



UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Comercial

EL PAGARÉ ELECTRÓNICO: APLICACIÓN EN CHILE Y EXPERIENCIAS COMPARADAS

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO ACADÉMICO DE LICENCIADO EN
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

CARLOS JOSÉ BROWNE FIGUEROA

PROFESOR GUIA: ARTURO PRADO PUGA

SANTIAGO, CHILE

2016

RESUMEN EJECUTIVO	v
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO PRIMERO	5
1. INTRODUCCIÓN	5
2. CONCEPTO GENERAL DE PAGARÉ	6
3. EMISIÓN DEL PAGARÉ	7
3.1. <i>Emisión del pagaré en soporte tradicional</i>	7
3.2. <i>Principales problemas para la emisión del pagaré como documento electrónico</i>	9
3.2.1. Regulación en la actual ley 18.092 y relación con la ley 19.799, sobre firma electrónica	12
3.2.2. Unicidad del documento en papel: problemática del ejemplar único	16
3.2.3. Suscripción de pagarés en blanco	18
3.2.4. Forma de transferencia del pagaré electrónico	21
3.2.4. Inalterabilidad del documento electrónico	23
4. PROBLEMAS POSTERIORES A LA EMISIÓN DEL PAGARÉ: COBRO JUDICIAL, PROTESTO Y ENDOSO	24
4.1. <i>Cobro del pagaré: Acción cambiaria directa y acción cambiaria de regreso</i>	25
4.2. <i>Procedimiento de protesto</i>	26
4.3. <i>Endoso del pagaré</i>	28
CAPÍTULO SEGUNDO	30
1. INTRODUCCIÓN	30
2. REGULACIÓN SUPRANACIONAL: PROPUESTAS DE LA COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL (UNCITRAL)	31
2.1. <i>Ley Modelo sobre Comercio Electrónico de 1996</i>	31
2.2. <i>Grupo de Trabajo (IV) sobre Comercio Electrónico</i>	35
2.2.1. Aplicación del principio de equivalencia funcional	35
2.2.2. Unicidad del documento electrónico	36
2.2.3. Alterabilidad del documento electrónico	38
2.2.4. Concepto de posesión del documento electrónico: principio de control	39
2.2.4.1. Modelo de apoyo	40
2.2.4.2. Modelo de registro	41
2.2.4.3. Modelo de acceso exclusivo	41

2.2.5. Otras cuestiones tratadas	42
3. REGULACIÓN SUPRANACIONAL: UNIÓN EUROPEA.....	42
4. ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA	44
4.1. <i>Equivalencia funcional y fuentes de la normativa</i>	44
4.2. <i>Requisitos según la UCC y las nuevas normas</i>	45
4.2.1. Utilización de la firma electrónica.....	47
4.2.2. Voluntad del emisor de someterse a las reglas del pagaré electrónico.....	48
4.2.3. Garantía de unicidad y principio de control.....	49
4.2.3.1. Identificación de quien tiene el control del documento.....	49
4.2.3.2. Garantía de inalterabilidad del documento.....	50
4.3. <i>Regulación de la transmisión de los archivos electrónicos transferibles</i>	51
4.4. <i>Conclusiones</i>	52
5. ESPAÑA	54
5.1. <i>Regulaciones existentes que se acercan al pagaré electrónico</i>	54
5.2. <i>Trato jurisprudencial al pagaré electrónico</i>	59
5.3. <i>Análisis doctrinario sobre la utilización de instrumentos cambiarios electrónicos</i>	62
5.3.1. Equivalencia del documento electrónico con el soporte material.....	63
5.3.2. Firma manuscrita versus firma electrónica: equivalencia funcional	65
5.3.3. Unicidad del documento electrónico.....	65
5.3.4. Soluciones propuestas	66
5.3.4.1. Exigencia de forma escrita.....	66
5.3.4.2. Firma del documento: firma electrónica	68
5.3.4.3. Unicidad del documento electrónico.....	70
5.4. <i>Conclusiones</i>	73
6. COLOMBIA	74
6.1. <i>Regulación general de los documentos electrónicos</i>	74
6.2. <i>Regulación específica de los títulos valores</i>	76
6.2.1. Emisión en forma electrónica	76
6.2.2. Firma electrónica	77
6.2.3. Entidades de verificación y certificados electrónicos	79
6.2.4. Incorporación a los Depósitos Centralizados de Valores	80

6.3. Concepto amplio de título valor y su aplicación al pagaré.....	82
6.4. Conclusiones.....	83
CAPÍTULO TERCERO	84
1. INTRODUCCIÓN	84
2. REGULACIÓN CHILENA DE LA FIRMA ELECTRÓNICA: LEY 19.799 Y NORMAS RELACIONADAS	85
2.1. Equivalencia funcional y sus limitaciones legales	85
2.2. Firma electrónica simple y firma electrónica avanzada.....	88
2.3. Prestadores de Servicios de Certificación.....	89
2.4. Ley 20.217, que modifica el Código de Procedimiento Civil y la Ley 19.799, sobre firma electrónica.....	92
2.5. Impuesto de Timbres y Estampillas.....	93
2.6. Pagaré como medio de prueba	95
2.7. Protesto y endoso del pagaré: concepto de expediente electrónico.....	97
2.8. Emisión de títulos de crédito o pagarés bajo la actual regulación.....	99
3. PROYECTO DE REFORMA DE LA LEY N° 19.799 SOBRE FIRMA ELECTRÓNICA: BOLETÍN 8466-07, QUE CONTIENE EL MENSAJE N° 123-360 DE FECHA 13 DE JUNIO DE 2012	102
3.1. Firma electrónica simple, delimitación de principios, equivalencia funcional y ampliación del ámbito de aplicación de la ley	103
3.2. Marca de tiempo y Sellado de tiempo.....	105
3.3. Celebración de actos y contratos a distancia.....	107
3.4. Autorización expresa para emitir títulos de crédito como documento electrónico, suscrito con firma electrónica avanzada.....	107
3.4. Análisis crítico del proyecto.....	110
CONCLUSIONES	113
BIBLIOGRAFÍA.....	118
ANEXO	121

NOCIÓN GENERAL DE FIRMA ELECTRÓNICA: CONCEPTO, FUNCIONAMIENTO TÉCNICO, ATRIBUCIONES, CLASIFICACIONES Y TERCEROS DE CONFIANZA.	121
<i>Diferencias entre la firma manuscrita y la firma electrónica</i>	123
<i>Concepto de firma electrónica</i>	124
<i>Creación de la firma electrónica: características técnicas</i>	125
<i>Funciones de la firma electrónica</i>	128
Identificación del mensaje y de su emisor	128
Seguridad e Integridad.....	129
Confidencialidad	129
Función de “no repudio”	130
<i>Terceros de confianza</i>	130

RESUMEN EJECUTIVO

En nuestro país, la letra de cambio y el pagaré se encuentran regulados en la Ley N° 18.092 de 1982, la que establece el régimen general para el funcionamiento de estos instrumentos. Sin embargo, y en razón de la época de dictación de esta norma, no incluye dentro de su regulación la posibilidad de emitir ninguno de estos instrumentos como documento electrónico, a pesar de que no existe prohibición expresa por parte de la ley y que es posible extender actos y contratos como documentos electrónicos, según lo regulado en la Ley 19.799, sobre firma electrónica.

Este trabajo inicia con la regulación actual del pagaré en relación con su emisión en forma electrónica, y luego continua, por la falta de regulación directa en la forma de emitir estos instrumentos en forma electrónica, analizando los problemas que genera la emisión de pagarés como documento electrónico, centrándonos en lo discutido tanto por la UNCITRAL y Unión Europea como por las legislaciones nacionales de Estados Unidos, España y Colombia al respecto y la soluciones que estos países proponen. Luego, por la importancia que ella tiene en la emisión de documentos electrónicos, se analiza en específico la Ley 19.799 sobre firma electrónica, tanto como elemento técnico que permite el tráfico de documentos dentro de las redes informáticas como la regulación legal vigente en nuestro país de la misma.

Finalmente, se indaga en el proyecto de ley que busca reformar la ley de firma electrónica, analizando los elementos que modifica y centrándose en la posibilidad que este proyecto contempla de emitir pagarés como documentos electrónicos, finalizando con un análisis crítico del mismo, detallando la

importancia de sus modificaciones y la utilidad de la nueva regulación que éste establece.

INTRODUCCIÓN

El comercio electrónico, en razón de la rápida expansión de las nuevas herramientas tecnológicas, ha obligado al legislador, tanto nacional como el de diversos países en el mundo, a crear nueva normativa que permita utilizar estos nuevos medios , tales como el documento electrónico, la firma electrónica simple y avanzada, entre diversos otros instrumentos, para la celebración de actos y contratos de comercio, para así eliminar o limitar la dependencia del papel, reducir los costos de producción y almacenamiento de este último y permitir incluso nuevas formas de celebración de contratos, tales como la firma de un documento por medios electrónicos sin estar presente físicamente. En el ámbito nacional ya podemos advertir algunos progresos en esa dirección y no de tan reciente data: en efecto, directorios y juntas de sociedades anónimas permiten la participación activa de sus miembros, en forma remota, cumpliendo ciertamente con los requisitos que exige la Ley del rubro y su Reglamento. Del mismo modo, las declaraciones mensuales (pagos provisionales y otros) y anuales (impuesto global complementario) pueden practicarse de manera vinculante y eficazmente de esa forma, tanto en la suscripción de la declaración como asimismo en su pago.

En Chile, la ley encargada de regular estas materias es la Ley N°19.799 sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma, en adelante simplemente llamada “la ley”. A través de la ley, y aplicando los principios de neutralidad tecnológica y equivalencia funcional (mencionado en la ley como principio de equivalencia de soporte electrónico al soporte de papel) el legislador tuvo como propósito lograr el uso de las nuevas tecnologías para la celebración de actos y contratos de manera más amplia,

con todos los beneficios que esto tiene para el comercio y privados, además del Estado.

Sin embargo, esta ley no contempló en su regulación a los títulos de crédito ni en particular al pagaré, que, por sus características específicas que se tratarán más adelante, son complejos de emitir en forma totalmente electrónica. Tanto es así, que la ley chilena que regula a los títulos de crédito y en particular al pagaré, Ley 18.092, no contempló ni contempla con sus modificaciones a la fecha la posibilidad de emitir estos títulos en forma electrónica, y ello en conjunto con la falta de regulación específica por parte de la ley de firma electrónica hace complejo, aunque no necesariamente imposible, la utilización de estos instrumentos entre nosotros. Ello, sin también considerar la especial autorregulación que deberán adoptar los bancos que los utilizan, lo que se ha venido practicando en el tiempo pero requiere más estabilidad jurídica para finalizar su implementación cabal.

Existen otras legislaciones, tales como la estadounidense y la colombiana, que si contemplan la regulación de títulos de crédito otorgados en forma electrónica, reconociendo sus características únicas y modificando la legislación anterior de manera tal que se adecúe a los requerimientos especiales de los documentos electrónicos. En su mayoría, ellas se han basado en lo reconocido por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, CNUDMI o UNCITRAL, por su siglas en inglés (*United Nations Commission for the Unification of International Trade Law*), tanto en su Ley Modelo sobre Comercio Electrónico como otros documentos emitidos por sus Grupos de Trabajo. Ello será parte fundamental de nuestro trabajo.

Volviendo en particular a nuestro país, existe un proyecto de ley cuyo mensaje (nº 123-360) fue enviado al Senado con fecha 13 de junio de 2012, que aún se encuentra en tramitación. Este proyecto propone modificar tanto la actual ley de firma electrónica como la ley cambiaria, reconociendo de forma explícita la posibilidad de emitir letras de cambio y pagarés en forma totalmente electrónica y regulando los problemas que se generan por este cambio en su emisión.

En este trabajo, analizaremos la regulación actual del pagaré como título de crédito; la posibilidad de emitirlo de forma electrónica según la regulación legal actual, y las modificaciones que podrán ser necesarias, tomando en cuenta como antecedente lo señalado por la UNCITRAL; la regulación positiva de EEUU y Colombia y la doctrina y jurisprudencia española y el proyecto de ley de modificación de la ley de firma electrónica. Finalmente, se concluirá cual es en nuestra opinión el mejor mecanismo para la implementación legal del pagaré electrónico en el derecho chileno, tomando en cuenta las alternativas analizadas, indicando las modificaciones necesarias para que tenga eficacia en nuestra legislación, si ello es necesario. En conjunto con ello, se analizará en particular el proyecto de ley propuesto, analizando sus beneficios y falencias y la propuesta de este autor para su mejora.

Pretendemos en esta Obra, invitar a la reflexión acerca de si la legislación vigente en nuestro País, soporta la implantación del pagaré suscrito con firma electrónica y de no ser ello susceptible, cuáles debieran ser las reformas mínimas necesarias a dicho importante propósito. Sabido es que legislar sobre materias de suyo novedosas, no es fácil, como tampoco se alcanzan siempre los resultados esperados ni mucho menos, en los tiempos

previstos. Quizá si lo regulado hasta la fecha, tal y como está, permita aquella innovación en la forma de hacer dichos negocios cambiarios.

CAPÍTULO PRIMERO

Concepto general de Pagaré y su emisión en forma electrónica. Regulación legal. Caracteres esenciales. Falta de regulación de su emisión en forma electrónica. Principales problemas.

1. Introducción

En el presente capítulo se tratará la regulación general del pagaré, para luego enfocarse en la posibilidad de su emisión como documento electrónico, relacionando los conceptos aplicables a ambas formas de emisión y abordar los problemas que se generan cuando el pagaré se emite como documento puramente electrónico.

Es importante destacar que los conceptos definidos en el presente capítulo se encuentran mayormente tratados por la doctrina extranjera e internacional, la que reconoce problemas similares a los existentes en nuestra legislación. Tanto es así, que incluso sin mencionarlos directamente, los problemas se tratan de forma similar en el nuevo proyecto de ley de firma electrónica.

La función de los títulos de crédito, y en particular del pagaré, es hacer lo más simple y ágil posible la circulación de los valores subyacentes que ellos contienen y de sí mismos, dentro del mercado. El objetivo de este trabajo es concebir y proponer para el estudio, una forma de suscripción moderna del pagaré que no altere tales características de su circulación, antes bien, incluso hacerla más expedita aún, para el beneficio del mercado y del comercio

electrónico, bajo el amparo de las leyes del rubro y de aquellas que gobiernan la firma electrónica.

2. Concepto general de Pagaré

El pagaré, título-valor o instrumento negociable, no se encuentra definido en la ley cambiaria, esto es la ley 18.092 sobre letra de cambio y pagaré. Ella solo contiene los requisitos básicos del instrumento, remitiendo lo faltante a la regulación de la letra de cambio, en lo que no sea contraria a la naturaleza del pagaré. Tampoco lo hace la Ley Uniforme concerniente a la letra de Cambio y el Pagaré a la Orden, elaborada por la Comisión Internacional de Comercio el año 1938.

La doctrina ha tratado sobre este instrumento. Según el profesor Edinson Lara, el pagaré puede definirse como “un título valor o título de crédito, emitido en forma nominativa, a la orden o al portador, que contiene una promesa de pago no sujeta a condición – formulada por su emisor, llamado `suscriptor´-, de pagar una suma determinada o determinable de dinero a su vencimiento, a favor del tomador o a su orden.”¹

Básicamente, el pagaré es un instrumento regulado por la ley, que contiene una promesa de pago a la que se obliga el suscriptor, firmante del documento como primer obligado. Esta promesa de pago no puede estar sometida a condición alguna, y puede ser emitida al portador, a la orden, o en

¹ LARA Aguayo, Edinson. 2008. Régimen Jurídico del Pagaré. Doctrina y Jurisprudencia. Chile, Legal Publishing Chile. 1p.

forma nominativa, y, como título eminentemente formal, reuniendo las características que señala el artículo 102 de la ley citada.

El pagaré, en palabras más simples, es un instrumento que contiene una promesa de pago que, siguiendo fielmente los requisitos establecidos en la ley (es un instrumento eminentemente formalista), permite mayor facilidad para su circulación (por medio de la institución del endoso, única de los títulos de crédito) y su cobro expedito (en tanto cuanto constituya título ejecutivo, si concurren en él los presupuestos que prevé el artículo 434 del Código de Procedimiento Civil). Su objetivo es dar mayor flexibilidad al comercio.

Son estos mismos objetivos de imprimir mayor velocidad en la circulación de la riqueza, los que a nuestro juicio hacen interesante la posibilidad de emitir títulos de crédito, y en particular el pagaré, en forma electrónica, incluida, desde luego, su suscripción o firma. Los evidentes ahorros en papel, custodia y coordinación necesaria para la presencia de las partes de forma física para la firma del pagaré, reemplazándola por la propuesta, resultaría -tal vez- en su uso cada vez más masivo y en todo caso más seguro. Conviene hacer presente que, de alguna manera, su utilización ha ido disminuyendo en el tiempo con la aparición de nuevas figuras más flexibles y acordes con el mercado actual.

3. Emisión del pagaré

3.1. Emisión del pagaré en soporte tradicional

Tradicionalmente, la emisión del pagaré se realiza por medio de un soporte físico, un documento en papel que sirve de título para el cobro por parte

del respectivo beneficiario, con todas las consecuencias que ello implica. Para perseguir su cumplimiento es necesario exponer el documento físico que contiene al pagaré, con la firma del emisor.

Sin embargo, la emisión en papel del documento pagaré no es solo relevante para su cobro. Dentro de la regulación de los títulos de crédito en general, existen una serie de principios vinculados al soporte físico en que se emite el instrumento.

En los títulos-valores y en particular en la letra de cambio y el pagaré, aplica el principio de incorporación del derecho al título, por medio de la cual el derecho cambiario, un bien intangible, se entiende incorporado a un bien tangible, el documento o título en el que éste derecho figura. Ello es consecuencia de la llamada eficacia legitimadora de los títulos-valores, por medio de la cual el poseedor del título se encuentra reconocido por la ley para hacer valer este derecho incorporado al título, y el deudor debe cumplir con la obligación que emana de él.

Buscando beneficiar la circulación del título, la ley pretende incorporar un derecho, intangible, a las reglas de la posesión de los bienes muebles. No es necesario ser el real propietario, favoreciendo la circulación por sobre su derecho, concibiéndose a dicho propósito la presunción legal de que el poseedor físico del título, lo es asimismo del crédito que subyace en él.

Dentro de este principio se pueden derivar varias características. La primera de ellas se refiere literalidad de los títulos de crédito, que implica que “la existencia, contenido, extensión y modalidades del derecho incorporado

dependen de forma exclusiva del *tenor* del título”². Esto es, en palabras simples, que el derecho existente es aquel que se deriva de la sola lectura de lo contenido del título, no valiendo nada que no se encuentre plasmado en el mismo o en sus hojas de prolongación, cuando la ley así lo autoriza, como por ejemplo, el aval.

Luego se encuentra la autonomía del título-valor, que solo es aplicable a aquellos emitidos a la orden o al portador. Ella implica que si el título es transferido a un tercero, y éste lo adquiere de buena fe, posee un derecho independiente tanto de la obligación no cambiaria que motiva al título como de los derechos de cada sucesivo adquirente.

Para que estos principios sean efectivos, el legislador presumió la existencia de un soporte en papel, especialmente respecto a la literalidad del título. La forma física de emisión asegura su invariabilidad, al encontrarse en manos de quien detenta el título y así asegurar que las únicas modificaciones que se le efectúen, sean por si mismo o con su autorización, y también asegura que el ejemplar es único, al contener las firmas manuscritas del emisor y los demás participantes.

3.2. Principales problemas para la emisión del pagaré como documento electrónico.

Las características propias de los instrumentos cambiarios, y en especial del pagaré, hacen compleja la emisión de los mismos por medio de un soporte puramente electrónico.

² LARA Aguayo, Edinson. 2013. Teoría General de los Títulos-Valores en el Derecho Chileno. Chile. Legal Publishing Chile.36p.

Como se mencionó *supra*, la incorporación del derecho al título entrega al pagaré ciertas características de los derechos reales, siendo de particular importancia quien se encuentra habilitado para su cobro, según las normas de la posesión y su transmisibilidad dentro del mercado cambiario.

Previo a analizar los problemas que se causan por el cambio de forma de emisión, debemos distinguir entre un documento físico, tradicional, y un documento electrónico. Entre ambos existe una diferencia importante de estructura, ya que el primero es un instrumento por regla general escrito “en cuyo texto se contiene o representa un hecho o se deja un testimonio de una manifestación de voluntad, que puede o no producir consecuencias en el derecho³” y el segundo es un instrumento en que el soporte no es el papel, siendo de esta forma “toda representación digital que da cuenta de un hecho y puede además estar suscrito con una firma electrónica, esta última no es compatible con el documento con soporte de papel⁴”. Sus naturalezas, por tanto, son eminentemente diferentes, y requieren de formas diversas de garantizar la identidad de quienes participan del documento y para mantener la inviolabilidad del contenido.

La emisión de cualquier título en forma de un instrumento físico escriturado le da la característica de único ejemplar original, siempre que se encuentre firmado por quienes concurren a su emisión. Esta característica propia de los bienes físicos contrasta con los documentos electrónicos, cuya facilidad de copia es indiscutida. Para lograr la transmisión de los datos se generan innumerables copias, por lo que es imposible distinguirlas.

³ SANDOVAL López, Ricardo. 2009. Seguridad en el Comercio Electrónico. Firma Electrónica: Análisis de la ley N° 19.799. Chile. Legal Publishing Chile. 24p.

⁴ Ídem, 26p.

A pesar de que es posible reemplazar la firma manuscrita en el documento físico por la Firma Electrónica, según lo contempla el artículo 2 letra f de la Ley 19.799, existen dos clases de firma; la firma electrónica simple se define como “cualquier sonido, símbolo o proceso electrónico, que permite al receptor de un documento electrónico identificar al menos formalmente a su autor”. De esta forma, esta clase de firma, que puede tomar diversas formas (tales como una clave simétrica, un chip de identificación, entre otros), sólo tiene como efecto la identificación formal del autor de la firma, sin garantizar la integridad, confidencialidad o repudiación del documento, es decir, no trata su contenido sino sólo quienes concurren en él. Es evidente que esta clase de firma no es suficiente para preservar las características del papel y que permiten la garantía de los derechos reales. Para ello, se debe recurrir a la firma electrónica avanzada, que, cumpliendo con una serie de requisitos, permite tanto verificar la identidad del autor, la integridad del documento, su confidencialidad y la verificación de recepción del documento por parte del emisor respecto al receptor. Estas características, como se verá más adelante, se acercan a las necesarias para la validez de los documentos cambiarios emitidos en forma electrónica, pero es debatible si ello es suficiente para aceptar su validez sin modificaciones legales.

Los acápites siguientes tratarán las características del pagaré y los problemas que ellas generan cuando son emitidos como documento puramente electrónico.

3.2.1. Regulación en la actual ley 18.092 y relación con la ley 19.799, sobre firma electrónica

La ley 18.092, que dicta nuevas normas sobre la letra de cambio y pagaré, fue promulgada en el año 1981. Aunque contiene modificaciones más recientes, en su concepción la ley no contempló las nuevas formas de emisión de instrumentos cambiarios que surgieron con la gradual aceptación de la firma electrónica.

Ahondando en los requisitos del pagaré tradicional, la ley señala que el título deberá contener la firma del suscriptor (artículos 102 N° 6 y 104 de la Ley Cambiaria). La ley sólo plasma el término “firma”, sin abundar en su significado, y aunque admite formas alternativas de estamparla según lo señalado en su reglamento, bajo la responsabilidad del suscriptor, no se contempla como alternativa la firma electrónica. Siguiendo el sentido natural y obvio de la expresión, lo más lógico es concluir que el legislador quiso referirse a la firma manuscrita, definida por COUTURE como un “trazado gráfico, conteniendo habitualmente el nombre, apellido y rúbrica de una persona, con el cual se suscriben los documentos para darles autoría y obligarse con lo que en ellos se dice⁵”. Esta clase de firma, por supuesto, no contempla un método más moderno, y al ser la considerada por la ley, ella no pudo concebir la firma electrónica, que no existía en su época de promulgación.

Esto genera una contradicción aparente con lo señalado en la ley 19.799, sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma, ya que el primer inciso de su artículo 3 señala: “Los actos y

⁵ COUTURE, Eduardo. 1991. Vocabulario Jurídico. Editorial Depalma. Buenos Aires, Argentina. 290p.

contratos otorgados o celebrados por personas naturales o jurídicas, suscritos por medio de firma electrónica, serán válidos de la misma manera y producirán los mismos efectos que los celebrados por escrito y en soporte de papel. Dichos actos y contratos se reputarán como escritos, en los casos en que la ley exija que los mismos consten de ese modo, y en todos aquellos casos en que la ley prevea consecuencias jurídicas cuando constan igualmente por escrito.”

Este artículo se basa en el principio de equivalencia funcional, reconocido en el inciso segundo del artículo 1 de la ley 19.799, que señala que “las actividades reguladas por esta ley se someterán a los principios de libertad de prestación de servicios, libre competencia, neutralidad tecnológica, compatibilidad internacional y equivalencia del soporte electrónico al soporte en papel”. En virtud de este principio, “la función jurídica que cumple la instrumentación escrita y autógrafa o su expresión oral la cumple igualmente la instrumentalización electrónica a través de un mensaje de datos, con independencia del contenido, extensión, alcance y finalidad del acto⁶”. Por aplicación de este principio, el cambio del medio por el cual se instrumentalizan los actos, del escriturado al electrónico, no afecta su función legal, siendo ella equivalente en ambos casos.

Aplicar directamente este principio de equivalencia funcional del documento electrónico al pagaré no es tan simple, ya que “si bien el principio de equivalencia funcional es aplicable al ámbito de los instrumentos negociables⁷,

⁶ ILLESCAS Ortiz, Rafael. Los fundamentos del Derecho Electrónico y el Principio de Equivalencia Funcional. 235-243pp.

⁷ El derecho estadounidense define a los títulos de crédito como títulos negociables. Ello se encuentra regulado en el *Uniform Commercial Code* (UCC), que define de forma muy amplia los instrumentos negociables como “un documento que contiene una promesa o una orden de pagar una cantidad de dinero”.

en el entendido que tanto el documento como la firma exigida para su emisión pueden sustituirse por sus análogos electrónicos, las especiales características de estos instrumentos y su vinculación con el tradicional soporte papel, han exigido una regulación especial, en aras a la adaptación de ciertos conceptos elaborados sobre la base del tradicional documento cartáceo”⁸.

De esta forma, sobre la base de las características distintivas de los títulos de crédito, y en particular del pagaré, se hace difícil la aplicación directa del principio de equivalencia funcional consagrado en la ley 19.799 sobre firma electrónica. Vinculado a esta dificultad, el propio artículo 3 de la norma mencionada establece limitaciones a la aplicación del principio consagrado en el mismo, señalando en su inciso: “Lo dispuesto en el inciso anterior no será aplicable a los actos o contratos otorgados o celebrados en los casos siguientes: a) Aquellos en que la ley exige una solemnidad que no sea susceptible de cumplirse mediante documento electrónico [...]”.

A pesar de que la ley 18.092 no establece una limitación específica que se pueda considerar como solemnidad, al no expandir el concepto de firma puede entenderse que las características únicas de los títulos de crédito y en particular el pagaré, contenidas en el principio de incorporación del derecho al título, hacen imposible la emisión del pagaré en forma electrónica sin modificaciones a la regulación actual. No es así necesariamente, ya que existen diversas soluciones a los problemas que genera la nueva forma de emisión de los documentos electrónicos, que podrían aplicarse sin previa reforma a la ley. El artículo 3 ya citado señala que los actos y contratos suscritos por medio de firma electrónica valdrán de la misma manera y producirán los mismos efectos

⁸ RICO, M. 2012. Los pagarés electrónicos en el Derecho estadounidense. Revista de Derecho, comunicaciones y Nuevas Tecnologías (7):7

que los celebrados por escrito, por lo que, si se aclara el concepto de solemnidad y se define de una manera distinta, este podría valer. De esto se hablará más adelante.

Un problema con la falta de modificación legal es que el mismo proyecto de ley que pretende mejorar la aplicación de la firma electrónica en Chile modificando la actual ley 19.799 sobre firma electrónica (Mensaje 123-360, del 13 de junio de 2012), señala dentro de los antecedentes que motivan esta reforma que “la norma ha tendido a interpretarse como una exclusión absoluta de los actos solemnes del ámbito de aplicación de esta ley, en vez de analizarse caso a caso si la celebración del acto o contrato por medios electrónicos realmente obsta el cumplimiento de la solemnidad, como por ejemplo la compraventa de inmuebles que requiere constar por escritura pública o la compraventa de vehículos motorizados que requiere su inscripción en un registro especial.”

A pesar de que la firma electrónica establece un equivalente de autenticación (que en documentos físicos equivale a la firma manuscrita), como señala la doctrina española ella “no resuelve, como veremos, por si misma, todos los problemas derivados de la naturaleza electrónica de los documentos que se pretende que tengan naturaleza cambiaria”⁹. Por ello es necesario, sea por ley o por una forma alternativa, tal vez, la costumbre que en Derecho Comercial aplica en silencio de ley, que se regule la forma en que se utilice este nuevo mecanismo.

⁹ HINAJEROS, F, FERRER, J. y MARTÍNEZ, A. 2013. Letras de cambio, cheques y pagarés electrónicos; aproximación técnica y jurídica, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México, (31): 223-258pp

3.2.2. Unicidad del documento en papel: problemática del ejemplar

único

El principio de incorporación del derecho al título se utiliza como una forma de garantía para la emisión de los títulos-valores tales como el pagaré, ya que al aplicar una forma especial del estatuto de los derechos reales, en específico el de los bienes muebles, y acercarlo a la posesión-tenencia de los bienes existentes en el plano físico, entrega una serie de sólidas garantías.

Una de tales garantías es aquella implícita a la naturaleza de un bien corporal mueble, en particular las reglas de la posesión del Código Civil y a la norma particular que contiene el artículo 26 de la Ley N° 18.092, que regulan tal posesión, de suyo importante pues quien la detenta, ejercerá cuantos derechos se le conceden, y es que sólo existe un ejemplar del documento, y solo se puede ser poseedor de un bien tangible, conteniendo, conforme a la literalidad del pagaré, la firma manuscrita del suscriptor y la promesa como tal, con la forma que el suscriptor le da según sea la necesidad y según como la ley lo permite, no existiendo más que un ejemplar del documento. Como señala la doctrina española, “en el supuesto de creación de títulos cambiarios tradicionales en soporte papel, existe un documento original único cuya posesión legitima para el ejercicio de derechos y permite su transmisión. Ese documento original ha de ser único porque es, en principio, prueba de la titularidad del derecho incorporado.”¹⁰ El carácter único del documento físico es la llamada unicidad, reconocida tanto por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, UNCITRAL, como por la legislación interna de Estados Unidos, la doctrina Española, entre otras.

¹⁰ Ídem

El grupo de trabajo de Comercio Electrónico (IV) del Secretariado de la UNCITRAL señala que la “Unicidad” está garantizada para los documentos transferibles y documentos de titularidad para prevenir la circulación de múltiples registros relacionados con la misma obligación, lo que puede causar que una suma de dinero sea pagada o ciertos bienes entregados a una parte que no tiene derecho a ese pago o entrega”¹¹

Sin embargo, la unicidad es compleja de mantener en el ámbito de los documentos electrónicos, ya que funcionan de forma eminentemente diferente. Al ser los mensajes de datos fácilmente duplicables, de forma virtualmente indistinguible del original, podría emitirse un pagaré, ser copiado múltiples veces, e intentarse su cobro con cada una de las copias, con el evidente perjuicio que ello genera para el suscriptor. De este mismo riesgo trata el grupo de trabajo de la UNCITRAL en el número 41 del documento citado, que señala “Se ha comentado comúnmente que las aprensiones respecto a la garantía de unicidad nacen del hecho de que un registro electrónico puede generalmente ser copiado en forma tal de que cree un registro duplicado idéntico al original y, por tanto, indistinguible de él”¹².

Es, pues, interesante explorar la necesidad o prescindencia de un cambio de legislación que regule una forma alternativa de crear con seguridad un documento que efectivamente sea único, lo que como es evidente, ha de venir aparejado con la certeza informática de que aquello también es posible, en el bien entendido que el suscriptor electrónico custodie con celo la tenencia y

¹¹ GRUPO DE TRABAJO IV DEL SECRETARIADO DE LA COMISIÓN DE NACIONES PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. 2012. Legal issues relating to the use of electronic transferable records (A/CN.9/WG.IV/WP.118). [en línea]. <<http://www.uncitral.org/>> [consulta: 28 octubre 2015]. Traducción nuestra.

¹² ídem, numeral 42.

uso del dispositivo que lo habilita para emitir su firma electrónica avanzada (E – Token) . En pos de este objetivo, han existido una serie de regulaciones, siendo la más relevante de ellas el cambio de criterio desde la unicidad del documento al control del documento. De esto se tratará en más detalle en el capítulo siguiente.

3.2.3. Suscripción de pagarés en blanco

Dentro del tráfico comercial, en especial en la contratación de líneas de crédito o créditos de consumo y como garantía de prestaciones en ciertos centros de salud , se suscriben pagarés incompletos, que son llenados con posterioridad por el mismo acreedor. Esta práctica se verifica de dos formas distintas:

El primer método se realiza por medio del que se conoce como pagaré en blanco, esto es, aquel que contiene la firma del suscriptor puesta en un documento incompleto, con cláusulas en blanco, que luego es llenado por el acreedor, amparado en un mandato a favor del beneficiario, en que se le faculta para que, antes de cobrar el documento, éste incorpore las menciones necesarias para la validez del pagaré.

Otra forma de implementar este mecanismo es a través de la suscripción de un mandato que faculta al acreedor para suscribir pagarés en nombre de los clientes, para exigirles el cumplimiento de las obligaciones que derivan de los créditos que suscriben. Esta práctica es común en la contratación de tarjetas de crédito, tanto bancarias como no bancarias.

Ambas implementaciones pretenden dar mayor seguridad en el pago de las obligaciones documentadas o por documentar, a través de tales efectos de comercio, permitiendo una ejecución judicial más expedita, ya que el llenado o suscripción del pagaré, con firma autorizada ante notario, es una obligación que puede ser exigida directamente a través de un juicio ejecutivo.

Esta práctica deriva de la autorización del artículo 11 de la Ley 18.092, aplicable al pagaré por la remisión del artículo 107, que consiste en que el tenedor legítimo del pagaré puede incorporar al mismo, las menciones exigidas para su validez antes del cobro del documento, sujetándose en todo caso a las instrucciones que recibe del obligado al pago del documento. Además, ha sido sancionada por la Corte Suprema, que lo ha reconocido como mecanismo de cobro¹³, pronunciándose sobre la validez del mandato y la precisión de las instrucciones que éste contenga¹⁴.

¹³ Sentencia de la Corte Suprema de fecha 31 de enero de 2012, Rol 8447-2011: “Aún admitiéndose la posibilidad -no compatible, según se ha expresado, con la ortodoxia del recurso- de incursionar en la interpretación del mandato conferido por el demandado al banco demandante, tampoco se arribaría a una conclusión distinta a la alcanzada por los jueces de la instancia, desde que la estipulación aparece en términos de quedar el mandatario autorizado para suscribir pagarés por las sumas de dinero que el mandante le adeudare, constituyéndose así la suscripción de tales instrumentos mercantiles en un mecanismo destinado a facilitar el cobro de los dineros adeudados al acreedor; con lo que se satisface, en lo medular, el interés recíproco de los contratantes: del acreedor, que resulta así provisto de un medio expedito para obtener la devolución del dinero prestado sin necesidad de acudir a alguna de las cauciones a que alude el artículo 46 del Código Civil y para el deudor, que puede acceder, al amparo de semejante recaudo, con mayor expedición a obtener los créditos que necesita”.

¹⁴ Sentencia de la Corte Suprema de fecha 31 de diciembre de 2009, Rol 5903-2008: Que, por el contrario, estima este tribunal que, habiéndose acreditado con el instrumento acompañado en autos, que el ejecutante es titular de un mandato que lo habilita para llenar el pagaré suscrito en blanco por el ejecutado, en el contexto de la ejecución del contrato de factoring que los une, es éste último el que, para eximirse de su pago, debe acreditar que el mandatario lo ha llenado contraviniendo sus instrucciones”.

Sin embargo, esta práctica genera problemas cuando se desea emitir un pagaré en forma electrónica. Primeramente, no es posible utilizar el primer método descrito, esto es, la suscripción de un pagaré incompleto en conjunto con un mandato, con un documento electrónico, ya que la firma electrónica sella el contenido del documento y lo hace inalterable. De esta forma, es necesario, considerando la naturaleza del pagaré electrónico, otorgar un mandato suscrito por firma electrónica que permita al acreedor la suscripción, a nombre del mandate, de un pagaré electrónico, de acuerdo a las instrucciones que se le otorguen.

De esta forma, utilizando un mandato que, en conjunto con el pagaré electrónico, conforman una unidad, siguiendo el concepto de expediente electrónico que trataremos más adelante, es posible utilizar este sistema para la suscripción de pagarés que serán emitidos en forma posterior, conforme a la obligación que se genere en el transcurso del tiempo a favor del acreedor. Creemos importante destacar que, dadas las características de seguridad en la identificación del suscriptor que contiene un documento suscrito con firma electrónica avanzada y la inalterabilidad del contenido del mismo, es importante delimitar claramente las instrucciones que se otorgan al acreedor para el llenado del pagaré. Siendo comúnmente contratos de adhesión, los mandatos otorgados a los acreedores que utilicen este mecanismo pueden derivar en toda clase de abusos, lo que podría tal vez limitar la utilización del pagaré electrónico. Puede ser necesaria una regulación administrativa o derechamente legislativa más exhaustiva para evitar los problemas antes descritos.

3.2.4. Forma de transferencia del pagaré electrónico

La forma normal de transferencia del pagaré emitido en soporte tradicional es por medio de la entrega por parte del legítimo poseedor del título a un nuevo tenedor, con el correspondiente endoso, si el mismo fuere susceptible de transferirse por ese medio. Esta particular forma de transferencia del pagaré emana del principio de incorporación del derecho al título, legitimando a través de la posesión del documento, la titularidad del derecho contenido en el mismo.

Sin embargo, un documento electrónico no tiene forma física, y, como se mencionó en el acápite anterior, no es necesariamente único, por lo que es imposible realizar la transferencia de los mismos por medio de la mera entrega del documento. Se ha discutido la posibilidad de que exista un documento electrónico que, por la forma en que éste es concebido y por las medidas de seguridad que contiene, sea equivalente al documento físico único. De esta forma de solucionar el carácter de único del documento se trata en el capítulo siguiente (*vid* 2.2.4.1 del siguiente capítulo).

Al no poderse efectuar la transferencia en una forma enteramente equivalente al simple endoso, y dada la elevada importancia de la transferibilidad del pagaré como instrumento concebido para facilitar el comercio, y considerando además la idea general de que los documentos emitidos en forma electrónica tienen como uno de sus más importantes objetivos acelerar aún más el tránsito mercantil, es indispensable analizar la necesidad de concebir una modificación a la legislación para adecuarla a la naturaleza de los instrumentos transferibles emitidos en forma electrónica, si se

concluyere que tal reforma es condición sine qua non para que opere. Podría, con todo, sostenerse por algunos estudiosos del Derecho Mercantil, que es posible soslayar la reforma de ley, toda vez que, además de lo señalado anteriormente, el pagaré discurre en el mundo del comercio y del Derecho Comercial, con arreglo a la contundente norma contenida en el numeral 10 del artículo 3° del Código del ramo.

Abundando en lo ya dicho, el Derecho Comercial halla una poderosa aliada en la costumbre, según lo prevén, entre otros, los artículos 4°, 5°, 6°, 143 N° 2, 149 N° 3, 225, 262, 523, 584, 914 N° 10 y 1092 del Código de Comercio. Ni qué decir de la celebración de importantes contratos, en cuantía y frecuencia, basados en regulaciones estatuidas exclusivamente por la costumbre, en el generoso ámbito del comercio internacional. Todo ello mueve a pensar que una firma puesta en un instrumento por antonomasia de índole mercantil, más el sustento jurídico que le otorga la Ley N° 19.799, no debieran llamar a sorpresa, antes bien, constituyen una formalidad bastante más segura y solemne que la mera costumbre, los mensajes vía Swift, el cierre de operaciones desde mesas de dinero, las enjundiosas transacciones bursátiles en una bolsa electrónica, etcétera, etcétera.

Fuera de ello, conviene tener presente la modalidad que contempló el legislador, respecto de la cesión de la denominada “factura electrónica” que regula la Ley N° 19.983, a través de anotaciones en el Registro Público Electrónico de Transferencia de Créditos, administrado por el Servicio de Impuestos Internos, lo que, aplicado con las modificaciones necesarias al pagaré electrónico, puede ser una solución idónea a este problema.

Los organismos internacionales no han sido ajenos a la posibilidad de adoptar el pagaré electrónico sin modificaciones sustanciales a la legislación (con excepción de las leyes generales de firma electrónica, indispensables para la emisión de documentos de esa clase), por medio de ciertos métodos de homologación compatibles con el principio de equivalencia funcional, lo que será analizado y ponderado más adelante.

3.2.4. Inalterabilidad del documento electrónico

Derivado del mismo principio de incorporación y de la naturaleza misma de las cosas existentes en el plano material, los documentos emitidos en soporte papel solo pueden ser alterados por quienes detentan su legítima tenencia material, al estar dentro de su ámbito de control y obviamente al amparo del artículo 11 de la Ley N° 18.092, si se trata de pagarés.

Al ser los documentos cambiarios por regla general transferibles por el mero endoso, es necesario modificar el título. Cuando los documentos tienen forma física, esto se cumple añadiendo la firma de los nuevos endosatarios que desean cederlos, siguiendo los requisitos de la ley cambiaria.

En los documentos electrónicos, no es tan simple la modificación del documento, ya que tampoco es fácil determinar quien tiene la equivalente “tenencia material” del documento. En este ámbito, es importante el llamado principio de control, que se tratará con mayor detalle más adelante, por medio del cual la persona que se encuentre autorizada para solicitar copias autorizadas o para modificar el documento es solo el legítimo “tenedor” (aunque este concepto es ajeno a la naturaleza de los documentos electrónicos).

Este control del documento electrónico debe poder ser transferido en caso de que exista un endoso o mera cesión, para así mantener la transferibilidad a un nivel similar a la de los documentos físicos. Esto hace necesario regular un sistema de control que permita tanto la modificación como el cambio del controlador del documento electrónico. Es probable que ello requiera un cambio en la legislación existente, no pudiendo aplicarse en forma directa el ya mencionado principio de equivalencia funcional, a menos, claro está, que para el caso de los pagarés suscritos en esta nueva forma, estén contestes las partes interesadas en él --suscriptor y beneficiario-- que no serán objeto de alteración alguna.

Pese a ello, si el creador del documento o sus sucesivos tenedores, si fuere el caso, deciden innovar en él, estando legalmente habilitados al efecto con arreglo, por ejemplo, al artículo 16 de la Ley N° 18.092, podrían hacerlo tal vez empleando asimismo, firma electrónica avanzada, haciéndose como es natural, responsables de esa conducta (de forma similar al método establecido en la legislación estadounidense, que requiere la anuencia del emisor para poder someter un título al régimen electrónico), tal y como sucede en todos los actos humanos, dicho lo anterior, en lo que concierne al documento electrónico susceptible de ser impreso, pero firmado electrónicamente, como ocurre en la actualidad con las copias de las escrituras públicas emitidas en dicha forma.

4. Problemas posteriores a la emisión del pagaré: Cobro judicial, protesto y endoso

Habiendo ya señalado los problemas que podrían generarse con la emisión del pagaré como documento electrónico, nos dedicaremos brevemente

a analizar los problemas que surgen en la etapa final del pagaré, esto es, su cobro. Si el suscriptor del pagaré paga al tenedor del mismo el monto total contenido en el pagaré a la fecha de vencimiento del mismo, no existe diferencia entre un pagaré emitido como documento electrónico y un pagaré en soporte material, salvo en cuanto a la recuperación del título por parte de quien lo paga, con su debida cancelación, conforme lo prevé el artículo 54 de la ley del ramo. Más problemas existen con el cobro judicial del pagaré y con el trámite del protesto.

4.1. Cobro del pagaré: Acción cambiaria directa y acción cambiaria de regreso

Debemos distinguir entre la acción cambiaria directa, que es aquella “que la ley atribuye al tenedor del pagaré para exigir del suscriptor, obligado directo y principal o del avalista de éste, la responsabilidad que les corresponde en caso de falta de pago del pagaré¹⁵”, y la acción cambiaria de regreso, que es aquella que se ejerce “en contra de los endosantes y sus respectivos avalistas para exigir la responsabilidad cambiaria que les corresponda en caso de falta de pago del pagaré por parte del suscriptor, una vez vencido el pagaré, pese a haber sido presentado el pagaré al suscriptor¹⁶”. La principal diferencia entre ambas acciones es contra quien se ejerce: en la directa, la acción se ejerce contra el obligado directo, esto es el suscriptor o sus respectivos avalistas, quienes garantizan su responsabilidad; la acción de regreso, en cambio, se ejerce contra los endosantes y sus avalistas, cuando el suscriptor ya fue requerido y no paga.

¹⁵ LARA Aguayo, Edinson. Op. Cit. 123p.

¹⁶ Ídem, 124p.

Respecto a la acción cambiaria directa, no existirían mayores problemas para ejercerla cuando se utiliza un pagaré electrónico (excepto, como se verá más adelante, por la dificultad en la utilización del pagaré suscrito con firma electrónica como documento fundante de la demanda de ejecución), pero la acción cambiaria de regreso es más compleja: para evitar la caducidad de la acción (artículo 79 de la Ley Cambiaria) es necesario realizar el trámite del protesto.

4.2. Procedimiento de protesto

Existen dos clases de protesto regulados en nuestra legislación: el protesto notarial y el protesto bancario. En el ámbito de este trabajo, sólo analizaremos al primero.

El protesto notarial, entonces, es un procedimiento formal, realizado ante un Notario (o un oficial civil, si la región no es asiento de notario), que se sustancia de la siguiente forma:

- a) Por medio de un aviso de protesto, lo que se debe realizar personalmente por el notario o través de un funcionario autorizado del mismo, se cita al suscriptor a que concurra al oficio del notario, para que éste realice el requerimiento de pago.
- b) Si el suscriptor concurre, el notario debe requerirlo de pago. Si no se realiza el pago se debe dejar constancia de este hecho junto con una relación de lo señalado por el suscriptor en relación al requerimiento o que no dijo nada al respecto. Si no concurre, no se realiza el

requerimiento, dejándose constancia de que el suscriptor no concurrió.

- c) Luego de ello, el notario debe verificar en la Tesorería Comunal si se ha efectuado algún depósito destinado al pago del documento, si en él se menciona la comuna correspondiente al lugar de pago.
- d) Habiéndose hecho la verificación anterior (o omitiéndose la misma por no señalarse la comuna de pago), el notario deberá estampar al dorso de la letra o en una hoja de prolongación de la misma, debiendo contener lo señalado en el artículo 62 de la ley cambiaria.
- e) Finalmente, el notario anota en un Registro de Protestos la constancia de haberlo realizado.

Este procedimiento genera dos problemas cuando el pagaré es emitido en forma electrónica: el estampado en un documento electrónico y la limitación de la suscripción de pagarés a distancia.

Como se deriva de la naturaleza inmaterial de los documentos electrónicos, no es posible estampar al dorso de un pagaré el protesto del mismo, ya que la modificación del documento electrónico en forma directa vulnera su inalterabilidad. Si se sigue el texto literal de la ley, se obligaría a la materialización del pagaré para su protesto, eliminando de esta forma las ventajas en la emisión del pagaré. Sin embargo, la ley otorga otra posibilidad, la anotación en una hoja de prolongación, lo que podría ser más compatible con el pagaré electrónico.

El documento electrónico en si mismo no puede sufrir modificaciones, por lo que no pueden realizarse las anotaciones cuya necesidad va naciendo en

el tráfico del pagaré. La solución a este problema es considerar que el documento electrónico puede incluir nuevos documentos, también electrónicos, que incluyan anotaciones posteriores, tales como el endoso del pagaré y el protesto, basado en la posibilidad de incluir hojas de prolongación en el pagaré. Este concepto, que puede ser llamado “expediente electrónico”, permitiría realizar el procedimiento de protesto sin una modificación sustancial a la ley, ya que podrían cumplirse sus requisitos. De ello hablaremos más adelante.

4.3. Endoso del pagaré

Como sabemos, el endoso es una de las formas de circulación del crédito contenido en el pagaré, sometido a la legislación cambiaria, siendo también posible realizar la transferencia del derecho contenido en el pagaré por las reglas del derecho común, esto es, a través de la cesión ordinaria de créditos. Por medio del endoso, el actual tenedor del pagaré (el endosante) transfiere a otra persona (el endosatario) la titularidad del crédito, cediendo todos los derechos derivados del pagaré y quedando como nuevo acreedor del mismo.

En el caso del pagaré electrónico, no es simple realizar el endoso, ya que éste se verifica en forma escrita. Así, para endosar un pagaré emitido en soporte papel, se añade una cláusula escrita al documento firmada por el endosante o su sola firma (lo que configura un endoso en blanco), la que puede tacharse hasta el momento de la entrega del pagaré al endosatario. El endoso no se perfecciona hasta la entrega del pagaré al endosatario, operando la tradición del título.

En virtud del principio de literalidad, el endoso debe constar en el pagaré o en una hoja de prolongación del mismo, y requiere la tradición del título. Por las mismas razones esgrimidas en el acápite anterior, es complejo utilizar este mecanismo con un documento electrónico. Fuera de la dificultad en su modificación, no existe un concepto de entrega de un documento que no se encuentra en un soporte material. La solución a este problema es la utilización de un expediente electrónico, que contenga como documentos complementarios al pagaré original los endosos del documento y los eventuales protestos que se realicen. Hablaremos de ello más adelante.

CAPÍTULO SEGUNDO

Soluciones a los problemas en la emisión del pagaré como documento electrónico. Propositiones hechas por la UNCITRAL. Legislación de Estados Unidos, España y Colombia.

1. Introducción

A pesar de que no ha sido adoptado en forma masiva en el mundo, el pagaré electrónico y las principales problemáticas emanadas de su naturaleza sí se han reconocido, tanto por organismos internacionales, entre otros, las Naciones Unidas, a través de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional ya citada (o UNCITRAL) como por legislaciones particulares, tales como las de Estados Unidos de América, España y Colombia.

En el presente capítulo, ahondaremos en la identificación que realizan estos diversos entes de la problemática que genera el pagaré electrónico, analizando tanto las ideas propuestas por la doctrina y la jurisprudencia aplicable a la emisión de pagarés en forma electrónica o alguna otra solución mixta que pueda existir en otras legislaciones. Luego de ello, identificaremos las soluciones que se han tanto propuesto como establecido en las distintas legislaciones.

Finalmente, realizaremos un análisis comparativo de las soluciones propuestas o implementadas, sistematizándolas por cada legislación y organizando los distintos modelos que se han adoptado de forma tal que ella sea útil para observar la naturaleza de las probables soluciones existentes en

Chile, tanto de leyes actualmente vigentes como proyectos de ley, y, luego, en el siguiente capítulo, para concluir si las soluciones propuestas son las más adecuadas para la problemática generada por la virtualización de los títulos-valores y en particular del pagaré.

2. Regulación Supranacional: Propuestas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL)

La UNCITRAL, a través de una serie de Convenciones y Grupos de Trabajo, ha identificado varios problemas con la emisión de instrumentos transferibles como mensaje de datos. Entre otras, se ha tratado el problema en la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, dentro de las Actas del Grupo de Trabajo (IV), que se encarga del Comercio Electrónico, y otras regulaciones posteriores anexas.

2.1. Ley Modelo sobre Comercio Electrónico de 1996

A través de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, adoptada el 12 de junio de 1996, la UNCITRAL propuso una de las primeras definiciones de la equivalencia funcional, primer atisbo de la aceptación de los instrumentos electrónicos dentro del comercio.

La definición se puede extraer de los artículos 5, 6 y 7 de la referida ley, que señalan:

“Artículo 5. Reconocimiento legal de los mensajes de datos

No se le restará efecto legal, validez o ejecutabilidad a la información por el solo hecho de que ella tenga forma de un mensaje de datos.

Artículo 6. Escrituración

- (1) Cuando la ley requiere que la información sea por escrito, este requisito se cumple por un mensaje de datos si la información contenida en el mismo es accesible en forma tal de que sea utilizable para referencias posteriores.
- (2) El Párrafo (1) aplica tanto si el requisito se encuentra en forma de una obligación o si simplemente la ley establece consecuencias para cuando la información no se encuentra en forma escrita.

Artículo 7. Firma.

- (1) Cuando la ley requiere la firma de una persona, este requerimiento se cumple en relación con el mensaje de datos si:
 - (a) Un método es utilizado para identificar a esta persona y para indicar la aprobación de la misma de la información contenida en el mensaje de datos; y
 - (b) Ese método es tan confiable como era apropiado para el propósito para el cual el mensaje de datos fue generado o comunicado, considerando todas las circunstancias, incluyendo también cualquier acuerdo relevante.
- (2) El Párrafo (1) aplica tanto si el requerimiento existe en forma de una obligación o si la ley simplemente establece consecuencias por la falta de firma.”

Según lo señalado en estos artículos, la idea base de la equivalencia funcional es que no se le debe restar validez o valor legal a un documento por el solo hecho de que éste se encuentre en forma electrónica (como mensaje de datos, según la norma citada). Así, ellos deberán tener la misma validez que un documento escrito, si cumplen con los mismos propósitos de referencia y archivo que los documentos en papel con firma manuscrita.

Este concepto es cercano a lo regulado en la legislación local, que no define de forma directa el principio de equivalencia funcional pero sí lo menciona entre los principios aplicables a la legislación, además de establecer requisitos similares a los de la Ley Modelo.

Fuera de ello, estableció la base de la inalterabilidad del documento electrónico en su artículo octavo. Éste señala:

“Artículo 8. — Original

(1) Cuando la ley requiera que la información sea presentada y conservada en su forma original, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos:

(a) Si existe alguna garantía fidedigna de que se ha conservado la Integridad de la información a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva, como mensaje de datos o en alguna otra forma;

(b) De requerirse que la información sea presentada, si dicha información puede ser mostrada a la persona a la que se deba presentar.

(2) El párrafo 1) será aplicable tanto si el requisito en él previsto está expresado en forma de obligación como si la ley simplemente prevé consecuencias en el

caso de que la información no sea presentada o conservada en su forma original.

(3) Para los fines del inciso (a) del párrafo (1):

(a) La integridad de la información será evaluada conforme al criterio de que haya permanecido completa e inalterada, salvo la adición de algún endoso o de algún cambio que sea inherente al proceso de su comunicación, archivo o presentación; y

(b) El grado de fiabilidad requerido será determinado a la luz de los fines para los que se generó la información y de todas las circunstancias del caso.”

Así, este artículo establece los requisitos básicos que deben cumplirse cuando las legislaciones exigen que la información sea presentada y conservada en su forma original. Es de toda lógica aplicar este principio a los títulos de crédito y en particular al pagaré, ya que, como se señaló más arriba, en nuestra legislación (y en la mayoría de las legislaciones comparadas en que existe la figura del pagaré) se aplican a aquellos instrumentos ciertas normas procedentes para el caso de los derechos reales. Al ser necesario el documento original para ejercer el derecho incorporado al título en el caso del pagaré emitido en papel, similar principio deberá respetarse cuando se emita el documento en forma electrónica, como mera información. Se establecen como criterios mínimos la existencia de alguna garantía de conservación de la integridad de la información (principio de inalterabilidad) y la posibilidad de presentación de la información.

2.2. Grupo de Trabajo (IV) sobre Comercio Electrónico

Respecto a los problemas señalados en el capítulo anterior, la UNCITRAL los ha reconocido en diversas sesiones del Grupo de Trabajo (IV) sobre comercio electrónico, identificando primero los problemas de la emisión de documentos transferibles en forma electrónica, señalando en una sesión del año 2002 que “dada la peculiaridad de las cuestiones que plantean los equivalentes electrónicos de los títulos negociables, parece necesario elaborar un nuevo marco jurídico general que regule la utilización internacional de mensajes de datos en sustitución de los títulos negociables sobre papel”¹⁷.

La idea de una nueva legislación que regule en forma directa la emisión de instrumentos negociables emitidos en forma electrónica se repite en los análisis doctrinarios de diversas legislaciones locales y suaviza la aplicación directa del principio de equivalencia funcional derivado de la firma electrónica.

2.2.1. Aplicación del principio de equivalencia funcional

A pesar de que no trata de forma directa la posibilidad de aplicar una equivalencia exacta entre documentos en papel y documentos electrónicos sin realizar modificaciones específicas, la UNCITRAL reconoce la necesidad de “trasladar al mundo electrónico los requisitos de las comunicaciones de papel, tales como la singularidad, la posesión y la negociación mediante la entrega. Para ello es preciso definir equivalentes que puedan lograr los mismos

¹⁷ GRUPO DE TRABAJO IV DEL SECRETARIADO DE LA COMISIÓN DE NACIONES PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. Aspectos jurídicos del comercio electrónico. Los obstáculos jurídicos para el desarrollo del comercio electrónico en los instrumentos internacionales que rigen el comercio internacional (A/CN.9/WG.IV/WP.94). 2002. [en línea]. <<http://www.uncitral.org/>> [consulta: 02 noviembre 2015]

resultados que estos requisitos para las comunicaciones sobre papel, haciéndolo de forma compatible con el medio electrónico.”¹⁸

Tomando lo señalado, y continuando con las ideas esbozadas anteriormente en el presente trabajo, es necesario modificar o al menos regular, ya que existen requisitos distintos en cada legislación nacional: la singularidad, la posesión y la transferibilidad del instrumento cambiario en forma electrónica en particular.

El mecanismo ideal dentro de nuestra legislación rigurosa y tal vez algo rígida es la dictación de una nueva norma que se encargue de estos mecanismos o la modificación de las normas existentes para adecuarlas al pagaré electrónico y permitir su utilización dentro del tráfico comercial de nuestro país, sin descontar otras alternativas posibles de solución que toman de base la flexibilidad del derecho comercial y del ámbito mercantil, como ha sucedido, por ejemplo, en Colombia.

2.2.2. Unicidad del documento electrónico

Entendemos por “unicidad” o “singularidad” la calidad de un documento en papel, por la cual éste y solo éste consigna los derechos emanados del título contenido en el mismo, dado que solo quien posea la copia física del documento podrá ejercer los derechos contenidos en aquel y realizar la transferencia o cesión de los mismos, por medio de la transferencia física del documento.

¹⁸ Op. Cit. UNCITRAL. A/CN.9/WG.IV/WP.118, Numeral 33.

La UNCITRAL ha reconocido el problema de la unicidad del documento electrónico, encargándose de la materialización del título (principio de incorporación del derecho al título) y considerando que la forma de transferencia es la entrega física del título, realizándose el endoso si éste es necesario¹⁹. Señala que es necesario asegurar a quien recibe un instrumento transferible a través de mensaje electrónico que no se ha podido enviar a otra persona por un parte precedente de la cadena un mensaje idéntico.

Esta es la llamada garantía de singularidad, la que “requiere que sea el único que existe (o bien que cada copia sea claramente identificable como tal)”²⁰. Se concluye que debe establecerse un régimen jurídico que defina un mecanismo funcionalmente equivalente para satisfacer la exigencia de la unicidad o singularidad de los documentos.

Dentro de las soluciones al problema de la unicidad, la que tentativamente parece más simple es la creación de un documento electrónico con características técnicas tales que simplemente no pueda copiarse, de tal forma que la seguridad del documento sea inviolable. Sin embargo, esta no ha sido la solución adoptada por la mayoría de las leyes internacionales existentes, que han asumido que no puede garantizarse la unicidad del documento únicamente por su diseño, requiriéndose una solución diferente.

Considerando el mundo actual cada vez más interconectado, con soluciones informáticas que se dicen más seguras que nunca pero que son vulneradas rutinariamente por diversos grupos, tanto privados (los llamados “*hackers*”) como estatales (en especial con las revelaciones de espionaje

¹⁹ Ídem. Numerales 6 y 7.

²⁰ Ídem, numeral 17

auspiciadas por países de un alto nivel de desarrollo) creemos que sería totalmente imposible la creación de un documento de características técnicas tales que permitan garantizar de forma total su carácter único. No podemos más que apreciar la visión o tal vez la mera coincidencia (por la falta de recursos técnicos en la época de consideración y elaboración de esta nueva legislación) de que se hayan buscado soluciones alternativas a una que parece cada vez más ser imposible.

De esta forma, se ha planteado que “no es necesario que un documento electrónico transferible posea características intrínsecas que lo hagan verdaderamente `singular`²¹”. La solución pasa por el principio de equivalencia funcional, estableciendo requisitos:

- a. Asegurar la integridad del documento y la disponibilidad de al menos un ejemplar a través de la designación y reproducción de un ejemplar fehaciente.
- b. Garantizar la identificación del titular o tenedor (quien ejerce el control del documento).

Si se pone atención en estos requisitos básicos, es posible identificar que en todas las soluciones implementadas se han propuesto formas de cumplirlos, por lo que son la base de la garantía de unicidad del documento electrónico.

2.2.3. Alterabilidad del documento electrónico

En las propuestas de la UNCITRAL se trata el problema de la alterabilidad del documento electrónico, identificando como focos de la misma

²¹ Ídem, numeral 38.

“la confianza que tengan los terceros en los procesos pertinentes, así como en la confianza en los proveedores terceros de servicios de confianza, como los registros y los operadores de plataformas de confianza²²”. Se plantea en específico la facilidad de alterar los documentos, por lo que se requieren procedimientos encargados de mantener la integridad y disponibilidad del documento electrónico.

2.2.4. Concepto de posesión del documento electrónico: principio de control

Como se ha hecho presente con el análisis realizado por la UNCITRAL, el concepto de posesión, que tiene especial importancia en los documentos transferibles, no puede aplicarse directamente a los documentos electrónicos, ya que por su naturaleza no pueden ser poseídos materialmente.

Para encontrar un mecanismo similar, que mantenga los beneficios de la incorporación del derecho al título y la posesión, es necesario aplicar el principio de equivalencia funcional, por medio del cual la mayoría de las legislaciones han solucionado este problema. A través de este principio, se ha dilucidado el concepto de control, que se ejerce sobre un documento electrónico transferible. El controlador del documento se considera como equivalente funcional de quien posee físicamente un documento en formato tradicional, y es el tenedor que puede hacer valer sus derechos sobre el documento.

Por esta equivalencia, puede solucionarse tanto el problema del ejercicio del derecho contenido en el título, como el de la unicidad o singularidad del

²² *Ibidem*, numeral 27

documento, ya que sumando la posibilidad de identificar quien posee el control del documento deja de ser relevante la posibilidad de múltiples copias. La tenencia o posesión desaparece como criterio de control del documento, por lo que su transferencia no implica la modificación o endoso del ejemplar. Así lo ha reconocido la UNCITRAL.

Como parte de la utilización del criterio de control, y consecuencia de la aplicación del principio de equivalencia funcional, debe identificarse quien ejerce actualmente este control sobre el documento cambiario.

Existen diversos métodos para esta identificación. La UNCITRAL señala que “se puede incorporar la prueba de la identidad de esa persona en el ejemplar autorizado, o se puede asociar ese ejemplar autorizado a un método que permita rastrear la identidad de esa persona (tal como un registro), de modo que la persona que consulte este ejemplar autorizado pueda constatar la existencia del control y tener acceso a las pruebas correspondientes.”²³

Así, se identifican tres diferentes enfoques para la determinación de quien posee el control del documento:

2.2.4.1. Modelo de apoyo

Por medio de este modelo, para verificar la identidad de quien ejerce el control se está a lo señalado en el documento, y si existen cambios de en su titularidad, ellos deben aparecer en el mismo, tal y como sucede actualmente con la sucesión ininterrumpida de endosos regulares.

²³ Ídem, numeral 45.

Así, el sistema que regule este modelo debe mantener un estricto control sobre el documento y su procedimiento de transferencia. Se aplica un criterio parecido al de los documentos en papel, debiendo por tanto establecerse métodos para asegurar que existe un “ejemplar único” que no pueda ser modificado y que sirve de referencia para determinar quién es el titular del documento.

2.2.4.2. Modelo de registro

Este criterio establece la necesidad de un registro externo, distinto al documento electrónico y mantenido por un tercero independiente. Para determinar al titular de manera fiable, debe existir un control exhaustivo del registro, tal que él no pueda ser modificado excepto por el titular.

Si se mantiene indubitado el registro, la importancia del documento electrónico en sí, disminuye considerablemente. Lo indispensable es que exista una forma de determinar si una copia determinada del documento es íntegra, que corresponda con el registro, de manera tal que cualquier persona pueda “saber dónde se identifica al titular, y que del mismo modo el verdadero titular identificado en el registro pueda valerse de dicha copia.”²⁴

2.2.4.3. Modelo de acceso exclusivo

Este modelo es consecuencia de la forma de almacenamiento del documento electrónico. Si se utiliza un sistema informático seguro, ideado a efectos de controlar la seguridad del documento y el acceso al mismo, puede

²⁴ Ídem, numeral 48 letra b)

establecerse que el control del documento se ejerce por la única persona que tiene acceso al documento transferible. Para transferir el control del documento, es necesario ceder la forma o los medios de acceder al documento.

Al ser consecuencia de la forma de almacenamiento del documento, este modelo podría ser utilizado en conjunto con el sistema de registro.

2.2.5. Otras cuestiones tratadas

En el texto, la UNCITRAL se encarga también de la firma manuscrita y su intercambio por la firma electrónica, y de la exclusión de la aplicación de la misma a los documentos transferibles, todo lo cual se abordó en la Convención sobre las Comunicaciones Electrónicas. Lo anterior se relaciona específicamente con la identificación y autenticación del tenedor que se tratarán en específico en un capítulo posterior.

3. Regulación Supranacional: Unión Europea

La Unión Europea, a través de la Directiva N° 99/93/CE, creó un marco jurídico común respecto a la firma electrónica, con el objeto de facilitar su utilización dentro de los Estados Miembros y contribuir al reconocimiento jurídico de la señalada firma dentro de sus legislaciones. Por medio de este marco general se pretende aumentar las confianzas en el uso de aquella.

Esta primera Directiva establece ciertas reglas generales respecto a los efectos de la firma electrónica, en su artículo primero: “1. Los Estados miembros procurarán que la firma electrónica avanzada basada en un

certificado reconocido y creada por un dispositivo seguro de creación de firma: a) satisfaga el requisito jurídico de una firma en relación con los datos en forma electrónica del mismo modo que una firma manuscrita satisface dichos requisitos en relación con los datos en papel; y b) sea admisible como prueba en procedimientos judiciales”. Como puede notarse por lo analizado en el acápite anterior, la regla es similar a las propuestas de la UNCITRAL y establece el principio de equivalencia funcional, al darle el mismo valor a la firma electrónica que a la firma manuscrita, además de señalar su admisibilidad como modo de prueba en los procedimientos judiciales.

Fuera de ello, contiene como elemento interesante la regulación de las entidades prestadoras de servicios de certificación, similares a las reguladas en el derecho chileno y español, estableciendo un marco general y una presunción de culpabilidad en contra de las mismas por los daños o perjuicios que pueda sufrir una persona que hubiere confiado de buena fe en un certificado que ellas emitan. Sobre estas entidades, en especial respecto a la regulación chilena, se tratará más adelante.

Además, se emitió por parte del Parlamento Europeo y el Consejo la Directiva 2000/31/CE, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior. A pesar de que esta Directiva no trata en particular de los instrumentos cambiarios, sí establece ciertas provisiones respecto a la validez de los contratos celebrados por vía electrónica (artículo 9) entre otras reglas relevantes, especialmente relacionadas con el traspaso de información entre Estados miembros.

De esta forma, no existe en la normativa de la Unión Europea una regulación directa de los instrumentos cambiarios electrónicos o del pagaré electrónico en particular, pero sí se establecen las bases generales para poder emitir documentos electrónicos (como la firma electrónica, esencial para reemplazar la firma manuscrita), y por medio de esta normativa general y estable los Estados miembros pueden desarrollar sus propias soluciones respecto a los instrumentos cambiarios, sea por la vía legislativa o por soluciones doctrinarias o de costumbre que permitan la circulación de estos instrumentos de forma segura e inalterable.

4. Estados Unidos de América

La legislación de Estados Unidos se basa fuertemente en la equivalencia funcional, la que se encuentra consagrada en dos normas legales de nivel distinto, la *Uniform Electronic Transactions Act* (en adelante UETA), aprobada por la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* el año 1999 como ley uniforme, lo que implica que debe ser aprobada por cada Estado por separado; y la *Electronic Signature Global (E-Sign)*, promulgada el año 2001 como ley federal.

4.1. Equivalencia funcional y fuentes de la normativa

El UCC (*Uniform Commercial Code*, Ley Uniforme) define el principio de equivalencia funcional en su sección 7, que menciona como fuente de la definición la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico de la UNCITRAL, que fue tratada *supra*. Por lo mismo, su definición es similar:“ (a) No se le podrá denegar efecto legal o coercibilidad a un registro o firma solo por constar en

forma electrónica. (b) No se podrá denegar efecto legal o coercibilidad a un contrato por el solo motivo de haberse utilizado un registro electrónico en su formación. (c) Si la ley requiere que un registro conste por escrito, este requisito estará cumplido por un registro electrónico. (d) Si la ley requiere una firma, este requisito se entenderá cumplido por una firma electrónica”. Al basarse en la ley modelo, esta definición es una simplificación de las reglas definidas por ella.

Esta definición del principio de equivalencia funcional es similar en la gran mayoría de las legislaciones que han adoptado la firma electrónica dentro de su ordenamiento, sea que se establezca el contenido o significado directamente o se implique por los requisitos que la norma imponga.

Es evidente la influencia de la UNCITRAL y de los Estados Unidos (al adoptar de tal forma la Ley Modelo propuesta) en algunas legislaciones extranjeras. Como ejemplo, podemos mencionar el artículo tercero de la ley chilena sobre firma electrónica, Ley 19.799, que señala “Los actos y contratos otorgados o celebrados por personas naturales o jurídicas, suscritos por medio de firma electrónica, serán válidos de la misma manera y producirán los mismos efectos que los celebrados por escrito y en soporte de papel. Dichos actos y contratos se reputarán como escritos, en los casos en que la ley exija que los mismos consten de ese modo, y en todos aquellos casos en que la ley prevea consecuencias jurídicas cuando constan igualmente por escrito”.

4.2. Requisitos según la UCC y las nuevas normas

La Sección 6 de la UETA establece dos requisitos fundamentales: “a) que se trate de un pagaré o de un título de tradición, y b) que el emisor del

documento haya convenido en forma expresa la utilización del AET”²⁵. El primer elemento es lógico, ya que la ley fue concebida solo para el uso del pagaré y de títulos de tradición, teniendo idea fundante acelerar las operaciones del sector hipotecario de Estados Unidos. Respecto al segundo punto, es interesante la convención expresa, ya que podría considerarse que la sola emisión del documento en forma electrónica es suficiente para entender que la voluntad del emisor es utilizar las reglas del pagaré electrónico. En contraste, la E-Sign solo se encuentra concebida para los pagarés cuyo objeto sea garantizar un préstamo, y requiere: “a) que se trate de un pagaré, b) que el emisor del documento haya convenido en forma expresa la utilización del AET, y c) que el pagaré se haya emitido para garantizar un préstamo sobre un bien inmueble”²⁶. Los requisitos son por tanto los mismos en ambas normas, con excepción del punto c) respecto a los bienes inmuebles.

Para que el documento electrónico, siguiendo la lógica de ambas normas, sea considerado un pagaré electrónico, debe cumplir primero los requisitos de forma de todo pagaré, los que deben adaptarse a su naturaleza electrónica. El UCC, en la sección § 3-104 y siguientes establece como requisitos para la emisión del pagaré los siguientes:

- a) Debe emitirse en soporte papel²⁷
- b) Debe contener la firma del emisor
- c) Debe incluir la promesa no sometida a condición de pagar una cantidad determinada de dinero

²⁵ RICO, M., op. cit, 9p. La autora traduce al español la expresión “transferable record” como “archivo electrónico transferible”, con las siglas AET, como aparece en el párrafo citado.

²⁶ Ídem, p. 10

²⁷ Este requisito no se deriva del UCC en si, pero si de las características específicas del pagaré, tal como sucede en el derecho chileno.

- d) Debe establecerse el momento del pago
- e) Debe ser pagadero a la orden o al portador del documento

Aplicando el principio de equivalencia funcional establecido en las dos normas mencionadas, las reglas concebidas para el pagaré emitido en papel deben ser adaptadas a la naturaleza intangible del documento electrónico. Ambas legislaciones realizan esta equivalencia de la siguiente forma:

4.2.1. Utilización de la firma electrónica

Al emitir el documento en forma electrónica, esto es, de forma intangible, no puede cumplirse el requisito de la firma del emisor más que por medio de la firma electrónica, lo que lógicamente se permite en forma expresa tanto por la UETA como por E-Sign. La novedad de la legislación norteamericana es que no se establece una forma específica de firma electrónica. Así, “ambos textos se limitan a consagrar el principio de no discriminación del soporte, al indicar que no se negarán efectos jurídicos a las firmas por el sólo hecho de estar en formato electrónico²⁸”, lo que es una evidente priorización del principio de neutralidad tecnológica, el que también se establece en nuestra legislación y que “busca establecer instituciones permanentes, que no dependan de medios tecnológicos que puedan quedar superados y, aún más, obsoletos debido al desarrollo técnico creciente que caracteriza la revolución informática”²⁹. Esta libertad otorgada a los contratantes es usual en las legislaciones derivadas del *Common Law*, pero extremadamente poco común en las pertenecientes al Derecho Continental, por el riesgo de abuso de quienes utilizan los mecanismos permisivos.

²⁸ *Ibíd*em, p. 13

²⁹ SANDOVAL López, Ricardo. Op. Cit. P. 69.

El tipo o forma de firma que se utilizará en el documento electrónico queda entonces a cargo de las partes, quienes en todo caso deberán elegir un sistema de información fiable, que permita en todo momento la identificación de quien posee el control del documento electrónico (quien, como se ha tratado anteriormente, es equivalente al tenedor del documento físico).

4.2.2. Voluntad del emisor de someterse a las reglas del pagaré electrónico

Para la emisión del pagaré en forma puramente electrónica dentro de la legislación de los Estados Unidos, sustituyendo la emisión de un soporte físico, es necesaria la aprobación del emisor, la que se entiende otorgada por medio de la inserción de su firma electrónica en el documento. Esta exigencia de conformidad es una forma de proteger al emisor, ya que “asegura que éste no pueda ser obligado a aceptar la conversión de un documento emitido originalmente en papel por un AET sin su expresa aprobación³⁰”.

El acuerdo de someterse a las regulaciones de la E-Sign o UETA adquiere mayor importancia por la libertad de elección del método tecnológico por el cual se cumplirán los requisitos establecidos para el pagaré electrónico. Por el estampado de la firma dentro del nuevo documento, se acepta el método tecnológico utilizado para la emisión del pagaré.

³⁰ Ídem

4.2.3. Garantía de unicidad y principio de control

Como se ha señalado reiteradamente, la naturaleza del documento electrónico hace compleja la existencia del ejemplar único contemplado en la mayoría de las legislaciones, situación que es necesaria para el ejercicio de los derechos incorporados al documento. Las normas señaladas no establecen una solución directa a este problema, al contemplar solo criterios mínimos que debe cumplir el sistema de información para valer como pagaré. Así, este sistema debe permitir distinguir entre un documento original, respecto de una simple copia. Esta necesidad de distinción introduce el criterio de control del documento, mencionado *supra*, que según ambas leyes debe cumplir con los siguientes criterios:

4.2.3.1. Identificación de quien tiene el control del documento

El criterio de control del documento se introduce en la legislación de Estados Unidos por los mismos motivos identificados por la UNCITRAL, esto es, la necesidad de encontrar una forma equivalente a la posesión que identifique a la persona facultada para ejercer el derecho contenido en el título. Así, se crea la figura del controlador del documento electrónico.

La figura del controlador, sin embargo, no es estática, ya que la transferibilidad es esencial en la figura del pagaré. Es por ello que el sistema informático que se implemente debe incluir la posibilidad de transmisión del derecho a otras personas, permitiendo la identificación del controlador que originalmente detentaba el derecho, y todos los sucesivos, para tener conocimiento del acreedor del pagaré en un momento determinado.

4.2.3.2. Garantía de inalterabilidad del documento

Esta garantía se deriva de la característica natural de inmutabilidad del pagaré emitido en un soporte físico, ya que solo puede ser modificado por quien posee el título. Por supuesto, igual como sucede con los instrumentos emitidos con forma física, existen excepciones a esta inmutabilidad necesarias para la circulación del pagaré.

Las excepciones se reducen a:

- a) Transferencia de titularidad: por medio de la transferencia del control del documento, que debe ser consentida por el controlador original, legitimado para transferirlo.
- b) Solicitud de copias del original: la impresión de la copia debe incluir la designación de aquella calidad.
- c) Modificación del contenido: debe registrarse la modificación en el sistema informático que se utilice, señalándose su calidad de tal y el contenido de la misma, autorizada del documento.

Así, fuera de las excepciones listadas, el sistema informático que se utilice para la emisión del pagaré debe garantizar que el documento permanezca intacto, sin modificaciones no autorizadas.

4.3. Regulación de la transmisión de los archivos electrónicos transferibles

De forma similar al resto de las legislaciones que contemplan al pagaré, es necesaria la entrega del título y su endoso (excepto si se trata de títulos que no utilizan ese mecanismo, como los emitidos al portador) para transmitir los instrumentos negociables. Así, se utiliza la ya mencionada figura del control del documento, permitida tanto por la UETA como la E-Sign, sustituyendo la posesión de un instrumento en forma física por una representación electrónica del título-valor. La transferencia del control exclusivo del documento constituye la forma de endosar el instrumento y su forma de entrega.

Según este principio de control exclusivo, quien demuestre tener el control del documento pasa a ser el legítimo titular del derecho incorporado al título (emitido en un soporte electrónico). La regulación del derecho de control introducido tanto en la UETA como en la E-Sign se basa en el artículo 9 del UCC, que fue modificado y es conocido como las “New e-Commerce Laws”, el que puede encontrarse en el anexo de este trabajo.

Según la E-Sign, en su Sección 201 apartado (b): “Una persona tiene control de un archivo electrónico transferible cuando el sistema utilizado para demostrar la transferencia de intereses en el archivo electrónico establece de manera fidedigna a esa persona como la persona a quien se le emitió o transfirió el archivo electrónico”. Así, se deja a la elección de quienes utilizan la normativa el sistema que se utilizará para garantizar el control del documento, el que siempre debe cumplir con las normas mínimas establecidas.

4.4. Conclusiones

La estructura legal del pagaré electrónico en los Estados Unidos es inusualmente libre, además de bastante cercana a las leyes modelo y otros análisis emitidos por la UNCITRAL. Así, la legislación tiende a establecer ciertos criterios mínimos, como por ejemplo los requisitos para emitir un pagaré electrónico, los requisitos mínimos del sistema que debe utilizarse para garantizar el control del documento, entre otros. Las reglas establecidas son similares a las establecidas en la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico de 1996 y en las distintas notas de la UNCITRAL, con la particularidad de no elegir un sistema específico o imponerlo directamente a quienes desean someterse a la legislación que regula el pagaré electrónico.

De esta forma, no es posible señalar que la legislación en análisis utilice un modelo determinado para la regulación del pagaré electrónico o de los documentos electrónicos en general, aunque en la práctica se ha favorecido un modelo de registro por terceros, sin que ello sea de ninguna forma obligatorio.

Las soluciones que pueden tomarse de la legislación estadounidense son similares a las conclusiones de la UNCITRAL: el principio de equivalencia funcional obliga a generar instituciones equivalentes a las que emanan de la naturaleza del pagaré, derivadas de la incorporación del derecho al título (tales como la transmisibilidad por medio de la entrega o endoso, la inalterabilidad del documento, entre otras). La institución más importante es la que se equipara a la tenencia del título en papel, el llamado principio de control, también reconocido por la UNCITRAL.

Otro aspecto interesante es la atenuación del principio de inalterabilidad del documento (emanado de la emisión en soporte físico papel) permitiendo su modificación en los casos en que ello es práctico, tales como para solicitar copias, realizar el cambio del titular entre otros.

Como la mayoría de las legislaciones, se consideró necesario por el legislador la dictación de normas especiales que introdujeran estos principios, a pesar de dejar en manos del emisor la elección de un sistema que permita mantener fidedignamente el control del documento y la transmisibilidad del mismo. Como se ha tratado ya y como también se verá más adelante, en Chile, así como en la mayoría de las legislaciones de la tradición civilista (*ius commune*), se tiende a establecer un modelo obligatorio para la regulación, quedando la libertad de quienes utilizan las normas limitada solo al contenido o a la forma de utilización, sin poder elegir un sistema alternativo, aunque este cumpla la misma función. Tanto es así que en el proyecto de reforma de la actual Ley de Firma Electrónica se establece un sistema de registro, basado en terceros de confianza, y obliga a la utilización de esta forma de firma (llamada firma electrónica avanzada) para la validez de documentos. De ahí se deriva el inmenso contraste con el sistema de Estados Unidos, que permite a las partes elegir directamente la forma en que cumplirán con los requisitos legales. Atendido el aún restringido acceso a la creación de instrumentos electrónicos con firma electrónica avanzada –de hecho, el denominado E-Token tiene un costo de adquisición y un período de validez— es probable que durante mucho tiempo se prefiera por algunos, el uso del pagaré en soporte papel, debiendo, pues, coexistir ambos.

No se puede encasillar, de esta forma, a la regulación de los Estados Unidos a ninguno de los modelos reconocidos por la UNCITRAL, al ser aplicables todos, dependiendo de la elección de quien pretende utilizarlo. La mayor característica del sistema estadounidense para firma electrónica y pagaré, al margen de las pocas novedades que quedan fuera de lo señalado por la UNCITRAL en diversas normas y minutas, es la libertad casi total que entrega a quien se beneficie del pagaré electrónico, solo debiendo respetar ciertos criterios mínimos.

5. España

La legislación española no menciona de manera concreta los documentos transables susceptibles de esta modalidad de firma, existiendo solo ciertas leyes generales que regulan la firma electrónica en aquel país y normas generales sobre los instrumentos transables.

Por este motivo, analizaremos como se ha fallado por los tribunales la utilización del pagaré electrónico sin modificación directa de la ley; la existencia de leyes relacionadas al pagaré electrónico y posteriormente los planteamientos de la doctrina española al respecto.

5.1. Regulaciones existentes que se acercan al pagaré electrónico

La regulación general del pagaré y los demás títulos cambiarios se encuentra en la Ley 19/1985 Cambiaria y del Cheque. En cuanto al pagaré, esta ley es muy similar a la chilena, estableciendo primero la regulación de la letra de cambio y luego, después de toda aquella regulación, introduce los requisitos

del pagaré, haciendo aplicables, en cuanto no fueren contrarios a la naturaleza del pagaré, las disposiciones relativas al endoso, vencimiento, pago, entre otras; que fueron señaladas para la letra de cambio (artículo 96). El contenido que debe incluir un pagaré es también muy similar a la ley chilena, señalándose qué debe contener (artículo 94):

- a) Denominación de pagaré inserta en el texto del título en el mismo idioma que su redacción
- b) Promesa pura y simple de pagar una cantidad determinada de dinero
- c) Indicación del vencimiento
- d) Lugar del pago
- e) Nombre de la persona a quien se hará el pago o a cuya orden se haya de efectuar
- f) Fecha y lugar de firma del pagaré
- g) Firma del emisor

Al ser tan similares ambas legislaciones, los problemas que se generan por la utilización del pagaré en forma electrónica son también similares, lo que se analizará en el acápite siguiente.

Dentro de la modernización de la ley española, se dictó la ley 59/2003 sobre firma electrónica, la que no contiene regulación específica de los instrumentos cambiarios. Al igual que la ley chilena, establece servicios de certificación de firma regulados en la misma ley, pero no incluye una definición del principio de equivalencia funcional, que sí se encuentra acogido en nuestra legislación en forma específica. Luego de definir la firma electrónica y establecer sus efectos, el artículo tercero señala que los documentos públicos, documentos expedidos

y firmados electrónicamente por funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones y los documentos privados tendrán el valor y la eficacia jurídica que corresponda a su respectiva naturaleza, de conformidad con la legislación que les resulte aplicable. Es una forma más limitada de darles validez legal a los documentos, pero explicita la posibilidad de hacerlos valer y además establece su admisibilidad como prueba en juicio, cumpliendo con los requisitos y el procedimiento de impugnación que se establecen en la misma ley.

Finalmente, y más cercano a los instrumentos transferibles, se estableció un Sistema Nacional de Compensación Electrónica (SNCE), regulado por el Real Decreto 1369/1987. Por medio de este sistema, se permite prescindir del papel para el ejercicio o transmisión del derecho contenido en el mismo, aunque no se permite su creación en forma electrónica. El sistema establecido “permite que las entidades de crédito poseedoras de los títulos cambiarios, en lugar de hacerlos circular, los inmovilicen en la agencia o sucursal que los haya recibido y remitan por el sistema electrónico los datos contenidos en ellos a las entidades en las que está domiciliado su pago, de forma que estas entidades liquiden por compensación los créditos y las deudas existentes entre ellas, derivados de esos efectos de comercio³¹”. Según los mismos autores, se permite que el endoso entre distintas entidades de crédito pueda realizarse prescindiendo de la circulación de los títulos materiales, sin necesidad de presentarlos físicamente y dando la posibilidad de ejercer los derechos contenidos en ellos de esta misma forma. En Chile, un atisbo de esta circulación desmaterializada puede quizá hallarse en el denominado “truncamiento de cheques” o “canje por imágenes”, todo ello a propósito del sistema de canje y cámaras de compensación en la banca nacional.

³¹ HINAJEROS, F, FERRER, J. y MARTÍNEZ, A, op. Cit. P. 226

Cabe decir que en nuestro país han existido iniciativas similares, “mixtas”, que modifican algunas características del pagaré acercándolo al documento electrónico sin permitir que se creen directamente en esa calidad, ya que ello requeriría a lo menos una modificación legal o generaría problemas de validez en nuestra legislación. Un ejemplo de estas iniciativas es el almacenamiento electrónico de los pagarés que realiza el Banco del Estado de Chile, por medio del cual se certifica por firma electrónica el sello que requiera el banco para emitir un certificado del pagaré existente. Este sistema solo permite la emisión de certificados que no pueden utilizarse directamente como pagarés, por las restricciones legales y problemas de validez que ello generaría.

Fuera de las alternativas que se acercan a la documentación electrónica, existen soluciones más completas en la legislación española, pero que se aplican a instrumentos distintos al pagaré. El mejor ejemplo de ello es la desmaterialización de las acciones, que también son títulos-valores, pero distintos a los títulos cambiarios como el pagaré o la letra de cambio. La regulación consiste en la representación de las acciones de sociedades transadas en bolsa a través de anotaciones en cuenta, “en la que el soporte documental en papel de la acción desaparece y la acción como valor desincorporado pasa a representarse a través de anotaciones en registros de naturaleza contable e informática.”³² Este mecanismo exige la intermediación de determinadas entidades, a las que se encarga la gestión de las cuentas de valores o registros contables. En ellas constan los valores de cada emisor y las transacciones que se verifican sobre ellos. La legislación chilena, asimismo, contempla esta forma desmaterializada de emisión de valores mobiliarios.

³² MARTÍNEZ Nadal, Apol-lónia. 2010. La admisibilidad jurídica del pagaré en el Derecho español. Diario La Ley (7461).

Como puede intuirse fácilmente, este sistema es extremadamente similar a los que planea utilizar o de hecho se emplea desde ya por algunas legislaciones para la emisión y/o suscripción de pagarés en forma electrónica, con la intermediación de terceros de confianza que eliminan el problema que se genera por la posesión material de los documentos electrónicos. Así, como señala el mismo texto, por la ausencia de soporte material, se producen ciertos efectos particulares: “a) la legitimación por la posesión característica de los títulos valores debe sustituirse por otro elemento legitimatorio: la presunción de titularidad del derecho se basa ahora en la inscripción de los valores a nombre de una persona en el registro correspondiente³³; y b) la transmisión de acciones no se produce ya a través de la entrega del documento material, ahora inexistente, sino que es necesaria la comunicación a la entidad adherida y la inscripción del adquirente como nuevo titular³⁴”.

De lo analizado anteriormente puede concluirse que la legislación española se encuentra medianamente preparada para permitir la emisión de títulos de crédito en forma electrónica sin fórmulas mixtas, existiendo incluso un título valor, como lo son las acciones, que tienen establecido un sistema extremadamente similar (pero lógicamente más limitado) al de otras legislaciones que sí contemplan el pagaré electrónico, que permitiría sustituir la posesión por una presunción de titularidad y la transferencia a través de la

³³ Esto es similar al principio de control, quien tenga la posibilidad de realizar modificaciones al registro es quien posee el control-posesión del documento. Aquí existe una presunción de titularidad cuando la persona se encuentra en el registro de las acciones representadas. Incluso, contempla la posibilidad de modificación del registro por medio de aviso a la entidad encargada del mismo cuando existe transmisión de acciones, mecanismo casi idéntico al cambio del controlador que se aplica en varios mecanismos basados en el modelo de registro.

³⁴ MARTÍNEZ Nadal, Apol-lónia, op. Cit.

entrega de la comunicación a la entidad encargada del sistema y la inscripción de quien adquiere la acción como su titular.

5.2. Trato jurisprudencial al pagaré electrónico

La jurisprudencia española ha sido bastante menos receptiva al pagaré electrónico, suscribiendo en general la idea de que el pagaré emitido en forma puramente electrónica no es válido en España sin que exista una normalización de los títulos valores y una modificación legislativa que los permita.

Existen dos sentencias emblemáticas, mencionadas por MARTINEZ Nadal, que tratan directamente de la validez legal de los pagarés electrónicos. La más reciente es la Sentencia 326/2010, del 13 de julio de 2010, emitida por el Juzgado de Primera Instancia N°55 de Barcelona. En ella, el Tribunal se muestra contrario a la admisión de la condición de pagaré del documento electrónico que se acompañó en la demanda, lo que fue solicitado por la parte demandante. Señala el sentenciador que “no resulta admisible la pretensión de la recurrente de incluir entre las obligaciones de la parte demandada, la de gestionar el pagaré electrónico presentado porque reiterando lo ya dicho, ni se previó expresamente en el contrato suscrito, ni la práctica bancaria hoy día vigente permite que tal gestión puede ser llevada (*sic*) a cabo en condiciones de seguridad”, además de hacer aclaraciones en específico respecto a la legalidad del pagaré, tratando entre otros temas:

- a) Validez de los títulos-valores virtuales según la ley 19/1985, Cambiaria y del Cheque: “La Ley 19/1985 [...] ni contempla ni pudo representarse la posibilidad de que existieran títulos valores que podríamos denominar de naturaleza virtual,

por lo que si bien es cierto que respecto del pagaré (no así la letra de cambio), no se exige una forma normalizada, se parte siempre de la presunción de que se asienta sobre un soporte papel, precisamente porque la ley considera al pagaré un título-valor, y es sabido que los indicados títulos fueron creados con el propósito de agilizar las operaciones mercantiles sobre derechos de crédito, incorporándose el derecho a un soporte material, corpóreo y tangible, de manera que al unir el derecho al documento, éste se convertía en una cosa mueble susceptible de circulación.”

Como puede desprenderse de la conclusión del Tribunal, su postura es tremendamente similar a la doctrina chilena, en virtud del principio de incorporación del derecho al título, señalando, como adición a la idea general de que el derecho, al incorporarse al soporte papel, se transforma en una cosa mueble, la consideración de que el legislador o la ley previeron que el pagaré debe asentarse sobre un soporte material corpóreo, idea que resulta del todo lógica, considerando la fecha de dictación de la ley española (1985), aplicable a la chilena, dictada en 1982.

- b) Legalidad de la firma electrónica: “El argumento de la parte apelante acerca de la legalidad de la firma electrónica incorporada al título que presenta, y a que de este modo se cumplirían las exigencias legales establecidas para el pagaré, no resulta suficiente, toda vez que de conformidad con lo dispuesto en artículo 3 (apartados 4 y 7) de la ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica, los documentos expedidos y firmados electrónicamente `tendrán el valor y la eficacia jurídica que corresponda a su respectiva naturaleza, de conformidad con la legislación que les resulte aplicable`, lo que significa algo por lo demás evidente, y es que el carácter electrónico de la firma no altera las exigencias

legales acerca de la naturaleza jurídica del documento de que se trate, por lo que si consideramos que nuestra legislación no regula los pagarés electrónicos, la legalidad de la firma electrónica no cambia nada y el documento electrónico no adquirirá la condición de título-valor que se pretende, por el mero hecho de la legalidad de la firma.”

Con este argumento, el Tribunal desestima la sola utilización de la Firma Electrónica como mecanismo para darle validez al pagaré electrónico, basándose en el argumento de que las exigencias legales para el documento en forma electrónica no pueden cumplirse, al no estar contempladas a *lege lata*. De esta forma, apunta a la idea de que una reforma legal es indispensable para la validez del pagaré en forma electrónica, lo que es compartido por varios autores españoles que tratan el tema.

- c) Conclusión del tribunal: “Por consiguiente, y sin perjuicio de ulteriores reformas legislativas acordes con los cambios que se suceden en la vida real, en nuestro Derecho actualmente vigente, el título-valor presupone la existencia de un asiento documental, conclusión que queda reforzada por el hecho de que cuando el legislador ha querido quebrar la referida exigencia ha procedido a una regulación expresa.”

Por medio de esta contundente conclusión, el Tribunal adscribe expresamente a la idea de que no es posible, en la situación particular española, emitir pagarés en soporte electrónico, al menos sin una modificación legislativa que permita preservar las garantías que se otorgan al título-valor como bien mueble. Esta idea es interesante, ya que reduce la fuerza del principio de equivalencia funcional, el que sí se encuentra reconocido en

algunas normas españolas, y posterga la utilización del pagaré electrónico a pesar de la existencia de un sistema similar para las acciones de sociedades transadas en bolsa. En nuestra opinión, el Tribunal dio preferencia a la seguridad jurídica por sobre la libertad de contratación, lo que es una alternativa válida pero decepcionante para las innovaciones tendientes a proporcionar mayor agilidad a la circulación del pagaré.

Como comentario final, existe una sentencia anterior, del año 2008, que utiliza argumentos similares para desestimar la validez de los pagarés electrónicos sin una modificación a la legislación vigente, señalando en una de sus consideraciones: “En tercer lugar, la lc³⁵ de 1985, porque en el ordenamiento jurídico español falta el apoyo legal y en la organización bancaria, el técnico, para que el documento electrónico pueda circular en similares condiciones de seguridad jurídica y eficacia que un título valor tradicional en papel; a pesar de que a partir de la Ley 59/2003, de Firma Electrónica, ya existan medios para establecer la autenticidad de la firma del documento.”

5.3. Análisis doctrinario sobre la utilización de instrumentos cambiarios electrónicos

La doctrina española analizada se ha inclinado, de forma similar a la jurisprudencia, por la idea de que una modificación legislativa es necesaria para la validez del pagaré electrónico. Así, se ha señalado como obstáculo que la Ley Cambiaria Española presupone la emisión del pagaré en un soporte documental material, tanto así que los autores han “hallado hasta 27 previsiones que hacen referencia al término escrito (o alguno de sus derivados),

³⁵ Con la expresión “lc”, los autores se refieren a la Ley Cambiaria.

88 relativas a la firma o alguno de sus derivados (firmante, firmado...) y hasta 12 relacionadas con el concepto de documento³⁶". Se identifican conflictos con la validez del documento que exceden del presupuesto de la equivalencia funcional que otorga la firma electrónica, que reemplazaría la firma manuscrita del pagaré emitido en forma física, identificando el problema de la Unicidad del documento, ya mencionada anteriormente, y proponiendo ciertas soluciones, que tienden a rechazar la emisión sin modificaciones legales, tales como DIAZ Moreno, que señala que "En suma, de *lege data* no resulta posible emitir pagarés, letras o cheques en forma electrónica. Ni siquiera cuando el documento electrónico de que se trate recoja las menciones exigidas por la Ley (cfr. arts. 1, 94 y 106 LCCh). O, si se prefiere expresarlo en términos positivos: sólo mediante su "incorporación" a un soporte material (esto es, solo emitiendo un documento en papel con las características formales exigidas legalmente) es posible crear derechos de crédito sometidos a la especial disciplina cambiaria. Ésta no puede aplicarse, en los términos en que actualmente está redactada, a derechos incorporales³⁷".

Ello se tratará con mayor detalle en las secciones siguientes.

5.3.1. Equivalencia del documento electrónico con el soporte material

³⁶ HINAJEROS, F, FERRER, J. y MARTÍNEZ, A, op. Cit. P. 227

³⁷ DIAZ Moreno, Alberto. 2014. Sobre la posibilidad de emitir pagarés cambiarios "electrónicos". [en línea] <<http://www.gomezacebo-pombo.com/index.php/es/conocimiento/noticias/item/1329-sobre-la-posibilidad-de-emitir-pagar%C3%A9s-cambiaros-%E2%80%9Celectr%C3%B3nicos%E2%80%9D>> [consulta: 23 diciembre 2015].

La doctrina española ha contemplado el problema del cambio del soporte, pasando de un documento físico, material, a un documento electrónico, virtual. Para ello, se utiliza el criterio de la equivalencia funcional, que se encuentra consagrado en diversos preceptos en el derecho español. La ley 34/2011, sobre Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, señala en su artículo 23, apartado 1 que “los contratos celebrados por vía electrónica producirán todos los efectos previstos por el ordenamiento jurídico, cuando concurren el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez”, y continuando en el apartado 3 que “siempre que la Ley exija que el contrato o cualquier información relacionada con el mismo conste por escrito, este requisito se entenderá satisfecho si el contrato o la información se contiene en un soporte electrónico. Esto se ve complementado por lo señalado en el artículo 3.4 de la Ley 29/2003 sobre Firma Electrónica, que señala que “la firma electrónica reconocida tendrá el mismo valor que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel”. Como puede apreciarse, lo señalado es muy similar a lo propuesto por la UNCITRAL en la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico (*vid* 2.1).

Sin embargo, se ha señalado que la equivalencia será aplicable “cuando la forma escrita cumpla una función equivalente y produzca efectos similares, y sin que ello suponga problemas adicionales derivados de la naturaleza electrónica que quedan sin resolución. Porque, en tal caso, la admisibilidad de la forma electrónica quedaría condicionada a la resolución previa o conjunta de tales problemas. En otro caso, de la admisión de la firma electrónica se derivarían más perjuicios que ventajas”³⁸

³⁸ Ídem, p.230

5.3.2. Firma manuscrita versus firma electrónica: equivalencia funcional

La solución general para reemplazar la firma manuscrita, como ha sido utilizada reiteradamente por las legislaciones que implementan el pagaré electrónico explícitamente, es la utilización del criterio de la equivalencia funcional, por medio del cual la firma electrónica, cuando cumple con los criterios establecidos en la ley, se considera equivalente en validez a la firma manuscrita. Este criterio es ampliamente conocido, y ha sido y será estudiado con más detalle en este trabajo, y se considera como solución suficiente por la doctrina española, pero solo respecto a la firma. Como señaló la sentencia citada más arriba, la sola firma electrónica, en opinión de la jurisprudencia y de algunos autores, no soluciona por sí misma los problemas que genera la digitalización de los títulos de crédito, pero sí soluciona un inconveniente: la firma manuscrita. Excede el ámbito de este trabajo analizar las normas específicas que establecen esta equivalencia (aunque se encuentran más arriba, Ley 34/2011, sobre Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico y Ley 29/2003 sobre Firma Electrónica).

5.3.3. Unicidad del documento electrónico

Respecto a la unicidad, esto es, a la garantía del carácter de único del documento; característica propia de los documentos en papel pero compleja de aplicar a los documentos electrónicos, la doctrina se ha basado bastante en los problemas alzados por la UNCITRAL. En este sentido se han referido MARTÍNEZ Nadal y GÁLVEZ, quien menciona, refiriéndose a la autora, que “la

posesión es especialmente relevante en relación a los títulos valores, toda vez que es necesaria tanto para el ejercicio de los derechos, como para su transmisión (*traditio*)³⁹. Por ello, para su funcionamiento en relación a un derecho como la posesión “es esencial que se trate de un *único documento* el que legitime para el ejercicio de los derechos y permita su transmisión ya que es la prueba del derecho incorporado”⁴⁰.

Como puede deducirse, los problemas son extremadamente similares a los identificados por la UNCITRAL y por tanto al derecho norteamericano. Tanto es así, que según señala el mismo autor “La doctrina en España ha dedicado su atención a supuestos excepcionales como la *lettre de change relevé papier* o la *lettre de change relevé magnetique* del Derecho francés y, especialmente, los *electronic transferable records* del Derecho norteamericano⁴¹”. Las soluciones, como se verá en el punto siguiente, también son similares, con algunas particularidades interesantes.

5.3.4. Soluciones propuestas

Las soluciones propuestas a los problemas que emanan de la emisión de pagarés en forma electrónica serán tratadas punto por punto:

5.3.4.1. Exigencia de forma escrita

Respecto a este punto la doctrina española es más flexible, ya que se utiliza el concepto de la equivalencia funcional como forma de reemplazo del

³⁹ GÁLVEZ Dominguez, Eduardo. 2013. El pagaré electrónico. *Certusan, incertusquando*. Diario La Ley (8216).

⁴⁰ Ídem.

⁴¹ Ibídem

documento en sentido material, propiciando su desmaterialización. De esta forma, y acorde al artículo 23 de la Ley 34/2002 sobre Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, “los contratos celebrados por vía electrónica producirán todos los efectos previstos por el ordenamiento jurídico, cuando concurren el consentimiento y los demás requisitos de validez”, y, luego, más abajo, que “siempre que la Ley exija que el contrato o cualquier información relacionada con el mismo conste por escrito, este requisito se entenderá satisfecho si el contrato o la información se contiene en un soporte electrónico”. Esto debe ser complementado con la Ley 59/2003 sobre firma electrónica, que señala que “la firma electrónica reconocida tendrá respecto de los datos consignados en forma electrónica el mismo valor que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel”. En suma, en virtud de ambas leyes la validez formal del documento electrónico estaría asegurado, en base al principio de equivalencia funcional consagrado en ambas disposiciones, si se cumple con los requisitos básicos señalados.

Sin embargo, en virtud de ciertos problemas adicionales identificados por algunos autores, se señala que este principio no podría aplicar directamente sin solucionarlos de forma previa. Así, se señala que “este principio de equiparación será de aplicación cuando la forma escrita cumpla una función equivalente y produzca efectos similares, y sin que ello suponga problemas adicionales derivados de la naturaleza electrónica que quedan sin resolución⁴²”. De esta forma, los autores son bastante directos, a diferencia de la aplicación de principios generales que se realiza en los análisis de otras legislaciones: a pesar de que exista una infraestructura legal que permita equiparar en validez a los documentos electrónicos con los documentos emitidos en un soporte

⁴² HINAJEROS, F, FERRER, J. y MARTÍNEZ, A, op. Cit. P. 230

material, se considera que ella no es suficiente mientras no se resuelvan todos los conflictos que derivan del cambio de soporte. En ello coinciden tanto los autores citados como DIAZ Moreno y otros.

En conclusión, este requisito se puede considerar satisfecho, pero la posibilidad de emisión de documentos electrónicos no alcanza a solucionar por si misma los problemas emanados de los documentos cambiarios electrónicos.

5.3.4.2. Firma del documento: firma electrónica

Respecto a la firma del documento, se habló anteriormente de la necesidad de la firma de los distintos obligados, el emisor del pagaré, los endosantes, entre otros, teniendo importancia tanto para la existencia del pagaré como para la responsabilidad de los intervinientes. Esta regla es universal y se reitera en las legislaciones, y así se aplica en la que se analiza. La ley de firma electrónica (reiteramos, 59/2003) no solo equipara los datos consignados en el documento con los que aparecen en un soporte material, sino que también equipara la firma electrónica con la firma manuscrita (artículo 3) si se cumplen los requisitos de exigidos, que son básicamente los siguientes:

- a) Utilización de un sistema de firma electrónica reconocida: En España es aquel basado en la firma electrónica avanzada, ya que permite realizar la autenticación y garantiza la integridad del documento.
- b) Certificado reconocido: Ese requisito es propio de la legislación española, y se encuentra establecido en el artículo 13 de la Ley 59/2013 sobre firma electrónica. Este certificado comprueba la identidad del solicitante, quien debe haber concurrido presencialmente para su emisión.

- c) Debe haber sido realizada con un dispositivo seguro de creación de firma: Ello se encuentra regulado en los artículos 24 y siguientes de la citada ley 59/2013.

Al igual que con la emisión del documento en forma electrónica, se ha señalado por la doctrina que la existencia de esta “equivalencia funcional”, no implica que se hayan solucionado los problemas emanados de la naturaleza electrónica ni los soluciona por sí misma, no siendo de esta forma suficiente tal circunstancia para la utilización de documentos cambiarios electrónicos.

Así, los documentos emitidos electrónicamente que contienen firma electrónica avanzada y que cumplen con los requisitos de emisión podrán tener, según lo señalado en el artículo 3 N°7 de la ley de firma electrónica, “el valor y la eficacia jurídica que corresponda a su respectiva naturaleza, de conformidad con la legislación que les resulte aplicable”, la que no podrá ser la de instrumento cambiario. Podría considerarse como un principio de prueba de la existencia de una deuda.

En conclusión, al igual que la posibilidad de emitir documentos sin soporte material, la posibilidad de reemplazar la firma manuscrita por la firma electrónica, siempre cumpliendo con los requisitos legales establecidos, no es suficiente para solucionar los problemas generados por la utilización de instrumentos cambiarios, pero si es suficiente para dar por cumplido este requisito legal.

5.3.4.3. Unicidad del documento electrónico

Al igual que las otras legislaciones y propuestas analizadas, la doctrina española reconoce la necesidad de que el documento original sea de carácter único, ya que es “prueba de la titularidad del derecho incorporado⁴³”.

El análisis de HINAJEROS, GOMILA y NADAL se basa fuertemente en lo señalado por la UNCITRAL (lo que ya fue analizado, *vid* punto 2, *supra*), poniendo énfasis en la facilidad de copia de un documento electrónico y la imposibilidad de diferenciarla del documento original y teniendo en cuenta sus consecuencias dentro del régimen jurídico si se implementara el pagaré electrónico sin regulaciones legales específicas. Señalan los autores que, al igual que en Chile, es esencial la conexión entre la tenencia del documento y el ejercicio del derecho, ya que ello determina una posición monopólica sobre el derecho en relación a quien puede reclamar el cumplimiento. Siendo imposible garantizar el original por la facilidad de copia de los documentos electrónicos, debe encontrarse una alternativa a la posesión o tenencia como forma de garantizar el ejercicio monopólico del derecho contenido en el documento.

Proponen como solución, basándose en un documento electrónico funcionalmente equivalente al documento en papel, la posibilidad de intervención de terceras partes de confianza, a través de una base de datos central de la cual dependa la validez legal del documento como forma de dar seguridad a los títulos cambiarios. Ello tiene asidero en la regulación ya existente, ya que la Ley 34/2002, sobre Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico reconoce a los terceros de confianza,

⁴³ Ídem, p. 232

aunque con menos funciones que las ideales en opinión de los autores. Estas terceras partes, a través de sus actuaciones, “deberían tener carácter probatorio de distintos aspectos del sistema de gestión de títulos cambiarios electrónicos (titularidad, transmisión, constitución de gravámenes, etcétera)⁴⁴”. Sobre este sistema hablaremos en más detalle en el capítulo siguiente, ya que existe uno muy similar en la legislación nacional, concretamente en la Ley de Firma Electrónica actualmente vigente y la propuesta de modificación de la misma.

Como particularidad de la propuesta, los autores estiman conveniente, como garantía de seguridad de las transacciones, un control o autorización previa de los poderes públicos, lo que es una novedad sobre las propuestas de la UNCITRAL y lo analizado en la legislación de los Estados Unidos. Como mínimo, señalan que “en caso de optarse por un sistema basado en la coexistencia de distintas entidades de naturaleza privada, resultaría deseable una entidad central que concentrara la información de todas ellas, o como mínimo una interconexión o comunicación entre las mismas que facilitara este intercambio de información⁴⁵”. Este sistema debe implementarse por regulación legal o reglamentaria, con énfasis a los sistemas técnicos, mecanismos de seguridad y las relaciones entre las entidades de gestión con la autoridad y otras entidades existentes y con los usuarios del sistema. Con ello incorporado dentro de la legislación, podrían emitirse válidamente instrumentos cambiarios electrónicos.

Es interesante dentro de este análisis el apoyo de los autores al modelo de registro, que se ha utilizado ampliamente siguiendo las propuestas de la UNCITRAL y la legislación de Estados Unidos, y que parece ser una idea

⁴⁴ *Ibíd*em, p. 241

⁴⁵ *Ídem*

dominante dentro de la implementación del pagaré electrónico (y otros instrumentos cambiarios) al sistema legal de cada país. Sin embargo, al igual que la UNCITRAL, no consideramos que sea el único modelo viable para la implementación del pagaré electrónico, solo siendo uno de muchos y teniendo la ventaja de encontrarse ya implementado para otras situaciones en diversas legislaciones, tema que trataremos con más detalle cuando analicemos la implementación existente en Chile de los terceros de confianza y la propuesta de modificación que se encuentra en tramitación en el Congreso. Otro tema de interés es la idea de los autores de la necesidad de control estatal, sea directo o por distintas entidades, o, si ello no es posible, a lo menos la necesidad de interacción entre las distintas entidades para crear un registro universal, lo que es contrario a la implementación norteamericana, que es más libre, y que permite elegir cualquier sistema que se adecúe a los requisitos generales que se encuentran en las regulaciones aplicables.

De una idea similar a la propuesta por los autores citados anteriormente es GÁLVEZ, quien señala que “en este sentido parece que la solución –*de lege ferenda*– al problema vendría de la mano de la intervención de terceras partes de confianza (*Trusted Third Party* o TPP, en la terminología anglosajona) a las que se refiere el art. 25 LSSI. Esta tercera parte de confianza gestionaría los documentos cambiarios electrónicos o sus anotaciones registrales aportando seguridad al sistema⁴⁶”; y DIAZ, que postula que “una eventual Ley que viniera a regular los títulos cambiarios electrónicos (o un instrumento equivalente, fuera cual fuera su nombre) habría de abordar un amplio conjunto de cuestiones. Por ejemplo, el sistema que se instaurara habría de garantizar la “unicidad” del “documento” (es decir, que los diferentes titulares no pudieran generar copias o

⁴⁶ GÁLVEZ Domínguez, Eduardo. Op. Cit. 5p.

reproducirlo), permitir que se reflejaran en él sucesivas declaraciones de voluntad (e incluso menciones que complementarían declaraciones previas pero incompletas), asegurar su inalterabilidad, prever mecanismos transmisivos y legitimatorios, etc. Y la solución probablemente más evidente pasa, al igual que en el caso de las anotaciones en cuenta, por la intervención de un tercero encargado de la llevanza de los registros informáticos en los que hayan de quedar reflejadas la existencia, las transmisiones y las restantes vicisitudes del derecho de crédito que se pretende someter a un régimen análogo al de las letras, los pagarés y los cheques⁴⁷”

5.4. Conclusiones

Como puede apreciarse por lo señalado en esta sección, la situación española tiene sus particularidades. En especial, la cercanía del sistema de anotaciones en cuenta, reconocido respecto a las acciones en regulaciones diversas, que se asemeja muchísimo a un sistema viable para la emisión de documentos cambiarios electrónicos y que establece un modelo de registro, ha hecho que la doctrina se incline por ese sistema, rechazando la posibilidad de emisión de pagarés sin una modificación legal exhaustiva, que incluya todas las modificaciones necesarias para garantizar la seguridad de los instrumentos cambiarios, para hacerla similar a la posesión de los títulos cambiarios emitidos en un soporte material, con la implementación de un sistema que garantice la unicidad del documento cambiario electrónico.

En el rechazo a la utilización de pagarés ha concordado la jurisprudencia, que en dos sentencias similares ha señalado que no basta con la sola utilización de la firma electrónica, regulada dentro de la legislación, ni

⁴⁷ DIAZ Moreno, Alberto, Op. Cit. 4p.

con únicamente cumplir con los requisitos que se establecen en la Ley Cambiaria española, ya que ella fue creada sobre la base de que los instrumentos cambiarios se emitieran en un soporte material y no electrónico, y que deben solucionarse los problemas que emanan de ello previo a aceptar la validez de un instrumento cambiario emitido en forma electrónica, teniendo validez como mera prueba de la existencia de una obligación.

Fuera del apoyo al modelo de registro por parte de la doctrina española, utilizado en varias legislaciones y sugerido por la UNCITRAL, un punto interesante es el acuerdo de los autores de que es necesaria una reforma legal, no bastando con la triada existente de legislaciones, la Ley Cambiaria, la Ley de Firma Electrónica y la Ley sobre Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico. Tanto es así que incluso se señaló por algunos autores que no podía existir una real equivalencia funcional si no se solucionan los problemas emanados del uso de documentos cambiarios electrónicos, eliminando o limitando severamente la posibilidad de solucionar estos conflictos a través de la costumbre mercantil y el uso directo de la firma electrónica. Esto será tomado especialmente en cuenta en el capítulo siguiente de este trabajo.

6. Colombia

Colombia es uno de los primeros países de Latinoamérica que permite expresamente la emisión de títulos valores electrónicos. Su estructura de aplicación es particular y similar a algunas soluciones ya analizadas.

6.1. Regulación general de los documentos electrónicos

La ley 527 de 1999, define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales; establece las entidades de certificación y otorga validez a los mensajes de datos, permitiendo también la existencia de títulos valores contenidos en medios electrónicos. En su artículo 6, la ley dispone: “Cuando cualquier norma requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos, si la información que éste contiene es accesible para su posterior consulta. Lo dispuesto en este artículo se aplicará tanto si el requisito establecido en cualquier norma constituye una obligación, como si las normas prevén consecuencias en el caso de que la información no conste por escrito”. Por tanto, establece como requisito la accesibilidad del documento en forma posterior, y garantiza la validez de los documentos incluso cuando otras normas establecen consecuencias por la no utilización de un medio escrito.

Respecto a la necesidad de firma de los documentos, la misma norma establece en su artículo 7 que “cuando cualquier norma exija la presencia de una firma o establezca ciertas consecuencias en ausencia de la misma, en relación con un mensaje de datos, se entenderá satisfecho dicho requerimiento si: a) Se ha utilizado un método que permita identificar al iniciador de un mensaje de datos y para indicar que el contenido cuenta con su aprobación; b) Que el método sea tanto confiable como apropiado para el propósito por el cual el mensaje fue generado o comunicado”

De esta forma, similar a como se ha regulado en España y en Chile, existe una norma que se encarga del documento electrónico y de la firma electrónica, estableciendo reglas similares a la UNCITRAL. Existe una regulación más específica de la firma electrónica, que establece: ciertos

principios aplicables, la forma de cumplir el requisito de firma, requisitos de confiabilidad, obligaciones del firmante, entre otras, contenida en el Decreto 2364 de 2012. Con ello, la estructura básica de los documentos electrónicos, no sólo los cambiarios, se encuentra definida en términos satisfactorios, definiendo el soporte y la firma necesaria para vincular a las partes a la obligación.

Los instrumentos cambiarios son más específicos, ya que se reconocen los problemas que emanan de las especiales reglas que a ellos se aplican, como se ha visto reiteradamente en este trabajo. Para concretar la desmaterialización del título valor y así lograr la aplicación práctica de los títulos valores electrónicos, se creó un mecanismo, los Depósitos Centralizados de Valores. De ello y otras regulaciones trataremos en el acápite siguiente.

6.2. Regulación específica de los títulos valores

Para la utilización del título valor en forma electrónica, se deben cumplir ciertos requisitos legales específicos, similares en todas las legislaciones, homologables cuando se utilizan títulos valores en forma electrónica. Analizaremos cada uno de ellos en específico:

6.2.1. Emisión en forma electrónica

La emisión de documentos en forma electrónica se encuentra regulada en la legislación colombiana en la Ley 527 de 1999 citada, la que le otorga validez a los mensajes de datos. Para que el título valor como mensaje de datos sea válido, debe cumplir con las menciones propias de cada clase de título. En este orden de ideas el pagaré debe contener la mención de ser una promesa

incondicional de pago, el nombre de la persona a quien deba realizarse el pago, la indicación de ser pagadero a la orden o al portador, la forma de vencimiento y la firma del emisor⁴⁸.

Fuera de los requisitos propios, se establece la necesidad de que la información que contiene el pagaré sea accesible en forma posterior a la emisión del título valor, y que se mantenga la integridad de la información, permaneciendo completa e inalterada.

6.2.2. Firma electrónica

Al igual que en la legislación nacional, es necesaria la firma, ya que ella es “la identificación del originador del título mediante la incorporación dentro del título de los signos que lo identifiquen como tal⁴⁹”. La firma manuscrita no es compatible con los documentos electrónicos, por lo que debe utilizarse la firma electrónica, que tendrá los mismos efectos que la tradicional firma manuscrita.

En la legislación colombiana, el artículo 28 de la Ley 527 de 1999 define la fuerza jurídica de la firma electrónica, señalando que “Cuando una firma digital haya sido fijada en un mensaje de datos se presume que el suscriptor de aquella tenía la intención de acreditar ese mensaje de datos y de ser vinculado con el contenido del mismo”. Este mismo artículo establece más abajo sus requisitos, señalando:

⁴⁸ Como puede concluirse de su simple lectura, los requisitos de emisión del pagaré son extremadamente similares a la legislación chilena, haciendo aún más patente el hecho de que el pagaré ha sido regulado de forma similar casi universalmente por las legislaciones internacionales.

⁴⁹CAMARGO Melendez, Piedad y VELEZ Vargas, Jorge. 2002. El Título Valor Electrónico, Instrumento Negociable de la Nueva Era. Tesis para optar al título de abogados. Bogotá D.C, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas. 98p

- a) La persona que la utiliza es única: este requisito se impone para evitar posibles fraudes emanados de la comunicación de la clave privada de una persona a otra.
- b) Es susceptible de ser verificada: ello simplemente establece la base del sistema de firma electrónica, que depende de la descriptación del mensaje a través de la clave pública del originador. De ello se tratará más adelante, respecto a la legislación chilena.
- c) Está bajo el control exclusivo de la persona que la utiliza: ello se analizará más adelante, pero es similar a la idea del control exclusivo de la firma que señala la UNCITRAL, por medio del cual solo el emisor posee control sobre su clave privada.
- d) Está ligada a la información o mensaje, de manera tal que, si éstos son cambiados, la firma digital es invalidada: por medio de este requisito, se liga el contenido del documento electrónico a la firma, por medio del cual cualquier modificación al documento invalida la firma. Por medio de ello, se homologa la incorporación del derecho al título, garantizando su integridad.
- e) Está conforme con las reglamentaciones adoptadas por el Gobierno Nacional: según lo señalado por CAMARGO y VELEZ, ellas “se refieren principalmente al papel de las entidades de certificación con relación a las firmas digitales⁵⁰”.

Si se cumplen estos requisitos mínimos, la firma electrónica tendrá los mismos efectos que el uso de una firma manuscrita, cumpliendo con el criterio de la equivalencia funcional. De esta forma, si un título-valor se encuentra firmado electrónicamente, éste sería válido, ya que no existe ninguna limitación

⁵⁰CAMARGO Melendez, Piedad y VELEZ Vargas, Jorge, op. Cit. 105p

adicional. Sin embargo, existen ciertas instituciones adicionales que regulan la estructura de los títulos valores y les dan mayor certeza.

6.2.3. Entidades de verificación y certificados electrónicos

Las entidades de verificación tienen en Colombia la función de “actuar como un tercero objetivo que otorgue a las partes intervinientes, como originador y destinatario de un mensaje de datos, la certeza sobre la integridad, autenticidad y origen del mismo⁵¹”. Estas entidades aseguran el cumplimiento del artículo 28 de la Ley de Comercio Electrónico, relacionado con el uso fraudulento de la firma electrónica, ya que los certificados sobre firma digital que emiten estas entidades son base para la confiabilidad de la misma.

Estas entidades por tanto son “terceros de confianza que se dedican a la prestación de servicios de certificación digital, los cuales brindan seguridad a las comunicaciones que se realizan en redes tales como Internet, mediante la expedición de certificados en los que ofrecen información a los usuarios, sobre la persona con la que se están comunicando⁵²”. Realizan, entre otras, la emisión de certificados de firmas digitales, certificados de verificación respecto a la alteración del mensaje de datos entre su envío y recepción, creación de firmas digitales certificadas, entre otros relacionados.

De esta forma, estas entidades operan como una forma de seguridad adicional, verificando la firma incorporada en el documento digital. Ella puede ser verificada por medio del certificado de clave pública que emite la entidad de certificación respectiva.

⁵¹Idem, 109p.

⁵²Ibidem, 111p.

Estos certificados, documentos electrónicos en que la certificadora realiza las declaraciones que se le solicitan, dentro de sus atribuciones, son garantías de los datos contenidos en el documento relacionados a una persona, siendo una especie de documento de identidad, una forma de identificación ante terceros, que contiene la información básica del remitente. Así, ellos sirven para garantizar la identidad del emisor y del receptor del documento electrónico, asegurar la integridad del mismo, mantener la confidencialidad de la información y genera un registro de la emisión, por lo que no puede negarse ese hecho más adelante.

6.2.4. Incorporación a los Depósitos Centralizados de Valores

La desmaterialización de los títulos-valores se realiza en Colombia por medio de los Depósitos Centralizados de Valores, quienes conservan en forma segura los títulos, evitando su circulación física. Ellos fueron creados por la Ley 27 de 1990, el Decreto 437 de 1992, Decreto 1936 de 1995 y la Resolución 1200 de 1995 de la Superintendencia de Valores.

A través de ellos, se suspende la circulación del título a partir de su depósito en una entidad autorizada al efecto, desmaterializando el título por medio de una anotación contable que posee un soporte informático, lo que permite registrar a los titulares de los valores y almacenar los valores que les corresponden. Los Depósitos de Valores tienen la obligación de custodiar y conservar el título depositado, “lo que supone una protección tanto física como

jurídica, que garantice además, que no pueden ser utilizados por terceros y que estarán dotados de las seguridades requeridas⁵³”.

El depósito se realiza a través de un contrato de depósito de valores, que definido por el artículo 4 del Decreto 437 de 1992: “Por medio del contrato de depósito de valores, una persona confía uno o más valores a una entidad habilitada para el efecto, quien se obliga a custodiarlos, a administrarlos cuando el depositante lo solicite de acuerdo con el reglamento que cada depósito expida, y a registrar los gravámenes y enajenaciones que aquél le comunique”.

Esta solución de desmaterialización es interesante, ya que el registro no distingue entre los distintos tipos de título-valor, y es muy similar a la desmaterialización de las acciones de sociedades en cuenta existente en la legislación española, con su realización a través de entidades creadas especialmente al propósito de almacenar los títulos.

Sin embargo, la gran diferencia entre España y Colombia se produce en la tremenda restricción que da la doctrina y la jurisprudencia española, que señalan que no puede utilizarse este sistema sin un cambio legal, y la misma restricción legal de las normas sobre anotaciones en cuenta, que solo se encuentra concebida para el título “acción”. La regulación colombiana, más general, no restringe de esta forma la utilización en registro, y el uso de normas sobre comercio electrónico y firma electrónica más cercanas a las generales propuestas por la UNCITRAL, que permiten solucionar por si mismas los problemas generados por la especial naturaleza de los títulos valores

⁵³Ídem, 94p

(incluyendo por supuesto al pagaré), sin necesidad de un cambio legal de mayor entidad.

6.3. Concepto amplio de título valor y su aplicación al pagaré

Como puede apreciarse por las normas citadas, el concepto de título-valor en la legislación colombiana es bastante amplio, incluyendo todo tipo de instrumentos que pueden calificarse como tales. Esto se debe a que ella se inclinó por regular a todas las clases de título-valor en conjunto, reconociendo como elemento común y esencial de todos ellos la incorporación del derecho al título. Tanto es así, que se reconocen diversas clases de títulos valores a los que puede aplicar la desincorporación por medios electrónicos, tales como los títulos valores de contenido crediticio (como el pagaré o la letra de cambio), títulos valores de participación (tales como acciones y bonos emitidos por sociedades) y títulos valores representativos de mercancías (como el conocimiento de embarque y certificados de depósito).

Para regular cada instrumento en específico, se utilizan leyes especiales destinadas a la materia y/o otras regulaciones relacionadas, pero el sistema de desincorporación regulado en Colombia aplica en forma general, sin hacer definiciones o limitaciones directas. Esto es interesante, ya que apoya la idea de la neutralidad tecnológica y permite modificar al sistema de forma más expedita.

6.4. Conclusiones

La estructura normativa colombiana, de forma similar a las demás legislaciones analizadas, regula separadamente la firma electrónica de los títulos de crédito, siendo la firma electrónica una institución más general, que aplica en ámbitos más amplios que solo los títulos valores. La regulación de la firma electrónica incluye además las entidades de verificación, que permiten dar mayor seguridad a la firma digital. Adicionalmente, existen normas registrales, las cuales crean los Depósitos Centralizados de Valores, utilizadas como la solución práctica a la desmaterialización de los títulos valores.

A diferencia de otras legislaciones, Colombia no contiene normas específicas que regulen los problemas de unicidad, autonomía e integridad de los títulos valores emitidos en forma electrónica, pero ello no quiere decir que no se encuentren solucionados. Para garantizar la unicidad del documento se utiliza la firma electrónica y los depósitos centralizados de valores, que garantizan la seguridad del documento y su carácter de único, tomando de paso la posibilidad de garantizar su integridad, al dejar de ser válida la firma si el documento sufre modificaciones.

Esta forma de regulación es interesante, ya hace más simple la utilización de los títulos de crédito en forma electrónica, pero no es reproducible, en opinión nuestra, en cualquier sistema jurídico. Esto, ya que existe regulación anterior respecto a los depósitos de valores, que prepara al tráfico comercial para esta nueva forma de emisión de los títulos de crédito. La solución, en contraste, es el opuesto a la utilizada por la legislación española.

CAPÍTULO TERCERO

Noción general y concepto de firma electrónica. Regulación nacional. Ley 19.799 sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma. Distinción entre firma electrónica simple y avanzada. Análisis del Proyecto de reforma.

1. Introducción

La mayoría de las legislaciones en el mundo han emitido normas regulando la firma electrónica, la cual, a través del principio de la equivalencia funcional que permite que los documentos electrónicos sean utilizables dentro del tráfico jurídico, ha sido el primer paso para la emisión de títulos de crédito y en particular pagarés dentro de las distintas legislaciones.

En el presente capítulo, nos abocaremos a la firma electrónica propiamente tal, explicando sus nociones generales en su regulación en Chile, a través de la Ley 19.799⁵⁴, con una visión crítica de la actual versión de la ley, para más adelante analizar si es posible, bajo la regulación actual, emitir títulos de crédito y en particular pagarés sin modificaciones legales, de *lege lata*.

Finalmente, nos dedicaremos al proyecto de ley que busca reemplazar a la actual regulación, analizando sus principales características, las modificaciones más relevantes que introduce, y sus efectos para la emisión de títulos de crédito como documento electrónico, concluyendo con un análisis crítico del proyecto y lo que en nuestra opinión sería necesario para solidificar la

⁵⁴ Para información de carácter más técnico del funcionamiento de la Firma Electrónica, véase el Anexo A del presente trabajo.

utilización general en el tráfico jurídico de los títulos de crédito emitidos como documento electrónico.

2. Regulación chilena de la Firma Electrónica: Ley 19.799 y normas relacionadas

La Ley 19.799, sobre Documentos Electrónicos, Firma Electrónica y Servicios de Certificación de dicha firma, en adelante, la ley, posee una estructura singular. Se inicia la ley con sus disposiciones generales, estableciendo su objeto: la regulación de “los documentos electrónicos y sus efectos legales, la utilización en ellos de firma electrónica, la prestación de servicios de certificación de estas firmas y el procedimiento de acreditación” (artículo 1º). Luego, establece ciertas definiciones relevantes y establece la equivalencia funcional, junto con otras regulaciones. En el título siguiente, la ley trata de uso de la firma electrónica por los órganos del Estado, atendiendo a continuación a los Prestadores de Servicios de Certificación, los Certificados de Firma Electrónica y finalmente los derechos y obligaciones de los usuarios de firma electrónica.

2.1. Equivalencia funcional y sus limitaciones legales

Previo a diferenciar entre las dos clases de firma reguladas por la ley (firma electrónica simple y firma electrónica avanzada), nos referiremos a la equivalencia funcional establecida en la ley en su artículo tercero, que señala:

“Los actos y contratos otorgados o celebrados por personas naturales o jurídicas, suscritos por medio de firma electrónica, **serán válidos de la misma**

manera y producirán los mismos efectos que los celebrados por escrito y en soporte papel. Dichos actos y contratos **se reputarán como escritos**, en los casos en que la ley exija que los mismos consten de ese modo, y en todos aquellos casos en que la ley prevea consecuencia jurídicas cuando constan igualmente por escrito” (los caracteres destacados en letra negrita son nuestros).

Esta remisión es extremadamente similar a la establecida por la UNCITRAL y otros países que han regulado la firma electrónica, dando un efecto equivalente al papel a los documentos emitidos en forma digital, si ellos son suscritos a través de la firma electrónica. Sin embargo, el mismo artículo limita en sus incisos siguientes la equivalencia, señalando:

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

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

Estas limitaciones han generado debate dentro de la doctrina, ya que han otorgado inestabilidad al uso de la firma electrónica.

La interpretación por parte de la jurisprudencia de la letra a) citada ha sido extremadamente restrictiva, tomándose como una exclusión casi absoluta

de celebrar actos o contratos que requieran de una solemnidad distinta a la escrituración. De esta limitación tan amplia ha surgido la idea de que los títulos de crédito no pueden ser emitidos en forma electrónica, al requerir solemnidades dentro del soporte en que se emiten y considerando el principio de incorporación del derecho al título, que se ve como incompatible con los documentos emitidos en formato digital. Sin embargo, según lo señalado en el Mensaje del Proyecto de Reforma de la ley, el espíritu de esta limitación era permitir la celebración de actos solemnes, mientras la solemnidad pueda ser cumplida por medios electrónicos. Interpretando el texto del antedicho mensaje y desde luego la norma de manera más amplia, podría quizá sostenerse que sí es posible la emisión de títulos de crédito como documento electrónico sin modificación legal, conservando sus propiedades, lo que se analizará en un acápite posterior.

Respecto a las letras b) y c), ellas se alejan del objetivo del presente trabajo, pero baste señalar que uno de las finalidades de esta modalidad moderna de manifestar el consentimiento en determinados actos y contratos, es la posibilidad de celebrarlos sin la concurrencia personal de las partes, a grandes distancias, imprimiendo mayor velocidad a los actos de comercio. No visualizamos además, por nuestra parte, el sentido en prohibir su utilización en el derecho de familia, ya que utilizando la firma electrónica avanzada es posible darle al acto o contrato la seguridad necesaria para no generar problemas de relevancia en aquel ámbito del Derecho.

2.2. Firma electrónica simple y firma electrónica avanzada

La ley chilena define la firma electrónica avanzada en la letra g) del artículo 2°, señalando al mismo tiempo en tal definición, las consecuencias en la seguridad de identidad y de integridad del documento, al operar a través de ella. La que no cumple con tales requisitos y se aviene con lo descrito en la letra f) del mismo artículo, constituye la que se conoce como firma electrónica simple, aun cuando la ley no la denomina así. Señala la ley en la antedicha letra f) que firma electrónica es “cualquier sonido, símbolo o proceso electrónico, que permite al receptor de un documento electrónico identificar al menos formalmente a su autor”. Esta definición amplia se utiliza por el legislador para designar, como se ha dicho, la firma electrónica “simple”, como la posición residual de todo método de firma electrónica que no cumpla con los requisitos de la firma electrónica avanzada. La distinción es relevante, ya que la firma electrónica avanzada es necesaria para documentos que tengan la calidad de instrumento público (artículo 4°). Para que un método de firma sea reconocido como firma electrónica simple en nuestra legislación, es entonces necesario que identifique a lo menos formalmente al autor de la firma, pudiendo utilizarse a dicho propósito sonidos, símbolos o procesos electrónicos.

La firma electrónica avanzada es más exigente, ya que no cumple con la sola identificación del firmante. La ley la define como aquella “certificada por un prestador acreditado, que ha sido creada usando medios que el titular mantiene bajo su exclusivo control, de manera que se vincule únicamente al mismo y a los datos a los que se refiere, permitiendo la detección posterior de cualquier modificación, verificando la identidad del titular e impidiendo que desconozca la integridad del documento y su autoría”. De esta forma, la firma electrónica

avanzada debe cumplir con las funciones de Identificación, Integridad y No Repudio identificadas anteriormente, con el requisito adicional de certificación por un prestador acreditado, que da mayor seguridad a las transacciones e identifica definitivamente al firmante.

Esta distinción tiene relevancia al tema en análisis en este trabajo, ya que emitir un pagaré al amparo del numeral 4 del artículo 434 del Código de Procedimiento Civil, facilita inmensamente su cobro judicial⁵⁵. Y es materia precisamente del presente análisis, el vislumbrar si la suscripción de un pagaré con firma electrónica, simple o avanzada, tal vez con esta última, puede conducir a dotarse de un título ejecutivo. Además, por las especiales características de los títulos ejecutivos y en particular del pagaré es necesario garantizar su seguridad y la identificación de su autor. A pesar de que en Chile no existe una regulación al respecto o una prohibición específica de emitir pagarés suscritos con la firma electrónica simple, ello puede generar dudas de validez⁵⁶, fuera de la inseguridad que daña las relaciones comerciales que se benefician de los títulos de crédito y del pagaré.

2.3. Prestadores de Servicios de Certificación

Los Prestadores de Servicios de Certificación son la implementación en nuestra legislación de los terceros de confianza, reconocidos por la UNCITRAL

⁵⁵ La regulación de los títulos ejecutivos se encuentra en el artículo 434 del Código de Procedimiento Civil. Se reconoce como título ejecutivo, entre otros, a la escritura pública, que tiene mérito ejecutivo inmediato. A pesar de que los instrumentos privados pueden también tener mérito ejecutivo, para ello es necesario que sean reconocidos o mandados a tener por reconocidos a través de una gestión preparatoria, lo que alarga el procedimiento de cobro.

⁵⁶ *Vid*, por ejemplo, lo señalado por la doctrina española (punto 5.3.2) que señala que la equivalencia funcional establecida por la firma electrónica no es suficiente para la utilización del pagaré emitido como documento electrónico.

y por otras legislaciones. La ley los define en su artículo 11º como “las personas jurídicas nacionales o extranjeras, públicas o privadas, que otorguen certificados de firma electrónica, sin perjuicio de los demás servicios que puedan realizar”. A esta definición general debe añadirse que la norma distingue entre prestadores acreditados y no acreditados, siendo los primeros aquellos que se encuentren acreditados en conformidad al Título V de la ley. La diferencia entre ambas clases de prestadores se basa en las obligaciones que se le imponen a cada uno, siendo más estrictas en el caso del prestador acreditado.

La actividad que por antonomasia realiza el prestador, esto es, certificar la firma electrónica avanzada, no se encuentra descrita de manera explícita dentro de las obligaciones que enumera el artículo 12 de la ley, empero, puede inferirse de la misma definición de la firma electrónica avanzada establecida en el artículo segundo, y de lo señalado en los artículos 11 y 17, entre otros, que “permite(n) discurrir que la ley imperativamente les ordena prestar el servicio de certificación”⁵⁷. Tampoco lo hace el Reglamento contenido en el Decreto Supremo N° 181 de 9 de julio de 2002, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, hoy Ministerio de Economía, Fomento y Turismo.

La actividad de estas entidades consiste en “actuar asociando los datos de creación de firma de una persona a los antecedentes que recopilaron al momento de registrar al solicitante y, de esta manera, poder permitir a quien recibe un documento electrónico firmado, tener la certeza de que quien dice ser, realmente es, en forma fehaciente, dependiendo de la naturaleza de la firma”⁵⁸.

⁵⁷ ARRIETA Cortez, Raul. 2003. Los Prestadores de Servicios de Certificación de Firma Electrónica en el Derecho Chileno. (2):109-129. 117p.

⁵⁸ Ídem, 118p

De esta forma, los certificados son complementarios a la firma por sí misma, y requisito de la firma electrónica avanzada, identificando con certeza, fehacientemente, al suscriptor del documento, existiendo todo un procedimiento de registro y emisión de certificado bajo distintos sistemas.

Estos certificados están definidos en la letra b) del artículo 2° de la ley, como una “certificación electrónica que da fe del vínculo entre el firmante o titular del certificado y los datos de creación de la firma electrónica⁵⁹” (y que constituye un requisito de la firma electrónica avanzada, con arreglo a lo previsto en la letra g) del mismo artículo. De esta forma, estos certificados son el método elegido por la legislación chilena para vincular la firma electrónica con quien la utiliza. Existen diversas clases de certificados, pero la ley ha regulado directamente al certificado de identidad, que consiste en “un documento electrónico, firmado electrónicamente por un prestador de servicios de certificación, que avala la vinculación de los datos de creación de la firma con el titular del certificado⁶⁰”.

Fuera de la emisión de certificados, las entidades de certificación además pueden homologar aquellos emitidos por entidades no establecidas en Chile, para evitar la gestión de tener que domiciliarse en Chile para emitir certificados.

⁵⁹ *Ibíd*em, 124p

⁶⁰ ARRIETA, op. Cit, citando a Arturo Ribagorda Garnacho. “Sistema de certificación: la firma y el certificado digital”. 125p.

2.4. Ley 20.217, que modifica el Código de Procedimiento Civil y la Ley 19.799, sobre firma electrónica

Promulgada el 5 de octubre de 2007, esta ley introdujo el concepto de Fecha Electrónica, ya mencionada anteriormente, e introdujo un procedimiento de prueba para los documentos electrónicos, fortaleciendo su papel como medios de prueba.

Primeramente, la ley modificó el Código de Procedimiento Civil, estableciendo que cuando se presente en juicio un documento electrónico, el Tribunal debe citar a las partes a una audiencia de percepción documental dentro de sexto día, estableciendo la forma de percepción y de objeción del documento, pudiendo ordenarse una prueba complementaria de autenticidad a costa de la parte impugnante.

Luego, también realizó cambios a la ley 19.799, agregándose el concepto de Fecha Electrónica, definida en una nueva letra i) del artículo 2° como un “conjunto de datos en forma electrónica utilizados como medio para constatar el momento en que se ha efectuado una actuación sobre otros datos electrónicos a los que están asociados”. Este concepto, similar a la marca de tiempo y al sellado de tiempo introducidos por el proyecto de ley que se analizará más abajo, permite probar el momento de celebración de un acto, lo que tiene una gran importancia en materia probatoria.

Dentro de las modificaciones a la misma ley, también llenó el vacío generado por la falta de definición del valor probatorio de los instrumentos privados, distinguiendo entre instrumentos privados suscritos con firma

electrónica avanzada y aquellos suscritos con firma electrónica simple. Los primeros tendrán el mismo valor que los instrumentos públicos, sin hacer fe respecto de su fecha excepto si se incorpora el fechado electrónico, otorgado por un prestador acreditado, y los segundos tendrán el valor probatorio que corresponda, de acuerdo a las reglas generales.

2.5. Impuesto de Timbres y Estampillas

El Decreto Ley N° 3.475 de 1980, Ley sobre Impuesto de Timbres y Estampillas, incluye en su artículo 1° numeral 3) las letras de cambio y pagarés, incluso aquellos que se emitan en forma desmaterializada, por lo que son documentos gravados por esta normativa.

Según lo señalado por el Servicio de Impuestos Internos, complementando a la ley ya citada⁶¹, las letras de cambio y los pagarés deben ser timbrados por el SII, debiendo también llevarse un Libro de Registro y Control de Letras de Cambio y otros documentos. Este timbraje solo es obligatorio para los documentos emitidos por contribuyentes obligados a declarar su renta efectiva según las reglas de la contabilidad completa. De esta forma, este no aplica a las personas naturales o jurídicas que no se sujeten a este régimen, quienes pueden hacer pago del impuesto a través del Formulario 24 que existe para estos efectos. Para estas personas, no existiría problema con la emisión del pagarés en forma electrónica, ya que la declaración

⁶¹ SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS. 2015. ¿Las letras de cambio y los pagarés deben ser timbrados en el SII y llevarse algún registro de estos documentos?. [en línea] <http://www.sii.cl/preguntas_frecuentes/otros_impuestos/001_019_0364.htm> [consulta: 02 febrero 2015]

contenida en el Formulario respectivo es suficiente para el cálculo y pago del impuesto correspondiente.

En el caso de los contribuyentes sometidos al timbraje, se genera un obstáculo con la emisión de pagarés como documento electrónico, ya que a pesar de que no exista problemática para llevar un Libro de Registro en forma electrónica, no existe un procedimiento de timbraje específico para pagarés o letras de cambio, y no hace sentido transformar un documento electrónico, con los beneficios que de ello emanan, en un documento físico para efectos de su timbraje.

Como antecedente, existe un procedimiento para timbraje de facturas electrónicas, que entró en operación en octubre del año 2013. Este sistema opera a través del sitio web del Servicio de Impuestos Internos, y se encuentra regulado por una serie de Resoluciones Exentas y Circulares de este servicio, por lo que no vemos inconveniente en que se realice una regulación de la misma manera cuando la utilización de pagarés electrónicos y otro tipo de documentos cambiarios sea de mayor masividad.

Debemos hacer presente que el Proyecto de modificación de la Ley 19.799 (Mensaje 123-360) incluye una modificación al artículo 464 del Código de Procedimiento Civil en lo concerniente al Impuesto de Timbres y Estampillas, agregando un nuevo inciso a este artículo, señalando “Asimismo, tendrá mérito ejecutivo, sin necesidad de reconocimiento previo, la letra de cambio o pagaré extendido en documento electrónico y suscrito por el obligado con firma electrónica avanzada y sellado de tiempo, siempre que el impuesto de timbres y estampillas respectivo, si correspondiere, sea pagado dentro de los cinco

primero días hábiles a contar de su emisión”. Al ser esta la única modificación a este cuerpo legal, no se establece un procedimiento en particular para realizar el pago del impuesto, sin distinguir entre distintas clases de contribuyente, por lo que debe de todas maneras ser regulado por el mismo Servicio de Impuestos Internos, de la forma anteriormente expuesta.

2.6. Pagaré como medio de prueba

La ley regula en su artículo 5° (actualizado por la Ley 20.217, *vid* 2.4.) la fuerza probatoria de los documentos electrónicos, distinguiendo entre documentos electrónicos que tengan calidad de instrumento público y documentos electrónicos que tengan la calidad de instrumento privado. Respecto a los primeros, la ley señala que ellos harán “plena prueba de acuerdo con las reglas generales”. Respecto a los que tienen calidad de instrumento privado, distingue entre aquellos suscritos con firma electrónica avanzada y los suscritos por firma electrónica simple: otorga a los que utilizan la firma electrónica avanzada el mismo valor probatorio que los documentos electrónicos con calidad de instrumento público, esto es, plena prueba dentro de las reglas generales, pero no hacen fe respecto a su fecha excepto si no se utiliza el fechado electrónico, y a los que no la utilizan les da el valor probatorio de los instrumentos privados tradicionales, de acuerdo a las normas generales.

Este artículo, sin embargo, introdujo complicaciones. Así, tomando la literalidad de su primer inciso, que señala “Los documentos electrónicos podrán presentarse en juicio, y, en el evento de que se hagan valer como medio de prueba, habrán de seguirse las reglas siguientes”, la jurisprudencia, interpretando de manera extremadamente estricta lo señalado, considera que

solo pueden hacerse valer en juicio, no pudiendo utilizarse como documentos fundantes de una demanda, lo que es previo a la existencia del juicio. Esta interpretación fue reconocida por el proyecto de modificación de la ley, el que señala en su mensaje al Senado: “La redacción del inciso primero del artículo 5 de la ley ha permitido que los tribunales efectúen una interpretación restrictiva de la norma, de forma tal que los documentos electrónicos son admitidos sólo como medio de prueba en juicio y se ha tendido a declararlos inadmisibles en otras etapas del procedimiento, por ejemplo como documentos fundantes de la demanda”.

Esta interpretación genera inmensos problemas si se pretende emitir pagarés como documentos electrónicos suscritos con firma electrónica avanzada, ya que justamente el pagaré es el documento fundante de la demanda de cobro del mismo, por lo que los pagarés emitidos en forma electrónica podrían ser inejecutables en forma directa. Tampoco podrían utilizar la gestión preparatoria, ya que el documento fundante de la gestión es justamente el pagaré. Esto genera un desequilibrio en el principio de equivalencia funcional, ya que se discrimina en contra de los documentos electrónicos, toda vez que los documentos emitidos en soporte papel pueden ser utilizados como documentos fundantes de una demanda o gestión preparatoria.

Como sabemos, las interpretaciones jurisprudenciales en nuestro país tienen solo efecto relativo, sin necesariamente afectar a otros juicios que involucren la utilización de documentos fundantes emitidos en forma electrónica. Sin embargo, la restricción jurisprudencial actual genera inestabilidad en el uso del pagaré electrónico en el tráfico jurídico, lo que

incentiva al uso de pagarés en formato tradicional para evitar posibles problemas de cobro. A pesar de que esta interpretación estricta puede variar en el tiempo, tal vez es conveniente modificar la ley o regularlo de alguna otra forma, para que se permita en forma explícita la utilización de los documentos suscritos con firma electrónica como documentos fundantes y como medio de prueba en cualquier momento del juicio, problema del que se encarga el proyecto de ley que analizaremos más adelante.

2.7. Protesto y endoso del pagaré: concepto de expediente electrónico

Como mencionamos antes, el procedimiento de endoso y el procedimiento de protesto del pagaré generan problemas cuando se lo emite como documento electrónico, atendida, respecto al primero, la necesidad de firma del endosatario y la tradición del documento, y en el caso del protesto por la anotación que debe realizar el notario al dorso del documento o en una hoja de prolongación, lo que es obviamente incompatible con la naturaleza desmaterializada del pagaré electrónico.

El proyecto de modificación de la Ley reconoce esta falencia legal, permitiendo expresamente el endoso y el protesto del pagaré. Respecto al protesto, señala que éste puede realizarse de forma electrónica, debiendo suscribir el funcionario encargado con firma electrónica avanzada y sellado de tiempo. Sin embargo, no se pronuncia sobre el mecanismo técnico que se utilizará para realizar ambos trámites, manteniendo en cierta forma el vacío existente con la regulación actual.

Estimamos que a pesar de que no se encuentre regulado en forma expresa, es posible realizar el trámite de endoso y de protesto del pagaré, utilizando un conjunto de documentos electrónicos que se encuentran relacionados entre si y que contienen la vida del documento, constando de esta forma sus modificaciones, endosos, protestos y otros trámites necesarios. Llamamos a este concepto el “expediente electrónico”: un conjunto de documentos electrónicos asociados entre si, que en conjunto componen al pagaré electrónico y que se van añadiendo dentro del ciclo de vida del pagaré dentro del tráfico jurídico.

En nuestra legislación actual se permite, como alternativa a la firma por parte del endosatario en el mismo pagaré y de la firma al dorso del funcionario competente en el caso del protesto, la posibilidad de realizar estas gestiones en una hoja de prolongación, que se añade al pagaré, que contiene ciertos trámites que no pudieron ser incorporados en el mismo título original por falta de espacio o por motivos prácticos. Es esta misma hoja de prolongación la que permitiría sin ningún problema anexar nuevos documentos electrónicos al pagaré original, que, tal como la hoja de prolongación, se entienden incorporados y forman parte integrante del mismo, constituyendo el expediente electrónico que contiene todas las gestiones realizadas respecto al pagaré dentro de su ciclo de vida.

Por supuesto, las firmas añadidas a cada documento electrónico anexo deben tener la característica de avanzada, considerando los beneficios de seguridad y de inalterabilidad que le otorgan al documento y su facultad de identificación de las personas firmantes, indispensables en un documento que contiene una promesa de pago y que, reuniendo los requisitos legales, puede

ser cobrado en juicio ejecutivo. En ello nos apoya el proyecto, que señala que en el protesto electrónico debe utilizarse la firma electrónica avanzada y el sellado de tiempo. No vemos problema con la utilización de la firma electrónica avanzada y la actual fecha electrónica, en virtud del principio de equivalencia funcional.

2.8. Emisión de títulos de crédito o pagarés bajo la actual regulación

La emisión de títulos de crédito en forma electrónica, suscritos con firma electrónica, no se encuentra regulada en forma directa en la ley, y tampoco existe mención específica alguna, como se analizó *supra*, por parte de la ley cambiaria. Esta falta de regulación, sin embargo, no quiere decir que debe negarse *a priori* la emisión de pagaré en forma puramente electrónica. Importante es tener presente que a la fecha de promulgación de la Ley N° 18.092, no existía siquiera el menor atisbo de estas posibilidades tecnológicas: a lo más que pudo aspirarse a la sazón, fue a la firma del librador y de los endosantes, estampada por medio de otros procedimientos, según lo autorizan los artículos 1° N° 7, 17 y 104 y el Reglamento contenido en Decreto Supremo N° 276 de 4 de marzo de 1991, del Ministerio de Justicia.

La actual ley de firma electrónica, así como no regula directamente la emisión de títulos-valores, tampoco los prohíbe en forma directa. Tomando en cuenta la equivalencia funcional instaurada en el artículo tercero de la ley, por medio del cual un acto otorgado por una persona natural o jurídica es válido de la misma forma y producirá los mismos efectos que los celebrados por escrito, no sería aventurado, *prima facie*, sostener que sí es posible hoy en día emitir un

pagaré en forma electrónica, sin modificación legal alguna. Esto, sin embargo, tiene matices importantes.

El primer problema que se podría generar con la emisión de pagarés bajo la ley actual, es la limitación impuesta por el inciso tercero del artículo 3°, que señala en su letra a) que la equivalencia otorgada no aplicará a los actos o contratos en que la ley exige una solemnidad que no sea susceptible de cumplirse mediante documento electrónico. La Ley Cambiaria sólo establece como solemnidades, su escrituración y el contenido que prevé el artículo 102, señalando las menciones mínimas del mismo. Al poder contener el documento electrónico todas las menciones señaladas, ya que son solo menciones escritas, las que pueden ser ingresadas como información en un mensaje electrónico, con la excepción de la firma hológrafa, la que debiera ser reemplazada por la firma electrónica, pareciera que esta limitación no aplica en este contexto.

Sin embargo, podría considerarse que la especial naturaleza del pagaré (y de los títulos-valores en general) es una solemnidad en si misma, y que el documento electrónico no puede cumplir con la incorporación del derecho al título y la unicidad que otorgan por si mismos los documentos emitidos en soporte papel. Esta idea se condice con la extrema limitación existente hoy en día al uso de la firma electrónica, entendiéndose que toda solemnidad distinta a la escrituración no puede ser cumplida por medio de la firma electrónica. El argumento anterior puede contrarrestarse desde dos ángulos distintos: Primero, la firma electrónica, en especial cuando tiene el carácter de avanzada, suple con creces las necesidades de incorporación del derecho al título y la unicidad, ya que por si misma identifica a sus emisores o suscriptores, garantiza la

integridad del documento y establece el principio de control sobre el documento. Estas garantías otorgadas por la firma electrónica avanzada se ven además complementadas por las entidades de certificación, que identifican a los firmantes y dan mayor seguridad al sistema. Segundo, las falencias que si puedan existir por la falta de regulación específica puede ser suplida por la costumbre mercantil, que según el artículo 4° del Código de Comercio suplen el silencio de ley, “cuando los hechos que las constituyen son uniformes, públicos, generalmente ejecutados en la República o en una determinada localidad, y reiterados por un largo periodo de tiempo, que se apreciará prudencialmente por los juzgados de comercio”. De esta forma, en todo lo que no esté regulado, podría aplicarse la costumbre mercantil, que ha solucionado por si misma diversos problemas generados en el tráfico normal del comercio, con usos tan difundidos como los mensajes vía Swift, a que aludiéramos anteriormente en esta obra.

Sin embargo, a pesar de que estimamos que sería posible emitir pagarés sin modificación legal, esto no quiere decir que sea del todo conveniente mantener sin modernizar las leyes actuales, considerando la interpretación estricta que ha realizado la jurisprudencia tanto al artículo 3° como al artículo 5° de la ley, lo que podría generar serios problemas en el cobro del pagaré. Aunque consideramos que este problema de interpretación mejoraría con una utilización más masiva del pagaré electrónico, que presione a nuestros tribunales al cambio de interpretación de estas normas a una más amplia, estas falencias legales son justamente las que limitan la utilización masiva del instrumento. Por ello, analizaremos en el siguiente acápite el proyecto de reforma de la ley, en actual tramitación en el Congreso Nacional, proyecto que

aspira a regular la utilización de la firma electrónica en la letra de cambio y en el pagaré además de otras reformas relevantes.

**3. Proyecto de reforma de la Ley N° 19.799 sobre firma electrónica:
Boletín 8466-07, que contiene el Mensaje N° 123-360 de fecha 13 de
junio de 2012**

Con fecha 13 de junio de 2012, se envió al Senado por medio de mensaje N° 123-360 del Presidente de la República un proyecto de ley que modifica la Ley N° 19.799 sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma y otros cuerpos legales que indica. A la fecha de entrega de este trabajo, el proyecto se encuentra en segundo trámite constitucional.

La principal motivación del proyecto es que la utilización de la firma electrónica dentro del tráfico jurídico había sido, a la época de la redacción del antedicho proyecto, bastante menor a la esperada. Identifica esta baja adopción principalmente al reducido ámbito de aplicación de la ley causado por su artículo tercero, generado especialmente por el literal a) del mismo, que ya habíamos identificado. La interpretación de aquel literal, como vimos, ha sido extremadamente restrictiva, considerando que ningún acto solemne, excepto cuando la solemnidad consista en la escrituración, puede cumplirse por medio de la firma electrónica. Fuera de ello, identifica otras falencias, tales como la falta de definición de los principios que inspiran a la ley, el limitado reconocimiento judicial a la equivalencia funcional, entre otros problemas de carácter técnico causados por la actual ley.

Para un adecuado orden en el análisis del proyecto, nos referiremos a las modificaciones más relevantes a nuestro trabajo que introduce a la actual ley.

3.1. Firma electrónica simple, delimitación de principios, equivalencia funcional y ampliación del ámbito de aplicación de la ley

Como señalamos anteriormente, la ley 19.799, actualmente vigente, no distingue directamente entre firma electrónica avanzada y firma electrónica simple, pues no define de manera perentoria a la segunda, deduciéndose que lo es, por el hecho de que sí singulariza a la primera, aun cuando tampoco hace una definición propiamente tal de ella, en cuanto a describir en qué consiste — como sí lo hace en el literal f) — sino que apunta a la necesidad de su certificación por un “prestador acreditado”. En el proyecto se incorpora directamente la definición de firma electrónica simple, y, al igual como señaló la doctrina, la define como aquella que no cumple con los requisitos legales, reglamentarios y técnicos de la firma electrónica avanzada.

Respecto de la modificación a los principios señalados en la ley, a pesar de ésta ya incluye la equivalencia funcional, estableciendo la equivalencia entre un documento en soporte papel y un documento electrónico de forma extremadamente similar a la señalada por otras legislaciones y la UNCITRAL, este principio no había sido incluido y definido directamente. De forma similar, se mencionan en la actual ley ciertos principios a los que se someten las actividades que ella regula, sin existir una definición de los mismos (principio de libertad de prestación de servicios, libre competencia, neutralidad tecnológica y compatibilidad internacional), lo que se corrige en el actual proyecto.

El proyecto además establece directamente la equivalencia entre el documento electrónico y el documento en papel, de la firma electrónica y la manuscrita respecto a la validez y los efectos jurídicos de los mismos, ampliando la aplicación del principio de equivalencia funcional, y elimina las excepciones a la equivalencia establecidas anteriormente (recordemos, las excepciones se refieren a los actos o contratos que exigen una solemnidad no susceptible de cumplirse mediante documento electrónico, los que requieran la concurrencia personal de alguna de las partes o aquellos relativos al derecho de familia). Sin embargo, si se exigen otras solemnidades para la validez del acto o para que ellos sean oponibles a terceros, el proyecto mantiene la exigencia de que ellas se cumplan para producir sus efectos.

De esta forma, con la eliminación de las restricciones existentes en la actual ley 19.799, el proyecto pretende ampliar el ámbito de aplicación de la ley, permitiendo la utilización de la firma electrónica y documentos electrónicos en actos en que antes estaba expresamente restringido. Al eliminar las limitaciones anteriores y su consecuente interpretación estricta de las mismas, podrá utilizarse la firma electrónica en todo tipo de actos, mientras se cumplan sus solemnidades de validez y sus formalidades de publicidad, si ellas existen.

Fuera de ello, el proyecto hace aplicables las reglas de los instrumentos públicos y privados a los documentos electrónicos en relación a sus efectos. Así, señala que para que un documento electrónico sea considerado un instrumento público y que apliquen sus efectos es necesario que éste sea suscrito a través de la firma electrónica avanzada y el sellado de tiempo (este último, un concepto nuevo del proyecto, que analizaremos en el acápite siguiente). Los documentos que no cumplan con estos requisitos serán

considerados residualmente instrumentos privados. Este nuevo ámbito es extremadamente interesante, ya que transforma a la firma electrónica avanzada en una especie de “notaría privada”, pudiendo generarse directamente por los particulares documentos considerados instrumentos públicos. Más aún, y en apoyo de esta idea de la notaría privada, también se establece en el proyecto (artículo 4º) que si alguna norma requiere que las firmas de los otorgantes de un acto sean otorgadas ante notario, la solemnidad se entiende cumplida cuando el documento electrónico haya sido suscrito por las partes con firma electrónica avanzada y sellado de tiempo.

3.2. Marca de tiempo y Sellado de tiempo

El proyecto elimina la llamada “fecha electrónica”, definida en la ley anterior como un conjunto de datos utilizados para constatar el momento en que se efectuó una actuación, e introduce dos nuevos conceptos, la marca de tiempo y el sellado de tiempo. Ambas cumplen la misma función de determinar el momento de celebración del acto o contrato emitido mediante documento electrónico, pero tienen como diferencia quien realiza la atribución del día y hora de celebración. En la marca de tiempo, es el otorgante o las partes los que introducen el tiempo de celebración, de forma privada y sin intervención de terceros, a diferencia del sellado de tiempo, en el cual la atribución de fecha y hora es realizada por un tercero de confianza, lo que entrega mayor seguridad e integridad respecto al momento de celebración del acto o contrato.

El sellado de tiempo luego se incorpora en el certificado de firma electrónica emitido por los certificadores acreditados, por regla general como un elemento opcional, pero debe ser incluido si el certificado recae sobre

documentos emitidos por órganos públicos, y si se pretende que el documento tenga carácter de instrumento público.

Lógicamente, con estos nuevos conceptos se pretende dar mayor certeza y seguridad al momento de celebración del contrato, pudiendo de esta forma el documento electrónico dar seguridad en cuanto al momento de celebración y de su contenido (por la forma de garantizar la inalterabilidad del documento, a través de los códigos *hash*) y así poder ser considerado un instrumento público, que según el artículo 1700 del Código Civil, “hace plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha”.

Es interesante señalar que al otorgar la función de sellado de tiempo a los mismos prestadores acreditados de servicios de acreditación, el proyecto entrega confianza y acerca aún más al sistema regulado en nuestra legislación al modelo de registro ⁶², lo que es comprensible, ya que es utilizado ampliamente, y la utilización de terceros de confianza añade seguridad a las transacciones. Sin embargo, existen otras legislaciones que dan más libertad a los usuarios de firma electrónica, pudiendo ellos elegir la forma de firmar y la forma de acreditación. Esta estipulación directa del sistema a utilizar es común en sistemas civilistas, en contraposición a los que se basan en el sistema anglosajón.

⁶² Tanta es la confianza en el sistema registral, que se regula más exhaustivamente a los prestadores acreditados, estableciendo nuevas reglas respecto a la cancelación de la acreditación y el cese voluntario de las actividades del prestador, además de reforzarse el rol fiscalizador de la Entidad Acreditadora.

3.3. Celebración de actos y contratos a distancia

La ley actual sobre firma electrónica no permite la utilización de la firma electrónica avanzada de forma completamente no presencial. Ello, porque según lo señalado en el artículo 12 letra e) de la misma, para otorgar certificados de firma electrónica avanzada (elemento indispensable de estas últimas) es necesario que el prestador de servicios de certificación de firma electrónica compruebe fehacientemente la identidad del solicitante, debiendo requerir para ello la comparecencia personal del solicitante ante sí, ante oficial del registro civil o ante notario público, no admitiéndose la utilización de un mandato.

Señala el proyecto: “e) Reemplázase el literal e) por el siguiente: `e) En el otorgamiento de certificados de firma electrónica avanzada, comprobar fehacientemente la identidad del solicitante y la calidad de autoridad o funcionario en el caso de la certificación de los órganos públicos [...]”. De esta forma, y aunque no lo señale de forma directa el mensaje, esta modificación elimina la necesidad de comparecencia personal del solicitante del certificado de firma electrónica avanzada, permitiendo de esta forma la celebración de actos y contratos en forma completamente no presencial.

3.4. Autorización expresa para emitir títulos de crédito como documento electrónico, suscrito con firma electrónica avanzada

La modificación más relevante propuesta por el proyecto es el permitir la emisión de títulos de crédito, a través de documentos electrónicos, permitiendo la extensión, aceptación, endoso, aval y protesto de la letra de cambio y pagaré,

haciendo los cambios necesarios a la Ley N° 18.092 que dicta nuevas normas sobre letra de cambio y pagaré y deroga disposiciones del Código de Comercio.

Para poder emitir esta clase de instrumentos como documentos electrónicos, ellos deben ser suscritos por firma electrónica avanzada e incluir sellado de tiempo, requisito lógico atendida la seguridad necesaria para el tráfico de títulos-valores. Si se cumplen estos requisitos, y si se paga el respectivo impuesto de timbres y estampillas dentro de un plazo de 5 días hábiles a contar de la emisión, el proyecto (por medio de la modificación al artículo 434 del Código de Procedimiento Civil) otorga mérito ejecutivo directo a los pagarés y letras de cambio emitidas de esta forma.

Fuera de ello, el proyecto modifica el artículo 5° de la ley de firma electrónica, reemplazándolo completamente y de esta forma eliminando la interpretación estricta del mismo que impedía, en opinión de la jurisprudencia, la utilización de documentos electrónicos como fundantes de la demanda. Así, el nuevo artículo propuesto es el siguiente:

“Artículo 5°.- Valor probatorio. Los documentos electrónicos suscritos con firma electrónica tendrán igual mérito probatorio que los instrumentos suscritos con firma manuscrita y soporte en papel. Para efectos de lo anterior, se seguirán las siguientes reglas:

1° Los documentos electrónicos en que consta un acto o contrato suscrito con firma electrónica avanzada y sellado de tiempo, tengan o no la calidad de instrumento público, hacen plena fe de acuerdo al artículo 1700 del Código Civil.

2° Los documentos electrónicos en que consta un acto o contrato suscrito con firma electrónica avanzada, hacen plena fe de acuerdo al artículo 1700 del Código Civil, salvo en cuanto a su fecha.

3° Los documentos electrónicos en que consta un acto o contrato suscrito con firma electrónica simple, tendrán el valor probatorio que corresponda de acuerdo a las reglas generales aplicables a los instrumentos privados.”

De esta forma, la modificación del artículo establece una equivalencia funcional total, eliminando la discriminación entre documento electrónico y documento emitido en soporte físico creado por la interpretación restrictiva por parte de la jurisprudencia del actual artículo 5°, y por tanto permitiendo la utilización de documentos suscritos con firma electrónica como documentos fundantes de una demanda, asegurando en forma estable el procedimiento de cobro de pagarés y letras de cambio.

En lo que concierne al pagaré, el proyecto añade un inciso final al artículo 102 de la ley 18.092, estipulando: “El pagaré también podrá ser extendido en documento electrónico y suscrito con firma electrónica avanzada y sellado electrónico” y añade una modificación aplicable tanto al pagaré como a la letra de cambio, añadiendo un inciso al artículo 62 de la misma ley: “El protesto también se podrá efectuar mediante documento electrónico, en cuyo caso el funcionario que efectuare la diligencia deberá suscribir con firma electrónica avanzada y sellado de tiempo”. De esta forma, fuera de la posibilidad de protesto en forma electrónica, cuyo procedimiento y necesidad ya discutimos, en conjunto con el endoso; el proyecto solo añade una norma permisiva y ciertos requisitos para su utilización, sin modificar en ninguna otra forma la ley 18.092.

Al ser el inciso agregado al artículo 102 una norma permisiva, y al no existir ninguna otra modificación, podemos asumir que antes de esta modificación pueden emitirse pagarés como documento electrónico, ya que no es necesaria ninguna otra modificación a la estructura de los mismos, excepto por la opción de protesto electrónico. Es necesario de todas maneras emitir el pagaré a través de la firma electrónica avanzada ya existente, ya que es la única que permite garantizar la identidad de las partes y la inalterabilidad del documento, y le da la seguridad al suscriptor de que este documento será aceptado dentro del tráfico jurídico. En todo lo demás que se encuentra sin regulación explícita, prima la costumbre mercantil, como lo ha hecho en otras instituciones del Derecho Comercial. Es por ello que, en nuestra opinión, se potencia aún más la idea de que en la regulación actual es posible emitir pagarés como documentos electrónicos, lo que no quiere decir que este proyecto no aporta a la generalización del pagaré en forma electrónica, lo que analizaremos más adelante.

3.4. Análisis crítico del proyecto

A pesar de que hemos señalado anteriormente que no consideramos que sea estrictamente necesaria una modificación legal para la emisión válida y vinculante de pagarés electrónicos, esto no desmerece la necesidad del proyecto por sus modificaciones en otros ámbitos, especialmente en cuanto a la reforma al Código de Procedimiento Civil, a pesar de que en algunos de sus otros puntos pueda ser de menor utilidad.

Respecto a aspectos que consideramos más importantes, se encuentra la eliminación de las limitaciones acerca de los actos y contratos que pueden

beneficiarse de la equivalencia funcional otorgada por el artículo tercero de la ley, ya que la interpretación estricta de la limitación establecida en su letra a), respecto a actos o contratos en que la ley exige una solemnidad que no sea susceptible de cumplirse mediante documento electrónico es la disposición que más dudas genera en la actual legislación respecto de la validez del pagaré electrónico. Con la eliminación de este requisito, se favorece la estabilidad jurídica del pagaré electrónico, elemento extremadamente importante si se considera que se desea fomentar el uso del pagaré emitido y suscrito en esa forma, dada la agilidad que se requiere muchas veces en el comercio por sus importantes beneficios, incluido el ahorro en papel y otros costos, la posibilidad de contratación no presencial, entre otros.

Otra idea que trae inmensos beneficios para los instrumentos cambiarios es la posibilidad de cobro sin reconocimiento previo que establece el proyecto, otorgando mérito ejecutivo a las letras de cambio y pagarés suscritos con firma electrónica avanzada y sellado de tiempo. Cabe señalar que el proyecto establece como requisito mínimo para emitir pagarés, la misma firma electrónica avanzada y el sellado de tiempo, por lo que si se emite un pagaré en forma válida según el proyecto, este tendría mérito ejecutivo automático, facilitando de esta forma el cobro de los instrumentos.

Un punto discutible, a pesar de su utilidad, es la idea del sellado de tiempo. A pesar de que es muy importante incluir en un documento electrónico la fecha de su suscripción, por los variados efectos que causa la celebración de un acto y el momento en que este produce efectos, dicha institución obliga a que este tiempo sea ingresado al documento a través de un tercero de confianza, tal y como lo son los prestadores acreditados de servicios de

certificación, lo que limita al sistema. En nuestra opinión, sería preferible establecer la opción para las partes de elegir la forma de verificación de la fecha de celebración del acto, al existir diversos métodos técnicos para realizar este sellado. Empero, insistimos, es de la mayor importancia establecer de manera certera el tiempo, especialmente en lo que nos ocupa, esto es, en la emisión del pagaré, dadas las implicancias procesales y cambiarias relacionadas con tal fecha: baste citar al efecto, lo previsto en los artículos 35 inciso segundo⁶³ y 49⁶⁴ de la ley N° 18.092.

Fuera de estos puntos considerados, y limitándonos al ámbito de los instrumentos cambiarios emitidos en formato electrónico, nos parece que el proyecto avanza de manera significativa en la integración de los documentos electrónicos y la utilización de la firma electrónica en el tráfico jurídico, siendo en general un aporte positivo a nuestra legislación, que en tiempos es bastante lenta para reaccionar ante las nuevas tecnologías.

⁶³ Artículo 35.- La letra girada a día fijo y determinado o a un plazo de la fecha de giro, puede ser presentada para la aceptación dentro del plazo de su vencimiento. La letra girada a un plazo contado desde la vista, y que no sea aceptada en el plazo de un año a partir de la fecha de giro quedará sin valor, a menos de ser protestada oportunamente por falta de aceptación o de fecha de aceptación.

⁶⁴ Artículo 49.- La letra a la vista es pagadera a su presentación, y si no fuere pagada dentro del plazo de un año contado desde la fecha de su giro quedará sin valor a menos de ser protestada oportunamente por falta de pago.

CONCLUSIONES

En este trabajo, analizamos la regulación nacional del pagaré, los problemas que se generan cuando ellos se emiten en forma electrónica (basados más que nada en la naturaleza misma del pagaré y el principio de incorporación del derecho al título), que complica la emisión de pagarés como documentos electrónicos, suscritos mediante firma electrónica.

Considerando el análisis realizado a las distintas legislaciones, es posible concluir que los problemas identificados son extremadamente similares, basados en la inseguridad que podría ser causada por la emisión de pagarés electrónicos sin la regulación legal suficiente, permitiendo la copia indiscriminada de los documentos electrónicos, la imposibilidad de identificación del suscriptor y de los posteriores participantes en el pagaré entre otros problemas jurídicos generados por la utilización sin regulación alguna de instrumentos cambiarios en forma electrónica. Las soluciones dadas por las legislaciones varían en cuanto a la forma de implementación y la libertad de los emisores en la elección del sistema que utilizarán, pero se unen en un mecanismo que, regulado de la forma correcta, puede evitar todos los problemas que se generan: la firma electrónica.

Hemos visto que la firma electrónica se encuentra regulada por variados países, y que dentro de las analizadas todas se acercan a la regulación propuesta por la UNCITRAL (aunque algunas, como la Colombiana, hayan arribado a una conclusión similar de forma independiente y previa), teniendo una mayor o menor regulación. Ella se perfila como la forma de emitir documentos electrónicos que puedan transarse dentro del mercado jurídico, a

pesar de que ella se ha considerado a veces insuficiente por si misma para solucionar los problemas generados por la emisión del pagaré. Tratando sobre la regulación chilena de la firma electrónica, correspondiente a la Ley N° 19.799, pudimos analizar que ella establece una clase de firma especial: la firma electrónica avanzada. A través de este mecanismo es posible solucionar la mayoría de los problemas hallados en las demás legislaciones, pudiendo identificar al suscriptor y mantener la unicidad del documento (a través de la firma en conjunto con los certificados de firma electrónica), mantener la integridad del documento electrónico (a través del cifrado y la técnica del *hashing*, que permiten detectar modificaciones posteriores al documento) y en general permitir su tráfico dentro del ordenamiento jurídico en forma estable.

La jurisprudencia, sin embargo, ha interpretado en forma extremadamente estricta las limitaciones impuestas por la Ley N° 19.799, en especial la establecida en la letra a) del artículo tercero, que no permite utilizar documentos electrónicos cuando el acto o contrato requiere de solemnidades no susceptibles de cumplirse por medios electrónicos, lo que podría generar dudas en la utilización de pagarés sin modificación legal alguna. Nos inclinamos a pensar, sin embargo, que es posible emitir pagarés como documento electrónico utilizando la firma electrónica avanzada, ya que ella cubre todas las supuestas solemnidades que deben cumplirse, fuera de la misma escrituración.

Como vimos, existe un proyecto de modificación de la ley 19.799 que se encuentra aún en trámite, que elimina las limitaciones impuestas y regula de manera directa a la letra de cambio y al pagaré electrónico, introduciendo en la actual ley cambiaria la posibilidad de emisión de los mismos en forma directa, siempre por medio de la firma electrónica avanzada e introduciendo y haciendo

obligatorio el concepto del sellado de tiempo, por medio del cual un tercero de confianza, los prestadores de servicios de certificación regulados en la ley, introduce dentro de sus certificados de firma electrónica el tiempo en que se celebró el acto o contrato. Consideramos que esta modificación, aunque no sea del todo necesaria, hace más estable el tráfico jurídico y elimina las dudas que puedan tener los usuarios de documentos electrónicos sobre la validez o forma de utilización de los pagarés electrónicos, aumentando la confianza en el sistema y fomentando su uso, con todos los beneficios que ello implica, incluyendo la reducción de costos y la posibilidad de contratación no presencial, que fomentan el uso del pagaré que se ha reducido por las trabas que significa emitirlo en papel.

Finalmente, quisiéramos hacer una breve reflexión acerca de la posibilidad de que un pagaré emitido en esta modalidad y firmado con firma electrónica avanzada, dadas las seguridades que otorga ésta, según hemos visto profusamente en esta obra, tenga mérito ejecutivo, *ipso iure*.

Tal vez para ello pueda concebirse alguna fórmula más simple y quizá novedosa, bastando quizá alguna regulación emanada de los Tribunales Superiores de Justicia, concretamente, de la Excelentísima Corte Suprema mediante un auto acordado. Fundamos aquello, en que los ministros de fe que consagra el Código Orgánico de Tribunales, son miembros de la denominada Segunda Serie del Escalafón Secundario del Poder Judicial, y concretamente en los artículos 3° y 96 N° 4; 264 y 269 del Código Orgánico de Tribunales y artículo 82 de la Constitución Política de la República de Chile.

En efecto, estimamos que dado el alcance de las facultades que conciben las antedichas normas, es posible que pueda disponerse por parte del máximo Tribunal, que los Notarios puedan hacerse cargo de autorizar firmas puestas en pagarés en la modalidad estudiada, con los efectos completos del numeral 4) del artículo 434 del Código de Procedimiento Civil.

De hecho, existe el Auto Acordado de la Corte Suprema sobre uso de Documento y Firma Electrónica por Notarios, Conservadores, y Archiveros Judiciales, del 10 de noviembre de 2006, que abordó materias semejantes a la que postulamos. Dicha instrucción concedió facultades por las que aquellos ministros de fe podían integrar en sus funciones, el uso de la firma electrónica avanzada para determinadas actividades, tales como emitir electrónicamente, con firma electrónica avanzada, copias autorizadas de instrumentos públicos y privados, documentos protocolizados, certificaciones de firmas digitales estampadas en su presencia, protestos, etcétera. Es así como algunas notarías en Santiago utilizan dicho método, con señalado éxito, comunicándose en dicha forma con el Diario Oficial, por ejemplo, para los efectos de la publicación de extractos otorgados ante ellos. Una manifestación concreta es la facultad que se le otorga al Notario de autorizar las escrituras de constitución de sociedades que se someten a la ley 20.659, que simplifica el régimen de constitución, modificación y disolución de las sociedades comerciales, siempre utilizando la firma electrónica avanzada, cuando los socios o constituyentes no cuenten con firma electrónica avanzada propia.

No nos parece, entonces, descaminado, postular una regulación de ésta índole, a fin de dotar, ipso facto a ese tipo de efectos de comercio, de dicho mérito. En todo caso, inicialmente el uso del pagaré electrónico puede generar

los mismos problemas emanados de la costumbre comercial: ellos deben ser asimilados culturalmente por la sociedad, la que debe utilizarlos en el tráfico jurídico y comercial normal, para lo cual se requiere estabilidad en la validez del pagaré y una acreditada eficacia práctica al momento de su cobro, lo que es determinado finalmente por la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia. Por lo mismo, a pesar de que consideramos que es posible emitir pagarés de esta forma ipso facto, será menester, como toda innovación significativa, aquella aceptación confiada por parte de sus usuarios, tanto suscriptores como acreedores y eventualmente endosatarios a cualquier título.

BIBLIOGRAFÍA

- ARRIETA Cortez, Raul. 2003. Los Prestadores de Servicios de Certificación de Firma Electrónica en el Derecho Chileno. (2):109-129.
- BERROCAL Lanzarot Ana I. 2006. La firma electrónica y su regulación en la ley 59/2003, de 19 de Diciembre, de Firma Electrónica. Foro, Nueva época (3):397-465
- CAMARGO Melendez, Piedad y VELEZ Vargas, Jorge. 2002. El Título Valor Electrónico, Instrumento Negociable de la Nueva Era. Tesis para optar al título de abogados. Bogotá D.C, Pontificia Universidad Javierana, Facultad de Ciencias Jurídicas.
- COUTURE, Eduardo. 1991. Vocabulario Jurídico. Editorial Depalma. Buenos Aires, Argentina.
- DIAZ Moreno, Alberto. 2014. Sobre la posibilidad de emitir pagarés cambiarios “electrónicos”. [en línea] <<http://www.gomezacebo-pombo.com/index.php/es/conocimiento/noticias/item/1329-sobre-la-posibilidad-de-emitir-pagar%C3%A9s-cambiaros-%E2%80%9Celectr%C3%B3nicos%E2%80%9D>> [consulta: 23 diciembre 2015].
- GÁLVEZ Dominguez, Eduardo. 2013. El pagaré electrónico. *Certusan, incertusquando*. Diario La Ley (8216).

- GRUPO DE TRABAJO IV DEL SECRETARIADO DE LA COMISIÓN DE NACIONES PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. 2012. Legal issues relating to the use of electronic transferable records (A/CN9/WG.IV/WP.118). [en línea]. <<http://www.uncitral.org/>> [consulta: 28 octubre 2015].

- GRUPO DE TRABAJO IV DEL SECRETARIADO DE LA COMISIÓN DE NACIONES PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. 2002. Aspectos jurídicos del comercio electrónico. Los obstáculos jurídicos para el desarrollo del comercio electrónico en los instrumentos internacionales que rigen el comercio internacional (A/CN.9/WG.IV/WP.94). [en línea]. <<http://www.uncitral.org/>> [consulta: 02 noviembre 2015].

- HINAJEROS, F, FERRER, J. y MARTÍNEZ, A. 2013. Letras de cambio, cheques y pagarés electrónicos; aproximación técnica y jurídica, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México, (31): 223-258pp

- ILLESCAS Ortiz, Rafael. Los fundamentos del Derecho Electrónico y el Principio de Equivalencia Funcional. 235-243pp

- LARA Aguayo, Edinson. 2013. Teoría General de los Títulos-Valores en el Derecho Chileno. Chile. Legal Publishing Chile.

- LARA Aguayo, Edinson. 2008. Régimen Jurídico del Pagaré. Doctrina y Jurisprudencia. Chile, Legal Publishing Chile.

- MARTÍNEZ Nadal, Apollónia. 2010. La admisibilidad jurídica del pagaré en el Derecho español. Diario La Ley (7461).
- Proyecto de guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI para las Firmas Electrónicas. 2001.
- RICO, M. 2012. Los pagarés electrónicos en el Derecho estadounidense. Revista de Derecho, comunicaciones y Nuevas Tecnologías (7):7.
- SANDOVAL López, Ricardo. 2009. Seguridad en el Comercio Electrónico. Firma Electrónica: Análisis de la ley N° 19.799. Chile. Legal Publishing Chile.
- SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS. 2015. ¿Las letras de cambio y los pagarés deben ser timbrados en el SII y llevarse algún registro de estos documentos?. [en línea] <http://www.sii.cl/preguntas_frecuentes/otros_impuestos/001_019_0364.htm> [consulta: 02 febrero 2015].
- SORIANO Maldonado, Salvador. 2001. La firma electrónica en la UE y España. Panorama del marco regulatorio general. Economía Industrial (338):79-86.

ANEXO

Noción general de firma electrónica: concepto, funcionamiento técnico, atribuciones, clasificaciones y terceros de confianza.

Previo a referirnos a la firma electrónica, debemos hablar de la firma manuscrita, ya que en virtud de la equivalencia funcional es a ella la que reemplaza la firma electrónica. Como se señaló *supra*, COUTURE define a la firma autógrafa como un “trazado gráfico, conteniendo habitualmente el nombre, apellido y rúbrica de una persona, con el cual se suscriben los documentos para darles autoría y obligarse con lo que en ellos se dice⁶⁵”. Aunque no se encuentra regulada directamente en nuestro ordenamiento, la doctrina ha reconocido que la firma tiene tres funciones relevantes:

- a) Identifica al autor del documento (función identificativa).
- b) Manifestación de que el contenido del documento es aceptado por el autor (función declarativa).
- c) Prueba de que el autor de la firma es quien se ha identificado como tal en el documento (función probatoria).

De esta forma, si se espera que la firma electrónica sea un equivalente funcional real de la firma manuscrita u hológrafa, es necesario que cumpla a lo menos estas tres funciones básicas.

Es importante señalar que el ordenamiento jurídico chileno exige la firma solo en instituciones específicas, como una solemnidad, pero no la requiere como regla general para la validez de los actos, bastando el solo

⁶⁵COUTURE, op. Cit. 290p.

consentimiento del emisor. En efecto, el artículo 1443 del Código Civil contiene una de las clasificaciones de que son susceptibles los contratos para su nacimiento a la vida del derecho, en este caso, la distinción entre contratos reales, solemnes y consensuales, constituyendo éstos últimos la regla general, según se ha dicho. Sin embargo, la costumbre ha hecho que la firma de quien se obliga se utilice como regla general en el negocio jurídico.

En el caso de los efectos de comercio, tales como la letra de cambio y del pagaré, la firma del librador y del suscriptor, en su caso, creadores de tales títulos, es obligatoria, con arreglo a lo prescrito, respectivamente, en los artículos 1° N° 7 y 102 N° 6 de la ley sobre letra de cambio y pagaré. Obsérvese que el legislador atribuye al obligado al pago del segundo de dichos efectos de comercio, la denominación de suscriptor, esto es, de quien “firma” al pie de un escrito.

La firma autógrafa se utiliza en documentos que se encuentran emitidos a través de un soporte material que contiene la información que constituye su contenido. En los documentos electrónicos, que no tienen un soporte material o físico, no puede utilizarse la firma manuscrita, ya que la información que contiene el documento “se incorpora mediante señales electrónicas a una computadora⁶⁶”. Esta clase de documentos solo pueden ser firmados a través de la firma electrónica.

⁶⁶ SANDOVAL López, Ricardo. Op. Cit. 24p.

Diferencias entre la firma manuscrita y la firma electrónica

La firma manuscrita difiere de la firma electrónica en variados aspectos, reconociéndose en forma general diferencias en el procedimiento de estampado, la forma de utilización de la firma y los resultados de la utilización de la misma.

Respecto al procedimiento de estampado, en el caso de la firma manuscrita es necesaria la asistencia personal de quien suscribe, estampando su firma directamente en el documento, pudiendo tener otras formalidades. Cuando se suscribe la firma electrónica, no hay comparecencia personal del suscriptor, ya que la firma manuscrita se reemplaza a través de un procedimiento electrónico, agregándose al documento-mensaje de datos un signo, procediéndose “a ejecutar respecto del mensaje un método que cumple las funciones de identificación y atribución de autoría⁶⁷”.

La firma autógrafa tiene la característica, motivo de su masiva utilización, de contener la afirmación del firmante de que es el autor o que hace suyo el contenido del documento en que se suscribe. La firma electrónica, por si misma, no necesariamente constituye una declaración jurídicamente relevante, ya que puede utilizarse como una forma de garantizar la seguridad o confiabilidad de las comunicaciones. Sin embargo, puede realizarse esta conexión entre el firmante y el documento electrónico, por medio de los terceros de confianza llamados prestadores de servicios de certificación, los que emiten un certificado que identifica al suscriptor con la firma y el contenido del documento.

⁶⁷ Ídem, 25p

Finalmente, la firma electrónica produce un resultado particular: con la implementación utilizada en Chile y en la mayoría de las legislaciones, la firma cifra al documento electrónico, por lo que solo el destinatario del mismo puede tener acceso a su contenido. Esto tiene como consecuencia adicional la posibilidad de detectar la apertura del mensaje antes de que este llegue a su destinatario.

Concepto de firma electrónica

La firma electrónica ha sido definida por distintas entidades y autores. La Ley Modelo de la UNCITRAL sobre Firmas Electrónicas señala: “Por `firma electrónica` se entenderán los datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos, o adjuntados o lógicamente asociados al mismo, que puedan ser utilizados para identificar al firmante en relación con el mensaje de datos e indicar que el firmante aprueba la información recogida en el mensaje de datos”.

Esta definición incluye dentro de la firma electrónica las funciones de identificación del firmante y su aprobación de la información contenida en el mensaje de datos, lo que no es necesariamente incluido en la firma electrónica propiamente tal. Concuere con esta definición la autora española BERROCAL, quien señala que “la firma electrónica es un conjunto de datos y no un símbolo, sello o grafía electrónica que sirve para identificar al firmante de un mensaje y para acreditar la identificación de mismo, como la integridad del contenido del mensaje⁶⁸”. De esta forma, se acerca al concepto de firma digital, una especie de firma electrónica que se crea bajo un procedimiento en específico. Esto es

⁶⁸BERROCAL Lanzarot, Ana I. 2006. La firma electrónica y su regulación en la ley 59/2003, de 19 de Diciembre, de Firma Electrónica. Foro, Nueva época (3):397-465

común ya que las definiciones legislativas supranacionales y nacionales han asimilado ambos conceptos.

Puede definirse más ampliamente como un “conjunto de datos únicos encriptados o transformados en códigos para que no todos los puedan entender, que se adiciona a un documento electrónico⁶⁹”. Esta definición no contiene los elementos identificatorios y aprobatorios de la firma manuscrita, que sólo aplican si la firma electrónica se utiliza en mensajes de datos que se pretende utilizar en el tráfico jurídico. Dentro de este tráfico, la firma electrónica se utiliza como un mecanismo de autenticación, reemplazando y por tanto debiendo tener todas las características de la firma autógrafa, o al menos características que sirvan para mantener su equivalencia.

Creación de la firma electrónica: características técnicas

La firma electrónica tiene una forma técnica particular de creación, para darle las características de seguridad e inviolabilidad. Ella se genera utilizando dos claves asimétricas, esto es, distintas, una pública y una privada, las que se encuentran relacionadas matemáticamente. Esta relación, sin embargo, no permite conocer por medio de la clave pública la clave privada. Un documento electrónico cifrado con una clave privada solo puede ser descifrado con su par público, la que descifra el mensaje del emisor. Este mecanismo tiene como ventaja la comprobación de la firma, ya que si no concuerda la clave privada del emisor con la clave pública relacionada, conocida por el receptor del mensaje, éste no podría ser descifrado correctamente. Por este mismo motivo también se

⁶⁹ *Ibidem.* 26p.

verifica la integridad del documento, ya que cualquier cambio invalidaría la firma.

En el procedimiento de creación de la firma, se utiliza la clave privada para cifrar todo el documento. Sin embargo, este procesamiento de datos se vuelve excesivamente complejo cuando el documento es de gran extensión. Cuando esto sucede, o incluso como regla general para reducir la utilización de recursos y tiempo de cifrado, no se cifra la totalidad del documento, sino un resumen matemático del documento, a través de las llamadas funciones hash o función control, la que ha sido definida en el numeral 40 del Proyecto de Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la UNCITRAL para las Firmas Electrónicas como “un proceso matemático, basado en un algoritmo que crea una representación numérica o forma comprimida del mensaje, a menudo conocida con el nombre de “compendio de mensaje” o “huella digital” del mensaje, en forma de un “valor control” o “resultado control” de una longitud estándar que suele ser mucho menor que la del mensaje, pero que es no obstante esencialmente única con respecto al mismo. Todo cambio en el mensaje produce invariablemente un resultado control diferente cuando se utiliza la misma función control⁷⁰”. Concuerta con esta definición SORIANO, señalando que la firma electrónica “está basada en la aplicación de una transformación matemática (en inglés, *hash*) sobre un documento o mensaje, de manera que, se extrae del mismo un resumen o huella digital (en inglés, *digest*) de mucho menor tamaño que el documento original. A partir de esta huella digital extraída no resulta posible reconstruir el documento original y, además, presenta la característica de que dos documentos diferentes dan lugar a huellas digitales también diferentes, por lo que, si se modifica un documento,

⁷⁰A/CN.9/493 - Firmas electrónicas: Proyecto de guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI para las Firmas Electrónicas. 2001.

la huella digital que se obtenga del documento modificado será distinta a la huella digital inicial⁷¹”.

De esta forma, se crea a través de un procedimiento matemático una representación, esto es, una especie de resumen del mensaje, mucho más fácil de manejar por los sistemas informáticos. Como señala SANDOVAL, “este resumen cifrado constituye la firma que se adjuntará al mensaje que se trata de transmitir. La firma electrónica digital se basa en el cifrado, con la clave privada del suscriptor, de un resumen del mensaje, que acompañará a dicho documento, sea que éste se transmita cifrado criptográficamente o en claro⁷²”.

El estampado de la firma requiere un procedimiento, que se divide en los siguientes pasos:

- a) El emisor debe recibir o crear el par de claves criptográficas únicas (clave pública y clave privada)
- b) El emisor debe utilizar la función hash para realizar un resumen matemático del mensaje, su “huella digital”, como la denomina la UNCITRAL.
- c) El emisor firma el resumen del mensaje utilizando su clave privada, anexando esta firma al mensaje y enviándolo junto con la firma al destinatario

El destinatario, al recibir este mensaje electrónico, realiza las siguientes gestiones:

⁷¹ SORIANO Maldonado, Salvador. 2001. La firma electrónica en la UE y España. Panorama del marco regulatorio general. Economía Industrial (338):79-86

⁷² SANDOVAL, op. Cit. 28p.

- a) Verifica el mensaje, aplicando la clave pública que el emisor comparte y descifrando el mensaje, anteriormente cifrado con la clave privada del emisor.
- b) Luego de ello, aplica la función hash al mensaje descifrado, obteniendo el respectivo resumen del mensaje, al igual que el emisor
- c) Finalmente, coteja ambos mensajes, comparándolos. Si los dos “hash” coinciden, el mensaje fue enviado por quien se señala y no ha sido alterado.

Funciones de la firma electrónica

Como reemplazo de la firma manuscrita, la firma electrónica cumple sus funciones, pero de forma distinta atendida su especial naturaleza. A continuación identificaremos las más relevantes:

Identificación del mensaje y de su emisor

Esta es la principal función de la firma electrónica, identificando al emisor del documento electrónico y dando seguridad a que el mismo procede de quien dice que lo ha enviado, y atribuye el contenido del mensaje a quien lo suscribe. Esta característica ha sido reconocida por la generalidad de las legislaciones que contienen regulaciones específicas sobre la firma electrónica, supliendo una de las principales funciones de la firma manuscrita. Así, por ejemplo, nuestra legislación define como firma electrónica -artículo 2° letra f) de la Ley 19.799- “cualquier sonido, símbolo o proceso electrónico, que permite al receptor de un documento electrónico identificar al menos formalmente a su autor”. Así, establece como firma electrónica básica aquella que logra la autenticación de quien emite el documento.

Seguridad e Integridad

Como se señaló más arriba (*vid* 2.3.) la firma electrónica tiene también la función de preservar la integridad del documento electrónico, ya que si se produce cualquier alteración durante su circulación electrónica, el resumen del documento creado por la función *hash* no coincidirá con el del receptor. La seguridad otorgada es, al parecer, mayor a la del papel, ya que éste puede ser alterado con técnicas de falsificación que no pueden ser utilizadas sin modificar el *hash* del documento electrónico. Asimismo, cuenta con la debida seguridad del contenido, esto es, no es posible concebir un documento “firmado en blanco”, pues contenido y firma se confunden.

Confidencialidad

Al realizarse el cifrado del mensaje, que impide que sea leído de forma directa sin el uso de una clave, se protege la confidencialidad del documento. Esta característica, de la que carece un documento emitido en papel en forma directa, es posible ya que el descifrado del documento sólo puede realizarlo quien posea la clave pública del emisor. No se debe confundir la expresión “pública” con que la clave sea conocida por todos: es pública ya que es aquella que el emisor puede compartir sin comprometer su función de firma de documentos electrónicos, y es compartida sólo con quienes éste tenga la voluntad de hacerlo.

Función de “no repudio”

La función de “no repudio” consiste en “garantizar que tanto el emisor como el receptor no pueden negar haberlo emitido o recibido, respectivamente⁷³”. Es una especie de consagración directa de la doctrina de los actos propios⁷⁴, no pudiendo actuar en contra de lo ya realizado, en este caso, no pudiendo negar el emisor haber emitido o el receptor haber recibido el documento electrónico.

Terceros de confianza

El sistema de claves duales (clave pública y clave privada) permite realizar la encriptación del documento, aplicando las funciones *hash*. Sin embargo, las claves por si mismas no tienen una vinculación directa con quien las utiliza, al ser solo una serie de números que por si mismos no identifican al emisor. Para vincular estas claves a quien las utiliza, existen distintos mecanismos o sistemas técnicos. Uno de estos mecanismos es la implementación de una guía de claves, que conecte a las personas o entidades listadas en ella con sus respectivas claves públicas, para que por medio de ella el receptor de un mensaje electrónico firmado con una clave privada pueda buscar en ella la respectiva clave pública que le permita descifrar el documento.

Un mecanismo común para realizar esta conexión entre el emisor del documento y su clave pública es la utilización de terceras personas de

⁷³ SANDOVAL, op. Cit. 29p.

⁷⁴ Básicamente, esta doctrina se expresa en la frase “Nadie puede ir en contra de sus propios actos”. De esta forma, no es posible ejercer algún derecho o hacer valer una pretensión en contradicción con conductas anteriores. Para mayor detalle, *vid* DUCCI Claro, Carlos. 2005. Derecho Civil – Parte General. 4ta ed. Editorial Jurídica de Chile. Párrafo 431.

confianza, quienes intervienen en el procedimiento de emisión y recepción del documento electrónico emitiendo certificados que confirman la identidad del titular de una clave pública y privada, enviando la clave pública conjuntamente con el mensaje. Existen también sistemas mixtos, que no utilizan terceros de confianza, por medio de los cuales el propio emisor certifica su clave pública.

El sistema que otorga mayor seguridad es aquel que involucra a terceras partes calificadas, “precisamente por la confianza que ellas han de inspirar a quienes van a participar en los intercambios realizados por vía electrónica y suscritos de esta manera⁷⁵” Dada su utilización en variadas legislaciones, incluyendo nuestra Ley 19.799 (que llama a los terceros de confianza “Prestadores de Servicios de Certificación”, y los regula desde su artículo 15), no cabe duda que así ha sido considerado por la generalidad de la comunidad global.

⁷⁵ SANDOVAL, op. Cit. 34p.