrato, quedará cumplida esta exigencia.

Para el maestro Joseba Echebarría será necesario del envío del justificante de la operación realizada por parte del proveedor en soporte papel que debe incluirse en el mismo paquete en que se recibe con el producto porque puede ocurrir que el mensaje que contenga dicha información sea borrado y muchas de las veces será necesario una factura para demostrar la operación realizada como por ejemplo a efectos tributarios.

“Una justificación es un comprobante, un recibo, una prueba escrita, si se quiere, del contrato consensual existente, nunca un contrato en sí mismo”⁶⁵.

3.9 Momento y Lugar de la Perfección del Contrato.- Tanto en la contratación electrónica y en la contratación ordinaria, determinar el momento y el lugar del perfeccionamiento del contrato es esencial para fijar el momento del nacimiento de los derechos y obligaciones correlativas de las partes y para precisar la capacidad de las partes, los plazos de acción y prescripción, la ley aplicable y para determinar la competencia de jurisdicción. En el comercio electrónico directo como en el indirecto, la oferta y aceptación se pueden manifestar por medios electrónicos. La convergencia de aquellas se traduce en la perfección del contrato, ésta puede producirse de forma instantánea o de forma sucesiva.

Momento de la Perfección del Contrato.- En la contratación a distancia ordinaria (no electrónica), existen cuatro teorías respecto al momento de perfeccionamiento del contrato.

La teoría de la emisión propugna que en la contratación por carta o entre ausentes, se producirá la concurrencia de oferta y aceptación en el momento en el que el aceptante emite su declaración de aceptación independientemente de si el oferente ha conocido dicha manifestación de voluntad. Este criterio contrasta con la teoría de la cognición según la cual la concurrencia de oferta y aceptación se produce cuando el oferente conoce la declaración de aceptación.

⁶⁵ MATEU DE ROS, Rafael y AAVV. Ob. cit. p. 59.

Según la teoría de la expedición para los contratos por correo, sólo serían trascendentes las manifestaciones de voluntad de aceptación exteriorizadas mediante un acto positivo contrastable como el depósito en el correo de la carta de aceptación. Por su parte la teoría de la recepción propugna que para la perfección del contrato basta con la recepción o llegada de la manifestación de aceptación a la esfera de influencia o control del oferente(buzón) con independencia de que tenga un conocimiento efectivo de ella.

En la contratación electrónica entre empresarios, el criterio válido será el acordado por las partes en los convenios previos.

En las redes públicas y en los casos en que no haya acuerdo al respecto entre empresarios, el criterio dispositivo que se seguirá será el de la teoría de la recepción el cual es adoptado por los artículos 18, 23 y 24 de la Convención de Viena del 11 de abril de 1980, por el artículo 11 de la LCEFEMD, por el artículo 15 de la LMCUCE, por los artículos 1.9 y 2.6 de los principios de Unidroit y por el artículo 3.3 del modelo europeo de acuerdo EDI. Los textos de las normas mencionadas concilian en prescribir que el contrato electrónico será perfeccionado cuando el correo electrónico llega al servidor del oferente.

El artículo 18 de la Convención de Viena determina como momento de perfección del contrato que regula, cuando se completa la aceptación de la oferta, una vez que la "...indicación de asentimiento por parte del aceptante llegue al oferente".

Sin embargo la adopción de la teoría de la recepción puede acarrear inconvenientes prácticos como por ejemplo el repetido caso de recepción de un mensaje de aceptación ilegible o extemporáneo. Sería más conveniente adoptar la teoría de la cognición que asegura que la aceptación ha llegado en forma clara y oportuna al oferente el cual utilizará el acuse de recibo para dar aviso al adherente que el contrato se ha perfeccionado.

Cuando en el comercio electrónico se utilice una firma digital acreditada, será la autoridad de certificación mediante el uso de un método de "time stamping" la encargada de acreditar el tiempo, la fechas y los contenidos de los mensajes de datos enviados; en los demás casos serán los ISP quienes registren en que momento se produjeron los mensajes que constituyen la oferta y la aceptación del contrato.

En la práctica el sellado de tiempo “supone el envío por medios electrónicos al ente certificador del “finger-print” o resumen del documento a través del uso de la función hash”⁶⁶.

Cuando se utilice una firma electrónica no acreditada por un tercero de confianza, podrían generarse dudas sobre el momento en que el mensaje electrónico llega al servidor del ofertante ya que la fecha inscrita en el documento electrónico o la datación del ordenador pueden ser manipulados por el interesado, los registros que posean las partes pueden no coincidir y difícilmente un peritaje revelará quién es el causante de la divergencia.

El acuerdo EDI europeo contempla el deber de las partes de guardar un registro cronológico de todos los mensajes EDI íntegros por lo menos durante tres años.

Lugar de Perfección del Contrato.- Un asunto de gran trascendencia en la contratación es el establecimiento del lugar en donde se estima que se realizó la transacción; su determinación suele servir para fijar la ley aplicable y la competencia de jurisdicción. El uso de la tecnología portátil como la telefonía móvil y de ordenadores personales, puede obstaculizar este objetivo.

El artículo 147 del Código de Comercio Ecuatoriano establece que “Residiendo las partes contratantes en distintos lugares, se entenderá celebrado el contrato, para todos los efectos legales, en el de la residencia del que hubiere aceptado la propuesta primitiva o la propuesta modificada”.

En cuanto a los negocios B2B, el Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones y el referido principio de libertad de pacto, disponen que se tendrá como lugar de celebración del contrato aquél que las partes hayan acordado expresamente y en su defecto la del domicilio o residencia habitual del vendedor.

Con igual alcance la Convención de Viena del 11 de Abril de 1980 y la directiva europea 31/2000, establecen la presunción de que el contrato es celebrado en el domicilio del establecimiento del vendedor y si el vendedor no posee un establecimiento se tendrá en cuenta su residencia habitual o el lugar en donde recibió el mensaje de aceptación. Se trata de reglas dispositivas que admiten pacto en contrario y que no afectan la contratación con los consumidores cuya protección en los cuerpos

⁶⁶ RUIZ-GALLARDON, Miguel y AA VV. “Derecho de Internet: Fe pública y contratación telemática.” Editorial Aranzadi. Navarra-España. 2000. p. 104.

legales pertinentes conlleva el efecto del sometimiento del contrato al fuero del domicilio del consumidor.

3.10 Ley aplicable y competencia de jurisdicción.- La competencia de jurisdicción en la contratación tradicional en el Ecuador, esta determina por el criterio del artículo 27 del CPC que dispone que “ El juez del lugar donde tiene su domicilio el demandado, es el competente para conocer de las causas que contra éste se promuevan.” Se trata del tradicional criterio romanista de contratación en donde la competencia territorial corresponde al tribunal del domicilio del demandado.

A pesar de que las normas reguladoras del comercio electrónico otorgan un amplio margen a la autonomía de las partes en materia contractual, la eficacia de los pactos de sometimiento al fuero jurisdiccional y a ley sustantiva, decaen en la esfera de las transacciones B2C en la que el ordenamiento jurídico interno de los estados determina la prevalencia del fuero del domicilio del consumidor.

El Convenio de Bruselas del 27 de septiembre de 1968, relativo a la competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil y el Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de 19 de junio de 1980; establecen un régimen diferenciado en función de la condición de empresario o consumidor que tenga el cliente.

“Si la contraparte tiene la condición de empresario podrá elegir convencionalmente la ley aplicable a la relación contractual, y será válido, como regla general, el pacto de sumisión voluntaria”⁶⁷.

En cambio si el contrato es realizado con un consumidor, la estipulación de la ley aplicable o el pacto de sumisión jurisdiccional no puede tener el efecto de despojar al usuario de la protección que procuren las normas imperativas del país en donde éste tenga su residencia habitual siempre que la celebración del contrato hubiera sido precedida en dicho estado.

Por otro lado el artículo 30 del CPC Ecuatoriano establece que “Además del juez del domicilio son también competentes: 1 El lugar en donde deba hacerse el pago o cumplirse la obligación; 2 El del lugar donde se celebró el contrato; 3 El juez al cual el demandado se haya sometido expresamente en el contrato; 4 El del lugar en que

⁶⁷ MATEU DE ROS, Rafael y AAVV. Ob. cit. p. 62.

estuviere la cosa raíz materia del pleito; 5 El del lugar donde fueron causados los daños, en las demandas sobre indemnización o reparación de éstos...”.

De lo expuesto anteriormente sobre el principio de libertad de pacto y sobre la protección al consumidor, se colige que, en las relaciones comerciales electrónicas B2B y C2C las partes podrán acordar libremente la jurisdicción competente en caso de litigio. Al contrario en el E-Business B2C, teniendo en cuenta la política de tutela de los intereses de los consumidores, prevalecerá la jurisdicción del país de residencia del usuario o del lugar en donde se haya realizado el pedido electrónico.

3.11 Protección a los Consumidores.- “Los contratos electrónicos son pródigos en cláusulas de exención o agravamiento de responsabilidad así como en normas de transferencia del riesgo a la contraparte”⁶⁸. La autonomía de la voluntad permite a las partes diseñar su propia atribución de riesgos, incluir cláusulas penales y pactos de limitación de responsabilidad siempre y cuando no afecten el orden público y no sean abusivas para el consumidor; como por ejemplo: cláusulas con renuncia de responsabilidad por dolo y por negligencia grave.

El numeral 7 del artículo 23 de la Constitución Política del año 98, establece como responsabilidad del estado, el garantizar: el acceso de bienes y servicios de óptima calidad; a escogerlos con libertad y a recibir información suficiente y honesta sobre sus contenidos y características.

Por su parte, el artículo 92 de esta Carta Magna determina que la ley será la encargada de estructurar los mecanismos de control de calidad, los procedimientos de defensa del consumidor y las indemnizaciones por deficiencias, daños y mala calidad de bienes y servicios y por la interrupción de los servicios públicos no ocasionados por catástrofes, caso fortuito o fuerza mayor.

De otro lado el artículo 96 del mismo cuerpo normativo, faculta al Defensor del Pueblo para abogar y excitar la observancia de los derechos fundamentales consagrados en ella. Estos funcionarios, pese a sus limitaciones, han asumido de buena manera la defensa de los intereses del consumidor y del usuario.

La Constitución elaborado por la Asamblea Nacional Constituyente y aprobada en Referéndum el 28 de septiembre del año 2008, también contiene normas que

⁶⁸ ECHEBARRÍA, Joseba. Ob. cit. p. 129.

garantizan los derechos de los consumidores; a continuación haré una breve referencia a algunas de ellas.

El artículo undécimo numeral noveno, prescribe que el Estado será garante de los derechos protegidos en la Constitución. El Estado será responsable de los perjuicios ocasionados por la falta o deficiencia de los servicios públicos y por los actos de los funcionarios gubernamentales en el ejercicio de sus funciones. El Estado tiene derecho de repetición contra los causantes del daño infligido.

El precepto quincuagesimosegundo establece que “Las personas tienen derecho a disponer de bienes de óptima calidad y a elegirlos con libertad, así como a una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características”.

El artículo 54 determina que los anunciantes que brindan servicios públicos y los que fabriquen o vendan mercancías de consumo, serán responsables de la calidad de aquellos en relación con la propaganda realizada o las especificaciones de su envoltura.

La norma constitucional quincuagesimaquinta establece la facultad para que usuarios y consumidores se organicen en asociaciones cuyo objeto será la difusión de información sobre sus derechos y en caso de ser necesario ejercer la representación legal de sus asociados.

En cuanto a los derechos de libertad, el artículo 66 numeral 19 prescribe que el Estado garantiza la protección de datos de carácter personal, “La recolección, archivo, procesamiento, distribución o difusión de esos datos o información requerirán de la autorización del titular o el mandato de la ley”. El numeral 21 del mismo precepto garantiza la inviolabilidad de la correspondencia física y virtual salvo para los casos determinados en la ley y previa autorización judicial.

La Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.- La LODC por su cualidad de especial y novísimo contiene varios principios de orden público e interés social que imperativamente deben ser observados y que en atención a su carácter de Ley Orgánica, prevalecen sobre otras normas de carácter secundario y reglamentario.

El artículo primero de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor establece que los preceptos contenidos en dicha ley son de orden público y de interés social por lo que prevalecerán sobre los preceptos de cualquier ley ordinaria. Este cuerpo normativo tiene como fin el regular las relaciones entre anunciantes y consumidores protegiendo de manera especial a estos últimos, considerados la parte débil.

El artículo segundo, en uno de sus párrafos establece el “derecho de devolución”, el cual permite al consumidor o usuario, devolver o cambiar el bien o el servicio que no cumpla sus expectativas dentro de los plazos legales, siempre que la venta se haya hecho por catálogo, teléfono, correo, Internet u otros medios similares.

El precepto cuarto de esta ley determina entre otros los siguientes derechos de los consumidores:

- Derecho a que los proveedores oferten bienes y servicios competitivos, de óptima calidad, con la cantidad, precio, peso y medida acordada, y a elegirlos con libertad.
- Derecho a una información adecuada, veraz y oportuna sobre los bienes y servicios ofrecidos: precios, impuestos y otros recargos, características, calidad, condiciones de contratación, etc.
- Derecho a la protección contra la publicidad engañosa o abusiva.
- Derecho a indemnización por daños y perjuicios, por deficiencias y mala calidad de bienes y servicios.
- Derecho a acceder a mecanismos de tutela administrativa y judicial.
- Derecho a que en las empresas se mantenga una oficina y un libro de reclamos disponible para el consumidor.

El artículo undécimo, obliga a los productos de naturaleza durable como vehículos y artefactos eléctricos, mecánicos u electrónicos; a poseer una garantía del anunciante que cubra daños de fábrica. El proveedor deberá además informar sobre la seguridad de uso, instrucciones sobre un adecuado manejo y advertencias.

El precepto vigesimoprimer o establece que el anunciante debe entregar una factura al consumidor que justifique la transacción realizada según lo determinado en el ordenamiento legal tributario.

La norma vigesimaoctava determina que, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan, serán solidariamente responsables por los daños originados por defecto de los bienes y servicios: los productores, fabricantes, importadores, distribuidores y comerciantes. Tratándose de la devolución del valor pagado, la acción no podrá intentarse sino respecto del vendedor final.

La mora en el cumplimiento de las obligaciones del proveedor, posibilita al consumidor para pedir la resolución del contrato, más las indemnizaciones que

correspondan. Las acciones civiles prescriben en doce meses desde la entrega del bien o desde la prestación del servicio; si se acuerda en un mayor plazo de prescripción, se estará a lo convenido.

El artículo trigesimonoveno de este cuerpo legal establece la inversión de la carga de la prueba para el caso de una facturación de consumo excesiva. El usuario presentará las planillas de los últimos seis meses del servicio y será el proveedor quien debe probar que realmente se hizo tal consumo.

El artículo cuadragesimoprimer prescribe que los contratos de adhesión deben utilizar caracteres legibles y de un tamaño de fuente de al menos diez puntos. Además no podrá contener remisiones a textos o documentos que, no siendo de conocimiento público, no se faciliten al consumidor previamente a la celebración del contrato. Los textos impresos con letras significativamente más pequeñas que el resto del documento, se tendrán como no escritos.

El artículo cuadragesimotercero determina que son nulas de pleno derecho las siguientes cláusulas:

- Las que eximan, atenúen o limiten la responsabilidad de los proveedores por vicios de sus productos.
- Las que se opongan a los derechos reconocidos en la presente ley.
- Las que inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.
- Las que permitan al proveedor la variación unilateral del precio o de cualquier condición del contrato.
- Las que permiten resolver unilateralmente el contrato al anunciante.
- Las cláusulas ilegibles.

El artículo sexagesimocuarto establece que será el Instituto Ecuatoriano de Normalización quien determinará la lista de productos que deben someterse a un control de calidad y al cumplimiento de normas técnicas, códigos de práctica, instructivos o resoluciones. Para la introducción de bienes importados, será requisito indispensable contar con la homologación del Registro Sanitario y de los permisos de comercialización otorgados por autoridad competente de su país de origen, según lo dispone el Reglamento a la presente Ley y las demás leyes conexas, salvo los casos de aplicación de acuerdos de reconocimiento mutuo vigentes y los que pudieren entrar en vigencia a futuro entre la República del Ecuador y otros países, en el marco de los

procesos de integración.

El Art. 70 dispone que la transgresión a lo dispuesto en esta Ley, además de los daños y perjuicios que haya lugar, será sancionada de manera general con una multa de cien a mil dólares Americanos y si es del caso, el decomiso de los bienes o la suspensión del derecho a ejercer actividades en el campo de la prestación de servicios o publicidad.

El artículo octogésimoprimerero expone que sin perjuicio de las instancias judicial y administrativa, el Defensor del Pueblo puede pronunciarse sobre los reclamos de los consumidores que dentro del territorio nacional hayan sufrido algún menoscabo en sus derechos como consumidor. El Defensor del Pueblo podrá recurrir a mecanismos alternativos de resolución de conflictos como la mediación. En todo caso en cuanto al procedimiento se estará a lo establecido en la de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo y en las disposiciones reglamentarias. Sí las partes no llegan a un acuerdo, el Defensor del Pueblo emitirá un informe para que el Juez de Contravenciones lo valore según el principio de la sana crítica y en caso de apelación pasará ante el Juez Penal competente; El juzgamiento de las infracciones previstas en esta Ley se iniciará mediante denuncia, acusación particular o excitativa fiscal.

El artículo octogésimocuarto y siguientes de este cuerpo normativo determinan que una vez propuesta la denuncia y notificado el acusado, el Juez tendrá diez días para señalar la fecha de la audiencia oral de juzgamiento; en la audiencia, las partes presentaran sus pruebas y el juez dictará sentencia en un plazo perentorio de tres días. La audiencia puede suspenderse en los casos que requieran peritajes hasta por un plazo de treinta días. La sentencia del Juez de Contravenciones puede ser apelada dentro de tres días para ante el Juez de lo Penal cuya sentencia causará ejecutoria.

Principios Jurídicos contenidos en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.-

Entre los principios que rigen el proceso de control de la LODC tenemos:

- **Principio In dubio pro consumidor.-** Principio que implica que en caso de duda o dificultad en la interpretación legal o contractual, se resolverá en el sentido que más favorezca al consumidor, protegiendo así a la parte más débil de la relación jurídica.
- **Principio del debido conocimiento.-** El consumidor tiene el derecho de recibir por parte del ofertante, la información suficiente sobre el objeto o servicio a adquirir con el objeto de evitar que sea perjudicado.

- **Principio de Irrenunciabilidad de los derechos del consumidor.-** Precepto que establece que cualquier cláusula contenida en un contrato que implique: la renuncia de derechos constitucionales o legales, limitaciones de responsabilidad o inversión de la carga de la prueba a favor de los proveedores; no producirá efecto legal alguno.

Debido a que existe contradicción y confusión entre las acciones reparatorias e indemnizatorias de carácter civil y las acciones penales por las infracciones derivadas del incumplimiento de los mandatos establecidos en la LODC; debería demandarse en primer lugar, la declaratoria judicial de incumplimiento de un deber legal para con el consumidor por parte del proveedor de bienes y servicios. Una vez obtenida declaratoria, se demandará la indemnización en cuerda separada ante uno de los jueces de lo civil de la respectiva jurisdicción tal como lo establece la disposición transitoria primera de la LODC.

Esto podría resultar contradictorio por cuanto el artículo 277 y los siguientes del Código de Procedimiento Civil establecen que la sentencia debe resolver todos los puntos en que se trabó la litis y que el juzgador debe cuantificar las costas procesales, pero debido a la pobre cultura jurídica de los jueces de contravenciones, debe pedirse el resarcimiento económico en cuerda separada ante un juez de lo civil y siguiendo el trámite verbal sumario.

Ley de Comercio Electrónico Firmas, Electrónicas y Mensajes de Datos.- En cuanto al comercio electrónico, la corriente mundial parece decantarse hacia el establecimiento, para los proveedores de servicios de certificación, de responsabilidades contractuales y extracontractuales mas la carga de la prueba.

A este efecto el artículo 31 de la Ley de Comercio Electrónico determina que “Las entidades de certificación de información serán responsables hasta de culpa leve y responderán por los daños y perjuicios que causen a cualquier persona natural o jurídica, en el ejercicio de su actividad, cuando incumplan las obligaciones que les impone esta ley o actúen con negligencia, sin perjuicio de las sanciones previstas en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Serán también responsables por el uso indebido del certificado de firma electrónica acreditado, cuando éstas no hayan consignado en dichos certificados, de forma clara, el límite de su uso y del importe de las transacciones válidas que pueda realizar. Para la aplicación de este artículo, la carga de la prueba le

corresponderá a la entidad de certificación de información. Los contratos con los usuarios deberán incluir una cláusula de responsabilidad que reproduzca lo que señala el primer inciso. Cuando la garantía constituida por las entidades de certificación de información acreditadas no cubra las indemnizaciones por daños y perjuicios, aquellas responderán con su patrimonio.”

En el e-commerce, la información relativa a los productos y los riesgos que asume el cliente, deben ser claras. Las cláusulas de información han de reflejar la identidad y características institucionales de la entidad, el objeto y efectos del contrato, el precio, los medios de pago admitidos, la legislación aplicable y los derechos y garantías del cliente. En casos extremos el incumplimiento del deber de información podría provocar el error del consentimiento.

El artículo 50 de la LCEFEMD preceptua que “En la prestación de servicios electrónicos en el Ecuador, el consumidor deberá estar suficientemente informado de sus derechos y obligaciones, de conformidad con lo previsto en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor y su Reglamento. Cuando se tratare de bienes o servicios a ser adquiridos, usados o empleados por medios electrónicos, el oferente deberá informar sobre todos los requisitos, condiciones y restricciones para que el consumidor pueda adquirir y hacer uso de los bienes o servicios promocionados. La publicidad, promoción e información de servicios electrónicos, por redes electrónicas de información, incluida el internet, se realizará de conformidad con la ley, y su incumplimiento será sancionado de acuerdo al ordenamiento jurídico vigente en el Ecuador...”

En cuanto a la protección de datos, Se tomara en consideración los principios de confidencialidad, intimidad y reserva. La violación de estos principios, principalmente aquellas referidas a la intrusión electrónica, transferencia ilegal de mensajes de datos o violación del secreto profesional, será sancionada conforme a lo dispuesto en la ley y demás normas que rigen la materia.

3.12 El Pago Electrónico

El pago de los negocios jurídicos electrónicos B2B, se realiza ante todo por medios ordinarios como el giro de recibos, títulos valores y las transferencias bancarias. Aún son pocos los pagos efectuados en la red mediante tarjetas de crédito o tarjetas de monedero. Muchas de las Empresas, han introducido en sus sistemas de información, la aptitud de captar el pago mediante modalidades como el “prepago”. Estas nuevas

formas de desembolso permiten conseguir la automatización completa de su SI empresarial, incluida la facturación y el control de stocks.

Pago con tarjeta.- Los sistemas de pago electrónico se relacionan con la realización de transferencias o compensaciones entre cuentas corrientes generalmente por medio de las tarjetas de crédito, débito y monedero que tendrán distintos niveles de seguridad según el protocolo de comunicación utilizado:

- **Protocolo SSL (Secure Socket Layer).** Este sistema gestiona la mayoría de los pagos electrónicos, utiliza un método de codificación del mensaje electrónico con la aplicación de un algoritmo. Posee un nivel de seguridad medio y aunque requiere que el comprador ingrese los datos de la tarjeta, estos datos se remiten cifrados. Los riesgos de seguridad y la posibilidad de repudio de la orden de pago, hacen que el sistema no sea utilizado para el pago de negocios B2B por lo que emplea mayoritariamente en el comercio con consumidores.
- **Protocolo SET (Secure Electronic Transaction).** “Sistema que requiere que los participantes obtengan una certificación electrónica y que se articule con carácter previo una pasarela de pagos entre el comerciante y la entidad de crédito gestora de sus pagos que autoriza las transacciones propuestas por el mismo”⁶⁹. El usuario del SET dispondrá en su computadora de un software de cartera electrónica que servirá para almacenar y gestionar sus certificados. La ventaja del protocolo SET es que los datos de la tarjeta no viajan por la red, pues se utiliza una cartera virtual para cada pago. El inconveniente de este servicio son sus altos costos.

Protocolo WAP (Wireless Application Protocol). Este sistema es utilizado para realizar pagos de escaso valor en el comercio electrónico a través de teléfonos celulares. Los sistemas SSL y SET pueden ser adaptados a la telefonía móvil.

Monederos Electrónicos.- Consisten en una suerte de tarjetas prepago cuya cuantía es insertada en la información de un chip. Además cuenta con un código de uso único cuyo acceso permite que los montos de los pagos electrónicos efectuados se vayan

⁶⁹ ECHEBARRÍA, Joseba. Ob. cit. p. 135.

descontando de la tarjeta hasta agotar su saldo. Los importes de la transacción son acreditados en las cuentas del vendedor cuya verificación de identidad no es necesaria en la red. “La seguridad de este sistema es buena, limita el riesgo de pérdida por que no hay tarjeta como tal, sino la atribución de códigos de uso único que se cargan a otras cuentas corrientes y fondos”⁷⁰.

Cheques electrónicos.- Consisten en documentos de cheque emitido por medios electrónicos y firmados digitalmente cuyo tratamiento es equivalente al de cualquier título valor ordinario.

Pagos por cuentas Escrow.- En este sistema un empresario autorizado por una entidad de crédito mediante certificación electrónica, hace un pedido de mercaderías a su contraparte igualmente reconocida; desvía de su cuenta el monto de la transacción a una “cartera virtual” de la entidad de crédito. El Banco dará aviso al vendedor que el dinero esta a su disposición contra la entrega de las mercancías, cuando el pedido llega a manos del comprador será revisada y si declara su conformidad generará un aviso electrónico que permite el abono retenido en la cuenta del vendedor.

El que ordena la transferencia será el único responsable de los posibles errores que deriven del proceso electrónico de la orden de pago.

3.13 Solución de Conflictos en el Comercio Electrónico.- Tomando en cuenta que la celeridad es uno de los principios que rige la actividad mercantil; los empresarios han optado por adoptar los medios alternativos de solución de conflictos como medio idóneo para el ahorro de tiempo y muchas veces de dinero. Teniendo en cuenta la importancia económica que suelen revestir las operaciones B2B, las empresas suelen suscribir contratos en donde dejan sentado la manera en que se resolverán los conflictos contractuales.

En la esfera del comercio electrónico abierto, debido a la internacionalización de las relaciones comerciales, se ha creído conveniente establecer el arbitraje ordinario, el arbitraje electrónico y la aplicación de códigos de conducta, como métodos para resolver los inconvenientes que surjan de su actividad.

⁷⁰ ECHEBARRÍA, Joseba. Ob. cit. p. 136.

El Arbitraje.- La Ley de Arbitraje en su artículo primero lo define como “...un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras para que sean resueltas por los tribunales de arbitraje administrado o por árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversias.”

Para que el arbitraje sea admitido es necesario como un requisito sine que non la existencia de un convenio formalizado por escrito; en este sentido el artículo quinto de la Ley en cuestión, define al convenio arbitral como “...el acuerdo escrito en virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El convenio arbitral deberá constar por escrito...”

El artículo 41 de la Ley de Arbitraje determina la facultad de las partes para pactar la sujeción de su relación contractual a un arbitraje internacional con la limitación de que se cumplan ciertos requisitos: Las partes estarán domiciliadas en países distintos y se debe tratar de una operación de comercio internacional. La regulación del arbitraje internacional quedará sujeta a lo establecido en los acuerdos internacionales suscritos y ratificados por el Ecuador.

La Convención sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras de Nueva York de 1958, permite rechazar aún previo acuerdo de las partes, el reconocimiento y ejecución de una sentencia arbitral internacional si la cuestión no es susceptible de arbitraje según su ley interna, o si su ejecución es contraria al orden público. Para que quepa el arbitraje internacional, será necesario que se trate de un contrato a distancia que puede ser o no telemático, de personas residentes en distintos estados, además de conformidad con la Ley tipo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la UNCITRAL, es necesario que exista una cláusula expresa que permita someter el litigio a un Tribunal Arbitral Internacional; deberá además de tratarse de un acto de comercio y deberá establecerse el derecho aplicable al caso.

El Arbitraje Electrónico.- Para el maestro Joseba Echebarría “El pacto de laudo arbitral que conste en documento electrónico será válido mientras de él se desprenda la voluntad inequívoca de las partes y se disponga de un soporte duradero que garantice la autoría e integridad del documento aunque no esté firmado digitalmente”⁷¹.

⁷¹ ECHEBARRÍA, Joseba. Ob. cit. p. 141.

Hoy en día encontramos varios proyectos de arbitraje en línea u “On line Dispute Resolutions” como el proyecto CORDIS de la Unión Europea o el DRM B2B de la asociación americana de arbitraje para la resolución de conflictos en el comercio electrónico entre empresarios.

Códigos de Conducta.- Los Códigos de conducta son reglamentos expedidos por organismos consultivos de Internet que regulan las actividades de prestación de servicios electrónicos dentro de la red.

CAPÍTULO IV

LA FIRMA DIGITAL

Introducción

El acceso a la información constituye una de las piezas clave a través de las cuales se están transformando las sociedades contemporáneas; por ello es necesario ofrecer garantías para que los ciudadanos puedan acceder a dicha información en las mejores condiciones posibles.

Para que el Comercio Electrónico pueda desarrollarse completamente, es imperioso que las operaciones electrónicas brinden a los consumidores, profesionales, empresarios y entidades del sector público, la misma protección jurídica que las relaciones contractuales tradicionales en soporte papel.

Los riesgos más importantes derivados del intercambio de información en las redes abiertas son: que el autor sea suplantado, que el mensaje sea alterado, que el emisor del mensaje niegue haberlo enviado o el destinatario niegue haberlo recibido y que el contenido de un mensaje sea interceptado por un tercero no autorizado. La solución a estos inconvenientes se alcanza con la aplicación de soluciones técnicas y jurídicas que permiten brindar los servicios de autenticación, integridad, confidencialidad y el no repudio en origen y destino.

- **Autenticación.-** Este mecanismo sirve para comprobar la identidad del remitente de un mensaje de datos. El servicio contempla la adscripción indudable de la firma electrónica a quien la realiza, el destinatario de un mensaje de datos podrá verificar que quien lo envió es realmente quien dice ser.
- **Integridad.-** Servicio electrónico que determina la alteración intencional o accidental del contenido de un mensaje de datos entre el momento en que fue enviado y el momento de su recepción. (precio, objeto, condiciones de pago, etc.)
- **Confidencialidad.-** Este servicio se encarga de la protección de los datos en cuanto a su acceso, codificación y decodificación y consiste en hacer que la información transmitida en una red o almacenada en un sistema informático sea totalmente ilegible para quien no posea la clave requerida. El envío de mensajes secretos a

través de canales inseguros como el Internet y utilizando la clave pública del destinatario, asegura que sólo el tenedor de la clave privada correspondiente podrá descifrar el mensaje.

- **No rechazo.-** Cualidad de la firma digital que se desprende del cumplimiento de los servicios antes mencionados. Garantiza que en un negocio electrónico, ninguna de las partes pueda negar lo actuado; el firmante digital queda vinculado al pacto suscrito sin posibilidad de rechazo. En todo caso el que niegue haber suscrito un mensaje tendrá que probar que los datos consignados electrónicamente no son suyos. En cuanto al no rechazo en destino, el correo con acuse de recibo constituye un método eficaz que permite verificar que el mensaje enviado ha llegado a su destinatario. “El remitente del mensaje envía un mensaje al destinatario de modo que éste podrá leer su contenido, sólo si el emisor obtiene un recibo del receptor”⁷².

La seguridad de la contratación electrónica se fundamenta en una técnica depurada denominada firma electrónica, “deberemos reflexionar si éste puede ser un medio suficiente para garantizar la validez y eficacia de un contrato, protegiendo a las partes ante posibles impugnaciones por razón de suplantaciones de personalidad, falta de capacidad, inexistencia o insuficiencia de poderes o consentimiento viciado por error, dolo, violencia o intimidación”⁷³.

⁷² SARRA, Andrea. Ob. cit. p. 66.

⁷³ BOLÁS, Juan. Ob. cit. p. 34.

4.1 La Firma Hológrafa.- Para la Real Academia Española, la firma manuscrita constituye, el nombre y apellido, o título, acompañado o no de rúbrica. Por su parte el Tratadista argentino, Guillermo Borda manifiesta que “La firma es la manera habitual con que una persona escribe su nombre y apellido con el objeto de asumir las responsabilidades inherentes al documento que suscribe”⁷⁴.

La firma así entendida cumple una triple función: como medio de identificación de la persona que la pone, como expresión de conformidad o aquiescencia al contenido del documento y como medio de comprobación de dicho consentimiento. Para que la firma ordinaria cumpla su función identificativa, basta comprobar la identidad o semejanza de la firma estampada con la firma que habitualmente utiliza una persona. La firma como expresión de una voluntad contractual, requiere además que el firmante tenga capacidad para contratar, esté legitimado para disponer de los bienes objeto del contrato y conozca su contenido, previa lectura del mismo.

Elementos de la Firma.- Son aquellas partes materiales de la firma que están en relación con los procedimientos utilizados para firmar y la estampación misma de la firma:

- La firma como signo personal, la firma se presenta como un signo distintivo y personal, ya que debe ser puesta de puño y letra del firmante. Esta característica de la firma manuscrita puede ser eliminada y sustituida por otros medios en la firma electrónica.
- El animus signandi, es el elemento intencional o intelectual de la firma. Consiste en la voluntad de asumir el contenido de un documento, que no debe confundirse con la voluntad de contratar.

La firma estampada normalmente al pie de un documento, acredita su autoría y representa la formalización del consentimiento y la aceptación de lo expuesto, es por lo tanto origen de derechos y obligaciones. La firma será válida excepto que sea falsificada o se haya obtenido con engaño, coacciones o cualquier otro ilícito proceder.

⁷⁴ BORDA, Guillermo. “Tratado de Derecho Civil Argentino”. Tomo I. Pág. 168.

4.2 La Firma Digital.- La firma electrónica simple es “...un conjunto de datos, en forma electrónica, anejos a otros datos electrónicos o asociados funcionalmente con ellos, utilizados como medio para identificar formalmente al autor o autores del documento que la recoge”⁷⁵.

De forma similar, el artículo 13 de la LCEFEMD manifiesta, “Son los datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos, adjuntados o lógicamente asociados al mismo, y que pueden ser utilizados para identificar al titular de la firma en relación con el mensaje de datos, e indicar que el titular de la firma aprueba y reconoce la información contenida en el mensaje de datos”.

Para algunos autores como Mauricio Devoto, corresponde hablar de firma digital y no de firma electrónica ya que en todas las modalidades de almacenamiento y transmisión de la firma, ésta no pierde su cualidad de numérica, no hay nada más que ceros y unos; lo electrónico se refiere a una tecnología específica, en el proceso también interviene la mecánica y la magnética.

La firma electrónica avanzada llamada también firma digital, se concibe como “La firma electrónica que permite la identificación del signatario y ha sido creada por medios que éste mantiene bajo su exclusivo control, de manera que está vinculada únicamente al mismo y a los datos a los que se refiere, lo que permite que detectar cualquier modificación ulterior de éstos”⁷⁶.

Por su parte el artículo tercero del Real Decreto - Ley Español dispone que “La firma electrónica avanzada, siempre que esté basada en un certificado reconocido y que haya sido producida por un dispositivo seguro de creación de firma, tendrá respecto de los datos consignados en forma electrónica, el mismo valor jurídico que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel y será admisible en juicio, valorándose ésta según los criterios de apreciación establecidos en las normas procesales...”.

Tomando en cuenta la vigencia del principio de “neutralidad tecnológica”, al documento electrónico que no posea una firma electrónica avanzada certificada, no se le negarán efectos jurídicos, ni será excluida como medio de prueba; eso sí, en caso de litigio, su valor probatorio dependerá del criterio que el juez establezca y de los acuerdos previos a los que pudieran haber llegado las partes como es el caso del uso del PIN y de “passwords” utilizados generalmente en operaciones entre Bancos y sus

⁷⁵ Real Decreto-Ley español del 17 de septiembre de 1999.

⁷⁶ BOLÁS, Juan. Ob. cit. p. 35.

clientes como por ejemplo los cajeros automáticos. En cuanto a la prueba de la firma digital, quien quiera hacer valer judicialmente una declaración de voluntad electrónica, deberá demostrar al juez que la clave privada con la que se cifró el mensaje electrónico que tiene en su poder corresponde a la clave pública del emisor.

La LCEFEMD y la Ley Modelo CNUDMI sobre Comercio electrónico establecen que no se excluirá a ningún sistema de comunicaciones o de firma electrónica. Los únicos motivos razonables para no establecer a la firma digital como la única aplicable al tráfico comercial es dejar abierta la posibilidad de utilizar nuevas técnicas de ingeniería informática que concedan mayor grado de fiabilidad y el respeto al principio de autonomía de la voluntad y libertad de pacto.

En cuanto al envío de la firma electrónica el artículo 16 de la LCEFEMD establece que “Cuando se fijare la firma electrónica en un mensaje de datos, aquella deberá enviarse en un mismo acto como parte integrante del mensaje de datos o lógicamente asociada a éste...”.

Como corolario de lo expuesto se puede aseverar que sólo con el uso de la firma digital certificada se consiguen los efectos de autenticación, integridad y no repudio; además la técnica de elaboración de la firma digital hace uso de la ciencia de la criptografía⁷⁷ que utiliza el cifrado para la obtención de confidencialidad.

Diferencias entre la firma Digital y la firma Hológrafa.- La pretendida equivalencia funcional entre las firmas manuscrita y digital no es plenamente posible dadas las importantes diferencias entre ambas figuras:

Todas las personas tenemos firma manuscrita, pero la mayoría no contamos con una firma digital; para adquirir una es necesario acudir a un intermediario(TTP) y una vez aprobada la solicitud podrá emitirla como mecanismo válido para manifestar el consentimiento en una red.

La firma hológrafa es inseparable de la persona; la firma digital no, puede separarse. El soporte físico de generación de la firma digital posibilita que un tercero se apodere de ella y pueda suplantar al titular de la misma; la firma electrónica avanzada más bien es equiparable a una especie de sello identificador vinculado a un documento.

⁷⁷ Los sistemas criptográficos son de dos clases: Los sistemas de registro, que sustituyen cada palabra con una serie determinada de letras o números y sistemas de cifrado literal que sustituyen cada letra con una serie de letras o números. Otros sistemas de cifrado literal son los sistemas de transposición que consisten en la alteración del orden natural de los caracteres del texto.

La firma caligráfica subsiste mientras viva su titular, la firma electrónica avanzada tiene una duración limitada lo que es comprensible como medida de seguridad y por la vertiginosa evolución tecnológica en este campo.

La firma manuscrita es única, en cambio es posible poseer varias firmas digitales que se utilizan en ámbitos distintos, cuyo contenido y limitaciones también pueden ser diversos.

Los resultados de la firma electrónica no son los mismos pues la aplicación de la clave privada a un mensaje de datos provoca un texto cifrado con una fórmula distinta cada vez. La firma hológrafa solo tiene sentido si goza de uniformidad.

Si bien la firma digital no es lo mismo que la firma manuscrita, su equiparación legal se justifica en virtud de que con sus aptitudes técnicas se puede satisfacer con plenitud las funciones que tradicionalmente le vienen asignadas a la firma hológrafa. (Individualizadora, declarativa y probatoria.)

4.3 Los Documentos.- Se dice que documento es todo objeto que representa un hecho, ello es que tiene un contenido representativo; la teoría de la doctrina clásica, por su parte ha visto en el documento la expresión del pensamiento humano; es decir, es la expresión del pensamiento de su autor.

Documento Privado.- Es aquel que emana de los particulares, se elabora con un criterio privado, no esta sujeto a formalidad alguna y su redacción puede hacerla cualquiera. El artículo 195 del Código de Procedimiento Civil expresa que “Instrumento privado es el escrito hecho por personas particulares, sin intervención de notario ni de otra persona legalmente autorizada, o por personas públicas en actos que no son de su oficio”.

Documento Público.- El artículo 168 del CPC establece que “... es el autorizado con las solemnidades legales por el competente empleado...”. Esta claro que entenderemos, los instrumentos otorgados en relación con el ejercicio de sus funciones.

El valor de los documentos depende de la autoridad y credibilidad que emane de quien lo elaboró. Para el autor Alfonso Barragán, “Para que el documento cumpla sus finalidades deberá detentar las calidades de verdadero, cierto, seguro y auténtico”⁷⁸.

⁷⁸ BARRAGAN, Alfonso. Ob. cit. p. 1.

- **Verdadero.-** El contenido del documento debe reflejar la realidad, debe encarnar lo que se quiso realizar.
- **Cierto.-** Implica que no habrá dudas sobre su existencia, forma, tiempo y lugar en el que él mismo afirma haberse creado.
- **Seguro.-** El texto del documento debe permanecer inalterable de tal forma que inspire confianza en su contenido.
- **Auténtico.-** El documento cumplirá los requisitos formales que en cada caso particular tenga lugar. La calidad de auténtico le otorga una presunción de veracidad que se impone por el poder público.

4.4 El Documento Electrónico.- Se trata de una “...especie de documento emitido por medio de un sistema computacional, sea a través de la digitación hecha por el usuario o por un sistema de autogeneración a partir de un software utilizado; carece de materialidad ya que su corporización se realiza mediante combinaciones binarias procesadas por una computadora las mismas que pueden o no estar codificadas”⁷⁹.

Será papel del Estado el proporcionar los medios que garanticen la seguridad jurídica de los acuerdos o declaraciones de voluntad que se ejecuten dentro de sus territorios. Para este fin “...se delega en ciertas personas que reúnen especiales condiciones de preparación intelectual, de honradez, de experiencia y de independencia, la facultad de intervenir en la creación de esos documentos”⁸⁰.

De manera más sencilla diremos que documento digital es simplemente una secuencia informática de bits contenida en un soporte de hardware que puede y que puede representar cualquier tipo de información. Son aptos para ser representados digitalmente: las fotografías, las hojas de cálculo, los textos, la música, el vídeo y las bases de datos. Todo tipo de información representada digitalmente constituye un documento digital y es susceptible de ser firmado electrónicamente.

Para que un documento electrónico tenga valor probatorio debe reunir cuatro requisitos esenciales: “Fehacencia, a través de un ministro de fe pública; individualización de las partes, del documento y de la autoridad certificadora, que comprende además su datación; seguridad documental a través de un sistema de cifrado

⁷⁹ GAETE, Eugenio. Ob. cit. p. 40.

⁸⁰ BARRAGAN, Alfonso. Ob. cit. p. 2.

del documento y las firmas digitales”⁸¹. Su calidad de público o privado dependerá de la intervención o no del Notario.

El Documento Electrónico en el Comercio.- El documento digital permite agotar todas las etapas de la contratación electrónica entre personas que se hallan en lugares diversos mediante el sistema de firma digital y la creación del “Notario Electrónico” o “Cybernotary”.

La transición del sistema comercial basado en papel al formato electrónico requiere de la aplicación del principio de equivalencia funcional de donde deriva que los mensajes de datos con sus firmas electrónicas, serán igualmente vinculantes y exigibles ante los tribunales.

Los documento electrónicos de naturaleza contractual, para su validez, deberán cumplir los requisitos establecidos en los ordenamientos jurídicos. “En caso de que la ley exija el cumplimiento de algún requisito de forma como elemento constitutivo del mismo como por ejemplo el otorgamiento de la escritura pública, parece claro que ese contrato no podrá revestir la forma documental privada electrónica”⁸².

La autonomía de la voluntad permite que en las relaciones comerciales B2B y C2C se pueda acordar efectos distintos a los establecidos en el ordenamiento jurídico; se podría acordar que una firma electrónica simple baste para perfeccionar un contrato. En las relaciones mercantiles electrónicas B2C, los consumidores, al estar amparados por leyes protectoras de sus derechos, se regirán por lo dispuesto en sus textos.

Soporte del Documento Electrónico.- En cuanto a su realidad material, esta claro que el documento electrónico difiere del documento en soporte de papel. La estructura del instrumento electrónico está compuesta por un sistema de conformación electrónica, presente en un hardware adecuado expresado por medio de un lenguaje binario, conformado por bits o unidades mínimas de información.

Si bien el documento informático no es un instrumento apreciable por el tacto, sí lo es a través de la lectura, mediante la pantalla del ordenador o mediante su impresión en papel; en cuanto a su realidad intelectual, el documento digital permanece inalterable.

⁸¹ GAETE, Eugenio. Ob. cit. p.210.

⁸² BARREIROS, Francisco. Ob. cit. p. 15.

Archivo de los Documentos Electrónicos.- El formato del documento digital requiere de un cambio total respecto de la organización de la información. Mientras en el sistema documental per cartam, la información se guarda mediante un sistema de archivo lineal de índices para la ubicación de los documentos en libros como los protocolos notariales y archivos registrales; en el sistema electrónico, en cambio, la información se archiva y clasifica en diskettes, discos duros, memorias externas, cintas magnéticas, videos, scanners y discos ópticos cuyo uso y manejo se facilita con sistemas de búsqueda de información como por ejemplo un nombre, un número o una fecha.

Para evitar la manipulación de la información archivada y la posibilidad de defectos técnicos que puedan sobrevenir, se emplean los denominados “dispositivos worm” en los cuales es posible ingresar información una sola vez sin la posibilidad de alterarla como por ejemplo los CD de música, sin perjuicio del uso adicional de sistemas de cifrado.

Seguridad de los Documentos Digitales.- Para proporcionar al documento digital de la confianza necesaria para su uso masivo en el comercio electrónico, se ha apelado a su regulación normativa; y, desde el punto de vista técnico se ha recurrido al uso de sistemas de códigos o de encriptación que evitan el acceso no autorizado de la información que circula por las redes.

Cronológicamente los primeros sistemas de codificación electrónica que aparecieron, son los llamados “Personal Identification Number” o PIN, que aún en la actualidad son muy utilizados. Esta técnica opera sobre la base de un número personal de identificación y una tarjeta electrónica inteligente que poseen una banda magnética capaz de identificar y verificar los dígitos del PIN a partir de lo cual se tendrá acceso a ejecutar las operaciones deseadas. El sistema es utilizado comúnmente en las redes bancarias de transferencia electrónica de fondos en donde el banco asigna al usuario un número que una vez que está operativo, permite cambiarlo.

Ulteriormente, al considerarse que los sistemas de códigos secretos no brindaban una debida protección a los documentos telemáticos o de contratación electrónica y que no cumplían los requisitos técnicos requeridos para el sistema EDI, que requiere dejar constancia de una relación contractual celebrada electrónicamente, se crearon los sistemas crípticos que vendrían a tener gran importancia a partir de mil novecientos noventa.

“Estos sistemas utilizan una combinación de algoritmos más un método de análisis y una computadora con software especializado en encriptamiento que permite la conversión de un texto en lenguaje natural a uno expresado en lenguaje electrónico y viceversa”⁸³.

4.5 Sistemas de Seguridad de los Documentos Informáticos

La Criptografía.- La Etimología del término proviene del griego “cripto” que significa oculto y “grafo” que significa escritura. La criptografía es “La rama de las matemáticas que se ocupa en transformar mensajes a formas aparentemente ininteligibles y devolverlos a su forma original”⁸⁴. La criptografía clásica ha sido usada durante siglos y su desarrollo ha tenido grandes impulsos durante las guerras. La criptografía tradicional se ocupa exclusivamente de la confidencialidad del mensaje dejando de lado la integridad y la autenticidad del mismo.

En 1975 sale a la luz por primera vez, la criptografía de clave pública, sistema introducido por Diffie y Hellman, que abarca los aspectos técnicos de certidumbre requeridos. En cuanto a la seguridad, la principal diferencia entre estos sistemas es que mientras la criptografía clásica posee un nivel de seguridad probable, la criptografía de doble llave o de llave pública cuenta con una seguridad matemáticamente demostrable.

4.6 Sistemas de Criptografía Simétrica o de Llave Única.- Este sistema técnicamente denominado Data Encryption Standar o DES, fue desarrollado en 1977 por la Agencia Nacional de Seguridad de los Estados Unidos (NSA) como un sistema de seguridad único y estandarizado para la administración pública estadounidense, sistema que aún en la actualidad es muy utilizado.

Estos métodos se caracterizan por “...utilizar algoritmos matemáticos destinados a cifrar y descifrar un mensaje con la utilización de una sola clave o llave”⁸⁵.

El originador del mensaje, codifica el texto del documento utilizando una clave, posteriormente el texto codificado es enviado al destinatario quien lo descifra usando la misma llave. El DES también puede usarse para una codificación de uso simple como por ejemplo para el archivo encriptado de información en un disco duro.

⁸³ GAETE, Eugenio. Ob. cit. p. 211.

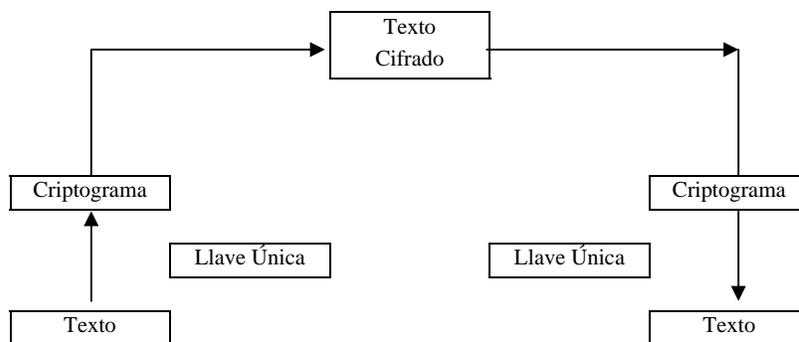
⁸⁴ MARTÍNEZ, Apolonia. Ob. cit. p. 45.

⁸⁵ GAETE, Eugenio. Ob. cit. p. 212.

Si bien es cierto que se considera al DES como un sistema de gran seguridad y que hasta el momento no ha sido penetrado en palabras de la RSA⁸⁶, en el campo experimental se ha creído necesario reforzarlo para lo cual se ha ideado el empleo de un triple DES, que implica el ciframiento de cada bloque de mensajes con el uso de tres llaves diferentes, transformando al sistema simétrico de llave única en un sistema de llave múltiple, en donde las posibilidades de acceder al código algorítmico múltiple son matemáticamente nulas. La desventaja de este sistema está en los costos y en el mayor tiempo requerido para la operación respecto del primero.

Los problemas que presentan estos sistemas son que la o las llaves únicas deben ser conocidas tanto por el remitente como por el destinatario y al ser transmitidas por medios inseguros como e-mail, fax o correo aumentan las posibilidades de ser interceptados. Además el emisor del mensaje puede negar haber enviado el mensaje y el receptor luego de decodificado puede alterar su texto. Otro problema es la posibilidad de que una de las partes que comparte la llave única, la utilice para falsificar el nombre de la otra o que modifique el contenido de sus mensajes. “En definitiva no hay firma digital porque el mensaje frente a terceros, es atribuible a las dos partes que comparten la llave secreta común”⁸⁷.

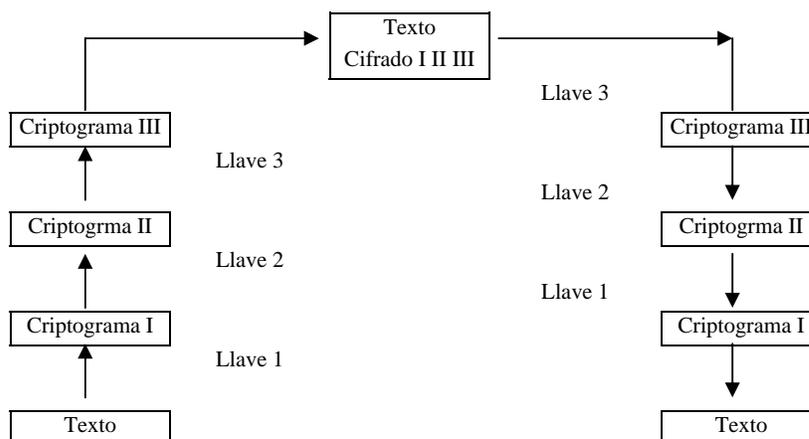
Sistema Criptográfico Simétrico



⁸⁶ <http://www.rsa.com>

⁸⁷ MARTÍNEZ, Apolonia. Ob. cit. p. 47.

Sistema Criptográfico Simétrico de Llave Múltiple



4.7 Sistema de Criptografía Asimétrica o de Llave Doble (RSA)⁸⁸. - El sistema de ciframiento asimétrico, fue desarrollado a partir del año de 1975 por los ingenieros electrónicos Whitfield Diffie y Martín Hellman de la Universidad de Stanford en California. Posteriormente la codificación asimétrica fue aplicada a la firma electrónica y a la encriptación documental electrónica en 1978 por ingenieros del Massachusetts Institute of Technology (MIT).

Este sistema implica la existencia de dos llaves o claves únicas complementarias a ser utilizadas; una llamada pública, que puede ser conocida por cualquier persona y otra privada que será de conocimiento exclusivo de su tenedor y que generalmente se mantiene en una tarjeta inteligente debido a su carácter binario y considerable longitud que dificulta su memorización. El código de la tarjeta será accesible mediante un número de identificación.

De las llaves que conforman el sistema asimétrico, la clave privada es la que permite estampar la firma digital. Esta clave sirve tanto para identificar a su tenedor como para expresar su responsabilidad respecto al contenido del mensaje de datos enviado.

De esta manera un mensaje de datos es cifrado para su envío con la llave pública del receptor quien la decodificará con su llave privada prescindiendo de esta forma el

⁸⁸ RSA es el sistema asimétrico más común, su denominación deriva del nombre de sus creadores, Rivest, Shamir y Adleman. La criptografía asimétrica no consiste en una tecnología o algoritmo especial, abarca todo sistema criptográfico que utilice una clave para encriptar y otra diferente, existen por lo menos una treintena de algoritmos como GAMAL, PGP, DSA, LUC, etc.

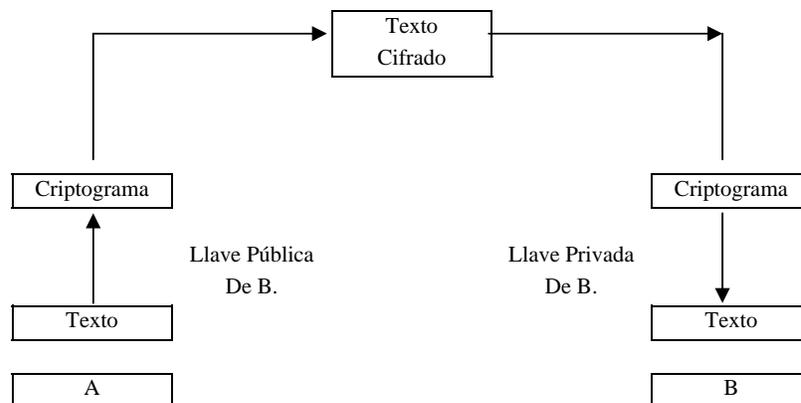
envío de la llave secreta de la una parte a la otra. “Si bien las dos claves están matemáticamente relacionadas entre sí, el diseño y la ejecución en forma segura de un criptosistema asimétrico hacen virtualmente imposible que las personas que conocen la clave pública puedan derivar de ella la clave privada”⁸⁹.

En lo relacionado a la seguridad, la resistencia de un criptosistema seguro utilizado para la firma digital, al llamado “ataque de fuerza bruta”, que significa probar todas las combinaciones posibles hasta dar con la clave secreta, debe poder medirse en décadas.

Este sistema tiene la ventaja de poseer mayor seguridad que el método simétrico, pero tiene en su contra el factor tiempo ya que el DES es cien veces más rápido. “Por ello, lo que se tiende a encriptar con este sistema son mensajes cortos y la firma electrónica. No se presta como el sistema Data Encryption Standard para el ciframiento de documentos y menos para contratos de gran extensión”⁹⁰.

El sistema criptográfico asimétrico aplicado a los mensajes de datos permite garantizar la confidencialidad, El originador del mensaje (con o sin firma electrónica) lo cifra utilizando la clave pública del destinatario, dichos datos serán descifrados únicamente por el receptor con su clave privada. Esta confidencialidad ha planteado problemas en los casos en que sea necesaria la intervención de las comunicaciones por parte de las autoridades públicas en la lucha contra el crimen y el terrorismo. La infraestructura de clave pública hace posible que la entidad de certificación de la firma digital entregue la clave privada de un usuario a las autoridades competentes.

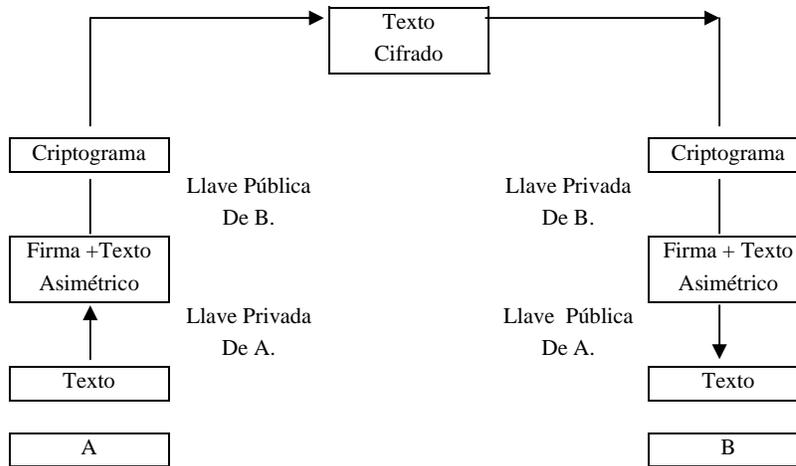
Sistema Criptográfico Asimétrico



⁸⁹ MARTÍNEZ, Apolonia. Ob. cit. p. 48.

⁹⁰ GAETE, Eugenio. Ob. cit. p. 215.

Sistema Criptográfico Asimétrico con Firma Digital

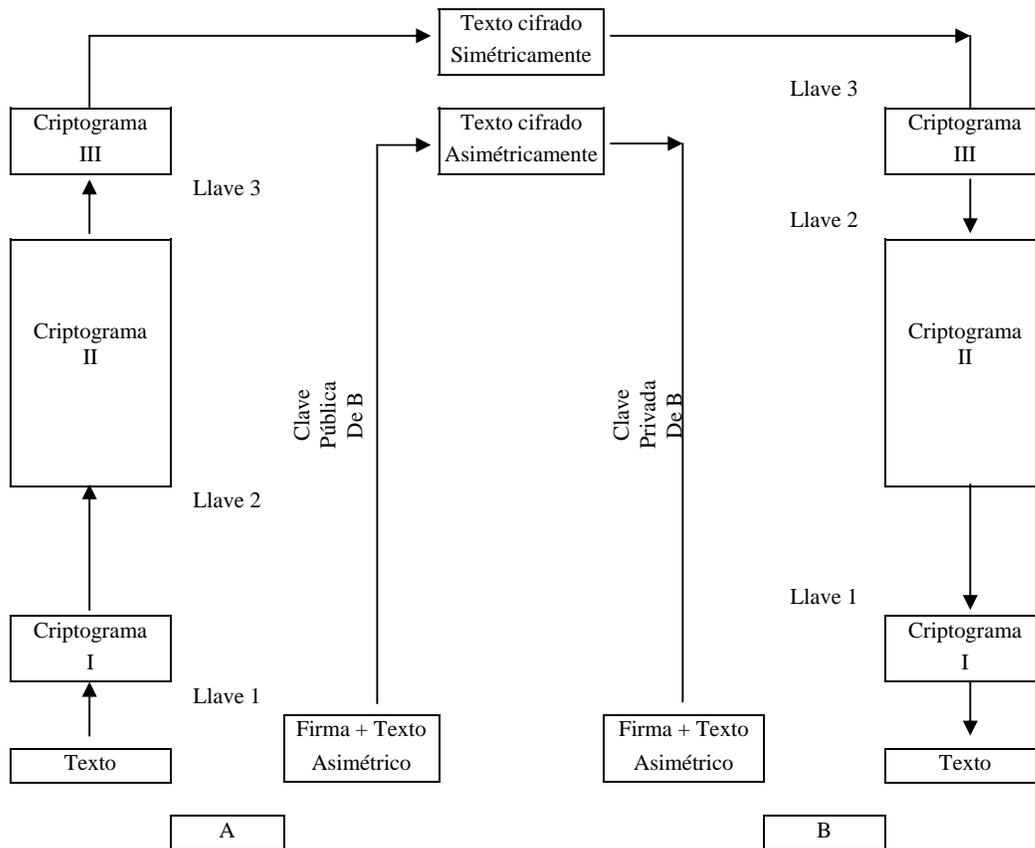


De esta forma la criptografía asincrónica por sí sola o en combinación por razones prácticas con la criptografía simétrica permite confidencialidad y proporciona al mismo tiempo garantías de integridad y no rechazo de origen. En cuanto al problema del no rechazo en destino la cuestión se debe resolver desde el punto de vista técnico con protocolos de intercambio gradual de información, protocolos de intercambio de mensajes, la intervención de las TTP y los acuses de recibo.

4.8 Sistema combinado de ciframiento de texto por sistema simétrico múltiple y firma electrónica por sistema asimétrico de doble llave.- Consiste en un sistema mixto de mayor aplicación práctica que “Cifra el documento con la técnica de triple DES y la firma electrónica se cifra con la tecnología de doble llave con lo cual el mensaje queda totalmente cubierto de cualquier posibilidad de falsificación e incluso de poder alegarse ignorancia de envío o de recepción”⁹¹. Estos sistemas tiene en su contra el factor tiempo y los mayores costos que implica su procedimiento.

⁹¹ GAETE, Eugenio. Ob. cit. p. 217.

Sistema Criptográfico Combinado.



El procedimiento tecnológico de firmar digitalmente no es suficiente por sí solo, para cumplir con sus objetivos requiere además la existencia de una infraestructura de clave pública (PKI.)

4.9 Sistema Asimétrico con utilización de la Función “Hash” o Firma Digital.- El Decreto Italiano del 10 de noviembre de 1997 sobre creación, almacenamiento y transmisión de documentos de forma computarizada señala que la firma digital es “El resultado de un proceso computarizado de aplicación de un sistema criptográfico asimétrico que consiste en una clave pública y una clave privada, por el que el signatario firma a través de su clave privada y el destinatario verifica a través de la clave pública, el origen y la integridad de un documento electrónico”. La firma electrónica avanzada implica además la participación de un tercero de confianza,

responsable de expedir un certificado que vincula la clave pública al titular de la firma digital.

Tanto por razones de tiempo, como por los altos costos que importan, el sistema asimétrico requiere para su correcto funcionamiento el apoyo de un tercero proveedor de servicios, que se encargará de proporcionar los elementos técnicos necesarios (software y hardware) para efectuar las operaciones electrónicas y de una Autoridad Certificadora quien emitirá un certificado, verdadero resumen, huella digital o “abstract” del documento digital que deberá cumplir con los requisitos exigidos por las leyes y reglamentos que sobre la materia rijan.

La “Tercera Parte de Confianza”, Entidad de Certificación o Autoridad de Certificación ofrece la seguridad necesaria de la operación al confirmar la correlación de que una determinada clave pública corresponde a la clave privada con que ha sido firmado el documento.

El certificado de firma electrónica generará un código único e inalterable, adjunto a la llave pública de la persona natural o jurídica que la envía. El certificado de firma electrónica garantiza la vigencia de los datos que contiene, su autenticidad, su inalterabilidad y la correspondencia con el signatario.

“Será entonces este certificado el que este cubierto con el código Hash que utiliza una operación o algoritmo matemático consistente en crear una representación numérica para todo el certificado, de tal forma que éste pasa a ser representado por un valor numérico o cadena de datos de menor longitud”⁹².

El remitente, luego de haber accionado la función Hash que se caracteriza por ser irreversible y obtenido un resumen del documento junto con el certificado, lo codificará asimétricamente con su llave privada y lo enviará al destinatario.

El emisor también codificará asimétricamente el mensaje original (sin la función Hash) con la clave pública del receptor. “Finalmente, ambos mensajes, el mensaje inicial total y la firma digital (el Hash o resumen cifrado), serán remitidos conjuntamente al destinatario”⁹³.

El receptor, que contará con los dos elementos, debe proceder a la verificación de la firma digital, proceso de comprobación por referencia al mensaje original. El receptor, una vez que recibe el compendio del mensaje junto con el certificado cifrado con la clave privada del remitente, lo descifrará con la clave pública del mismo.

⁹² GAETE, Eugenio. Ob. cit. p. 217.

⁹³ MARTÍNEZ, Apolonia. Ob. cit. p. 51.

De otro lado, una vez que el destinatario recibe el mensaje completo codificado con su clave pública, lo descifrará con su llave privada y aplicará la función Hash en su ordenador. “Si el hash recibido y descifrado y el segundo hash obtenido coinciden, el destinatario tiene la seguridad de que el mensaje recibido ha sido firmado por el emisor con ese contenido”⁹⁴. Al contrario, si uno de los elementos ha sido alterado, no habrá coincidencia entre los dos compendios con lo cual se concluirá que el mensaje ha sido modificado.

De esta manera la firma digital verificada por referencia a una clave pública incluida en un certificado válido emitido por una autoridad de certificación con licencia, tendrá una equiparación a la firma manuscrita y tendrá plena validez como medio de prueba.

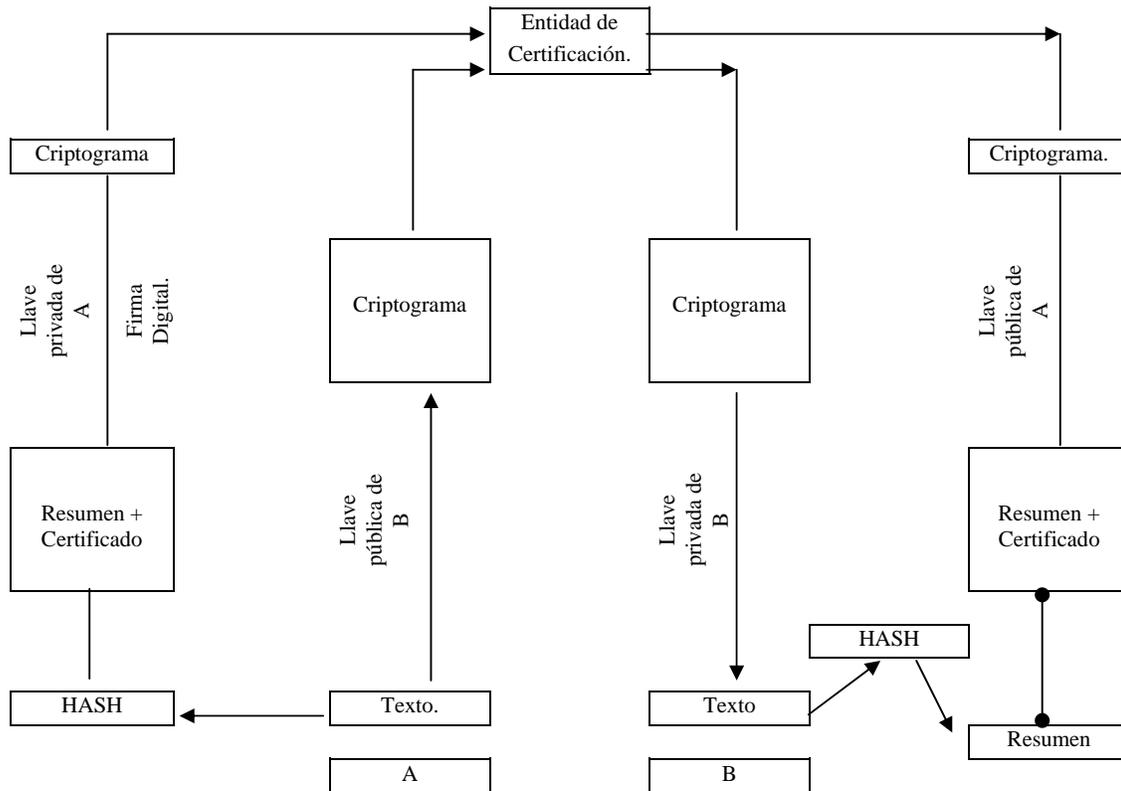
Complementariamente podrían utilizarse dispositivos de identificación biométricos que se basan en las características biológicas de las personas como por ejemplo su huella dactilar, el bolígrafo digital, el registro y verificación de la estructura visible del iris, de la estructura vascular de la retina, de la composición espectral de la voz, etc. Esta información si bien es cierto es única no es secreta porque es posible gravar la voz u obtener las huellas digitales de cualquier persona.

Hay posibilidades de que un individuo autorizado o no, firme digitalmente un documento con la clave privada de otro si se apodera de ella, la obligación de custodia de la clave por parte de su titular y la comunicación inmediata a la TTP cuando pierda el control de la misma determinará las consecuencias de su mal uso.

En conclusión, la firma digital puede definirse como la transformación de un mensaje utilizando una función Hash y un criptosistema asimétrico, de forma que una persona que tenga el mensaje inicial y la clave pública del firmante puede determinar si la transformación fue realizada usando la clave privada del signatario y si el mensaje inicial ha sido alterado.

⁹⁴ MARTÍNEZ, Apolonia. Ob. cit. p. 52.

Firma Digital



4.10 Firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido y producida por un dispositivo seguro de creación.- Para que la firma electrónica ostente verdadera equivalencia funcional de la firma manuscrita es necesario que cumpla tres requisitos:

1. Debe tratarse de la firma electrónica avanzada conocida también como firma digital.
2. La firma digital debe estar acompañada por un certificado emitido por una entidad de certificación debidamente acreditada ante los entes de regulación y control.
3. La firma digital debe ser producida mediante un mecanismo seguro de creación, del que se requiere al tenor del art. 15 de la LCEFEMD:
 - a) Ser individual y estar vinculada exclusivamente a su titular;
 - b) Que permita verificar inequívocamente la autoría e identidad del signatario, mediante dispositivos técnicos de comprobación establecidos por esta ley y sus reglamentos;

c) Que su método de creación y verificación sea confiable, seguro e inalterable para el propósito para el cual el mensaje fue generado o comunicado; el dispositivo de creación de firma deberá estar certificado también por el órgano administrativo competente.

d) Que al momento de creación de la firma electrónica, los datos con los que se creare se hallen bajo control exclusivo del signatario, y,

e) Que la firma sea controlada por la persona a quien pertenece.

Las funciones de identificación, privacidad, integridad y seguridad convergen en esta modalidad de firma.

El artículo 53 de La ley de Comercio Electrónico Ecuatoriana determina la presunción de que “Cuando se presentare como prueba una firma electrónica certificada por una entidad de certificación de información acreditada, se presumirá que ésta reúne los requisitos determinados en la ley, y que por consiguiente, los datos de la firma electrónica no han sido alterados desde su emisión y que la firma electrónica pertenece al signatario”.

4.11 La Firma Electrónica en el Ecuador.- El artículo 13 de la LCEFEMD establece que la firma electrónica “Son los datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos, adjuntados o lógicamente asociados al mismo, y que puedan ser utilizados para identificar al titular de la firma en relación con el mensaje de datos, e indicar que el titular de la firma aprueba y reconoce la información contenida en el mensaje de datos”. Se trata al igual que la firma caligráfica de un medio de atribución de autoría a una declaración de voluntad.

Los mecanismos así descritos comprenden diversos sistemas de firma con distintos niveles de seguridad, de fiabilidad y por lo tanto con efectos jurídicos diferentes. La mayor parte de los medios tecnológicos de firma electrónica disponibles hoy en día, cumplen con la función autenticadora pero no sirven para determinar la integridad del mensaje de datos y no cumplen con los niveles de seguridad y de confidencialidad.

Entre las llamadas firmas electrónicas simples se incluyen a los passwords y otros métodos similares de control de acceso; los PIN que además de servir como instrumento de acceso, suele simultáneamente cifrar; la pluma digital e incluso la simple inserción de la imagen escaneada de la fima manuscrita en un documento informático.

El artículo 52 y los siguientes de la LCEFEMD reconoce como medios de prueba a todos los documentos electrónicos, firmas electrónicas y certificados, pero su valoración estará a lo dispuesto en el Código Civil Adjetivo.

La firma electrónica simple, puede incluirse en cuanto a sus efectos, en la categoría de algún principio de prueba por escrito. “Se tratará, por tanto de un indicio que, idóneamente aportado en el marco de las normas del debido proceso, deberá ponerse en concurrencia con otros elementos a la hora de conferirle eficacia o virtualidad probatoria”⁹⁵.

4.12 Autoridades de Certificación de Información.- La autoridad de certificación es el ente que otorga los permisos operativos a las entidades de certificación de firma electrónica y controla su funcionamiento. Generalmente emite certificados de clave pública a favor de cada entidad licenciada formando así un esquema jerárquico. La comisión Europea sobre firmas digitales, planteó el establecimiento de un marco legal común de principios para las actividades de la autoridad de certificación en el ámbito comunitario que podrían permitir que el reconocimiento mutuo de los certificados de los estados miembros; recomienda que los estados no deben condicionar la prestación de servicios de certificación a la obtención de autorización previa. “...También podrían ser consideradas autoridades de certificación organizaciones públicas o privadas sin licencia pero de gran confianza en la comunidad”⁹⁶. Se podrá en todo caso crear un sistema de licencias voluntario destinado a mejorar los servicios ofrecidos.

El artículo 37 de la LCEFEMD establece que el CONATEL o quien haga sus veces será el organismo de autorización, registro y regulación de las entidades de certificación acreditadas.

Por su parte el artículo 38 del mismo cuerpo normativo determina como organismo de control de las entidades de certificación acreditadas a la Superintendencia de Telecomunicaciones.

4.13 Las Entidades de Certificación de Información.- La firma digital per se, no es especialmente útil a efectos probatorios, se requiere de la intervención de un tercero ajeno a las partes que sea depositario de su confianza.

⁹⁵ ECHEBARRÍA, Joseba. Ob. cit. p. 243.

⁹⁶ MARTÍNEZ, Apolonia. Ob. cit. p. 154.

La entidad de certificación es “Una persona física o jurídica emisora de certificados que esté en disposición de aportar a través de éstos información relevante sobre la identidad y capacidad de sus respectivos titulares”⁹⁷.

El artículo 29 de la Ley de Comercio Electrónico Ecuatoriana, define a las entidades de certificación como “...empresas unipersonales o personas jurídicas que emiten certificados de firma electrónica y pueden prestar otros servicios relacionados con la firma electrónica, autorizadas por el Consejo Nacional de Telecomunicaciones, según lo dispuesto en esta ley y el reglamento que deberá expedir el Presidente de la República”. Este tercero expide un certificado que vincula la clave pública al titular de la firma electrónica y confirma su identidad. El mecanismo exige para su plena seguridad, que el prestador del servicio de certificación proceda a asegurarse previamente de la identidad del signatario, tal identificación es una potestad del estado que se puede delegar en los funcionarios públicos pertinentes.

El sujeto autorizado para emitir certificados de firma digital, puede además ofrecer los servicios de registro y estampado cronológico de la transmisión y recepción de los mensajes de datos, directorio de claves públicas y el archivo de documentos electrónicos.

El Tercero de Confianza, dependiendo de la legislación de cada estado, puede ser una entidad pública o privada, de libre constitución o con licencia. Las entidades de carácter público pueden actuar como autoridad de certificación raíz encargada de certificar a las demás entidades de certificación; las entidades privadas generalmente son empresas proveedores de servicios de Internet. Por su parte, las entidades que se constituyan cumpliendo una licencia pública tendrán credibilidad añadida debido al cumplimiento de los requisitos técnicos para la obtención del permiso que asegura responsabilidad.

En cuanto al régimen de acreditación de entidades de certificación de información en el Ecuador, el artículo 17 del Reglamento a la Ley de Comercio Electrónico expresa que para iniciar operaciones, las entidades de certificación de información deberán registrarse en el CONATEL.

Las entidades que además de registrarse, se acrediten voluntariamente en el CONATEL, ostentarán la calidad de entidades acreditadas y sus certificados de firma tendrán valor probatorio pleno.

⁹⁷ ECHEBARRÍA, Joseba. Ob. cit. p. 254.

Las entidades que habiéndose registrado y obtenido autorización para operar, no se acrediten, detentarán la calidad de entidades de certificación de información no acreditadas y tendrán la obligación de informar de esta condición a quienes soliciten o hagan uso de sus servicios. Sus certificados de firma electrónica tendrán la calidad de certificados registrados pero no acreditados.

Obligaciones de las Entidades de Certificación.- Entre los requisitos mínimos que suelen determinar varias legislaciones para las entidades de certificación, "...algunas de ellas establecen la exigencia de independencia de las entidades de certificación respecto de sus suscriptores, es decir, ausencia de interés financiero o de otro tipo en las transacciones subyacentes"⁹⁸.

El artículo 30 de la Ley de Comercio establece como obligaciones de las entidades de certificación:

- a) Encontrarse legalmente constituidas, y estar registradas en Consejo Nacional de Telecomunicaciones;
- b) Demostrar solvencia técnica, logística y financiera para prestar servicios a sus usuarios;
- c) Garantizar la prestación permanente, inmediata, confidencial, oportuna y segura del servicio de certificación de información;
- d) Mantener sistemas de respaldo de la información relativa a los certificados;
- e) Proceder de forma inmediata a la suspensión o revocatoria de certificados electrónicos previo mandato del Superintendente de Telecomunicaciones, en los casos que se especifiquen en esta ley;
- f) Mantener una publicación del estado de los certificados electrónicos emitidos;
- g) Proporcionar a los titulares de certificados de firmas electrónicas un medio efectivo y rápido para dar aviso que una firma electrónica tiene riesgo de uso indebido;
- h) Contar con una garantía de responsabilidad para cubrir daños y perjuicios que se ocasionaren por el incumplimiento de las obligaciones previstas en la presente ley, y hasta por culpa leve en el desempeño de sus obligaciones. Cuando certifiquen límites sobre responsabilidades o valores económicos, esta garantía será al menos del 5% del monto total de las operaciones que garanticen sus certificados;
- i) Las demás establecidas en esta ley y los reglamentos.

⁹⁸ MARTÍNEZ, Apolonia. Ob. cit. p. 160.

La entidad debe poseer los recursos necesarios para desarrollar su actividad más una garantía encaminada a la indemnización de daños que puedan surgir como el robo o la pérdida de la clave privada dentro la entidad. La utilización de sistemas de aseguramiento permitirá asumir una responsabilidad razonable.

La entidad tiene además la responsabilidad a efectos probatorios, de organizar un sistema fiable para conservar los archivos en los que se registran las transacciones electrónicas. Esta información puede ser solicitada por la autoridad competente e incluye el material relativo a las políticas de certificación, solicitudes de servicio y a cada certificado emitido.(creación, emisión, suspensión, revocación, expiración y renovación). Esta información se conservará durante el período determinado en el contrato del servicio, en las prácticas o políticas de certificación o en las leyes y reglamentos sobre el tema.

Cuando una entidad de certificación finalice sus operaciones, para evitar perjuicios a sus clientes, puede traspasar sus actividades a otra entidad de certificación fiable, si no hubiere otra entidad dentro del estado, los certificados vigentes serán revocados; será deber de la entidad dar aviso a sus suscriptores y conservar sus registros. En este sentido el artículo 35 de la LCEFEMD manifiesta que “Las entidades de certificación de información acreditadas, deberán notificar al Organismo de Control, por lo menos con noventa días de anticipación, la cesación de sus actividades y se sujetarán a las normas y procedimientos establecidos en los reglamentos que se dicten para el efecto”.

El sistema de certificación de las firmas digitales garantiza la verificación de la identidad del solicitante del certificado e impone la presunción legal de que la clave privada esta bajo control absoluto de su titular.

De esta manera con el uso de la firma digital se resolvió la dificultad de la verificación es decir la seguridad de que el documento no es falso y la autoridad de certificación remedió la dificultad de la autenticación.

4.14 Los Certificados de Firma Digital.- En sentido amplio, un certificado digital es “Un documento electrónico que contiene un conjunto de información a la que se ha fijado una firma digital por alguna entidad reconocida”⁹⁹.

⁹⁹ MARTÍNEZ, Apolonia. Ob. cit. p. 145.

Por su parte los certificados de clave pública son “...documentos electrónicos firmados digitalmente por un tercero confiable que contienen una clave pública con los datos identificatorios de su titular”¹⁰⁰.

La LCEFEMD Ecuatoriana, en su artículo vigésimo y en armonía con la definición de firma electrónica, define al certificado de firma electrónica como “El mensaje de datos que certifica la vinculación de una firma electrónica con una persona determinada, a través de un proceso de comprobación que confirma su identidad”. Se trata de un archivo electrónico mediante el cual la entidad de certificación remite los datos necesarios para vincular una firma electrónica con una persona concreta.

El artículo 21 de la LCEFEMD manifiesta que “El certificado de firma electrónica se empleará para certificar la identidad del titular de una firma electrónica y para otros usos, de acuerdo a esta ley y su reglamento”.

En cuanto a su duración, el artículo 11 del Reglamento a la Ley de Comercio Electrónico dispone que “La duración del certificado de firma electrónica se establecerá contractualmente entre el titular de la firma electrónica y la entidad certificadora de información o quien haga sus veces. En caso de que las partes no acuerden nada al respecto, el certificado de firma electrónica se emitirá con una validez de dos años a partir de su expedición. Al tratarse de certificados de firma electrónica emitidos con relación al ejercicio de cargos públicos o privados, la duración del certificado de firma electrónica podrá ser superior a los dos años pero no podrá exceder el tiempo de duración de dicho cargo público o privado a menos que exista una de las prórrogas de funciones establecidas en la leyes”.

Existen varios tipos de certificados que cumplen diferentes finalidades. De las varias clasificaciones hechas en diversas legislaciones¹⁰¹, haré alusión a la clasificación de la Ley de Firma digital Alemana que me parece la más adecuada:

Certificado de Clave de Firma.- Definido como la declaración digital relativa a la atribución de una clave pública a una persona natural y que lleva añadida la firma digital de la autoridad de certificación.

¹⁰⁰ DEVOTO, Mauricio y AA VV. “Derecho Mercantil Contemporáneo: La Firma Digital, Herramienta Habilitante del Comercio Electrónico”. Fondo Editorial de Derecho y Economía. Buenos Aires. 2001. p. 34.

¹⁰¹ En EEUU se clasifican en: “indentifying certificates”, “authorizing certificates”, “transactional certificates” y “time stamp”.

Certificados de Atributos.- Consisten en una declaración digital referida a un certificado de clave pública pero que contiene información adicional como por ejemplo la existencia de poderes de representación, títulos profesionales, etc.

Los certificados son un elemento esencial para la aplicación segura y a gran escala de la tecnología de las firmas digitales, necesarias en el comercio electrónico; contribuyen a solventar el problema inherente al control de las firmas digitales y a una distribución fiable de claves públicas con una adecuada comprobación de la identidad del titular.

La credibilidad del certificado dependerá de la fiabilidad del sujeto que lo emite, en primer término se debe observar si la entidad esta acreditada o simplemente registrada. Por otro lado se deberá comprobar si la TTP posee un manual operativo que describa los procedimientos de su actividad; los contratos del servicio de certificación generalmente son de adhesión y con fundamento en el contenido del manual.

En cuanto al reconocimiento internacional de los certificados de firma electrónica el artículo 28 de la Ley de Comercio Electrónico manifiesta que “Los certificados electrónicos emitidos por entidades de certificación extranjeras, que cumplieren con los requisitos señalados en esta ley y presenten un grado de fiabilidad equivalente, tendrán el mismo valor legal que los certificados acreditados, expedidos en el Ecuador. El Consejo Nacional de Telecomunicaciones dictará el reglamento correspondiente para la aplicación de este artículo”.

En la práctica y a falta de una autoridad internacional creada y reconocida en diversos países, se plantea el reconocimiento de certificados de firma digital de autoridades de países extranjeros a través de las llamadas “certificaciones cruzadas” en donde autoridades certificadoras sustancialmente equivalentes, reconozcan el servicio proporcionado por las otras permitiendo al tenedor de la firma digital realizar transacciones internacionales.

Las estadísticas que demuestran la escasa utilización de los certificados de firma digital en las transacciones electrónicas, indican que luego de evaluar costos y riesgos, los usuarios no consideran conveniente recurrir de manera sistemática a las entidades de certificación, de allí que la utilización de tecnologías como el PIN y la encriptación simple de documentos electrónicos, estén más extendidas que el uso de la firma digital certificada.

4.15 Titulares de Certificados y Firmas Electrónicas.- El titular del certificado “Es la persona o entidad incluida en el certificado, que acepta el certificado y tiene legítimamente la clave privada correspondiente a la clave pública que contiene el certificado”¹⁰². Se trata de una persona que posee un dispositivo de creación de firma y que actúa a nombre propio o en nombre de la persona natural o jurídica que representa.

El artículo 17 de la Ley de Comercio electrónico establece las siguientes obligaciones para los dueños de las firmas electrónica:

- a) Cumplir con las obligaciones derivadas del uso de la firma electrónica;
- b) Actuar con la debida diligencia y tomar las medidas de seguridad necesarias, para mantener la firma electrónica bajo su estricto control y evitar toda utilización no autorizada;
- c) Notificar por cualquier medio a las personas vinculadas, cuando exista el riesgo de que su firma sea controlada por terceros no autorizados y utilizada indebidamente;
- d) Verificar la exactitud de sus declaraciones;
- e) Responder por las obligaciones derivadas del uso no autorizado de su firma, cuando no hubiere obrado con la debida diligencia para impedir su utilización, salvo que el destinatario conociere de la inseguridad de la firma electrónica o no hubiere actuado con la debida diligencia;
- f) Notificar a la entidad de certificación de información los riesgos sobre su firma y solicitar oportunamente la cancelación de los certificados; y,
- g) Las demás señaladas en la ley y sus reglamentos.

Es esencial el cumplimiento de la obligación de custodia de la llave privada por parte de su titular, el incumplimiento de esta tarea es uno de los supuestos más frecuentes de revocación y que plantea importantes problemas en la determinación de responsabilidades. En caso de que su llave haya sido utilizada fraudulentamente se presumirá su responsabilidad y serán éstos quienes tendrán que justificar que no obró con culpa o negligencia.

¹⁰² MARTÍNEZ, Apolonia. Ob. cit. p. 164.

Capítulo V

EL NOTARIO DIGITAL

Introducción

Si bien es cierta la necesidad de potenciar el tráfico electrónico mediante la supresión de barreras formales determinadas en las exigencias normativas nacionales hay que adoptar las medidas necesarias que establezcan los mecanismos técnicos y jurídicos que garanticen la validez y eficacia de los contratos digitales.

Muchas veces sucede que cuando tratamos de adaptar estos nuevos hechos a las figuras jurídicas existentes nos encontramos con dificultades. Las viejas instituciones jurídicas que, a través de los siglos han ido incorporando nuevas realidades sociales, cuando tienen que hacerlo respecto a estas nuevas tecnologías, en cierto modo las miran con desconfianza y las admiten con reservas. Así ocurre cuando tratamos de adaptar el concepto de firma, tal como antiguamente se concebía, al nuevo campo de las transferencias electrónicas.

En los sistemas anglosajones de derecho, la seguridad de la contratación electrónica se fundamenta en la seguridad tecnológica y económica. En caso de mal uso de una firma electrónica, habrá siempre un sujeto o una entidad responsable de indemnizar los daños sufridos, respaldada generalmente por un sistema de seguros. Por ello y dada la enorme influencia en el campo de la contratación electrónica por parte de Estados Unidos, cuando los expertos estudian la seguridad en este tipo de contratación, enfocan las soluciones hacia la seguridad económica mediante la incorporación de normas que determinen las responsabilidades de los participantes del tráfico electrónico.

En los países de origen latino - germánico, los sistemas de seguridad jurídica preventiva de la contratación, además de proporcionar a las partes de seguridad legal, brindan un importante margen de seguridad económica en virtud del seguro de responsabilidad civil notarial que permite una indemnización a los perjudicados por la actuación negligente del notario.

En la contratación tradicional, las labores que generalmente brindan los notarios son: la identificación de las partes, juicio de capacidad, asesoría, control de la legalidad del contenido de la escritura y comprobación del pago de impuestos. Ninguna de estas actuaciones parecería tener cabida en el comercio electrónico en donde no tiene lugar la presencia de las partes ante el notario. Si no es posible esa transposición, la contratación

electrónica debería limitarse a los supuestos en que la actuación notarial no es necesaria; es decir, a los negocios cuyos montos sean lo suficiente reducidos para que el perjuicio que pueda derivarse no tenga especial trascendencia.

Los contratos que requieran formalización mediante escritura pública, quedarían hoy, apartados de la contratación electrónica como consecuencia del principio de que el uso de medios electrónicos, no altera las reglas de validez, formación e interpretación de los contratos en tanto no se halle una forma de garantizar las funciones de la fe pública por medios electrónicos y en especial la estabilidad del documento digital.

Los aspectos técnicos del documento electrónico han hecho necesario replantear los principios relativos al “corpus material” de los instrumentos públicos que han ido evolucionando desde la utilización del papiro Egipcio, pasando por el papel hasta llegar al documento digital, ítem destinado a agilizar el Derecho manteniendo la seguridad y cuyo archivo se hace mediante un protocolo electrónico.

En cuanto a la seguridad e integridad del contrato electrónico, serán las entidades de certificación quienes garanticen la procedencia del documento electrónico, la integridad de su contenido y su confidencialidad.

5.1 La Fe Pública

Cuando hablamos de fe, ordinariamente se entiende la fe religiosa, creer en un ser supremo de origen divino; esta convicción implica la aceptación de lo que no es tangible lo cual entra en la esfera interna de cada persona. No se trata de un acto de conocimiento sino más bien un acto de voluntad. Dogma por su parte constituye el conjunto de verdades que estamos obligados a creer los miembros de una Iglesia.

El sistema de la fe pública que históricamente ha estado ligado al desarrollo del instrumento público notarial, surgió como respuesta al creciente número y complejidad de relaciones jurídicas para dar seguridad a los negocios y a los actos que se realicen.

Miguel Ruiz por su parte expresa que “La fe pública consiste en la eficacia jurídica de la narración documental de un hecho, de forma que lo documentado sustituye a lo actuado salvo prueba de falsedad”¹⁰³. La fe pública constituye la autoridad legítima atribuida a notarios, escribanos, agente de cambio y bolsa, cónsules y secretarios de juzgados, tribunales y otros institutos oficiales, para acreditar fehacientemente que los documentos que autorizan en debida forma son auténticos, salvo prueba en contrario.

Esta facultad federativa implica el ejercicio de una función investida de autoridad pública autenticadora y legitimadora, delegada por el estado, en la que se emiten documentos con el carácter de públicos y con efecto “ERGA OMNES”. La fe pública se desenvuelve en varios ámbitos: notarial, judicial y administrativo, además de la denominada fe pública registral.

Fe pública Judicial, Es aquella de la cual están investidos los secretarios judiciales y les autoriza para autenticar lo escrito y actuado dentro de los procesos judiciales; a diferencia de los notarios, no tienen la potestad de valorar la validez del acto, papel que en este caso corresponde al juez.

La Fe pública Notarial por su parte, tiene como fin dar seguridad a las transacciones y a los actos con contenido jurídico dejando constancia mediante un documento elaborado por un federatario, de que se cumplieron con todos los requisitos necesarios para su validez. Este documento tiene el carácter de auténtico con la categoría de prueba preconstituida y contiene los derechos y las correspondientes obligaciones que se originan por la consumación del mismo.

¹⁰³ RUIZ-GALLARDON, Miguel y AA VV. Ob. cit. p. 111.

La fe pública administrativa tiene por objeto dar notoriedad y el valor de hechos auténticos a los actos realizados por el estado. Dicha fe, se ejerce a través de documentos expedidos por las autoridades que ejercen la gestión administrativa en los que se consignan órdenes, comunicaciones y resoluciones propias de este ámbito.

Fases de la fe pública.- El tratadista Luis Carral en su obra “Derecho Notarial y Registral”, expone que la Fe Pública debe cumplir las siguientes fases:

1. **Una fase de evidencia:** La autoridad investida de poder fehaciente tiene conocimiento directo del acto y de los hechos históricos que lo rodean, da fe de ellos y guarda su información de forma documentada en sus registros.
2. **Una fase solemne:** Se debe observar el cumplimiento de los requisitos y formas legales previstas por la ley para la validez del acto.
3. **Una fase de objetivación:** Es decir la expresión gráfica del hecho en un documento que tiene el carácter de auténtico, este documento tiene relativa resistencia al tiempo y contrario de la prueba testimonial que puede ser subjetiva, tiene un valor probatorio superlativo.
4. **Una fase de coetaneidad:** Significa que las tres fases anteriores deben desarrollarse en un mismo momento según el caso y lo que disponga la ley.

Características de la Fe Pública.- Se refiere al contenido de los documentos públicos:

- **Exactitud:** Se verifica en un tiempo determinado por la correspondencia entre el “actum” y el “dictum”, es decir el apego del contenido del documento a los hechos históricos del acto del cual da fe.
- **Integridad:** Se refiere a la conservación corporal del documento público en un lugar adecuado y con los cuidados necesarios para que trascienda en el tiempo.

5.2 El Notario

El término notario proviene de “notar”, o sea, en sentido germánico medieval, quien redacta o pone por escrito. El notario es un profesional del derecho investido de fe pública por el estado que tiene a su cargo recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las personas que ante él acuden y conferir autenticidad y certeza jurídica a los actos y hechos pasados ante su fe mediante la consignación de los mismos en instrumentos públicos de su autoría.

El artículo sexto de la Ley Notarial, dispone que los “Notarios son los funcionarios investidos de fe pública para autorizar, a requerimiento de parte, los actos, contratos y documentos determinados en las leyes. Para juzgarlos penalmente por sus actos oficiales gozarán de fuero de Corte”.

El notario latino, “Esta investido de una parte del poder público, del poder de autenticar los actos y contratos que por mandato de la ley o por la voluntad de los particulares deban ser documentados ante él”¹⁰⁴. Dichos documentos gozarán de presunción de certeza, veracidad, seguridad, autenticidad, firmeza y publicidad.

El notario es un testigo rogado lo que significa una suerte de testigo calificado por tener especiales virtudes como la de ser un testigo profesional cuyo trabajo es no perder detalle del acto presenciado para expresarlo gráficamente en un documento que al amparo del Estado y por disposiciones legales se tiene por verdadero.

El notario cumple un servicio privado al envolver los negocios y los actos con las formalidades necesarias para su seguridad jurídica; cumple además una tarea pública al asegurar la paz social y ayudar a mantener el orden jurídico apoyando así a la confianza en la contratación.

La Función notarial consiste en el ejercicio de una profesión documental autónoma, jurídica y calificada, impuesta y organizada por la ley, para procurar seguridad, valor y permanencia, al interés jurídico de los individuos con voluntades concurrentes mediante su interpretación, configuración, autenticación, autorización y resguardo. Es pública en cuanto proviene de los poderes del estado y de la ley que obran en el reconocimiento público de la actividad profesional del notario y de la documentación notarial al servicio de la sociedad. Por otra parte es autónoma y libre para el notario que la ejerce actuando con fe pública.

¹⁰⁴ BARRAGÁN, Alfonso. Ob. cit. p. 6.

Por otro lado, al Derecho Notarial se lo entenderá como el conjunto de doctrinas o de normas jurídicas que regulan la organización de la función notarial y la teoría formal del instrumento público notarial.

Otros funcionarios que tienen la facultad de dar fe pública extrajudicial en ciertos actos son: los cónsules o representantes diplomáticos en lo relacionado al estado civil de sus conciudadanos y en la certificación de documentos públicos emitidos en el extranjero y los párrocos de las Iglesias, en lo referente al cumplimiento de ritos religiosos como el bautismo o el matrimonio.

Características de los Notarios.- Para el ejercicio de su misión, el notario debe poseer las siguientes características:

- **La Investidura:** Es la calidad de notario que se adquiere una vez posesionado del cargo. Esta condición lo faculta para ejercer sus funciones dentro de la jurisdicción para la que fue nombrado y lo habilita como depositario y guardián de la fe pública.
- **La Autonomía:** Al no estar sujeto a una institución jerarquizada, el papel del notario se desenvolverá conforme a su propio criterio, respetando eso sí, el marco legal vigente y el régimen disciplinario establecido.
- **La Independencia:** El ejercicio de las funciones notariales sin sujeción a intereses personales o políticos, le permite al notario gozar de la plena confianza de las personas que acuden ante él. Por otra parte los servicios prestados por los notarios son remunerados por los solicitantes de los mismos conforme a una tarifa preestablecida.
- **La Asesoría:** El notario debe poseer un conocimiento profundo del derecho que le permita ofrecer una orientación a los solicitantes sin menoscabar su voluntad. El notario "...dejó ya de ser un simple testigo de actuaciones ajenas, un agente del Estado que recibe las declaraciones de las partes y se convirtió en un asesor de los comparecientes"¹⁰⁵. Debe asegurarse de la legalidad de las declaraciones, las revisará, consultará con las partes, sugerirá, corregirá y autorizará para así evitar

¹⁰⁵ BARRAGÁN, Alfonso. Ob. cit. p. 10.

nulidades o la disconformidad entre lo realmente querido por las partes y lo expresado gráficamente en el documento.

La intervención del notario latino, “Como un mecanismo de seguridad jurídica preventiva, no sólo evita el nacimiento de litigios relacionados con el contrato notarial, sino que, además, una vez que el litigio se ha planteado facilita su resolución”¹⁰⁶, trae como consecuencia la presunción de exactitud, autenticidad y fuerza probatoria a los actos en los que intervino como ministro de fe.

Contenido de la Función Notarial.- Respecto al contenido de la función notarial existen varias teorías:

Teoría de la Legitimación.- Según esta teoría la función notarial consiste en el poder de investir de cierto carácter jurídico a las personas, cosas y actos con apego a las normas y con las que el estado asegura la verdad, la certeza, la seguridad y la autenticidad de los hechos y actos jurídicos y los derechos que deriven de ellos.

Teoría de la Representación de los Derechos en Estado Normal.- Para esta teoría la función notarial es una forma de justicia reguladora frente a la justicia reparadora. El notario regula las relaciones que no contienen derechos contrapuestos quedando para la función judicial la resolución de contiendas.

Teoría de la Fe Pública.- Para esta teoría la esencia de la función está en la facultad de dar fe pública respecto a la existencia de actos de trascendencia en el campo del derecho mediante la elaboración de un documento.

Teoría de la Actividad de Jurisdicción Voluntaria.- La función notarial tiene como propósito el hallar un fin jurídico para los anhelos de las partes que acuden voluntariamente ante el ministro de fe. El notario pondrá el sello de su autoridad al negocio celebrado.

¹⁰⁶ RUIZ-GALLARDON, Miguel y AA VV. Ob. cit. p. 100.

5.3 La Escritura Pública.- El Código Civil Ecuatoriano en su artículo 1743, inciso primero, da la siguiente definición: “Instrumento público o auténtico es el autorizado con las solemnidades legales por el competente empleado”. El segundo inciso del mismo artículo expresa “Otorgado ante notario, e incorporado en un protocolo o registro público se llama escritura pública”.

Para el tratadista Alfonso Barragan la escritura pública “Es el documento autorizado con las solemnidades legales, por el notario competente, a requerimiento de parte, para ser incorporado al protocolo, que contiene un acto o un negocio jurídico, creado para su eficacia, para su prueba o para su constitución y destinado a ser reproducido en copias auténticas de igual valor que el original”¹⁰⁷.

Por su parte Joaquín Escriche en su obra “Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia” manifiesta que escritura pública es “La que se hace ante notario público en presencia de las partes que la otorgan con asistencia de dos testigos, firmándola los interesados o por su ruego alguno de los testigos con el mismo notario...”¹⁰⁸.

El Art. 26 de la Ley Notarial prescribe que “Escritura pública es el documento matriz que contiene los actos y contratos o negocios jurídicos que las personas otorgan ante notario y que éste autoriza e incorpora a su protocolo. Se otorgarán por escritura pública los actos y contratos o negocios jurídicos ordenados por la Ley o acordados por voluntad de los interesados”.

El notario elaborará primeramente un resumen o borrador con el contenido de la voluntad de los comparecientes en la hoja de un cuadernillo común llamado minutar, luego de hacer las correcciones del caso se pasa a limpio en el protocolo, que es un libro de pliego entero en que se ponen y guardan en su orden los registros de los actos que pasan ante el federatario para que consten todo el tiempo. La escritura que se traslada inmediatamente del protocolo es la original y hace fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha, pero no en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él se hayan hecho, esta parte no hace fe sino contra los declarantes. Las copias que se sacan de la escritura original se llaman traslado.

En lo relacionado a la intervención del “Ministro de Fe”, ésta es fundamental a

¹⁰⁷ BARRAGAN, Alfonso. Ob. cit. p. 43.

¹⁰⁸ ESCRICHE, Joaquín. “Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia”. Fondo de Cultura Ecuatoriana. 1986. p. 859.

efectos de dotar a la escritura de la fe pública necesaria para que el documento no se desnaturalice y se convierta en un simple documento privado y haga prueba plena ante todos y contra todos.

Al documento notarial se le considera un medio de prueba, de publicidad con el cual se asegura la certeza y la seguridad de los hechos en él descritos. La escritura pública es además una forma de “traditio” o entrega de la posesión de la cosa vendida y título idóneo para la inscripción en los Registros de la Propiedad y Mercantil.

El acta notarial, al igual que la escritura pública es un instrumento, sin embargo, su contenido es diferente de aquel. El acta notarial es el instrumento original en el que el notario, a solicitud de parte interesada, relaciona uno o varios hechos presenciados por él y los asienta en los folios del protocolo a su cargo con la autorización de su firma y sello. De esta manera, las escrituras deberán contener actos jurídicos y las actas hechos con contenido jurídico que fueren presenciados por el federatario, en el ámbito notarial se le conoce como fe de hechos.

Por su calidad y por su rigurosa elaboración, el documento público notarial tiene gran importancia en el tráfico de bienes y derechos al estar dotado siempre de especiales efectos sustantivos, ejecutivos y probatorios, lo que le convierte en un mecanismo de gran valor socioeconómico al facilitar la solución de las contiendas judiciales e incluso evitarlas reduciendo notablemente los litigios.

Estructura de la Escritura Pública.- La escritura pública posee una estructura técnica, lógica y precisa que permite cumplir sus fines:

A. El Encabezamiento, título o membrete.- Encierra los elementos indispensables necesarios para identificar a la escritura y precisar su existencia en los ámbitos temporal y espacial. El encabezamiento consta de las siguientes partes:

- El número, cada escritura pública tiene un número que tiene relación con su ubicación en el protocolo que cada año comienza con el número uno;
- La naturaleza del acto o contrato que se está otorgando, como por ejemplo la compraventa;
- El nombre de los requerientes que sirve para individualizarlos;

- La determinación de la cuantía del acto o contrato, que sirve para establecer el monto de los impuestos que se deban pagar; y
- La fecha y lugar, en el encabezamiento de la escritura pública se anotará la fecha y el lugar de otorgamiento, estos datos ubican a la escritura en el tiempo y determina la circunscripción territorial en que es autorizado el documento por parte del notario.

B. La Comparecencia.- “En sentido amplio, significa presentarse ante el juez con razón de una orden o citación o por voluntad propia para hacer valer sus derechos. En materia notarial se entenderá como la concurrencia voluntaria ante un notario que a diferencia del juez carece de poder coercitivo”¹⁰⁹. El notario hará la identificación de quien se presenta, registrará sus datos personales como el estado civil, domicilio, etc. Se anotará el nombre del notario competente quien autoriza el acto y contrato y la designación del cantón para el que fue nombrado. El juicio que debe hacer el notario para la identificación de los comparecientes se denomina la fe de conocimiento.

La fe de conocimiento.- “El notario debe proceder a asegurarse de la identidad de los comparecientes y dar fe de que son quienes dicen ser”¹¹⁰. La identificación de los individuos, puede ser inmediata si el notario conoce personalmente a las partes o mediata si la identificación de los comparecientes se hace por otros medios como la declaración de testigos o el examen minucioso de la cédula de ciudadanía o el pasaporte para el caso de extranjeros. En el campo de la contratación electrónica la identidad de las partes se obtiene por medio de la llamada firma digital.

Los comparecientes declararán si actúan en nombre propio o en representación de una de las partes del contrato, titular de derechos y obligaciones. En este último caso, el compareciente debe manifestar la clase de representación legal o convencional que ostenta y demostrarlo con los documentos correspondientes. La validez de los poderes otorgados en el extranjero se verificarán por un cónsul ecuatoriano y se autentican por el Ministerio de Relaciones Exteriores.

C. Declaraciones y Estipulaciones.- Esta sección de la escritura contiene las declaraciones de voluntad del compareciente en caso de un acto jurídico o las

¹⁰⁹ BARRAGAN, Alfonso. Ob. cit. p. 57.

¹¹⁰ RUIZ-GALLARDON, Miguel y AA VV. Ob. cit. p. 105.

estipulaciones de las partes en caso de contrato. El notario recoge dichas declaraciones, asesora a los comparecientes respetando sus voluntades y las traslada al documento pertinente observando su legalidad. “Dependiendo del acto a que refiere la escritura requerirá establecer primero los antecedentes del mismo; y la historia del dominio del inmueble, en caso de una compraventa”¹¹¹.

En los casos de compraventa de bienes, se introducirá en la escritura pública los datos necesarios que sirvan para individualizar el objeto del negocio a tal punto que no se confunda con otro. Así por ejemplo en el caso de compraventa de inmuebles se señalarán los linderos, número catastral, cabida, etc.

D. Otorgamiento, advertencias y firmas.- El otorgamiento consiste en la lectura del instrumento y en la constancia por parte del notario de que las partes aprueban y aceptan su texto. En la parte final de la escritura, se verifica este consentimiento mediante la impresión de las firmas por parte de los comparecientes y del notario. El notario hará las advertencias relacionadas con la necesidad de inscribir ciertos documentos en registros como el de la propiedad, mercantil, el de las capitanías de puerto, registros aeronáuticos, etc.

Otra área en la que colabora el notario con el Estado es la recaudación de impuestos, al notario le es prohibido prestar sus servicios sin que verifique que el compareciente ha cumplido con sus obligaciones tributarias.

5.4 El Protocolo Notarial.-El término protocolo proviene del latín “protocollum” y significa la primera hoja pegada o encolada. Se trata de un libro de registro numerado, sellado o rubricado que lleva el notario o escribano.

Es el conjunto sistematizado de escrituras matrices y otros documentos que el notario autoriza y custodia cumpliendo las formalidades exigidas por la ley, dichas escrituras matrices deben estar ordenadas progresivamente, cada año comenzará con el número uno. Se incluirán además otros documentos como certificados, informes y declaraciones relacionadas al contenido de cada una de ellas. Esta conservación ordenada y meticulosa otorga durabilidad y seguridad a los negocios jurídicos y declaraciones de voluntad autorizadas por el ministro de fe.

¹¹¹ ROURA GAME, Natacha. Ob. cit. p. 98.

El artículo 22 de la Ley notarial establece que “Los protocolos se forman anualmente con las escrituras matrices y los documentos públicos o privados que el notario autoriza e incorpora por mandato de la Ley o por orden de autoridad competente o a petición de los interesados. Los protocolos pertenecen al Estado. Los notarios los conservarán en su poder como archiveros de los mismos y bajo su responsabilidad”.

Cualquier persona puede pedir copia o testimonio de la escritura matriz o compulsas de los documentos protocolizados. La copia o testimonio es la reproducción literal de un instrumento público protocolizado, autorizado por el notario competente y cumpliendo los requisitos legales establecidos para ese fin. A este efecto el artículo 41 de la Ley Notarial dispone que “En la copia se trasladará literalmente, todo el contenido de la escritura, confrontará el notario, la copia con el original, rubricará cada foja de aquella, expresará al fin cuantas son las copias que se han dado y el número que corresponde a la actual, y la autorizará con su firma. Siempre que el notario diere una copia, pondrá razón de ello al margen de la escritura original”.

Las copias tendrán el mismo valor que la matriz salvo que se demuestre su falsedad. En caso de disconformidad entre la copia y la matriz se estará al contenido de esta última (181 CPC.)

5.5 Análisis Comparativo de los Sistemas Notariales

Existen varias clases de sistemas notariales, sin embargo a continuación haré una breve referencia a las más importantes:

El Notariado Anglosajón o Privado.- Es aquel en donde el profesional privado actúa con independencia del estado pero carece de fe pública por lo que solo emite documentos privados como es el caso de los notarios de los Estados Unidos. Su labor queda limitada a confirmar la autenticidad de las firmas de los documentos que el derecho internacional exija como requisito de validez.

Esta carencia de la facultad federativa otorgada por el estado implica que otros profesionales como el Attorney o procurador, Barrister o Abogado y el Solicitor, scrivener o escribano, pueden redactar los mismos documentos. Solo en materia internacional tienen una jurisdicción exclusiva en casos como “...el protesto de letras

internacionales y la legalización de firmas en documentos que hayan de surtir efectos en el extranjero”¹¹².

Para adquirir la calidad de notario en este sistema no es necesario tener una formación jurídica, basta con hacer un curso que generalmente dura un trimestre y ser nombrado por el Gobernador del estado de que se trate.

Considerando que el Derecho Anglosajón o “Common Law” se basa en un sistema esencialmente jurisprudencial y que el pueblo británico ha desarrollado sus propias costumbres, es lógico que el notario anglosajón difiera de su similar latino cuya principal fuente del derecho es la ley o legislación escrita en donde lo gravitante es el análisis y codificación de la norma jurídica que procura una regulación general.

En los sistemas anglosajones, los derechos de las partes se declaran ante las instancias judiciales. Los sistemas notariales privados carecen de normas adjetivas que regulen la forma de los instrumentos y además no utilizan el protocolo notarial. Los documentos que certifica el notario anglosajón carecen de presunción de legalidad y de licitud.

El Sistema Notarial Público o Latino.- El sistema jurídico latino tuvo su origen en la Europa continental en donde el derecho romano-germánico fue estudiado por parte de la Iglesia y de las universidades e incorporado en los ordenamientos jurídicos de varios países como: Italia, Francia y España. Posteriormente con la expansión colonial, el sistema jurídico latino se trasladó a los territorios conquistados los mismos que hoy poseen códigos inspirados en modelos europeos como el caso de América Latina.

El primer Congreso Internacional del Notariado Latino celebrado en Buenos Aires el 2 de octubre de 1948 define al notario latino como “El profesional del derecho encargado de una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los documentos adecuados a ese fin, confiriéndoles autenticidad, conservar los originales de éstos y expedir copias que den fe de su contenido. En su función está comprendida la autenticación de hechos”¹¹³.

En el sistema latino, la intervención notarial sirve como un método de prevención de conflictos judiciales. El notario es un abogado que goza de estabilidad en el ejercicio de su cargo, da fe y forma al documento y debe llevar un registro o protocolo notarial. Los documentos notariales que respeten las formalidades prescritas

¹¹² CARRAL Y DE TERESA, Luis. Ob. cit. p. 88.

¹¹³ ROURA GAME, Natacha. Ob. cit. p. 51.

por la ley, una vez autorizados, gozan de presunción de validez, autenticidad, legalidad, fuerza probatoria y ejecutoriedad. Los instrumentos así autorizados, solo podrán ser tachados de nulos o falsos luego de seguido un procedimiento judicial con sentencia firme que así lo declare.

En el sistema jurídico latino podemos concluir que el notario es un funcionario público investido por parte del estado de la facultad de dar fe a los actos y contratos. Se trata de un conocedor del derecho y especialista en su materia con la capacidad de instruir a los comparecientes. Tiene asimismo la potestad para calificar y rechazar la suscripción de un documento que no cumpla los requisitos de forma necesarios para la validez o en caso de ilegalidad.

“La seguridad jurídica contractual que afecta al proceso de formación del contrato, a la prestación del consentimiento y a la producción de sus efectos depende de las partes contractuales y la posible seguridad se obtiene con la intervención de funcionarios públicos como los notarios que son los que establecen el sistema de seguridad preventiva en que se basa nuestro derecho”¹¹⁴. Con la intervención notarial se consigue una seguridad jurídica en sentido subjetivo, entendida como la posibilidad de todo ciudadano de conocer la Ley, su significado y alcance traducido en el asesoramiento del ministro de fe.

Los notarios privados y públicos coinciden en que no son parte de la administración estatal, su trabajo consiste en defender intereses privados por los cuales son remunerado directamente por los usuarios, es decir no existe interdependencia burocrática y tienen autonomía económica.

Se han acogido al sistema del Notariado Latino en Europa: Francia, Italia, Bélgica, Portugal, Rusia; en América: México, Ecuador, Argentina, Cuba y en general todos los países Latinoamericanos.

Principios que rigen el notariado Latino.- El notariado de tipo latino está dirigido por los siguientes principios:

Principio de Autenticidad del Documento.- La intervención del notario en la elaboración y autorización del instrumento le otorga a éste la calidad de auténtico. Esta calidad garantiza la seguridad jurídica del documento, el documento tendrá una

¹¹⁴ BARREIROS, Francisco. Ob. cit. p. 22.

presunción privilegiada de veracidad que hará prueba por sí mismo en cuanto a su contenido.

Principio de la Fe Pública.- Constituye la certeza, eficacia y firmeza que tiene el poder público representado por el notario. Es la autoridad legítima que posee el federatario para establecer la verdad sobre lo dicho y lo ocurrido mediante su documentación.

Principio de Registro.- El notario latino lleva un protocolo o libro de registro numerado en donde se encuentran todas las escrituras ordenadas cronológicamente que trascenderán en el tiempo y servirán en cualquier momento a efectos probatorios.

Principio de Inmediatez.- Consiste en la constatación física y directa que hace el notario de los hechos y datos que tenga que documentar.

Principio de Unidad de Acto.- Este postulado implica la simultaneidad de las distintas etapas en la elaboración de una escritura pública. La presencia del notario, de las partes y de los testigos en su caso, deberá ser única y sin interrupciones.

Principio de Imparcialidad.- El notario no podrá ejercer sus funciones en los casos en los que tenga interés o en los que intervengan sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

Principio de Rogación.- El notario nunca actúa de oficio sino a requerimiento de parte o por disposición Judicial.

Principio de Forma.- El notario debe observar los requisitos de forma establecidos para la documentación de la voluntad de las partes. En caso de negligencia en su actuación deberá indemnizar a la parte perjudicada.

Sistema Notarial Administrativo.- El sistema notarial administrativo rige en países con regímenes socialistas en los que el notario no tiene una formación jurídica. Se trata de un empleado público subordinado jerárquica, disciplinaria y funcionalmente a los intereses de la política estatal. El documento notarial en estos regímenes no tiene ninguna ventaja sobre el documento privado.

El Sistema Notarial Germano.- No existe un notariado germano general, cada estado establece su competencia y características. Me referiré al sistema del Notario - juez que rige en Hamburgo, Baden y Wurtemberg en donde los notarios son dependientes de la función Judicial, están subordinados a los tribunales de segunda instancia y son remunerados por el Estado.

En este sistema el notario tiene competencia judicial y extrajudicial. Tiene a su cargo la responsabilidad de llevar “el Registro de la Propiedad como jueces registradores, intervienen en testamentarias, en la ejecución de sentencias y en la administración judicial de bienes. También intervienen en actos privados, actuando con carácter extrajudicial, como notarios libres, obligados a dar fe del conocimiento de las partes y de la legalidad interna del acto”¹¹⁵.

5.6 Los Instrumentos Públicos Electrónicos

Instrumento Público Electrónico es “Aquel documento electrónico en que no sólo se identifica al signatario sino que, además, por formalizarse ante federatario público y como consecuencia del cumplimiento por el mismo de los deberes inherentes a su actuación, garantiza también la plena libertad, discernimiento y capacidad en el momento de firmar, la previa información y asesoramiento precisos para la correcta formación de una voluntad sin vicios de consentimiento, la lectura e íntegra comunicación del contenido negocial al signatario, la calificación de los títulos precedentes, en su caso, y la legalidad del acto o contrato de que se trate, constituyendo un título de legitimación en el tráfico”¹¹⁶.

El artículo 51 de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos se refiere a los instrumentos públicos electrónicos; “Se reconoce la validez jurídica de los mensajes de datos otorgados, conferidos, autorizados o expedidos por y ante autoridad competente y firmados electrónicamente. Dichos instrumentos públicos electrónicos deberán observar los requisitos, formalidades y solemnidades exigidos por la ley y demás normas aplicables”.

¹¹⁵ CARRAL Y DE TERESA, Luis. Ob. cit. p. 94.

¹¹⁶ RECODER, Emilio y AA VV. “Derecho de Internet: Observaciones en torno a contratos, electrónica y fe pública”. Editorial Aranzadi. Navarra-España. 2000. p. 122.

Para que el notario siga cumpliendo con su función federativa, es indispensable que adquiera conocimientos relacionados con las nuevas tecnologías para así informar a las partes y responder del procedimiento que va a utilizar.

El valor probatorio del documento digital será aportado por la figura del Notario Público; en el derecho Anglosajón carente del tradicional ministro de fe, se ha creado un prototipo peculiar de federatario, la Autoridad Certificadora el cual para los efectos de la contratación internacional ha pasado a denominarse Notario Digital o Cybernotary.

5.7 El Notario Digital o Cybernotary.- En Estados Unidos, lugar de origen los sistemas de encriptación; en un primer momento se establecieron como autoridades certificadoras de información a los “Gobernadores, personal de la administración pública, abogados de las empresas involucradas, notarios públicos y a ciertas personas jurídicas empresariales como compañías de seguros y otras empresas comerciales”¹¹⁷. Ulteriormente por las relaciones comerciales existentes con otros países, la American Bar Association propuso que debía ser el notario la persona ideal para ocupar dicho cargo aunque en la práctica solo las empresas proveedoras de servicios de Internet presentaban interés en estas labores. El problema Estadounidense sobre este tema se debió a que sus notarios públicos no reúnen las condiciones del Notario Latino, siendo meros autorizadores de firmas por lo que se buscó una solución satisfactoria.

De esta manera aparece un proyecto que se centra en la utilización de un jurista altamente calificado para actuar en calidad de autoridad certificadora en el campo de la contratación electrónica internacional. Dicho profesional ha sido denominado como Cybernotary o Notario Cibernético.

“Por el origen anglosajón de la tecnología, habrá otros que ofrezcan en el mercado sus servicios como Terceras partes de Confianza como los Bancos, Cámaras de Comercio, Proveedores de servicios de Internet, etc.; Pero ninguno de éstos podrá garantizar el nivel de imparcialidad y de conocimientos jurídicos como los del notario”¹¹⁸.

5.8 La Función Notarial como Entidad de Certificación de Información.- La función notarial en los últimos tiempos ha estado vinculada con temas relativos al mundo de las nuevas tecnologías y el comercio electrónico. En un principio las

¹¹⁷ GAETE, Eugenio. Ob. cit. p. 220.

¹¹⁸ BOLÁS, Juan. Ob. cit. p. 50.

innovaciones estaban dirigidas al tratamiento de textos y a los programas de gestión en red. Posteriormente aparece la conexión entre notarios y registros de la propiedad vía fax y la comunicación de los ministros de fe con los registros mercantiles por vía telemática. Luego surgen, aunque sólo con valor informativo, las Intranets del Notariado cuyo servidor en la mayoría de países se encuentra en la Federación Nacional de Notarios y que contiene información relativa a los despachos notariales y bases de datos de contenido jurídico. Además la mayoría de notarios poseen un e-mail y el notariado suele tener su web site.

En la actualidad, habrá que avanzar un paso más, pues los medios electrónicos no constituyen únicamente una herramienta de trabajo sino una manera sui géneris de acceder a la contratación. “Se ha iniciado un nuevo capítulo en el apasionante diálogo entre la Técnica y el Derecho. La Técnica digital nos lleva a la Sociedad de la Información y a la globalización del mercado en donde desaparecen las distancias y la espera en la contratación”¹¹⁹.

La seguridad tecnológica de la firma digital fundada exclusivamente en un sistema que no permite la alteración del documento digital no aporta una especial seguridad jurídica a la contratación electrónica. Lo que verdaderamente aporta confianza es la autenticidad del consentimiento que no se logra por el hecho de que la tinta sea de mejor calidad o porque el programa informático sea más o menos confiable, “Se logra por la interposición del consentimiento, esto es dar fe pública en el ámbito de la administración judicial, en la administración pública o en el tráfico entre particulares”¹²⁰.

En este sentido la declaración de la Unión Internacional del Notariado Latino (UINL) del 2 de octubre de 1998 manifiesta que “... los notarios, no vemos en la contratación electrónica un peligro que pueda convertirnos en instrumentos obsoletos del sistema de seguridad jurídica, sino un nuevo campo en el que podemos seguir prestando, como desde hace siglos, importantes dosis de seguridad y confianza...”.

En la esfera de la contratación tradicional, en cuanto a la seguridad, el principal problema es la suplantación de la personalidad como por ejemplo con el uso de una cédula de identidad falsa. En el tráfico electrónico el problema de la suplantación de la personalidad se duplica pues puede producirse tanto a la hora de solicitar un certificado como a la hora de firmar electrónicamente una declaración de voluntad. La certeza

¹¹⁹ BOLÁS, Juan. Ob. cit. p. 48.

¹²⁰ RECODER, Emilio y AA VV. Ob. cit. p. 120.

sobre la autoría de un mensaje electrónico descansa exclusivamente en la figura del certificado de firma electrónica, dicho certificado puede obtenerse valiéndose de un Notario quien identificará a los solicitantes del mismo.

El Notario también debe verificar que los comparecientes están capacitados para obligarse jurídicamente a sí mismos o a las personas que representan justificándolo con los poderes necesarios. El artículo veintidós de la LCEFEMD ecuatoriana, que trata sobre el contenido de los certificados de firma electrónica nada dice sobre los casos de representación. El artículo 8 del Real Decreto - ley Español sobre firma electrónica del 17 de septiembre de 1999 determina que para ser reconocidos los certificados deben contener entre otros aspectos: “En los supuestos de representación, la indicación del documento que acredite las facultades del signatario para actuar en nombre de la persona física o jurídica a la que represente; el comienzo y el fin del período de validez del certificado, los límites del uso y los límites del valor de las transacciones en que el certificado puede utilizarse”.

Queda difuso si un representante haciendo uso de su poder, pueda acudir por sí solo ante un PSC y obtener un certificado que le habilite para contratar a nombre del representado. Para Miguel Ruiz-Gallardón, “...solo en el caso de que el representante éste especialmente facultado para ello en el poder que alega podrá hacerlo; y, en otro caso, habrá de ser el representado quien acuda al prestador de servicios a solicitar que el certificado se adjudique al apoderado, pues de otro modo la obtención del certificado podría realizarse por el apoderado sin conocimiento del poderdante”¹²¹.

En todo caso la intervención notarial resulta conveniente para dotar de certeza y fe pública a determinados aspectos del documento digital como lo relacionado con la fecha de su celebración y el contenido del mismo, la conservación en un protocolo digital también podría ser parte de su oficio.

Teniendo claro que generalmente el tráfico electrónico se realiza entre individuos alejados entre sí, se podría efectuar un contrato electrónico con la intervención de dos notarios, uno para cada parte. “Una de las partes comparecería ante un Notario y otorgaría un documento que contuviese la oferta contractual, este documento será redactado en un ordenador, luego sería encriptado con la firma electrónica del notario autorizante y remitido por correo electrónico al Notario ante el que ha de comparecer la otra parte contratante, quien previa lectura del documento por

¹²¹ RUIZ-GALLARDON, Miguel y AA VV. Ob. cit. p. 110.

el notario que lo ha recibido prestaría su aceptación, que sería consignado en papel y trasladado a la computadora y firmado digitalmente por el Notario de destino para ser enviado al Notario de origen”¹²².

Para autenticar la firma digital el notario público certificará que la firma fue registrada por el signatario en su presencia y tras haber comprobado la identidad del titular, la validez de sus claves, que el documento refleja la voluntad del signatario y que el contenido del documento no es contrario a la legislación vigente.

La firma electrónica del notario sustituirá el uso de cualquier sello, signo o marca que pudiera ser requerida. Cuando un documento deba ser acompañado de un documento original creado en otro medio, el funcionario podrá adjuntar al documento electrónico una copia auténtica electrónica certificada del documento no electrónico; el original del documento no electrónico quedará en poder del funcionario público quien anotará el uso que se dio a dicho documento y la identificación del documento electrónico al que se adjuntó la copia.

Además del papel de garante del documento electrónico, el ministro de fe podrá ejercer ulteriores labores en el ámbito del comercio electrónico tales como:

- Archivo y conservación del documento electrónico, lo que permitirá a las partes la posibilidad de presentar dentro de un juicio, una copia certificada por el notario del documento del cual conserva el original en un protocolo informático.
- Conservar las llaves de los titulares de las firmas digitales, tarea que se justifica para los casos en que se pierdan o cuando judicialmente se necesite probar su existencia.
- Sellado de Tiempo, algunos documentos requieren que sean marcados con la fecha y hora de su emisión, el control del hardware que incorpora esta marca podrá ser eficazmente confiado al notario.
- Ventanilla electrónica notarial, no todos los individuos estarán en la capacidad económica o técnica para enviar o recibir documentos electrónicos; el notario podrá cumplir esta labor suministrando al documento el valor agregado de su intervención y de su certificación.

¹²² RUIZ-GALLARDON, Miguel y AA VV. Ob. cit. p . 116.

- Certificación Internacional, se debe eliminar las barreras de las fronteras nacionales, los notarios podrán garantizar la circulación cosmopolita de los documentos por él autorizados. En este ámbito será importante la intervención de la UINL mediante una cadena continua de certificaciones desde cada notario pasando por su organización nacional hasta aquella universal de la UINL que hará posible la circulación del documento electrónico y sin tener que esperar lapsos dilatados para la aprobación de tratados internacionales.

5.9 Autoridades de Registro Local.- Las Entidades de Certificación requieren de la presencia física de los suscriptores de las firmas digitales para el cumplimiento de ciertas formalidades como la identificación del solicitante mediante la verificación de su cédula de identidad, la entrega de la clave privada en una tarjeta inteligente e incluso para el registro de datos biométricos. Muchas ocasiones, los potenciales clientes pueden estar geográficamente alejados de la sede de la entidad de certificación; el acceso a este servicio para los individuos ubicados en zonas apartadas será posible con la colaboración de unos intermediarios denominados autoridades o entidades de registro local o sencillamente agentes de registro.

Los agentes de Registro “Son personas de confianza designadas por una autoridad de certificación para atender a los suscriptores en la solicitud de certificados, para aprobar peticiones de certificados o para ayudar a la autoridad de certificación en la revocación o suspensión de los mismos”¹²³. Las autoridades de registro local no adoptan las decisiones esenciales de emisión, revocación o suspensión de un certificado pero cumplen un papel fundamental en la comprobación de la información facilitada por el solicitante de un certificado de firma electrónica.

El artículo 33 de la LCEFEMD en cuanto a la prestación de servicios de certificación por parte de terceros expresa que “Los servicios de certificación de información podrán ser proporcionados y administrados en todo o en parte por terceros. Para efectuar la prestación, éstos deberán demostrar su vinculación con la Entidad de Certificación de Información. El Consejo Nacional de Telecomunicaciones, establecerá los términos bajo los cuales las Entidades de Certificación de Información podrán prestar sus servicios por medio de terceros”.

¹²³ MARTÍNEZ, Apolonia. Ob. cit. . p. 163.

Estos intermediarios cumplen un papel importante en la obtención de confianza dentro de los sistemas de infraestructura de clave pública al identificar plenamente a los peticionarios de las firmas digitales. Por ello un cuerpo legal diáfano, que regule los requisitos de los agentes de registro y sus relaciones con las entidades de certificación, es fundamental.

Los servicios que puede brindar la autoridad de registro local son los siguientes:

- Identificación y autenticación de suscriptores, mediante el uso de la cédula de identidad o el pasaporte y más los documentos habilitantes en los casos de representación.
- Registro, recepción de datos, inserción o cambio de los atributos de los suscriptores.
- Autorización de solicitudes de certificados de firma electrónica, y su consecuente generación del par de claves por parte de la entidad certificadora.
- Autorización de solicitudes de suspensión o revocación de certificados, por las causas determinadas en la ley o en el contrato de prestación del servicio; el agente dará aviso para que la suspensión o revocación lo haga la autoridad de certificación.

Los notarios podrían servir como entidades de registro de los solicitantes de una firma digital en la que la declaración del suscriptor, procedimiento de solicitud y generación de la clave privada se refleje en un acta notarial; incluso el notario podría ser depositario del soporte que contiene la clave privada.

En la actualidad, somos testigos de una disputa por el protagonismo en la Certificación Digital; el Cibernotario contra el Notariado Latino como entidad de certificación. Este conflicto seguirá hasta que ambas figuras cedan en su capricho por obtener el papel protagónico, y que fácilmente podría ser evitada con la adecuación de ambas figuras en un punto neutro que permita el armónico desarrollo del comercio electrónico en el mundo.

En primer lugar, por su naturaleza, el notariado anglosajón permite la figura del “cibernotario” lo cual no se da en nuestros países por ser miembros de la UINL. Por otra parte, debemos dejar en claro que existe un gran abismo entre el hecho de que el notariado adecue sus funciones a las nuevas tecnologías de la información y el error en el que caen al intentar asumir roles que no son propios del notario por su propia naturaleza.

En un ensayo publicado por los Colegios Notariales de España, se establece en las conclusiones que las diferencias entre el notario latino y el prestador de servicios de certificación resultan directamente de su distinta naturaleza y función. Sin embargo, Miguel Ruiz-Gallardón, notario de Madrid, señala que es posible que los Notarios actúen como PSC, bien sea directamente, o actuando como autoridades de registro local, colaborando en el proceso de creación de un certificado dando fe de la identidad y de la capacidad de los sujetos que los solicitan.

En 1993 la UINL en conjunto con la ABA, inició una serie de estudios que culminaron en la creación de una figura llamada cibernotario con dos funciones principales:

1. La primera es jurídica, en el sentido de que desarrolla las funciones tradicionales del notario, entendiendo por tal, y esto es de gran importancia, no el mal llamado notario anglosajón, sino el notario oficial público reconocido en prácticamente todos los países del tipo latino. El hecho de que el sistema americano se plantee adoptar algunos principios del notariado latino para conseguir una adecuada seguridad en las transacciones internacionales electrónicas, constituye inquestionablemente un argumento a favor de la institución notarial.
2. La segunda función es de tipo electrónico: el cibernotario habrá de tener un nivel de especialización alto en cuanto a conocimientos informáticos y electrónicos, debiendo actuar como autoridad de registro (en sentido amplio, puesto que no sólo comprende el verificar la legalidad y capacidad del solicitante, sino que puede ser requerido para investigar sus datos económicos o penales), y tercero de confianza. Se le encomienda la llamada “notarization”, determinación fehaciente de la fecha y hora de su intervención; igualmente la certificación de la identidad del emisor de un mensaje comprobado con su firma digital. Y cuantas funciones se consideren adecuadas en el futuro.

Siguiendo los postulados de Apolonia Martínez, existen diversos intentos de estudio y creación de cibernotarios o notarios electrónicos; conceptos estos que tienen un sentido distinto desde los puntos de vista, técnico y jurídico. Desde el punto de vista técnico, de forma genérica, y en sentido amplio, notario electrónico es una tercera parte de confianza que puede desempeñar las funciones de una entidad de certificación, funciones de sellado temporal, etc. Así documentos técnicos definen la “notarización”

como el registro de datos por parte de una tercera parte de confianza que permite asegurar posteriormente la exactitud de su contenido, origen, tiempo y entrega; y definen el Cibernetario como una tercera parte de confianza que proporciona seguridad sobre las propiedades de los datos comunicados entre dos o más entidades como la integridad, el origen, el tiempo o el destino de los datos.

Desde el punto de vista jurídico el panorama es distinto, debido a cuestiones que he mencionado, la pretensión de que un cibernetario o notario electrónico pueda desempeñar funciones similares a las de los notarios tradicionales, tropieza con la dificultad de la distinta naturaleza de la función notarial en los países latinos y los anglosajones. Cuestión distinta es la utilización de las nuevas tecnologías en general, y de la firma electrónica en particular, para el desarrollo de funciones tan cualificadas como la función notarial o la registral.

En todo caso queda claro que a pesar de que ambas figuras son opuestas en su naturaleza y sus funciones, es cuestión de querer, no de poder.

5.10 Proyectos y Leyes Extranjeras.- La Ley Italiana sobre firma digital de 1997 establece la existencia de la Autoridad Notarial de Certificación para actuar en tal cometido, la llamada Autoridad Certificadora, en el fondo no es otra cosa que un Ministro de fe al que corresponde validar la firma digital.

El escribano es en Italia el único ente o profesional que desde hace varios años utiliza diariamente el documento electrónico con firma digital para la transmisión y transcripción de sus propias escrituras en el Registro de la Propiedad y en el Registro de las Sociedades, esto gracias a la facultad que la ley le ha otorgado para constituirse en entidad de certificación, de modo que la firma digital de cualquier escribano es hoy en Italia de más peso y de mayor importancia que la de cualquier otra entidad. Esa firma certifica, en efecto, no solo la proveniencia del documento, su paternidad, sino también que el autor es un escribano en funciones y que tiene la necesaria autoridad para incluir sus propias actuaciones directamente en las bases de datos informatizadas del Estado.

Otro ejemplo de la posible intervención notarial y registral en el campo de la firma digital, lo constituye la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notario Español del 31 de diciembre de 1999, que permite la presentación de las cuentas anuales en el Registro Mercantil por medio de procedimientos electrónicos. “Las cuentas e informes deben ir acompañados de la certificación de la Junta General

legitimada notarialmente incluyendo todas las firmas digitales necesarias incluso las del propio notario”¹²⁴.

La posibilidad de emitir un documento público digital aparece por primera vez en la legislación Francesa con la Ley del 29 de febrero del 2000 que modificó el Código Civil permitiendo que la firma puesta en un acto jurídico pueda ser electrónica y que cuando sea puesta por un oficial público, ella conferirá autenticidad al acto.

En Chile, su proyecto sobre documento electrónico también consigna a los notarios como los únicos encargados para actuar como entidades de certificación de información.

Perú, graduó a su primera promoción de cibernotarios hace varios años, después de un curso de idoneidad técnica y académica que propició el Colegio de Abogados de Lima, con la Corte Suprema de Justicia de ese país.

En México, el problema se ha resuelto con la utilización de certificados emitidos por una red de certificación digital en convenio de la Asociación Nacional del Notariado Mexicano y la compañía de servicios informáticos Acertia.com.

¹²⁴ BARREIROS, Francisco. Ob. cit. p. 23.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

El comercio electrónico permite a los grandes fabricantes de productos, ahorrar considerables cantidades de dinero al eliminar costos operativos y la intermediación; los pequeños productores, por su lado, podrán ubicar sus productos en todos los mercados del mundo prescindiendo de los importes necesarios para su distribución y publicidad.

El sector público debe adoptar las nuevas herramientas tecnológicas para agilizar y automatizar los servicios y trámites burocráticos que brindan a sus súbditos; en cuanto a los consumidores, éstos podrán acceder a una mayor variedad productos con mejores precios.

Las ventajas del documento informático en comparación con el documento per cartam son evidentes, el ahorro de tiempo en su confección, la seguridad en cuanto a la utilización de la firma digital, la facilidad en la entrega de copias y una ordenación adecuada en cuanto a su archivo mediante software de búsqueda y archivo.

Sin embargo no es posible dotar de efectos superiores al documento electrónico firmado digitalmente respecto al documento en soporte papel con firma manuscrita pues lo que hace la Ley de Comercio Electrónico es equipararlas. Tampoco será posible admitir una modificación a la clasificación de los documentos en privado y públicos, habrá un documento privado con firma manuscrita o digital y un documento público con firma hológrafa o digital.

En cuanto al registro del contenido del documento digital, éste deberá archivarase junto con todo dato que permita determinar el origen y destino del mensaje además de la fecha y hora de envío y recepción para su ulterior consulta. En cuanto a la carga de la prueba, si el mensaje fue debidamente codificado previo al envío del mismo, será el receptor el que tendrá que justificar cualquier alteración; por otro lado si no hubiere sido correctamente cifrado, el riesgo de las alteraciones corresponderá al emisor.

La criptografía contribuye en gran medida a la seguridad del comercio digital en las redes abiertas como Internet. Los sistemas criptográficos asimétricos son la solución a la necesidad jurídica de integridad y confidencialidad de los mensajes electrónicos a través de la firma digital. En cuanto a la identidad y no rechazo en destino, las TTP tendrán a su cargo la fe de conocimiento de los titulares de las firmas electrónicas y el registro de la recepción del mensaje.

Tomando en cuenta que el E-business es una actividad cosmopolita, la necesidad de acuerdos globales que armonicen los principios básicos sobre el comercio electrónico, firmas electrónicas, protección de derechos de los consumidores, la protección de los datos personales y la interoperabilidad de los servicios son indispensables. El gran reto es una regulación uniforme que garantice la seguridad del comercio internacional a través de las redes bidireccionales.

La Legislación sobre comercio digital y firma electrónica, deberá elaborarse de manera flexible, ya que junto con la firma digital certificada por una sociedad licenciada, existe la posibilidad de utilizar firmas electrónicas simples reconocidas por las partes en uso del principio de la autonomía de la voluntad privada, limitada únicamente por el régimen vigente de protección al consumidor.

Por otro lado, si se otorga una excesiva flexibilidad a las prácticas comerciales, para facilitar la actividad empresarial de las autoridades de certificación, el sistema podría desvirtuarse y no se alcanzará el objetivo fundamental del comercio electrónico que es la seguridad de las transacciones.

Esta claro el desfase de nuestro derecho frente a la evolución tecnológica de los sistemas de seguridad en el comercio electrónico. La existencia de distintas clases de certificados de firma electrónica y de diversos tipos de firmas electrónicas, supone el reconocimiento de distintos efectos que implican la existencia de diferentes niveles de responsabilidad; se tendría que hacer una revisión del valor jurídico que se le debe conceder a los distintos sistemas de firma electrónica en orden a la seguridad que aportan. La llamada “Equivalencia Funcional” del documento electrónico y de la firma electrónica, sólo deben otorgarse a los mecanismos que garanticen la autenticidad, confidencialidad, integridad y no repudio de los mensajes de datos.

El cumplimiento del deber de control de la clave privada por parte de su titular, es importante para evitar su utilización no autorizada. Los sistemas de suspensión y revocación, permiten al titular de una firma electrónica, advertir que su firma digital ha dejado de ser confiable.

El servicio de sellado de tiempo digital, posibilita determinar el momento exacto en que ocurrieron hechos como el momento de envío y recepción de un mensaje de datos, la emisión de un certificado, su revocación o suspensión, etc. Este servicio es fundamental para resolver muchos de los problemas relacionados con la determinación de responsabilidades.

Se requiere de la creación de disposiciones legales y reglamentarias complementarias para la regulación tributaria del E-commerce como por ejemplo la imposición a las empresas, de la obligación de identificar a sus clientes mediante el registro del número de la cédula de identidad.

En el futuro será ineludible la producción de un sistema internacional de resolución de disputas para las transacciones electrónicas de poca cuantía. En cuanto a los negocios digitales de gran trascendencia económica, generalmente se establece de forma previa las estipulaciones que regirán la relación contractual, la ley y el fuero aplicable en caso de conflicto.

En nuestro país, la implementación de la firma electrónica, debe ser introducida de manera gradual y respetando las formalidades que la legislación ha establecido para rodear de seguridad jurídica a los actos y contratos. El respeto a este principio implica que, mientras no se promulgue la normativa necesaria y no se desarrollen y verifiquen los dispositivos para el uso de protocolos digitales, la firma electrónica no podrá ser utilizada para actos que se instrumenten por escritura pública ya que las normas relativas a los servicios de certificación de firma electrónica, no sustituyen ni modifican a las que regulan las funciones de las personas facultadas para dar fe pública. Sin embargo en un futuro no muy lejano, el derecho positivo notarial deberá adaptarse a las nuevas necesidades del mercado posibilitando la emisión de instrumentos públicos electrónicos, en los cuales intervendrá el notario quien garantizará las tareas de identificación del signatario, verificación de la capacidad de las partes y asesoramiento para la formación de la voluntad sin vicios del consentimiento, la lectura íntegra del documento y legalidad del acto. Cambios normativos son necesarios para permitir el aprovechamiento de todas las posibilidades que ofrece la firma digital.

En los Estados con raíces romano-germánicas y como consecuencia natural de las competencias que tiene a su cargo, es lógico considerar al notario como el oficial público idóneo para actuar como entidad de certificación. Este objetivo tropieza con el problema del principio de legalidad que rige a la función notarial que impide su actuación sin texto expreso de la ley sobre el tema por lo que cabría una interpretación de la legislación vigente o la promulgación de textos legales que regulen su actuación como tercera parte de confianza o como entidad de registro local.

Los sistemas de certificados deberán estructurarse de tal manera que posibiliten su reconocimiento internacional, una de las alternativas es el reconocimiento mutuo entre las autoridades de certificación de cada país.

La firma digital deberá ser autenticada por un Notario autorizado; la autenticación consistirá en el testimonio del Oficial Público en el sentido de que la firma digital ha sido puesta en su presencia por el titular previa comprobación de su identidad, de la validez de la firma electrónica avanzada, de la constancia del hecho de que el documento suscrito responde a la voluntad del compareciente y que este no violenta el ordenamiento jurídico vigente; la adición de la firma electrónica del oficial público al documento informático equivale a su firma autógrafa y a cualquier otro sello o signo requerido.

En cuanto a la fe de conocimiento, es decir la necesidad de la presencia e identificación de los interesados delante del Oficial Público, surge el problema de que generalmente las partes no están conectadas “on line” entre sí o con un Ministro de Fe, por lo que es imperioso un cambio a la teoría de la visualización. En los casos en que exista contacto visual como las vídeo-conferencias, se debería permitir la manifestación del consentimiento sin que el interesado este presente materialmente, pero el oficial fideidante los estará viendo directamente por lo que su actuación será válida dejando obviamente constancia de tal hecho.

Con las condiciones tecnológicas actuales, es posible imaginarse un escenario en donde las partes, sus abogados y dos notarios estén ubicados en lugares distintos pero comunicados mediante salas de vídeo-conferencias y conectados a un sistema de comunicación bidireccional, se podrán discutir las cláusulas de los contratos y hacer las consultas legales necesarias para evitar violaciones a la legislación vigente en los países en donde el contrato vaya a surtir efectos. Posteriormente se realizará la redacción y lectura final del documento a las partes quienes al estar conformes con su contenido estamparán sus firmas digitales sin que medie tiempo ni espacio entre ellas, luego de las cuales constarán las firmas digitales de los notarios que servirá para certificar el acto. Para la telemática el espacio no produce el inconveniente que existe en la contratación per cartam o en la contratación a distancia mediante catálogos o carta, en los contratos telemáticos se da cumplimiento ininterrumpido de las fases de ofrecimiento, aceptación, prestación de consentimiento, firmas y autorización.

En otro escenario los notarios en su calidad de juristas y de federatarios, colaborarían con las entidades de certificación, como entidades de registro local, dando fe de la identidad y de la capacidad de los sujetos que solicitan un certificado sea para obligarse por sí mismos o a nombre de terceros. La Superintendencia de Telecomunicaciones tendrá que constituir una infraestructura que combine la seguridad

tecnológica con la jurídica y que facilite la intervención de los federatarios en la PKI o modelo de confianza.

La Federación Ecuatoriana de Notarios deberían iniciar las gestiones necesarias para constituirse como entidad de certificación y proporcionar a los notarios sus firmas digitales para que actúen como entidad de registro.

Será entonces la intervención del federatario en el mundo de la firma digital, la que determinará la creación de un título legitimador, de una presunción de veracidad y exactitud, de efectos ejecutivos y de un valor probatorio verdaderamente privilegiado.

En mi opinión personal, no podría determinarse un tercero de confianza mejor que aquellos que han cumplido con labores federativas durante siglos. De todas maneras habrá que ser prudente y no extender la posibilidad de realizar una escritura pública electrónica en todos los ámbitos, sino únicamente a aquellos que sean adecuados; se excluirá de esta posibilidad a los contratos relativos a inmuebles excepto para el caso de arrendamiento y los que se relacionan con derechos de familia y sucesiones.

La actuación del ministro de fe en este campo necesitará de la revisión de algunos principios propios de la función notarial como la unidad de acto que podría verse desplazado por el principio de intermediación.

Se deberá además incorporar en la Ley Notarial el reconocimiento de la “Equivalencia Funcional” del documento digital y de la firma electrónica.

Será oportuno también agregar las normas necesarias en la LCEFEMD que regulen lo relacionado con el deber de Acuse de Recibo para así evitar conflictos en el campo de la contratación electrónica internacional.

Habría que comenzar por diligencias sencillas como la emisión y admisión copias simples en soporte digital firmadas digitalmente por los notarios.

ANEXO I

Glosario de Términos

Para un claro entendimiento del contenido del presente ensayo, pongo a consideración el siguiente glosario de términos y de abreviaturas extraídas de diversas leyes nacionales e internacionales y de la doctrina especializada en la materia:

ABA: American Bar Association o Asociación de Abogados de los Estados Unidos. Este organismo redactó su normativa de firma digital en 1996 en la que se especifica un mecanismo de firma digital basado en un criptosistema asimétrico, en certificadores de clave pública y en certificados de clave pública.

B2B: Business to business o Empresa a empresa. Es el comercio electrónico realizado entre una empresa y sus proveedores en las que se utiliza las redes para ordenar y recibir pedidos y efectuar pagos.

B2C: Business to consumer o Empresa a consumidor. Se trata de la actividad mercantil de las empresas que usan Internet para ofrecer todo tipo de bienes y servicios a los consumidores.

Bolígrafo Digital: Se trata de un instrumento de identificación biométrico basado en la firma hológrafa, el usuario firmará manualmente la pantalla de la computadora utilizando un lápiz especial. Dicha firma se acompañará en sus posteriores mensajes.

Certificado de Clave Pública: Documento digital firmado digitalmente por una autoridad certificadora que asocia una clave pública a su titular.

Ciberespacio: Hace referencia al espacio virtual con que Internet y otras redes se presentan ante un usuario. Desde su propia terminal éste puede estar en contacto con un sinnúmero de otras terminales.

Clave Privada: Es aquella que se utiliza para firmar digitalmente y cifrar un documento digital mediante un dispositivo de creación de firma en un criptosistema asimétrico.

Clave Pública: Es aquella que se utiliza para decodificar un mensaje cifrado con la correspondiente clave privada en un criptosistema asimétrico.

UNCITRAL/CNUDMI: United Nations Commission for International Trade Law o Comisión de las Naciones Unidas para el desarrollo del derecho Mercantil Internacional.

Comercio Electrónico: Es toda transacción comercial realizada en parte o en su totalidad, a través de redes electrónicas de información.

Comunicación Bidireccional.- Consiste en redes que permite a los receptores de la información la posibilidad de ser emisores de contenidos a diferencia de redes unidireccionales como la televisión o radiodifusión.

Criptograma: Mensaje cifrado.

Datos de creación: Son los elementos confidenciales necesarios para la creación de una firma electrónica y que generalmente se guardan en un chip inteligente.

Datos personales: Constituyen datos con información de carácter personal o íntimo que son materia de protección en virtud de leyes internas e internacionales, para efectos de este tema, comprende también el derecho a la privacidad, a la confidencialidad, a la reserva, al secreto sobre los datos proporcionados en las redes a terceros, a no divulgar de los datos personales y a no recibir información o mensajes no solicitados.

Datos personales autorizados: Son aquellos datos personales que el titular ha accedido a entregar expresamente o proporcionar de forma voluntaria para ser usados por la persona, organismo o entidad de registro que los solicita y para el fin para el cual fueron recolectados.

DES: Data Encryption Estándar o Sistema de Encriptación Estándar. Es el sistema de ciframiento simétrico o criptosistema de llave única.

Desmaterialización electrónica de documentos: Consiste en la transformación de la información contenida en documentos en soporte papel a mensajes de datos contenidos en soportes electrónicos.

Destinatario de un mensaje de datos: Se entenderá a la persona designada por el iniciador para recibir un mensaje de datos.

Dispositivo seguro de creación de firma: Conjunto de hardware y software técnicamente confiable, que permite que los datos utilizados para la generación de la firma digital no sean deducidos o derivados de la propia firma y puedan producirse sólo una vez.

Dispositivo de verificación de firma: Mecanismo de hardware y software que verifica una firma digital utilizando la clave pública del emisor.

Documento digital: Es la representación en formato digital de actos, hechos o datos jurídicamente relevantes.

DRM B2B: Dispute Risk Management Portal for B2B e-commerce on line o Portal de Dirección de Disputas para el comercio electrónico entre Empresarios.

DUCI: Derecho Uniforme del Comercio Internacional.

EDI o Intercambio Electrónico de Datos: Se trata de un sistema de transmisión electrónica de información de una computadora a otra, estando estructurada el mecanismo de información conforme a alguna norma técnica convenida al efecto.

E-Market: Nombre con el que se conoce a las tiendas o almacenes virtuales.

Entidad de Certificación de Firma Digital: Es toda persona de derecho público o privado encargada de emitir certificados de firma y de otros servicios relacionados con la firma digital.

Factura electrónica: Conjunto de registros lógicos archivados en soportes susceptibles de ser leídos por equipos electrónicos de procesamiento de datos que documentan la transferencia de bienes y servicios, cumpliendo los requisitos exigidos por las Leyes Tributarias, Mercantiles y demás normas y reglamentos vigentes.

Fire Wall: Se trata de dispositivos que permiten el acceso de información clasificada de una compañía, sólo a los empleados autorizados.

G2B: Government to Business o Gobierno a empresa. Las relaciones comerciales entre un estado y una empresa.

G2G: Government to Government o Gobierno a gobierno. Las relaciones comerciales entre gobiernos.

Hash: Llamado también digesto del mensaje, es una secuencia de bits de longitud corta y fija, producida por una función de resumen de un software instalado en la computadora.

HTML: Hyper Text Markup Language o Lenguaje de Hyper Texto usado en Internet.

HTTP: Hyper Text Transport Protocol o Protocolo de Transporte de Hyper Texto. Protocolo de transferencia de información utilizada en Internet.

Iniciador de un mensaje de datos: Se entenderá toda persona que haya enviado un mensaje de datos o en cuyo nombre se haya actuado para enviar o generar ese mensaje antes de ser archivado.

ISO: International Estándar Organization u Organización Internacional de Estándares.

ISOC: Internet Society o sociedad de Internet. Consiste en una organización internacional sin fines de lucro y de membresía profesional. La tarea de la sociedad de Internet se concentra en cuatro pilares fundamentales: estándares, política pública, educación y entretenimiento.

ISP: Internet Services Providers o Proveedores de Servicios de Internet. Constituyen empresas que ofrecen servicios de acceso a Internet.

Link: Consiste en un enlace o hipervínculo electrónico que al accionarlo permite acceder a un archivo de información.

LMUCE: Ley Modelo de Comercio Electrónico de la CNUDMI/UNCITRAL.

Mensaje de datos: Es toda información creada, generada, procesada, enviada, recibida, comunicada o archivada por medios electrónicos, que puede ser intercambiada por cualquier medio como el intercambio electrónico de datos o EDI, registros electrónicos, correo electrónico, servicios web, telegrama, télex y fax.

MIT: Massachusetts Institute of Technology o Instituto Tecnológico de Massachusetts.

On line: Comunicación a través de las redes en tiempo real y de forma interactiva.

PKI: Public Key Infrastructure o Infraestructura de clave pública. Constituyen los programas y equipos, sistemas de información, redes electrónicas de información, autoridades y entidades de certificación, políticas y procedimientos cuya finalidad es soportar la operación de los servicios de certificación de información y servicios relacionados.

RAM: Random Access Memory o Memoria de acceso fortuito. Hardware que contiene información de manera temporal.

Sellado de tiempo/Time Stamping: Se trata de un servicio electrónico que consiste en la constancia firmada digitalmente, de fecha, hora, minutos y segundos que el ente certificador de clave pública adiciona a un documento digital o a su digesto.

Servicio electrónico: Es toda actividad realizada a través de redes electrónicas de información.

Signatario: Es la persona que posee los datos de creación de la firma electrónica, quien, o en cuyo nombre, y con la debida autorización se consigna una firma electrónica.

TCP/IP: Transmission Control Protocol/Internet Protocol o Protocolo de Control de Transmisión/Protocolo de Internet.

Tecnología de la Información: Objetos utilizados en las comunicaciones como: computadoras, redes, telecomunicaciones y bases de datos.

Tecnología Wireless: Dispositivos electrónicos que prescinden del uso de alambres.

Telemática: Consiste en la aplicación de las técnicas de la telecomunicación y de la informática sobre la transmisión a larga distancia de información computarizada. La telemática incluye el estudio, diseño, gestión y aplicación de las redes y servicios de comunicaciones, para el transporte, almacenamiento y procesado de cualquier tipo de información como datos, voz, vídeo, etc.

TTP/PSC: Third Trusted Party/Proveedores de servicios de certificación. Nombre con se les conoce a las Entidades de Certificación.

World Wide Web Consortium: Consorcio de la Red Ancha Mundial. La W3C se creó en octubre de 1994 para guiar a la World Wide Web a su máximo potencial mediante el desarrollo de protocolos comunes que promuevan su evolución y aseguren su interoperabilidad.

WAP: Wireless Application Protocol o protocolo de aplicaciones inalámbricas. Se trata de un conjunto de protocolos internacionales estándar para aplicaciones que utilizan las comunicaciones inalámbricas como por ejemplo el acceso a servicios de Internet desde un teléfono móvil.

WORM: Write Once Read Multiple, se trata de hardware o de dispositivos electrónicos cuya tecnología permite recuperar la información que contienen en cualquier momento, pero evita que ella sea alterada. Utiliza un mecanismo que permite escribir la información por una sola vez.

BIBLIOGRAFÍA.

- 01.**BARRAGÁN, Alfonso. “Manual de Derecho Notarial”. Editorial TEMIS. Bogotá-Colombia. 1979.
- 02.**BARCELÓ, Julia. “Comercio electrónico entre empresarios”. Editorial Tirant. Valencia. 2000.
- 03.**BARREIROS, Francisco. “El Papel del Notariado en el uso de la firma digital”. Editorial Bosch. España. 2001.
- 04.**BOLÁS, Juan. “Firma Electrónica, Comercio Electrónico y Fe Pública Notarial”. Editorial Bosch. España.
- 05.**BORDA, Guillermo. “Tratado de derecho civil Argentino”. Tomo I.
- 06.**CARRAL Y DE TERESA, Luis. “Derecho Notarial y Registral”. Editorial PORRUA S.A. México. 1979.
- 07.**COVA, Luis. “La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico”. Publicaciones Jurídicas Venezolanas. Caracas. 1997.
- 08.**“Código Civil”.
- 09.**“Código de Comercio”.
- 10.**“Código de Procedimiento Civil”.
- 11.**“Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil del 27 de septiembre de 1968”.
- 12.**“Convenio de Viena sobre contratación internacional de mercaderías del 11 de abril de 1980”.
- 13.**“Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales del 19 de junio de 1980”.
- 14.**DAVARA, Miguel. “Problemática Jurídica entorno al fenómeno del Internet”. Editorial Cuadernos de Derecho Judicial. Madrid. 2000.
- 15.**DEVOTO, Mauricio y AAVV. “Derecho Mercantil Contemporáneo: La Firma Digital, Herramienta Habilitante del Comercio Electrónico”. Fondo Editorial de Derecho y Economía. Buenos Aires. 2001.
- 16.**DEVOTO, Mauricio. “Comercio Electrónico y Firma Digital”. Editorial La LEY. Buenos Aires. 2001.
- 17.**DELPIAZZO, Carlos y AAVV. “Informática y Derecho Volumen 7: Adecuación del Derecho a la necesidad de la firma electrónica”. Editorial Depalma. Buenos Aires. 2001.

18. ECHEBARRÍA, Joseba. “El Comercio Electrónico”. Editorial Edisofer. Madrid. 2001.
19. “Enciclopedia Jurídica OMEBA”. Tomo XVI. Editorial Bibliográfica Argentina.
20. ESCRICHE, Joaquín. “Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia”. Fondo de Cultura Ecuatoriana. 1986.
21. ETTORE, Giannantonio y AAVV. “Informática y Derecho Volumen 1: El Valor Jurídico del Documento Electrónico”. Editorial Depalma. Buenos Aires. 1991.
22. FERNÁNDEZ DELPECH, Horacio. “El Internet y su Problemática Jurídica”. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 2001.
23. GAETE, Eugenio. “El Instrumento Público Electrónico”. Editorial Bosch. Barcelona-España. 2000.
24. HALSALL, Fred. “Comunicación de datos, Redes de computadoras y Sistemas abiertos”. Editorial Pearson Educación. México 1998.
25. ILLESCAS, Rafael y AAVV. “Derecho Mercantil Contemporáneo: La Firma Electrónica y el Real Decreto-Ley del 17 de septiembre de 1999”. Fondo Editorial de Derecho y Economía. Buenos Aires. 2001.
26. ILLESCAS, Rafael. “Derecho de la Contratación Electrónica”. Editorial Civitas. Madrid. 2001.
27. LARREA HOLGUÍN, Juan. “Enciclopedia Jurídica de Derecho Civil Ecuatoriano”. Tomos IV y VI. Ecuador. 2005.
28. “Ley Notarial”.
29. “Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensaje de Datos”.
30. LORENZETTI, Ricardo. “Comercio Electrónico”. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 2001.
31. MARTÍNEZ, Apolonia. “Comercio Electrónico, Firma Digital y Autoridades de Certificación”. Editorial Civitas. Madrid. 2001.
32. MATEU DE ROS, Rafael y AA VV. “Derecho de Internet: El Comercio Electrónico”. Editorial Aranzadi. Navarra-España. 2000.
33. MONTAGUD, Enrique y AA VV. “Derecho de Internet: Eficacia jurídica de la firma Electrónica”. Editorial Aranzadi. Navarra-España. 2000.
34. MORA, Juan Carlos. “El Comercio Electrónico”. Editorial LEYER. Bogotá. 2001.
35. PAZ-ARES, Cándido y AA VV. “Derecho de Internet: El comercio electrónico”. Editorial Aranzadi. Navarra-España. 2000.

- 36.**PONDE, Eduardo Bautista. “Origen e Historia del Notariado”. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1967.
- 37.**“Real Decreto-Ley Español sobre firma electrónica del 17 de septiembre de 1999”.
- 38.**RECODER, Emilio y AA VV. “Derecho de Internet: Observaciones en torno a contratos, electrónica y fe pública”. Editorial Aranzadi. Navarra-España. 2000.
- 39.**“Reglamento General a la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de datos”.
- 40.**“Reglamento Para la Acreditación, Registro y Regulación de las Entidades habilitadas para prestar Servicios de Certificación de Información y Servicios Relacionados”.
- 41.**ROURA GAME, Natacha. “El Notario Ecuatoriano Evolución y Trayectoria”. Colección Derecho Notarial.
- 42.**RUIZ-GALLARDON, Miguel y AA VV. “Derecho de Internet: Fe pública y contratación telemática”. Editorial Aranzadi. Navarra-España. 2000.
- 43.**SARRA, Andrea. “Comercio electrónico y derecho”. Editorial ASTREA. Buenos Aires. 2000.
- 44.**VILLAR, José y AAVV. “Derecho de Internet: Una aproximación a la firma electrónica”. Editorial Aranzadi. Navarra-España. 2000.
- 45.**VIVAR, Jorge. “Historia Económica Universal”. Cuenca-Ecuador. 1996.
- 46.**<http://www.iaba.org>
- 47.**<http://www.isoc.org>.
- 48.**<http://www.monografias.com/trabajos16/derecho-notarial/derecho-notarial.shtml>
- 49.**<http://www.monografias.com/trabajos39/sistemas-juridicos/sistemas-juridicos.shtml>
- 50.**http://www.mju.es/g_firmaelec_amp.html.
- 51.**<http://www.onpi.org>.
- 52.**<http://www.rsa.com>
- 53.**<http://www.uncitral.org/spanish/texts/sales/salesindex-s.html>
- 54.**<http://www.w3c.org>.
- 55.**ZINNY, Mario Antonio. “El Acto Notarial”. Editorial Depalma. Argentina 1990.