

LA FUNCION NOTARIAL FRENTE A LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA^(*)

*Dra. Esc. María José Viega^{(**)*}*

CONTENIDO

1. Introducción. 2. Función Notarial. 2.1 La Fe Pública. 2.2 El deber de consejo. 2.3 Control de legalidad. 2.4 Control de legitimación. 2.5 Autenticidad. 2.6 Confidencialidad. 2.7 Registro y Conservación. 2.8 Internacionalización del notariado. **3. Documento electrónico.** 3.1 Documento electrónico. 3.2 Documento público electrónico. 3.3 Registro de Protocolizaciones. **4. Contratación telemática.** 4.1 Problemática jurídica. 4.2 Modalidades de la contratación. **5. Conclusiones.**

^(*) Ponencia presentada al X Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática. Chile, 6 al 9 de setiembre de 2004.

^(**) Doctora en Derecho y Ciencias Sociales y Escribana Pública por la Universidad Mayor de la República Oriental del Uruguay (UR). Profesora adjunta en el curso de Derecho Telemático y Profesora en el curso en línea Derecho del Ciberespacio en la UR. Aspirante a Profesor Adscripto de Informática Jurídica en la misma Universidad. Cursos del Posgrado de Derechos Informático: Contratos Informáticos, Contratos Telemáticos y Outsourcing en la Universidad de Buenos Aires. Miembro de la Comisión de Derecho Informático y Tecnológico de la Asociación de Escribanos del Uruguay. Miembro del Instituto de Derecho Informático (UR). Autora de múltiples trabajos de su especialidad y Co-autora con el Dr. Carlos E. Delpiazzo del libro "Lecciones de Derecho Telemático".

RESUMEN

Cuando nos referimos a la contratación electrónica o telemática, uno de los principales problemas que surgen es el de la seguridad informática y jurídica.

Históricamente, la función del Notario está signada por la seguridad jurídica que proporciona a la sociedad y como es lógico la principal preocupación que le despierta la tecnología es mantener la misma seguridad.

La seguridad podemos enfocarla desde un punto de vista informático o telemático y desde un punto de vista jurídico. La pregunta entonces es, si ante estos nuevos medios tecnológicos y comunicacionales, el Escribano puede continuar cumpliendo su función, si esa función mantiene su vigencia o si por el contrario es necesario una nueva forma de otorgar seguridad a los negocios jurídicos.

Comenzamos por realizar un análisis de la función notarial, para poder establecer si la función cumplida tradicionalmente en soporte papel, puede ser trasladada al mundo virtual y de ser así en que condiciones. Por tanto se dan nociones acerca del documento electrónico y del documento público electrónico, forma ésta que asumirán la oferta y la aceptación en los contratos telemáticos. Se conceptualiza también la contratación telemática a los efectos de analizar la intervención notarial en estos contratos.

De lo que analizado se desprende que la función notarial no debe cambiar, pero sí deberá hacerlo la técnica notarial, a los efectos de dar seguridad jurídica a la contratación telemática y ampliar el actual espectro de la misma.

1. Introducción

Me ha parecido relevante a la hora de analizar la función del Escribano Público o Notario frente a la contratación electrónica, realizar una serie de aclaraciones del ejercicio del Notariado en Uruguay. En nuestro país el Notariado es una carrera universitaria de seis años de duración, con cuatro años en común con Abogacía. Una vez obtenido el título universitario, el mismo se habilita ante la Suprema Corte de Justicia, no existiendo matrícula, motivo por el cual cualquier egresado accede al libre ejercicio de la profesión. Además, un mismo profesional, que ha realizado las carreras universitarias de Abogacía y Notariado, puede ejercer ambas profesiones, ya que las mismas son independientes.

Cuando pensamos en los escribanos frente a las nuevas tecnologías, encontramos una gran cantidad de posibilidades de cambios, algunos fácilmente realizables, otros que implican un adecuación del derecho vigente y una reestructura en los procesos¹.

Históricamente, la función del Notario está signada por la seguridad jurídica que proporciona a la sociedad. Y como es lógico la principal preocupación que nos despierta la tecnología es la seguridad. Esta seguridad podemos enfocarla desde un punto de vista informático o telemático y desde un punto de vista jurídico. La pregunta entonces es, si ante estos nuevos medios, el Escribano puede continuar cumpliendo su función, si esa función mantiene su vigencia o si por el contrario es necesario una nueva forma de otorgar seguridad a los negocios jurídicos.

Pero este planteo acerca de la seguridad no es consecuencia de las nuevas tecnologías de la información, de la telemática o de Internet, ésta es una problemática histórica.

Una anécdota que nos ilustra esta afirmación data del año 1914, en que la Alta Corte de Justicia dictó la Acordada N° 403, el 6 de noviembre de ese año, preocupados por la utilización de la máquina de escribir en los Protocolos Notariales, prohibiendo su uso para las matrices de las escrituras públicas y permitiendo la utilización de la misma únicamente para expedir las primeras copias².

Los argumentos utilizados por la Corte en ese momento fueron los siguientes³:

1º. Se adolecía de falta de uniformidad en las tintas y de la posibilidad de detectar inalterabilidad en las escrituras, que era posible en las escrituras a mano (Decreto 31/12/1858). Y esto era verdad, ya que la tinta azul-negro "de buena calidad" que se utilizaba en esa época comenzaba siendo de un tinte azul, pero cambiaba su color a negro con el transcurso del tiempo, de forma tal que era fácilmente detectable la realización de interlineados, por ejemplo.

¹ VIEGA, María José. "El Notariado ante las Nuevas Tecnologías". Trabajo presentado ante el Comité Notarial del MERCOSUR, Buenos Aires, Junio de 2003.

² Libro de Acuerdos de la Suprema Corte de Justicia N° 1. Fs. 309 a 311.

³ VIEGA, María José. "El Notariado en tiempos de Internet". Derecho Informático. Tomo IV (Correspondiente al año 2003). Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, mayo 2004. Página 147.

Pero posteriormente surgió toda una técnica pericial a los efectos de detectar con que máquina se había escrito un determinado documento.

2º. Que contravenía lo dispuesto por la ley 28/06/1958 artículo 1, que establecía que los Protocolos deben formarse en cuadernillos enteros de 5 pliegos cada uno (la primera foja ligada con la 10º). La máquina requiere hojas sueltas o que se conserven en pliegos separados, lo que resulta fácil de perder y de cometer error en los pliegos.

3º. Que el artículo 34 de la Ley de Timbres y Papel Sellado autorizaba el uso de la máquina de escribir, pero sólo se refería a las copias de las escrituras públicas.

Como podemos apreciar, en el fondo son las mismas dudas de otras épocas, disfrazadas por las nuevas y “sofisticadas” herramientas, las que hoy se nos plantean.

Aunque parezcan pequeños los cambios que se han realizado en el Notariado, ya existen en relación a las tecnologías. Desde la incorporación de fotografías al Registro de Protocolizaciones, o ser depositarios de gravaciones y/o videos a través de actas notariales, también la técnica a sufrido cambios relativo a la utilización de la máquina de escribir (pliegos móviles) y también a raíz de la utilización de la computadora (comenzando cada escritura en una hoja nueva, quedando sin efecto el pasaje de foja).

2. La Función Notarial

Vamos a partir del análisis de la función notarial, para poder establecer si la función cumplida tradicionalmente en soporte papel, puede ser trasladada al mundo virtual y en que condiciones.

El artículo 1 del Decreto ley 1421 que el: *“Escribano Público es la persona habilitada por autoridad competente para redactar, extender y autorizar bajo su fe y firma, todos los actos y contratos que deben celebrarse con su intervención entre los particulares o entre éstos y toda clase de personas jurídicas”*.

El Escribano Bardallo ha definido la función del notario como la función pública, de ejercicio privado, que tiene por objeto dar forma jurídica y autenticidad a los negocios y demás actos jurídicos con fines de permanencia, validez y eficacia⁴.

Veamos entonces, como es y como podrá ser el quehacer del Escribano apoyado en estas nuevas herramientas tecnológicas.

El contenido de la función notarial⁵ supone:

- El autoexamen del Escribano en cuanto a su competencia y a la ausencia de limitaciones legales o deontológicas para su actuación en el caso planteado;

⁴ BARDALLO Julio Conf. “El Escribano, autor de la Forma Auténtica”, en Cuaderno de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales N° 10.

⁵ SIRI, Julia. “El Notariado en la Era de la Tecnología”. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, febrero 2001. Página 28.

- Asesorar a los interesados para que, con pleno conocimiento de la situación, puedan decidir libremente;
- Analizar el caso y verificar su legalidad;
- Confirmar la capacidad de los contrayentes;
- Estudiar la legitimación –en cuanto al nexo del sujeto con el objeto de la transacción y en cuanto a las representaciones invocadas- es decir, la aptitud de la persona para incidir en la situación jurídica de que se trate;
- Conformar la voluntad de los eventuales otorgantes, mediando imparcialmente en la negociación;
- Controlar los aspectos fiscales concernientes;
- Documentar públicamente la voluntad expresada;
- Velar por la ausencia de vicios del consentimiento y el cumplimiento estricto de las formalidades requeridas, incluidas las formas de publicidad necesarias o convenientes

2.1 La Fe Pública

El concepto de fe pública, según Couture, se asocia a la función notarial de manera más directa que a cualquier otra actividad humana. El escribano “da fe” de cuanto ha percibido y el Derecho “hace fe” de todo lo que él asegura haber percibido⁶.

La fe notarial es una especie dentro del género de la fe pública, con características especiales referente a la persona que ejerce dicha función, ya que es un profesional jurídico privado y que la ejerce en el campo extrajudicial, o más bien, no contencioso⁷.

Como señala el Escribano Pérez Montero la diferencia entre la fe notarial y otras, es que en éstas, el poder fedante lo tiene el órgano y no el funcionario que certifica, por tanto, la responsabilidad recae sobre el Estado u órgano público al que pertenece el funcionario involucrado en el documento autorizado. En cambio, la fe notarial es personal y directa y la tiene el notario por mandato de la ley. La responsabilidad es personal, directa e ilimitada a cargo del agente de la función notarial.⁸

GIRALT FONT también hace hincapié en la doble connotación que posee la fe pública, por un lado la potestad legal atribuida a ciertos funcionarios y también se refiere

⁶ COUTURE, Eduardo J. “Introducción al Estudio del Derecho Notarial. Publicaciones Oficiales del Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Montevideo. Montevideo, 1954.

⁷ PEREZ MONTERO, Hugo. “Eficacia judicial y extrajudicial del documento notarial”. X Jornada Notarial Iberoamericana. Valencia, octubre de 2002. Página 13.

⁸ PEREZ MONTERO, Hugo. “Eficacia judicial y extrajudicial del documento notarial”. Ob. Cit., página 13.

a “la calidad jurídica que el ejercicio de la dación de fe incorpora al documento que contiene la actuación del agente”⁹.

Y como decíamos anteriormente, el mayor desafío está dado por el hecho de que la función notarial referida a la fe pública está basada en los documentos, cuyo soporte es el papel. Por tanto nos enfrentamos aquí a la más importante transformación, ya que la migración del documento escrito al electrónico constituye el mayor desafío.

El pasaje de un soporte material a un soporte virtual, tal como se produce en los casos de la contratación telemática, debe realizarse manteniendo los fines de permanencia, validez y eficacia propios del ejercicio notarial. Entran aquí a tallar los aspectos relativos a la seguridad que va a poseer el documento electrónico y a la forma de suscribirlos.

2.2 El deber de consejo

El deber de consejo no se ve afectado directamente por las nuevas tecnologías en cuanto a su ejercicio, ya que se amplían los medios a través de los cuales podemos comunicarnos. Pero sin embargo cobra una gran relevancia en la medida en que la contratación se vuelve compleja.

Esta complejidad tiene un doble aspecto, por un lado cuando se trata de contratos informáticos la misma está referido a los sistemas informáticos como objeto de los mismos. Pero desde la óptica de la forma de celebración de los negocios, la falta de presencialidad de las partes frente al Escribano, las distancias geográficas existentes entre las mismas, más allá de los cambios desde el punto de vista documental, cambian la forma de negociar, tornándose más impersonal.

El asesoramiento profesional, aún en la contratación privada, teniendo conocimiento de las connotaciones de determinadas cláusulas en los contratos de adhesión, que podamos realizar a través de sitios web, es fundamental para los consumidores. Pero también lo será para las empresas que poseen portales a través de los cuales ofrecen sus productos o servicios, muchas veces sin una adecuada formulación de los términos legales del sitio, o peor aún, copiándolo de otro sitio similar.

Pero el Escribano puede ser también asesor jurídico en procesos de informatización, nadie mejor que él para analizar los problemas jurídicos que pueden plantearse. La informática jurídica necesariamente debe ser una materia interdisciplinaria contando cada proceso de informatización con personas del sector informático y del sector a informatizar.

2.3 Control de legalidad

El control de legalidad que realizan los Escribanos de los negocios a realizarse es una labor preventiva, ya que permite detectar problemas que puedan afectar la validez de los mismos.

⁹ GIRALT FONT Jaime. “Fe”. Ponencia presentada a la VI Jornada Notarial Iberoamericana. Quito, Ecuador, 25 al 29 de octubre de 1993. Tema IV Función del Notario. Página 13.

Dice al respecto la Escribana Siri que, en este entorno, la actividad del notario se ve potencializada en la transacción informática a distancia, porque ésta abre la posibilidad de su celebración con cualquier persona y su culminación en cualquier parte del mundo. Esta circunstancia exige un amplio conocimiento del Derecho que, de acuerdo al caso, resulte aplicable, a fin de prevenir su conculcación y evitar la anulación o nulidad del acuerdo¹⁰.

2.4 Control de legitimación

El Notario realiza en los actos que autoriza el control de legitimidad del sujeto y su vinculación con el objeto de la transacción. Es un punto a destacar aquí la legitimidad en el caso de las personas jurídicas, el análisis de la representación, los alcances de las potestades atribuidas para un determinado otorgamiento y la vigencia de las mismas .

Es relevante también determinar quien se está obligando, quien es el sujeto de la relación jurídica. Este punto es trascendente en los contratos marcos en los cuales las relaciones telemáticas, los contratos telemáticos se realizan en forma automática, no perdiendo de vista que en última instancia la comunicación siempre se produce entre máquinas.

2.5 Autenticidad

“La autenticidad, tomada en su doble aspecto de autoría cierta y de fidelidad de la representación del acto, incluida su data correspondiente, tradicionalmente queda asegurada por la actuación notarial que registra en instrumento público la presencia, otorgamiento y suscripción que ante él se llevan a cabo, todo lo cual se refleja en papel”¹¹.

La necesidad de un tercero imparcial en la contratación tradicional, que se produce en un mismo ámbito espacial, signada por la materialidad del documento y la presencia de las partes, hace pensar que en el ámbito telemático, será aún más importante esta presencia.

Ejemplos de esta necesidad lo constituye el Cyber Notary, en Estados Unidos, concibiéndolo con una función notarial tal cual la concibe el Sistema de Notariado Latino. Otra manifestación de la necesidad de un tercero que de fe pública es el Fedatario Juramentado en Perú.

A este respecto manifiesta el Esc. De la Fuente: "Fundamentalmente - y este punto es el más interesante-, no existe en el negocio un tercero imparcial que dé certeza, forma y veracidad al negocio jurídico y a sus otorgantes, autenticando además todo lo que es la negociación. Aunque parezca mentira, hasta hoy ese ha sido el escollo más importante y es lo que ha trabado la contratación por vía telemática. Los otros puntos son muy interesantes y pueden resultar curiosos desde el punto de vista técnico: cómo

¹⁰ SIRI GARCIA, Julia. “La incidencia del documento electrónico en el Derecho Notarial, ¿atenta o no contra sus principios?. VI Congreso Notarial del MERCOSUR. Cochabamba, 28 a 30 de setiembre de 2000. Tema 3. Página 46.

¹¹ SIRI GARCIA, Julia. “El Notariado en la Era de la Tecnología”. Ob. Cit, página 78.

se forma una firma digital, cómo se forma la clave pública, la clave privada, la dirección electrónica, los servidores, etc. Como decía, la traba más grande que ha tenido la contratación electrónica es que le ha sido muy difícil encontrar un tercero imparcial que dé confianza a las partes que están interviniendo en el negocio.- Es decir que, por un lado, tenemos cosas que pueden ser - y no quiero restar importancia a la tecnología de avanzada- resueltas aplicando tecnología de avanzada, pero la intervención de ese tercero imparcial, del Notario o del Escribano en ese negocio jurídico, y el "plus" que está agregando la actuación notarial al negocio jurídico, desde ya adelanto que no va a haber tecnología que pueda superarla.^{12"}

Pero, también están aquellos que entienden que las llamadas Autoridad de Certificación o Autoridades Certificantes emisoras de las claves que constituyen la firma digital, pueden estar en condiciones de suplir las funciones del Escribano.

2.6 Confidencialidad

La confidencialidad de la información está solucionada a nivel informático por los procesos de encriptado y descencriptado, contando con determinadas prohibiciones en algunos países.

A nivel Notarial rige el Secreto Profesional para la información comunicada al Escribano. En este ámbito es conveniente analizar las connotaciones de utilizar o no una red cerrada en la operativa de transmisión de documentación entre los Registros Públicos y los Notarios.

2.7 Registro y Conservación

Los fines a que apuntan los registros son¹³:

a) conservación: asegura la *identidad* del documento (imposibilidad de sustitución), su *permanencia* (por todo el tiempo que el soporte papel y los ingredientes empleados para su grafía permitan) y su *inalterabilidad* (ya que por el régimen de custodia y archivo a que están sometidos los registros, es muy improbable su modificación);

b) reproducción: las matrices se retienen por el notario y para el tráfico jurídico se expiden traslados de ellas, con igual valor que los originales;

c) cotejo: mediante la comparación entre la matriz y su traslado, es posible, en caso de duda, determinar la fidelidad del contexto de éste;

¹² DE LA FUENTE Juan Angel. "La contratación electrónica y la intervención notarial". Ciclo de Conferencias. Instituto de Investigación y Técnica Notarial. 15 de octubre de 1998. Asociación de Escribanos del Uruguay, 1999. Página 3.

¹³ SIRI GARCIA, Julia. "El Notariado en la Era de la Tecnología". Ob. Cit, página 80.

d) fecha cierta: por aquellos documentos que por sí mismo no la tuvieran y cuya incorporación al Registro de Protocolizaciones se le confiere desde ese momento. En lenguaje informático, es el *time stamping*, sólo que con valor jurídico reconocido.

2.8 Internacionalización del notariado

La eliminación de las fronteras en cuanto a la contratación se debe a las comunicaciones y contrataciones en simultáneo que nos permite Internet, con personas distantes geográficamente, por un lado, y a la negociación de bienes virtuales por otro, lleva a cuestionarnos cuales serán los límites de la función notarial.

Vinculado a este tema, la Esc. Julia Siri se ha preguntado en relación al proyecto Cyber Notary, si “el ámbito de competencia: ¿se limitarán a autenticar las transacciones internacionales a su llegada o a su salida de Estados Unidos o, con esa vocación expansiva propia de su idiosincrasia, esos profesionales serán los únicos habilitados para actuar en sede de transacciones electrónicas internacionales, desplazando así a los demás notarios del Mundo?”¹⁴.

La fe pública constituye un monopolio inherente a la soberanía del Estado y éste la ejerce, por delegación, mediante la actuación de determinados funcionarios y oficiales públicos, a quienes inviste de la potestad fideifaciente respecto de los documentos que autorizan (instrumentos públicos)¹⁵.

La función notarial es una función pública ejercida por delegación del Estado, entendiéndose por tanto que la misma debe ser ejercida dentro de las fronteras del país en el cual el Escribano fue investido.

3. Documento electrónico

Como mencionamos anteriormente la actividad notarial gira en torno a la actividad documental. Por lo tanto debemos partir del concepto de documento. Desde un punto de vista estructural, el documento es una cosa corporal que nos muestra algo, está constituido por un elemento material y un elemento intelectual.

Desde un punto de vista funcional, dice Carnelutti que es “una cosa que sirve para representar a otra”¹⁶. Se hace énfasis entonces en el aspecto probatorio del documento.

¹⁴ SIRI GARCIA, Julia. “Los derechos fundamentales del hombre y la misión del Notario”. Ponencia presentada en el XXII Congreso Internacional del Notariado Latino. Buenos Aires, Argentina. 27 de setiembre al 2 de octubre de 1998. Tema II. Asociación de Escribanos del Uruguay, 1998. Página 18.

¹⁵ GIRALT FONT Jaime. “Fe”. Ponencia presentada a la VI Jornada Notarial Iberoamericana. Ob. Cit, página 10.

¹⁶ CARNELUTTI, Francesco, “Sistema de derecho procesal civil”. Buenos Aires (1944), tomo II, página 414.

Podemos decir que un documento tiene las siguientes características¹⁷: ocupa un lugar en el espacio, se ubica en un tiempo específico, tiene relación entre el autor y lo querido y expresado por éste y un valor probatorio (propio del documento jurídico).

El Derecho, ha tomado las pruebas a partir de esta materialidad (instrumentos, informes periciales) o bien, a partir de la expresión hablada (deposiciones, sean personales, como la confesión, o de terceros, como los testigos). Pero naturalmente las expresiones habladas no son perdurables, y para que lo sean deberán transformarse en escritas (trascipción al papel de lo dicho, lo cual luego será firmado), de lo contrario, se corre el riesgo de que se pierda en el tiempo (sea por olvido, sea por fallecimiento de quien depone)¹⁸.

El Dr. Guibourg, destaca las cualidades de la escritura sobre papel, que la han tornado irremplazable: durabilidad, inalterabilidad, legibilidad y debidamente individualizada y firmada posee, además confiabilidad¹⁹.

3.1 Documento electrónico

Giannantonio distingue el documento electrónico en *sentido estricto*, el que queda almacenado en la memoria del computador y no puede llegar a conocimiento del hombre sino mediante el empleo de tecnología informática, de una concepción en *sentido amplio*, que es el procesado por el computador por medio de periféricos de salida y se torna así susceptible de conocimiento por el hombre.

El aspecto esencial es el origen que tiene el documento. Por un lado si el documento se ha generado por el hombre, es él quien lo redacta, lo digita y lo almacena o reproduce por intermedio del ordenador. O si se admite que el propio computador genere el contenido del documento a partir de alguna combinación de la información disponible con ciertas instrucciones que operan en su sistema.

Las características del documento electrónico son:

- a) Es generado o emitido a través de un computador.
- b) Sólo puede hacerse público mediante tecnología informática.
- c) Es inmaterial y creo que esta es la característica más relevante.
- d) Para que tenga valor deberá estar sujeto a medidas técnicas de seguridad.

3.2 Documento público electrónico

¹⁷ VIEGA, María José. Trabajo presentado en el Curso “Especialización en Gobierno y Administración Digital”. Organizado por Milenium 21(Rivera, 25 de julio de 2003) y en el 13º Ciclo de Encuentros Técnicos Regionales. Asociación de Escribanos del Uruguay (Rivera, 26 de julio de 2003)

¹⁸ GAETE GONZALEZ Eugenio Alberto. “Instrumento público electrónico. Ob. Cit., página 35.

¹⁹ GUIBOURG Ricardo y otros. “Manual de Informática Jurídica. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1996. Páginas 235 y siguientes.

Los Escribanos debemos tener la creatividad suficiente para adaptarnos a la tecnología existente, ya que contamos con herramientas informáticas y telemáticas para pasar del soporte papel al soporte informático en lo que a los documentos públicos se refiere.

Sin lugar a dudas será necesario realizar un cambio, el cual deberá estar respaldado por la capacitación de los notarios, será necesario contar con la infraestructura necesaria, para sí pasar a pensar en los cambios legislativos que permitirán que esto pueda ser posible.

En España este es un camino que ya se está recorriendo, tal es así que la Dirección General de los Registros y del Notariado, dictó una Instrucción el 19 de octubre de 2000, sobre el uso de la firma electrónica de los fedatarios públicos, restringiéndola a las comunicaciones entre registradores y notarios previstas en el Reglamento Notarial²⁰.

De acuerdo a la referida Instrucción es obligación de los notarios y registradores poseer una dirección de correo electrónico, la cual debería figurar en un directorio electrónico.

El 27 de diciembre del 2001 se aprobó la Ley 24/2001²¹, de Medidas Fiscales Administrativas y del Orden Social, la cual entró en vigencia el 1 de enero de 2002.

En su capítulo XI sobre “Acción administrativa en materia de seguridad jurídica preventiva”, dedica una sección a la incorporación de técnicas electrónicas informáticas y telemáticas a las actuaciones llevadas a cabo por notarios y registradores, modificando además una serie de leyes (algunas centenarias), para adaptarlas a la introducción de los nuevos instrumentos²².

La octava sección del capítulo XI (arts. 106 a 115) tiene por objeto regular la atribución y uso de la firma electrónica por parte de notarios y registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles, en el ejercicio de sus funciones notariales.

El art. 114 se refiere a la constatación fehaciente de hechos relacionados con soportes magnéticos, estableciendo que no será necesaria la transcripción de su contenido en el documento en soporte papel, bastando con que en éste se indique el nombre del archivo y una función alfanumérica que lo identifique de manera inequívoca.

El artículo 115 añade un nuevo artículo (17 bis) a la Ley de 28 de mayo de 1862, que establece que los instrumentos públicos (a que se refiere el art. 17) no perderán dicho carácter por el sólo hecho de estar redactados en soporte electrónico con la firma electrónica avanzada.

²⁰ IGLESIAS FRIAS María Encarnación. “Notarías y Registros Públicos. Medios telemáticos”. IX Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática. Costa Rica, abril de 2002.

²¹ http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l24-2001.t5.html

²² IGLESIAS FRIAS María Encarnación. “Notarías y Registros Públicos. Medios telemáticos”. Ob. Cit.

“Conciente el legislador de la revolución que supone el nuevo sistema, y de los cambios organizativos que ello conlleva, introduce una nueva disposición transitoria en la Ley del Notariado, en virtud de la cual, se entiende aplicable la nueva regulación a la expedición de copias, dejando para un momento posterior, indeterminado en el tiempo (“hasta que los avances tecnológicos hagan posible que la matriz u original del documento notarial se autorice o intervenga y se conserve en soporte electrónico”) la aplicación normativa al documento público electrónico propiamente dicho²³.

3.3 Registro de Protocolizaciones

No quiero dejar de mencionar la importancia del Registro de Protocolizaciones, como documento público, en lo referente a la posibilidad que existe hoy día de dar fecha cierta a los contenidos existentes en Internet.

Así es que, a través de Actas Notariales es posible materializar lo intangible para presentarlo en juicio con el valor probatorio de un documento público. Puedo materializar por ejemplo la existencia de un sitio web, la ocupación de determinado dominio, los contenidos de una página web en un momento determinado. El procedimiento es sencillo, el Escribano se conecta a Internet en virtud a una solicitud específica de un cliente, ingresa al sitio requerido, imprime en papel notarial las diferentes páginas y las protocoliza, constatando la información contenida en el ciberespacio y dando fecha cierta a la misma.

Esta actividad todavía hoy día está signada por el elemento papel, estamos bajando a soporte papel la información, estamos transformando los bit de forma tal que puedan ser tangibles, teniendo la materialidad que a signado a los documentos a través del tiempo.

Relacionado con la contratación informática, también importa este Registro, ya que existe la posibilidad de labrar Actas durante la negociación de los contratos informáticos, como por ejemplo las actividades de la etapa precontractual y las relacionadas con el moderno concepto de entrega.

En la etapa pre-contractual, de gran importancia en los contratos informáticos, resulta de gran interés que el usuario realice un cuadro de necesidades, en el cual se determine cuales son sus objetivos y como llevará a cabo el proceso de informatización. Asimismo es importante documentar su proceso, realizando actas de todas las reuniones entre las partes. También, a los efectos de objetivar la evaluación en cuanto al funcionamiento del sistema, es importante determinar previamente algunos aspectos. Para ello ya sea en la etapa precontractual o en el contrato mismo, debe elaborarse una grilla en la que se establezcan los ítems que serán evaluados, el momento en que se hará dicha evaluación, el establecimiento de una escala a los efectos de realizar la calificación y la documentación que se obtendrá en cada caso²⁴.

²³ IGLESIAS FRIAS María Encarnación. “Notarías y Registros Públicos. Medios telemáticos”. Ob. Cit.

²⁴ VIEGA, María José. “El Notariado en tiempos de Internet”. Ob. Cit.

Respecto al moderno concepto de entrega al que hacíamos referencia, el mismo surge frente a la adquisición de un sistema informático. En estos casos no es suficiente que lo entreguen en un lugar físico determinado. Sino que es relevante, que el sistema funcione en forma correcta y de acuerdo a los parámetros solicitados. Tenemos entonces, un primer momento que será la entrega física de la cosa, en la cual se debe firmar un acta de recepción provisoria. Posteriormente, deberá realizarse la instalación del sistema y en un tercer momento se producirá la verificación de su funcionamiento. Esta verificación se realiza a través del llamado test de aceptación, período que dura entre 30 y 60 días. Durante esta etapa el sistema debe funcionar normalmente de acuerdo a las condiciones y necesidades establecidas en el contrato. Una vez verificado este plazo se firma el acta de recepción definitiva.

Por supuesto, que todos los documentos enumerados son documentos privados, para los cuales no es imprescindible la presencia del Escribano. Sin embargo entendemos que es necesaria, no solamente porque estaremos dando fecha cierta al documento y certificando las firmas de las partes, sino porque otorgaremos al negocio seguridad jurídica en general, asesorando a las partes sobre el alcance de las decisiones que van tomando, las cuales muchas veces obedecen a necesidades técnicas, no estando respaldado por las responsabilidades civiles y/o incluso penales que pueden ocasionar las mismas.

4. Contratación telemática

Se ha definido al contrato telemático como aquel contrato cuyo objeto es cualquier bien o servicio que se encuentre en el comercio y cuya negociación y perfeccionamiento se celebran a través de la utilización del instrumental telemático²⁵.

Se ha dicho también que los contratos telemáticos son la expresión jurídica del comercio electrónico y se los ha definido como el intercambio de bienes y servicios realizado mediante una red de comunicación computarizada.

Podemos hacer una primera distinción en cuanto al tipo de red en que se celebran estos contratos, de forma tal que podemos hablar de:

a) Contratación telemática abierta: está vinculada a la operatoria de la red, es una red abierta, una red pública, la relación se traba entre dos personas cualesquiera en forma telemática y pueden celebrar un acuerdo contractual.

b) Contratación telemática cerrada: en este caso estamos frente a los contratos que operan en un ámbito cerrado, los cuales requieren un acuerdo marco específico. Ejemplos de ello son: el EDI (Intercambio Electrónico de Datos), el intercambio o giro entre bancos, la relación telemática entre entidades financieras (es el caso de la Red Swift Internacional), los contratos electrónicos de bolsa, etc.

²⁵ Dr. Daniel Altmark. Curso de Posgrado de Contratos Telemáticos de la Universidad de Buenos Aires. Clase N° 3.

4.1 Problemática jurídica

Existe una tendencia a aplicar a la contratación electrónica las reglas generales de los contratos. Esta práctica, basada en la analogía, no debe ocultar la complejidad de los temas que se plantean, que abarcan un enorme espectro de cuestiones que exceden las "reglas generales"²⁶.

Sin bien podemos aplicar en algunos aspectos la normativa general de la contratación civil y comercial, el impacto de la tecnología es de tal magnitud que algunos autores hablan de la aparición de una nueva tipología contractual²⁷.

La contratación electrónica nos enfrenta a ciertos problemas jurídicos, que vamos a enumerar sucintamente, y son los siguientes²⁸:

1) La validez y eficacia del documento electrónico, así como los medios de identificación electrónica: firma electrónica y firma digital.

2) Respecto al consentimiento hay que tener presente las características especiales que presentan la oferta y la aceptación realizadas en forma electrónica. Uno de los aspectos peculiares de este contrato es que el mismo se concreta entre personas distantes geográficamente, sin embargo los mismos pueden realizarse en forma instantánea.

3) Imputabilidad de la declaración de voluntad. En estos contratos la voluntad de las partes se expresa por el medio electrónico, lo cual implica que dicha declaración se transmite en código binario, es decir en ceros y unos.

“Ello produce una gran despersonalización, ya que el emisor de la voluntad de contratar es un sujeto que puede no ser el dueño de la computadora, ni quien la utilice en el momento concreto. En un sistema jurídico basado en la tradición de unir la declaración con la voluntad y ésta con la persona física, hay que hacer un gran esfuerzo para realizar una imputación donde el sujeto emisor no es detectable en forma inmediata”²⁹.

4) Respecto a la celebración del contrato, son relevantes el momento y lugar en que el mismo se celebra, que ley le es aplicable y que jurisdicción será competente.

5) Como se efectiviza el pago en esta clase de contratación. Si bien tenemos los medios de pago tradicionales, existen una variedad de nuevos medios de pagos, que se realizan en forma electrónica, en los cuales la seguridad es un elemento trascendente.

²⁶ LORENZETTI, Ricardo. "Comercio Electrónico". Ed. Abeledo Perrot, 2001. Buenos Aires. Argentina. Capítulo IV Los contratos electrónicos.

²⁷ ALTMARK, Daniel Ricardo. Clases del Curso de Contratos Informáticos del Posgrado Online de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

²⁸ DELPIAZZO Carlos y VIEGA María José. "Lecciones de Derecho Telemático". Fundación de cultura Universitaria. Montevideo, abril 2004. Página 121.

²⁹ LORENZETTI, Ricardo. "Comercio Electrónico". Ob. Cit.

6) Responsabilidad contractual y extracontractual. Estos contratos provocan un complicado entramado de relaciones jurídicas, más allá de las partes contratantes, ya que cada una de ellas a su vez tendrá un contrato de acceso, tendrá relación con la entidad certificadora, probablemente exista un tercero que será ante quien se acredite el pago, etc.

Como podemos observar, la intervención del Notario puede solucionar algunos de los aspectos planteados, que hemos tratado al analizar la función notarial, la cual no consiste en una actividad certificadora, sino que la misma es realmente compleja y completa. Hay que tener en cuenta aspectos que no fueron específicamente enunciados, pero que no son menores, como el control tributario que realiza el Escribano de los actos que otorga y su labor de retención de los mismos, aspecto éste que debería también tenerse en cuenta a la hora de pensar en la tributación del comercio electrónico, tema realmente complejo, donde evitar la doble imposición es de gran importancia.

4.2 Modalidades de la contratación

Ahora bien, corresponde preguntarnos en que transacciones telemáticas sería relevante la intervención del Escribano. Para ello debemos analizar la existencia de tres formas en que puede producirse la formación de la voluntad³⁰: off line, on line y una tercera posibilidad que implica la combinación de ambas.

a) Off line. Es cuando la invitación a contratar se realiza a través de Internet, pero el negocio debe concretarse en forma presencial. El caso típico será en la venta de inmuebles. Por ejemplo: el Banco Hipotecario del Uruguay exhibe en su página distintos tipos de propiedades, en ella describe los bienes, establece el precio y formas de pago, incluso incluye las modalidades de préstamos para financiar el negocio. La oferta incluye también el contrato de préstamo hipotecario para viviendas no ofrecidas por el Banco. La negociación se realiza fuera de Internet, ya que el interesado debe concurrir al Banco para seleccionar la oferta y concretar la operación fuera de la red.

b) On line. Es el caso en que la oferta y la aceptación se producen en Internet. Ejemplos: www.deremate.com; www.geant.com.uy, www.tata.com.uy En algunos sitios para realizar operaciones es necesario registrarse, esta medida es una precaución tendiente a realizar operaciones válidas.

c) Off line-On line: cuando recibo la oferta por un medio tradicional y acepto a través Internet o también puedo recibir un folleto donde figura un correo electrónico y aceptar a través de él.

El comercio electrónico se desarrolla hoy día sin mayores medidas de seguridad, la mayoría de los usuarios adquirimos bienes muebles o intangibles, sin necesidad de firma electrónica, en la mayoría de los casos con la única precaución de realizar el pago

³⁰ DELPIAZZO Carlos y VIEGA María José. "Lecciones de Derecho Telemático". Fundación de cultura Universitaria. Montevideo, abril 2004. Página 123.

en forma telemática en un lugar que tenga determinado protocolo de seguridad. Estamos aquí frente a transacciones on line o mixtas.

Pero existen transacciones que no puedo realizar electrónicamente, que deben realizarse en forma of line, es decir en forma presencial, porque las formalidades del negocio requieren la existencia del otorgamiento en escritura pública. En estos casos las partes deberán estar presente y firmar en forma ológrafa la escritura, o deberá existir un mandatario que cumpla con determinados requisitos legalmente establecidos.

Cuando pienso en los documentos públicos electrónicos, pienso en la posibilidad de llegar a otorgar escrituras en un Protocolo Virtual. Para estos casos será necesaria la presencia de un Notario con cada una de las partes, que den fe del cumplimiento de las formalidades requeridas para cada negocio u acto que se otorga.

Muchas veces la idea de un Protocolo Virtual causa verdaderas resistencias, cuando en realidad la existencia del mismo implicaría determinar los estándares a utilizar, la reglamentación tendrá que prever el software, como se realizará el sistema de archivo de cada documento, la realización de los índices, la forma de respaldos y las comunicaciones con los respectivos Registros, entre otras formalidades.

5. Conclusiones

Ya hemos manifestado en otras oportunidades que el avance de la tecnología lejos de marginar al Escribano, de disminuir su labor, lo enfrenta a nuevos desafíos, a la utilización de nuevas herramientas, porque hoy más que nunca nuestros clientes necesitan un correcto asesoramiento en este nuevo campo de negocios, necesitan depositar su confianza en un profesional que los guíe en la negociación de estos contratos, que tienen por objeto bienes con particularidades específicas que los tornan complejos³¹.

Por tanto, olvidemos las visiones apocalípticas del notariado, debemos estar preparados para continuar desarrollando nuestra función, que materialmente o vista desde el punto de vista formal tendrá cambios de importancia, ya que la tendencia mundial es el tránsito del papel hacia el bit, pero la función notarial continuará dando transparencia y certeza al negocio jurídico³².

De lo que hemos analizado se desprende que la función notarial no debe cambiar, pero sí deberá hacerlo la técnica notarial, debiendo realizar nuestro trabajo de una manera diferente. La prueba más contundente de las virtudes de la función notarial concebida en nuestro Notariado Latino, es la creación en Estados Unidos del proyecto Cyber Notary.

³¹ VIEGA María José. Trabajo presentado en el Curso “Especialización en Gobierno y Administración Digital”. Organizado por Milenium 21. Rivera, 25 de julio de 2003.

³² VIEGA María José. Trabajo presentado en 13º Ciclo de Encuentros Técnicos Regionales. Asociación de Escribanos del Uruguay. Rivera, 26 de julio de 2003.

Quiero concluir la presente ponencia con el Informe de la Comisión de Informática y Seguridad Jurídica de la Unión Internacional del Notariado Latino³³, en el cual se citan las siguientes aplicaciones:

- Archivo y conservación del documento electrónico: la posibilidad para las partes de presentar en juicio una copia certificada compulsada por el notario, que conserva el original, con la misma fuerza probatoria del original mismo, indudablemente permitirá atribuir mayor confidencialidad a documentos que son, en muchos aspectos, incorporeales;
- Conservación de las llaves: el notario, aún salvaguardando por entero la necesaria reserva, puede conservar una copia de la llave, para toda necesidad de su cliente, sea para el caso que se pierda, sea en el caso que se necesite demostrar la existencia de la propia llave en un cierto momento;
- Time stamping: algunos documentos, aunque no sean notariales, podrán necesitar que sea marcada la fecha y la hora; asimismo el control de la máquina que inserta tal marca podrá ser útilmente confiada al notario;
- Ventanilla electrónica: no todos los ciudadanos estarán provistos de las tecnologías o conocimientos requeridos para enviar o recibir documentos electrónicos: el notario podrá útilmente cumplir esta función sustitutiva, suministrando al documento el valor agregado de la intervención notarial y de su certificación, lo cual será aún más útil para el proceso de intercambio de datos desde y a la Administración Pública;
- Certificación internacional: la eliminación de tiempo y espacio perderá toda ventaja si al documento le son opuestos los obstáculos constituidos por las fronteras nacionales; los notarios podrán garantizar la circulación del documento electrónico de un ordenamiento a otro.

Montevideo, 14 de Julio de 2004

³³ Informe repartido en la II Reunión Plenaria de la Comisión de Asuntos Americanos celebrada en Santa Fe de Bogotá del 3 al 5 de diciembre de 1998, citado por SIRI Julia "La incidencia del documento electrónico en el Derecho Notarial, ¿atenta o no contra sus principios?. Ob. Cit., página 51.

Autora: Dra. Esc. María José Viega

Dirección: Calle 25 de Mayo 477 Esc. 46. C.P. 11200 Montevideo Uruguay

Teléfono: (02) 924 4340

Tel./fax: (02) 915 4190

Celular: 094 219311

Correo electrónico: mjviega@viegasociados.com ; mjviega@adinet.com.uy