



UNIVERSIDAD DE CUENCA

RESUMEN

En principio todo contrato sería susceptible de perfeccionamiento por vía electrónica siempre que cumpla con los requisitos de validez, excepto aquellos que deban cumplir con formalidades o solemnidades, como por ejemplo que deban celebrarse mediante escritura pública y/o deban ser inscritos en algún registro público; en estos casos se puede llegar a un acuerdo por vía electrónica, pero para el perfeccionamiento se debe cumplir con las formalidades antes mencionadas. La Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, establece que: “El perfeccionamiento de los contratos electrónicos se someterá a los requisitos y solemnidades previstos en las leyes y se tendrá como lugar de perfeccionamiento el que acordaren las partes.” El Código Civil determina que: “El contrato es...solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no surte ningún efecto civil;...” Como vemos esto afecta al comercio electrónico de bienes raíces. Por ello es absolutamente necesaria una reforma fundamentalmente a las leyes Notarial y de Registro, puesto que hoy en día, debido a la gran afluencia de personas que salen del país, es imprescindible la existencia de una figura tal como el cibernotario y ciberegistrador, en la práctica sería de gran utilidad que a través del Internet se puedan celebrar e inscribir documentos y contratos que requieran de dichas formalidades.

PALABRAS CLAVES.

Contrato, Solemnidades, Formalidades, Notario, Registro, Comercio, Perfeccionamiento, Cibernotario



UNIVERSIDAD DE CUENCA

INDICE

INDICE

INTRODUCCION

CAPÍTULO I

NATURALEZA JURÍDICA DE LOS CONTRATOS

- 1.1 Elementos del contrato
- 1.2 Momento y lugar de perfeccionamiento
- 1.3 Cumplimiento de solemnidades
 - La Tradición
 - Contrato de Compraventa
 - Mandato
 - Procuración Judicial
 - Mutuo o Préstamo de Consumo
 - Hipoteca
 - Requisito de Escrituración
 - Requisito de Originalidad
 - Conservación de los Mensajes de Datos
- 1.4 Contratación Electrónica
 - 1.4.1 Manifestación de la voluntad por medios electrónicos
 - 1.4.2 Equivalencia funcional de los contratos electrónicos
 - 1.4.3 Observancia de los requisitos y formalidades establecidos en las leyes
 - 1.4.4 Contratos que no pueden realizarse a través de medios electrónicos

CAPÍTULO II

CUMPLIMIENTO DE SOLEMNIDADES EN EL
PERFECCIONAMIENTO DE CONTRATOS

- 2.1 Actividad Notarial
 - 2.1.1 Breve historia de la actividad notarial
 - 2.1.2 Naturaleza del Notario



UNIVERSIDAD DE CUENCA

- 2.1.3 Funciones del Notario
- 2.1.4 Notarías Virtuales. Cibernetariado
- 2.2 Registros Públicos
 - 2.2.1 Breve historia de los Registros Públicos
 - 2.2.2 Naturaleza de los Registros Públicos
 - Sistema Registral Declarativo
 - Sistema Registral Constitutivo
 - Sistema de Folio Real
 - Sistema de Folio Personal
 - 2.2.3 Funciones de los Registros Públicos
- CAPÍTULO III
- MECANISMOS DE AUTENTICACIÓN
- 3.1 Firmas Electrónicas
 - 3.1.1 Efectos jurídicos de la firma electrónica
 - 3.1.2 Obligaciones del titular de la firma electrónica
- 3.2 Certificados Electrónicos
 - 3.2.1 Requisitos para la validez de los certificados electrónicos
 - 3.2.2 Causas para la extinción del certificado electrónico
 - 3.2.3 Aceptación y acreditación de certificados emitidos en el extranjero
 - Entidades Certificadoras de Información
 - 3.2.4 Registro Público Nacional de Entidades de Certificación de Información
- CAPÍTULO IV
- DERECHO COMPARADO
- 4.1 Actividad Notarial
 - Chile y Venezuela
 - Perú
- 4.2 Contratación Electrónica
 - UNCITRAL



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Ecuador

Directiva de la Unión Europea

Chile

Venezuela

Estados Unidos

México

4.3 Registros Públicos

Francia

Alemania

España

4.4 Mecanismos de Autenticación

4.4.1 Firmas Electrónicas

Ecuador

España

Colombia

Perú

Chile

Venezuela

Estados Unidos de Norteamérica

Reino Unido

Francia

Ley modelo de la UNCITRAL

4.4.2 Certificados Electrónicos

España

Ecuador

Venezuela

Colombia y Perú

Chile

Certificados emitidos en el extranjero

España

Ecuador



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Colombia, Perú y Venezuela

4.4.3 Entidades de Certificación de Información

Ecuador

España

Colombia

Perú

Chile

Venezuela

4.5 Notarías Virtuales

Estados Unidos de América

México

Cuba

Colombia

Perú

CONCLUSIONES

RECOMENDACIONES

BIBLIOGRAFÍA



UNIVERSIDAD DE CUENCA

UNIVERSIDAD DE CUENCA

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

ESCUELA DE DERECHO

**MAESTRÍA EN DERECHO INFORMÁTICO CON MENCIÓN EN COMERCIO
ELECTRÓNICO**

**TESIS DE MAESTRÍA
“PERFECCIONAMIENTO DE CONTRATOS POR VÍA ELECTRÓNICA”**

AUTORA: DRA. CONSUELO CARRASCO PIEDRA

DIRECTOR: DR. JORGE MORALES ALVAREZ

2010



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Los contenidos vertidos en el presente trabajo son de exclusiva responsabilidad de su autora.

María Consuelo Carrasco Piedra.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

INTRODUCCION

En cada etapa histórica el comercio y la legislación civil y mercantil han tenido determinadas características acordes a la realidad de cada una de ellas, es así que a medida que dichas circunstancias cambiaban o evolucionaban, el comercio y las leyes lo hacían también. Desde siempre el comercio entre naciones distantes ha tenido lugar, debiendo afrontar infinidad de obstáculos que impedían su acelerado desarrollo. Inicialmente las barreras comprendían aspectos tales como falta de moneda, falta de transporte y posteriormente transporte costoso y riesgoso, falta de regulación o regulación demasiado restrictiva, falta de instrumentos de crédito, etc. De acuerdo a las necesidades que se iban vislumbrando fueron apareciendo métodos que solucionaban dichos conflictos tales como la acuñación de la moneda, el transporte marítimo, las asociaciones de comerciantes, la letra de cambio, el pagaré, el cheque, la tarjeta de crédito, los tratados internacionales, etc.

Como había dicho el comercio evoluciona de acuerdo a los avances tecnológicos y a la evolución de la sociedad misma, y con ello se vuelven imprescindibles reformas legales o promulgación de nuevas leyes que regulen la reciente actividad comercial. Es así que el mundo ha vivido tres etapas bastante diferenciadas y acordes a las sociedades vigentes en su momento, la sociedad de la agricultura, la sociedad del capital o capitalista y la actual que es la sociedad de la información. A finales de siglo XIX surge la Revolución Industrial en la que prima el concepto de fabricación en serie. Posteriormente a principios del siglo XX se crean los primeros ordenadores analógicos, sin olvidar que las ideas primitivas de máquinas calculadoras que fueron las que inspiraron a los creadores de la computadora, nacieron en el año 1642. Durante la II Guerra Mundial, en el año de 1943 se creó lo que se consideró como el primer ordenador digital completamente electrónico, el Clossus que fue utilizado para descifrar los mensajes codificados de los alemanes.¹

¹ Computadora. Microsoft Encarta 2009 Biblioteca Premium.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Más o menos desde mediados del siglo XX, las computadoras y la informática empezaron a sufrir un enorme desarrollo y transformación, es entonces cuando nace la Era de la Información o Sociedad de la Información. En esta época se produce el perfeccionamiento y miniaturización de los elementos del hardware (parte física de la computadora); aparecen las redes internas de computadoras en los años 60; en 1973 nace el Internet como un sistema de red informática que conectaba varias redes de universidades y laboratorios de investigación en Estados Unidos, pero no fue sino hasta 1989 en que el científico británico Timothy Berners-Lee, desarrolló lo que se conoce como la World Wide Web (www), cuyo propósito original era permitir que los equipos de investigadores de física de alta energía del CERN de Ginebra, Suiza, pudieran intercambiar información. Con el paso del tiempo la www se convirtió en una plataforma de desarrollo de programas relacionados con este entorno. El número de equipos conectados creció rápidamente y sigue creciendo cada vez más.²

De lo dicho se desprende que la información es en la actualidad un bien muypreciado, es en realidad el eje de la Sociedad de la Información. A raíz de la aparición de las computadoras, el Internet, y, en fin de la digitalización se empiezan a vislumbrar grandes cambios en la sociedad, se produce la llamada “revolución digital” que trae como consecuencia una transformación a todo nivel: económico, social, jurídico, político, etc. Es entonces que nace una nueva concepción de comercio. Se presenta la posibilidad de realizar cualquier tipo de transacción por medios electrónicos, derribándose las fronteras de espacio y tiempo.

De esta manera se demuestra la teoría de que el comercio sufre tantos cambios como los que sufre la sociedad en la que éste se desarrolla, así mientras la Era Digital siga evolucionando, tanto el comercio tradicional como el electrónico seguirán el mismo camino, y, como se ha manifestado, la

² World Wide Web. Microsoft Encarta 2009 Biblioteca Premium.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

legislación deberá ser también adecuada a la aparición de estas nuevas formas de hacer negocios mercantiles, inmobiliarios, etc.

Hasta hoy una gran cantidad tanto de comerciantes como de consumidores siguen los patrones tradicionales para realizar compras y ventas, ya sea dentro de su país o fuera de él, afrontando en consecuencia varias dificultades que caracterizan a las transacciones comerciales tradicionales. Lo mismo ocurre con el comercio de bienes inmuebles.

Pero en esta época, en la que a decir de García Márquez “el tiempo se ha vuelto de mala calidad”, es evidente la necesidad de agilizar las transacciones comerciales, y a medida que pasa el tiempo, el uso del Internet como un medio para lograr derribar estos obstáculos de espacio y tiempo, ha ido aumentando cada vez más.

En un modelo de globalización al que actualmente tienden los gobiernos, y el sistema en general, se hace absolutamente necesario un método rápido, eficaz y seguro de comercializar, es por eso que en la actualidad el aumento de negociaciones por Internet ha sido abrumador, debido a que por su naturaleza propia desdibuja fronteras y traspasa la barrera del tiempo, razones por las cuales ofrece varias ventajas frente a los procesos clásicos de compra-venta.

Las Tecnologías de la Información han revolucionado al mundo. Estamos frente a la era digital, en la cual algunos están ya inmersos mientras que muchos tienen todavía un largo camino por recorrer. De ello se desprende una nueva forma de discriminación de quienes tienen acceso a las nuevas Tecnologías de la Información hacia quienes no lo tienen. La brecha digital está más fuertemente marcada entre los Estados que tienen un mayor desarrollo tecnológico, mejor infraestructura, mayores recursos a fin de poder proporcionar acceso masivo a las Tecnologías de la Información dentro de la población, y sobre todo donde existe un mejor nivel de educación de su pueblo, y los que no.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Los gobiernos de los países en vías de desarrollo deben prestar atención prioritaria a la educación, ya que ésta es la base para una sociedad mejor, los medios electrónicos colaborarán de gran manera para una optimización de la educación, y, si el pueblo está debidamente educado e informado la brecha digital empezará a disminuir.

Así mismo es absolutamente necesario que la administración pública continúe efectuando sus negocios vía Internet, de esta manera se garantiza transparencia en los procesos de licitación y contratación pública.

Si bien se ha avanzado mucho en cuanto al uso de medios electrónicos para hacer negocios en nuestro país, en comparación con el tiempo en el que se promulgó la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, sin embargo existen todavía innumerables aspectos que deben ser superados con el transcurso del tiempo, entre ellos lo que se refiere a las leyes que rigen la materia y a los aspectos físicos, técnicos y de infraestructura que permitirán la correcta aplicación de las mismas.

En principio todo contrato sería susceptible de perfeccionamiento por vía electrónica siempre que cumpla con los requisitos de validez, pero hay una excepción que se refiere en particular a las solemnidades, no siendo susceptibles de perfeccionarse por vía electrónica aquellos contratos que deban cumplir con determinada formalidad, como por ejemplo que deban celebrarse mediante escritura pública y/o deban ser inscritos en algún registro público; en estos casos se puede llegar a un acuerdo por vía electrónica, pero para el perfeccionamiento se debe cumplir con las formalidades antes mencionadas. En efecto, la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, establece que: "El perfeccionamiento de los contratos electrónicos se someterá a los requisitos y solemnidades previstos en las leyes y se tendrá como lugar de perfeccionamiento el que acordaren las partes." El Código Civil determina que: "El contrato es...solemne cuando está sujeto a la



UNIVERSIDAD DE CUENCA

observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no surte ningún efecto civil;...” Como vemos esto afecta al comercio electrónico de bienes raíces. Por ello es absolutamente necesaria una reforma fundamentalmente a las leyes Notarial y de Registro, puesto que hoy en día, debido a la gran afluencia de personas que salen del país, es imprescindible la existencia de una figura tal como el cibernotario y ciberegistrador, en la práctica sería de gran utilidad que a través del Internet se puedan celebrar e inscribir documentos y contratos que requieran de dichas formalidades. Se economizaría mucho tiempo y dinero al poder por ejemplo comprar o vender bienes inmuebles por Internet, sin tener que otorgar poder ante Cónsul a terceras personas para que lo hagan a nombre y en representación del mandante. A este respecto me referiré con mayor profundidad en el desarrollo de este estudio.

El presente trabajo ha sido basado en el análisis de la legislación vigente en nuestro ordenamiento jurídico, concretamente en el Código Civil, Código de Procedimiento Civil, Código de Comercio, Ley de Compañías, Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos y su Reglamento de aplicación.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

CAPÍTULO I

NATURALEZA JURÍDICA DE LOS CONTRATOS

1.1 Elementos del contrato

Es indispensable definir al contrato, pues este instrumento es la base del presente estudio. De acuerdo al Diccionario Jurídico Elemental de Cabanellas, la convención para Aubry y Rau, es el acuerdo de dos o más personas sobre un objeto de interés jurídico; y el contrato constituye una especie particular de convención, cuyo carácter propio consiste en ser productor de obligaciones. Para Savigny el contrato “es el concierto de dos o más voluntades sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus relaciones jurídicas”.³

El Código Civil Ecuatoriano en su artículo 1454 determina que: “Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas.”

De conformidad con nuestra legislación el contrato puede ser real, solemne o consensual. Es real cuando es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere a fin de que surta efecto. Solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades o solemnidades especiales, propias de cada contrato, de manera que sin ellas no surte ningún efecto civil. Consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento de las partes.

En cada contrato se distinguen las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales.

³ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. Editorial Heliasta. 2003.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Son de la esencia de los contratos aquellas cosas sin las cuales, o no surte efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente, como cuando comparece a la celebración de un contrato quien no tenía capacidad legal para hacerlo.

Son de la naturaleza de un contrato las que, no siendo esenciales en él se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial, como en el caso de la venta de inmuebles en la que se entienden incorporadas al inmueble las puertas, tubos de cañerías, etc., sin que se requiera de cláusula especial.

Son accidentales a un contrato aquéllas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales, como aquella en la que se indica que la madera de un bosque que se encuentra en un predio que se vende, será para beneficio del vendedor y no para el comprador, una vez que esté lista para ser extraída.

Así mismo, es indispensable que se presenten capacidad, consentimiento libre de vicios, objeto lícito y causa lícita a fin de que el contrato sea válido, así lo determina el artículo 1461 del Código Civil.

“Art. 1461.- Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario:

Que sea legalmente capaz;

Que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio;

Que recaiga sobre un objeto lícito; y,

Que tenga una causa lícita.

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra.”



UNIVERSIDAD DE CUENCA

En efecto, según lo determina nuestra legislación, solo quienes son capaces ante la ley pueden celebrar contratos, con ciertas excepciones, como se observa en lo determinado en el artículo 1463 del Código Civil, pero por regla general, la capacidad es esencial para que una persona pueda otorgar o celebrar actos o contratos.

Los artículos 1462 y 1463 del Código Civil determinan que toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara incapaces, considerando absolutamente incapaces a los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito, cuyos actos no surten ningún efecto jurídico.

Son incapaces relativos los menores adultos, los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes, y las personas jurídicas. Sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes. En el caso de las personas jurídicas, los actos que se efectúen en su representación son válidos mientras no excedan las atribuciones de su representante legal, si exceden de esos límites obligan únicamente a éste. El considerar relativamente incapaces a las personas jurídicas se debe a la intención del legislador de protegerlas respecto de sus administradores.

Además de estas incapacidades hay otras particulares, que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos, que más que incapacidades se tratan de prohibiciones especiales para poder ejecutar determinados actos jurídicos.

En cuanto al consentimiento, sabemos que éste debe ser libre de vicios. De conformidad con el artículo 1467 del Código Civil el consentimiento puede adolecer de los siguientes vicios: error, fuerza y dolo.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Error: El error puede ser: de hecho o de derecho. El error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento. El error de hecho por su parte, por regla general vicia el consentimiento, mientras que por excepción no vicia el consentimiento cuando no es determinante para que se celebre el acto o contrato.

Fuerza: La fuerza no vicia el consentimiento, sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Se estima como fuerza de este tipo a los actos que infundan temor a una persona sobre su exposición, la de su cónyuge o la de alguno de sus ascendientes o descendientes, a un mal irreparable y grave.

El temor reverencial, esto es, el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, no basta para viciar el consentimiento, sin embargo de conformidad con los artículos 27 y 28 de la Ley Notarial, antes de redactar una escritura pública el Notario deberá cerciorarse de la libertad con la que proceden los otorgantes, examinando si éstos han decidido otorgar la escritura por coacción, amenazas, temor reverencial, promesa o seducción.

Para que el consentimiento sea viciado por la fuerza, no necesariamente debe ser ejercida por quien se beneficia por ella; puede ser empleada por cualquiera persona, con el fin de obtener el consentimiento.

Dolo: El Diccionario Jurídico de Cabanellas se refiere al dolo como: "voluntad maliciosa que persigue deslealmente el beneficio propio o el daño de otro al realizar cualquier acto o contrato, valiéndose de argucias y sutilezas o de la ignorancia ajena; pero sin intervención ni de fuerza ni de amenazas, constitutivas una y otra de otros vicios jurídicos".

De conformidad con el artículo 1474 del Código Civil, el dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando, además, aparece claramente que sin él no hubieran contratado.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

En los demás casos el dolo da lugar solamente a la acción de perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado o que se han aprovechado de él.

El dolo debe probarse, excepto cuando se presume en los casos especialmente previstos por la ley.

Una vez analizadas las cosas que se distinguen en los contratos y los elementos esenciales de estos, debemos referirnos brevemente a las causas de nulidad de los actos y contratos.

Empezaremos diciendo que la nulidad resulta de de la falta de observancia de las condiciones necesarias y relativas, sea a las cualidades personales de los intervinientes en el acto o contrato, sea a la esencia de éste, lo cual comprende principalmente la existencia de la voluntad y la observancia e las formas prescritas para el acto. Puede también la nulidad provenir de una ley.⁴

Nuestra legislación civil determina que son nulos los actos o contratos a los que falta alguno de los requisitos que la ley determina como imprescindibles para su validez, según su especie y la calidad o estado de las partes.

La nulidad es absoluta cuando se produce por objeto o causa ilícita; cuando es producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan; y, cuando comparecen a su otorgamiento personas absolutamente incapaces.

Cualquier otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato.

⁴ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. Editorial Heliasta. 2003.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

1.2 Momento y lugar de perfeccionamiento

En materia civil existen contratos que se perfeccionan por la sola convención o acuerdo de las partes, como en el caso de algunos muebles; otros por la elevación de ese acuerdo a escritura pública, por ejemplo una promesa de compraventa; y otros una vez que se inscriben el registro respectivo, como en el caso de la hipoteca.

El lugar de perfeccionamiento es aquel en donde se entrega la cosa o se hace el pago; en el caso de aquellos contratos que requieren la inscripción en un registro público, el lugar de perfeccionamiento será aquel en el que se efectúa la inscripción.

En el caso de los negocios jurídicos efectuados por medios electrónicos, los que se hacen a través de mensajes de datos, es menester hacer un breve análisis respecto del momento y lugar de **envío y recepción** de los mensajes de datos, para con esa base analizar el momento y lugar de **perfeccionamiento** de ese tipo de contratos.

Iniciaré por transcribir las definiciones que la Ley de la UNCITRAL y la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos dan sobre lo que es un mensaje de datos.

La ley modelo de la UNCITRAL define a los mensajes de datos como “cualquier información generada, enviada, recibida, archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.”

Respecto de los mensajes de datos el mentado cuerpo legal determina que “no se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a la información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos.”



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Por su parte la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos define a los mensajes de datos como: “Toda información creada, generada, procesada, enviada, recibida, comunicada o archivada por medios electrónicos, que puede ser intercambiada por cualquier medio. Serán considerados como mensajes de datos, sin que esta enumeración limite su definición, los siguientes: documentos electrónicos, registros electrónicos, correo electrónico, servicios web, telegrama, télex, fax e intercambio electrónico de datos”, más conocido como EDI (Electronical Data Interchange).

Así mismo, nuestra Ley reconoce que los mensajes de datos tendrán igual valor jurídico que los documentos escritos. Su eficacia, valoración y efectos se someterá al cumplimiento de lo establecido en esa Ley y su reglamento.

A través de estas disposiciones se concede a los mensajes de datos un tratamiento equitativo con relación a los documentos escritos, reconociendo que los dos constituyen declaraciones de voluntad independientemente de los medios por los que fueron otorgadas, y producen los mismos efectos jurídicos. Este tratamiento equitativo es conocido en la legislación internacional de la UNCITRAL como “equivalencia funcional”.

En base a ello, podemos afirmar que los mensajes de datos tienen igual validez jurídica que los documentos escritos. Así mismo se reconocerá la validez jurídica de información que, no formando parte del mensaje de datos, se encuentre dentro del mismo en forma de remisión o de anexo, de tal manera que sea accesible mediante un enlace directo, y, siempre y cuando su contenido haya sido conocido y aceptado por las partes.

Ahora bien, refiriéndonos al **momento y lugar de emisión y recepción** de un mensaje de datos, la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos determina las reglas siguientes:

El momento de emisión del mensaje de datos se considera desde que dicho mensaje ingresa a un sistema de información o red electrónica que se halla fuera ya del control del emisor.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Se toma por momento de recepción del mensaje de datos, aquel en que éste ingresa en el sistema de información o red electrónica señalado por el destinatario. Si es que el destinatario ha señalado otro sistema de información o red electrónica en el que recibirá el mensaje, se entenderá como momento de recepción aquel en el que se recupere el mensaje de datos. Por último, en caso de que el destinatario no hubiere señalado con precisión o exactitud un sistema de información o red electrónica para recibir el mensaje, se entenderá como momento de recepción aquel en el que éste ingresa a un sistema cualquiera de información o red electrónica del destinatario, independientemente de que sea recuperado o no.

El lugar de envío y recepción del mensaje de datos será aquel determinado por las partes (puede ser entonces una dirección de correo electrónico), sus domicilios legales o los que consten en el certificado de firma electrónica del emisor y del destinatario. En caso de ser imposible establecer el domicilio por estos medios, se tomará como tal el lugar de trabajo o el lugar donde se desarrolle principalmente la actividad relacionada con el mensaje de datos.

A efectos de entrar a analizar el **momento de perfeccionamiento** de los contratos electrónicos, haremos referencia a las teorías que tratan de explicar cuál es el momento en que el contrato debe considerarse perfecto⁵.

Teoría de la emisión, declaración o manifestación: Según esta teoría el contrato se perfecciona en el instante en que el aceptante emite su declaración de voluntad.

Teoría de la expedición, comunicación, remisión o desapropiación: De conformidad con esta teoría el contrato nace en el momento en que el aceptante expide su aceptación, pues se considera que una vez que ésta ha salido del sistema de información del aceptante para entrar al del oferente, el

⁵ MENÉNDEZ MATO, Juan C. La Oferta Contractual. ed. Aranzadi, Pamplona, 1998, pp. 203 y ss.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

aceptante ya ha hecho todo lo que estaba en sus manos para dar nacimiento al contrato.

Teoría de la recepción: De acuerdo a esta teoría el contrato nace cuando la aceptación llega al ámbito o esfera de acción o sistema de información del oferente sin que sea necesario su conocimiento.

Teoría de la cognición, conocimiento o información: En este caso para que se perfeccione el contrato es necesario que el oferente tenga efectivo conocimiento de la aceptación.

Cabe decir que estas teorías pueden estar combinadas⁶, dando paso a nuevas teorías, las cuales describiremos a continuación:

Teoría de la cognición presunta: Mediante esta teoría el contrato celebrado por correo electrónico o telegrama se perfecciona en el momento y en el lugar en que el oferente llega a tener conocimiento de la aceptación, se entiende que este conocimiento se da cuando la aceptación ingresa al sistema de información del oferente, salvo que el oferente demuestre, que por causas ajenas a su voluntad, le fue imposible tener acceso a ella.

Teoría mixta entre expedición y cognición: Según esta teoría, el contrato tiene dos momentos de perfeccionamiento, el uno en relación con el oferente, el contrato se perfecciona en el momento de la expedición de la aceptación, y el otro en relación con el aceptante, el contrato se perfecciona cuando su aceptación es conocida por el oferente (teoría de la cognición).

En cuanto al **lugar de perfeccionamiento** de los contratos electrónicos debemos decir que de conformidad con nuestra legislación éste será el que acordaren las partes.

⁶ Idem p. 246.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

La recepción, confirmación de recepción, o apertura del mensaje de datos, no implica aceptación del contrato electrónico, salvo acuerdo de las partes.

Cabe destacar, que los cuerpos legales invocados indican que aquellos contratos que se realicen por medio de mensajes de datos, a través de redes electrónicas, se someterán a los requisitos y solemnidades establecidos en la ley que las rija, es decir que para aquellos contratos que requieran el cumplimiento de formalidades o solemnidades el lugar de perfeccionamiento es aquel en el que se cumplen las formalidades, como el de inscripción en un registro público, y el momento de perfeccionamiento será ese.

1.3 Cumplimiento de solemnidades

Conforme a nuestra legislación, existen ciertos actos y contratos que requieren el cumplimiento de solemnidades o formalidades, sin las cuales no surten ningún efecto jurídico, por ejemplo el hecho de que se exija que, para su validez deba determinado acto o contrato, ser otorgado mediante escritura pública o inscrito en un registro público.

Nuestra ley considera al instrumento público o auténtico al autorizado con las solemnidades legales por el competente empleado; hace plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha, pero no en cuanto a la verdad de las declaraciones contenidas en él. En esta parte hace plena fe únicamente contra los declarantes.

El instrumento público otorgado ante notario, e incorporado en un protocolo o registro público, se llama escritura pública.

La Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, reconoce la validez jurídica y la calidad de instrumentos públicos, de los mensajes de datos otorgados, conferidos, autorizados o expedidos por y ante



UNIVERSIDAD DE CUENCA

autoridad competente y firmados electrónicamente, los cuales deberán observar los requisitos, formalidades y solemnidades exigidos por la ley y demás normas aplicables.

El objeto principal de este estudio consiste en el análisis del perfeccionamiento de contratos por vía electrónica, especialmente de aquellos que requieren el cumplimiento de solemnidades, para ello debo referirme a las formalidades propias de los contratos según nuestra legislación, motivo por el cual es menester en primera instancia, referirnos a la tradición como modo de adquirir el dominio, para posteriormente describir algunos contratos y las formalidades que se deben cumplir para su validez.

La Tradición:

La tradición consiste en la entrega que hace el dueño de una cosa a otra persona, siendo entonces un modo de adquirir el dominio. El artículo 691 del Código Civil determina que para que valga la tradición se requiere un título traslativo de dominio, como el de venta, permuta, donación, etc.

Para que la tradición sea válida es necesario que no exista error en cuanto a la identidad de la especie que debe entregarse, o de la persona a quien se le hace la entrega, ni en cuanto al título, en este caso se invalida la tradición.

Si el error recae sólo en el nombre, es válida la tradición.

La tradición, vista como modo de adquirir el dominio, no opera sino con el cumplimiento de las solemnidades especiales para la enajenación, cuando éstas sean requeridas.

Entonces nos referiremos a la tradición de las cosas a fin de observar las solemnidades requeridas para los diferentes casos.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

En el caso de los bienes muebles la tradición deberá hacerse representando la transferencia de dominio y verificando esta transferencia por uno de los medios establecidos en el artículo 700 del Código Civil, los cuales son:

- 10.- Permitiéndole la aprehensión material de una cosa presente;
- 20.- Mostrándosela;
- 30.- Entregándole las llaves del granero, almacén, cofre o lugar cualquiera en que esté guardada la cosa;
- 40.- Encargándose el uno de poner la cosa a disposición del otro, en el lugar convenido; y,
- 50.- Por la venta, donación u otro título de enajenación conferido al que tiene la cosa mueble como usufructuario, arrendatario, comodatario, depositario, o a cualquier otro título no translativo de dominio, y recíprocamente por el mero contrato en que el dueño se constituye usufructuario, comodatario, arrendatario, etc.

En el caso de los bienes inmuebles, la tradición se efectúa por la inscripción del título en el Registro de la Propiedad del cantón o cantones en que esté situado el inmueble.

De la misma manera se efectuará la tradición de los derechos de usufructo o de uso, de habitación o de servidumbre constituidos en bienes raíces, y del derecho de hipoteca.

Para efectuar la inscripción, se exhibirá al registrador copia auténtica del título respectivo, o de la orden judicial, en su caso.

La inscripción principiará por la fecha de este acto, y expresará la naturaleza y fecha del título, los nombres, apellidos y domicilios de las partes y la



UNIVERSIDAD DE CUENCA

designación de la cosa, según todo ello aparezca en el título. Expresará, además, la oficina o archivo en que se guarde el título original, y terminará con la firma del registrador.

Como había manifestado, es imprescindible analizar algunos contratos en los que las leyes exigen el cumplimiento de solemnidades para su validez. Iniciaremos por la compraventa.

Contrato de Compraventa: El Título XXII del Código Civil regula el contrato de compraventa a partir del artículo 1732 el que define a la compraventa como: “Compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa, y la otra a pagarla en dinero. El que contrae la obligación de dar la cosa se llama vendedor, y el que contrae la de pagar el dinero, comprador. El dinero que el comprador se obliga a dar por la cosa vendida se llama precio.”

La venta se reputa perfecta desde que las partes convienen en la cosa y en el precio, excepto en la venta de inmuebles, servidumbres y la de una sucesión hereditaria, contratos que no se reputan perfectos, sino cuando son otorgados mediante escritura pública, o, en los casos de subasta, consten en un auto de adjudicación el que deberá protocolizarse e inscribirse. En base a ello se desprende que la compraventa es un contrato solemne porque requiere del cumplimiento de ciertas formalidades para su validez.

Mandato: En el caso del mandato éste puede hacerse por escritura pública o privada, por cartas, verbalmente o de cualquier otro modo inteligible, y aún por la aceptación tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra; pero no se admitirá en juicio la prueba testimonial sino en conformidad a las reglas generales, ni la escritura privada cuando las leyes requieran un instrumento auténtico. Ahora bien, por seguridad los Notarios exigen que para que una persona comparezca por otra a la celebración de un contrato en calidad de mandatario, se presente un poder especial o general otorgado mediante escritura pública, sin embargo, de las disposiciones contenidas en el Código



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Civil, se desprende que el mandato bien podría otorgarse a través de un correo electrónico, a este aspecto haré referencia posteriormente.

Es así que el contrato de mandato se reputa perfecto por la sola aceptación del mandatario, la misma que puede ser expresa o tácita.

Procuración Judicial: En referencia a una de las formas de mandato, la procuración judicial a favor de un abogado, ésta si deberá por ley, otorgarse mediante escritura pública o por escrito reconocido ante el juez de la causa.

Mutuo o Préstamo de Consumo: El contrato de mutuo o préstamo de consumo, mediante el cual una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles, quien deberá restituir otras tantas del mismo género y calidad, no se perfecciona sino por la tradición, y la tradición transfiere el dominio.

Hipoteca: En el caso de la hipoteca, que es un contrato que se celebra constantemente en nuestro país, ésta debe otorgarse por escritura pública. Además debe inscribirse en el Registro de la Propiedad respectivo. Sin este requisito, no tendrá valor alguno, ni se contará su fecha sino desde la inscripción. Como vemos es absolutamente indispensable que la hipoteca se inscriba, es una formalidad o solemnidad substancial para la validez de este contrato.

En concordancia con lo dicho, la ley determina que los contratos hipotecarios constituidos sobre bienes ubicados en el Ecuador y que se hayan celebrado en el extranjero, surtirán efecto siempre que se inscriban en el Registro de la Propiedad del cantón respectivo.

Como en derecho las cosas se deshacen de la misma forma en la que se hacen, la cancelación de la hipoteca debe hacerla el acreedor por escritura



UNIVERSIDAD DE CUENCA

pública, se tomará razón al margen de la inscripción respectiva, es decir de la constitución de la hipoteca.

Existen otros actos y contratos civiles que requieren el cumplimiento de formalidades, sobre todo la de otorgarse por escritura pública y la de inscribirse en un registro público, sea Registro Mercantil, de la Propiedad o Civil, contratos tales como el de donación, partición extrajudicial de bienes, capitulaciones matrimoniales, actos como el de emancipación voluntaria, reconocimiento de paternidad, o la constitución de gravámenes como el de servidumbre, uso, usufructo y habitación.

Así mismo, en materia mercantil existen contratos que requieren el cumplimiento de formalidades, la de otorgarse por escritura pública e inscribirse en el Registro Mercantil, como por ejemplo la constitución de compañías, aumento de capital, reforma de estatutos, transferencia de acciones o participaciones, disolución y liquidación de compañías, compraventa de vehículos con reserva de dominio, entre otros.

Ahora bien, entrando ya en materia informática, haré referencia a lo establecido en la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, en lo que al cumplimiento de solemnidades se refiere.

Requisito de Escrituración: Debido a que al tiempo de promulgación de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos y el uso de medios electrónicos en nuestra sociedad y los organismos estatales, eran relativamente nuevos, algunas leyes exigían y todavía exigen que determinada información o documentación deba constar por escrito. Para ello la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, establece que este requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos, siempre que con posterioridad se pueda acceder a la información que éste contenga.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

El reglamento a la Ley determina que solamente cuando se hayan cumplido los requisitos de accesibilidad los mensajes de datos tienen igual validez que los documentos escritos y producen los mismos efectos jurídicos. Dichos requisitos se cumplen cuando:

- a) La información puede ser almacenada en un lenguaje electrónico o informático y un formato entendibles por las partes y sus respectivos sistemas informáticos de procesamiento de información, pudiéndose recuperar su contenido y el de los anexos en cualquier momento; y,
- b) Cuando se pueda recuperar o acceder a la información empleando los mecanismos previstos al momento de recibirlo y almacenarlo, y que deberán detallarse y proporcionarse independientemente del mensaje de datos a fin de garantizar el posterior acceso al mismo.

Respecto del requisito de escrituración el reglamento determina que en el caso de las publicaciones que las leyes exijan por escrito, se las podrán realizar adicionalmente por medios electrónicos.

Requisito de Originalidad: Así mismo un mensaje de datos será suficiente en los casos en que la ley requiera que la información deba ser presentada o conservada en su forma original, de manera que al momento de ser presentado se compruebe que éste ha conservado la integridad de la información desde que se originó en su forma definitiva como mensaje de datos. La integridad implica que la información contenida en el mensaje se mantenga completa e inalterada, excepto alguna alteración derivada de la naturaleza propia del medio de comunicación, archivo o presentación. La consideración de integridad de un mensaje de datos, establecida en la Ley de Comercio Electrónico, se cumple si dicho mensaje de datos está firmado electrónicamente.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Los documentos electrónicos tienen la facultad de poder ser desmaterializados por acuerdo entre las partes. La desmaterialización comprende la transformación de la información contenida en documentos físicos a documentos electrónicos o mensajes de datos, bajo el cumplimiento de lo dispuesto en la ley. Deberán así mismo contener las firmas electrónicas ante una entidad certificadora de información.

Ahora bien, el reglamento establece que los documentos desmaterializados constituyen copia idéntica del documento físico, es decir que se emplearán y tendrán los mismos efectos que las copias certificadas por autoridad competente. En estos casos se deberá indicar expresamente que se trata de un documento desmaterializado o copia idéntica de documento físico. Además deberá constar en un documento físico o electrónico el acuerdo en el que las partes aceptan la desmaterialización y la indicación de que el documento físico y el desmaterializado son idénticos. En caso que las partes lo acuerden o la ley lo exija, las partes acudirán ante Notario o autoridad competente para que certifique electrónicamente que el documento desmaterializado corresponde al documento original que se acuerda desmaterializar. Esta certificación electrónica se la realiza a través de la respectiva firma electrónica del Notario o autoridad competente.

La única diferencia que existiría entre los documentos desmaterializados y los originales consistiría en el señalamiento que se hace en el documento desmaterializado respecto de la desmaterialización.

En el caso de documentos que contengan obligaciones, se entiende que tanto el documento original como el desmaterializado contienen la misma obligación sin que se produzca duplicación de obligaciones. De existir multiplicidad de documentos desmaterializados y originales, con la misma información u obligación, se entenderá que se trata del mismo documento, salvo prueba en contrario.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

La desmaterialización de los documentos de identificación personal estará sujeta a las disposiciones especiales y procedimiento que las entidades competentes determinen.

Con respecto al requisito de originalidad o copias certificadas de documentos, el reglamento establece que conforme a lo exigido por las leyes y de acuerdo al caso, los mensajes de datos y los documentos desmaterializados deberán ser certificados por un Notario, autoridad competente o persona autorizada mediante su firma electrónica o cualquier otro procedimiento o mecanismo permitido. Considero que es imprescindible que se modernicen los servicios públicos y con referencia a este punto, los servicios de los Notarios, para lograr efectivizar lo planteado en la legislación. Cada Notario debería contar con una firma electrónica y la infraestructura necesaria para prestar los servicios electrónicos requeridos.

Conservación de los Mensajes de Datos: En cuanto a la conservación de los mensajes de datos, la Ley establece ciertos requisitos para que su archivo sea válido, entre ellos:

- Que la información en él contenida esté accesible para su posterior consulta.
- Que el mensaje sea conservado con el formato en el que se haya generado, enviado o recibido, o con algún formato que demuestre que reproduce con exactitud la información a que se refiere.
- Que se conserve todo dato que permita determinar o establecer el origen y destino del mensaje, así como la fecha y hora exacta en que éste fue generado, creado, procesado, enviado, recibido y archivado.
- Que se garantice la integridad del mensaje por todo el tiempo que el reglamento a esta ley determine.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Por su parte el Reglamento establece que la conservación, almacenamiento y custodia de mensajes de datos puede ser realizado por terceros bajo un régimen de libre competencia. Dicho servicio es denominado Registro Electrónico de Datos.

La Ley determina que en el reglamento se establecerá el tiempo que debe mantenerse la integridad de los mensajes, pues bien, el reglamento establece que se lo hará por el mismo tiempo que las leyes y reglamentos exijan su almacenamiento.

1.4 Contratación Electrónica

Empezaremos por definir lo que se entiende por contrato electrónico. Es aquel en el que la voluntad de los contratantes se expresa o exterioriza por medios electrónicos, se caracteriza por el medio empleado para celebrarlo, cumplirlo o ejecutarlo. Son contratos clásicos o típicos por su contenido, relativos a cualquier clase de bienes, muebles o inmuebles, materiales o inmateriales, incluso relativos a bienes o servicios informáticos, pero que se realizan mediante el uso de la nueva tecnología informática en el proceso contractual.

Algunos cuerpos legales internacionales establecen que las disposiciones que regulan el comercio electrónico, no se aplicarán a determinados tipos de contratos. Por ejemplo las “Normas Interamericanas Uniformes sobre Documentos y Firmas Electrónicas”⁷ indican que esas normas no serán aplicables a aquellos casos en donde se exija la inscripción o registro del documento ante una dependencia gubernamental, y dicha dependencia a su vez exija que los documentos se presenten en forma escrita. A su vez, estas “Normas” establecen que si una ley requiere que una firma sea autenticada, reconocida, verificada o dada bajo juramento, dicho requisito se cumple

⁷ Normas Interamericanas Uniformes sobre Documentos y Firmas Electrónicas.

URL:<http://www.natlaw.com/hndocs/iaredsbiling.pdf>. Fecha de consulta: 23 de noviembre de 2009.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

siempre que se anexas o vinculen lógicamente a la firma electrónica los siguientes elementos:

- La firma electrónica de un notario o escribano, funcionario público u otra persona debidamente autorizada para realizar estos actos;
- Una declaración del notario, funcionario público u otra persona debidamente autorizada, en la cual se determine la identidad del firmante; y
- Cualquier otra información adicional requerida por la ley aplicable.

Así mismo se establece que si una ley requiere que un documento sea redactado, autenticado, reconocido, verificado o dado bajo juramento, dicho requisito se cumple siempre que se anexas o vinculen lógicamente con el documento electrónico los siguientes elementos:

- La firma electrónica de un notario o escribano, funcionario público u otra persona debidamente autorizada para realizar estos actos, al momento de la firma del documento;
- Una declaración del notario, funcionario público u otra persona debidamente autorizada, en la cual se determine la identidad del firmante y el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones impuestas al notario, funcionario público u otra persona debidamente autorizada, en virtud de lo dispuesto por la ley aplicable que regula la validez del documento correspondiente; y



UNIVERSIDAD DE CUENCA

- Cualquier otra información adicional requerida por la ley aplicable.

Por su parte la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000 relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico), determina que esa Directiva no se aplicará:

- En materia de fiscalidad;
- A cuestiones relacionadas con servicios de la sociedad de la información incluidas en las Directivas 95/46/CE y 97/66/CE;
- A cuestiones relacionadas con acuerdos o prácticas que se rijan por la legislación sobre carteles;
- A las siguientes actividades de los servicios de la sociedad de la información:
 - las actividades de los notarios o profesiones equivalentes, en la medida en que impliquen una conexión directa y específica con el ejercicio de la autoridad pública,
 - la representación de un cliente y la defensa de sus intereses ante los tribunales,
 - las actividades de juegos de azar que impliquen apuestas de valor monetario incluidas loterías y apuestas.

En todo caso la Directiva lleva a que los Estados miembros velen por que su legislación interna permita la celebración de contratos por vía electrónica. Los



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Estados miembros garantizarán que el ordenamiento jurídico vigente no entorpezca la utilización de medios electrónicos en los procesos contractuales, ni conduzca a privar de efecto y de validez jurídica a este tipo de contratos por haberse celebrado por esos medios. Sin embargo contempla la posibilidad de que cada Estado miembro pueda prohibir la celebración por vía electrónica de contratos como: los de transmisión o de transferencia de derechos en materia inmobiliaria, con la excepción de los derechos de arrendamiento; los contratos que requieran por ley la intervención de los tribunales, de autoridades públicas o profesionales que ejerzan una función pública ; los contratos de crédito y caución y las garantías presentadas por personas que actúan por motivos ajenos a su actividad económica, negocio o profesión y los contratos en materia de derecho de familia y sucesiones.

En España, los contratos cuya celebración está prohibida por vía electrónica son únicamente los contratos relativos al derecho de familia y sucesiones. En cuanto a los contratos cuya celebración exige la intervención de notarios, órganos jurisdiccionales y/o registradores de la propiedad estos se registrarán por su legislación específica.

En general, las leyes modelos y directivas emitidas con la finalidad de proporcionar lineamientos que permitan una regulación uniforme en materia de comercio electrónico, establecen que las disposiciones que lo regulan no se aplicarán a:

- Contratos que requieran ser otorgados ante un Notario Público;
- Contratos que, para su validez deban registrarse en un Registro Público;
- Contratos sujetos al derecho de familia;
- Contratos sujetos al derecho de sucesiones.

En el Ecuador los contratos electrónicos tendrán plena validez y fuerza obligatoria, pero deberán observarse los requisitos y solemnidades previstos en las leyes, tanto para su otorgamiento como para su perfeccionamiento. A este



UNIVERSIDAD DE CUENCA

respecto debo decir que esta disposición limita el comercio electrónico cuando se trata de bienes inmuebles, ya que según lo analizado anteriormente, los contratos que recaigan sobre bienes inmuebles deberán ser otorgados mediante escritura pública, y para su perfeccionamiento deben ser inscritos en el Registro de la Propiedad del respectivo cantón. En efecto, el Código Civil establece en el Art. 1740 que: “La venta se reputa perfecta desde que las partes han convenido en la cosa y en el precio, salvo las excepciones siguientes: La venta de bienes raíces, servidumbres y la de una sucesión hereditaria, no se reputan perfectas ante la ley, mientras no se ha otorgado escritura pública,...”. De acuerdo a la Ley Notarial, escritura pública es el documento matriz que contiene los actos y contratos o negocios jurídicos que las personas otorgan ante Notario, y que éste autoriza e incorpora a su protocolo. De lo expuesto se desprende que para la realización de un contrato que recaiga sobre bienes inmuebles se requiere de escritura pública otorgada ante un Notario Público. La ley ibidem establece que se otorgarán por escritura pública los actos y contratos o negocios jurídicos ordenados por la Ley o acordados por las partes interesadas. En cuanto al requisito de inscripción el Art. 702 del Código Civil determina que: “Se efectuará la tradición del dominio de bienes raíces por la inscripción del título en el libro correspondiente del Registro de la Propiedad.” Por su parte la Ley Notarial así como la de Régimen Municipal establecen que el Notario deberá cerciorarse del pago de impuestos que se generen del acto o contrato, así como los impuestos que graven los bienes objeto el acto o contrato, como son los de alcabala, plusvalía, entre otros, con la celebración de contratos deben ser cancelados los correspondientes impuestos, la pregunta es entonces, si es que el contrato a realizarse es entre dos partes ausentes, la una, por poner un ejemplo, se encuentra en Nueva York y la otra en Madrid, el bien está ubicado en Cuenca, entonces ¿cómo se puede exigir el pago de impuestos en un contrato entre ausentes? Tal vez si alguien pagara por los contratantes los respectivos impuestos, pero entonces ¿cómo realizar el contrato si se requiere hacerlo mediante escritura pública ante Notario e inscribirla en el Registro de la Propiedad del cantón? Frente a este problema plantearía la siguientes



UNIVERSIDAD DE CUENCA

solución: Ante la evidente necesidad de que se emplee el uso de las nuevas Tecnologías de la Información en la actividad notarial, tanto los Notarios como los Registradores, funcionarios municipales, etc., deben estar debidamente capacitados para hacerlo, pero sobre todo deben poseer la tecnología necesaria, hardware, software y redes de conexión óptimas que les permita prestar servicios en línea, de esta manera se podrían pagar los impuestos referidos sea por medio de alguna persona, sea vía Internet. Para el caso de la escritura pública, los Notarios deberían poseer obligatoriamente una firma electrónica, de manera que como lo contemplan otras legislaciones los contratos que requieran ser celebrados mediante escritura pública cumplirán dicha formalidad si es que se adjunta o lógicamente asocia a él la firma electrónica de un Notario Público. Por último en lo referente a la inscripción, debemos tener en cuenta que está en proceso de promulgación una nueva ley que regula lo referente a las bases de datos de todos los registros públicos, ley en la que aparentemente la información con la que cuenta cada Registro (Civil, de la Propiedad o Mercantil) podrá ser compartida, con lo que debería poder efectuarse la inscripción del título traslativo de dominio por medios electrónicos. Se dice que esta nueva ley traerá cambios sustanciales en la actividad registral, modernizando al máximo la prestación de dicho servicio mediante la utilización de medios electrónicos en sus tareas. De darse los supuestos antes anotados, la contratación electrónica en nuestro país sería posible, con lo cual se economizaría una infinidad de tiempo y dinero en la celebración de contratos entre ausentes, ya que mediante el sistema tradicional, el actual, las partes deben otorgar poder especial o general ante el Cónsul del Ecuador en el país de su residencia, a favor de un tercero para que éste realice el negocio a su nombre y en representación de sus derechos. Debido a la gran cantidad de ecuatorianos residentes en el extranjero, y al ser ellos precisamente quienes tienen actualmente mayores posibilidades de adquirir esta clase de bienes, se debía considerar en la Ley este aspecto y promover normas que faciliten el comercio electrónico de bienes raíces.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Si es que nuestro país desea aplicar a este tipo de contratos las normas reguladoras del comercio electrónico, debe hacerlo de manera óptima, debe prestar todas las facilidades para que dichas disposiciones sean realmente aplicables, y no que en lugar de solucionar problemas y presentar ventajas, sean normas generadoras de conflictos y controversias.

Para dar cumplimiento a este propósito pienso que se deben reformar ciertas normas de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, así como de la Ley Notarial, algunas de ellas son las siguientes:

En la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos debería manifestarse expresamente la situación que se mencionó en la solución al problema, es decir que en los contratos que requieran ser otorgados mediante escritura pública, dicho requisito quedará satisfecho si es que se emplea un método eficaz que permita la identificación de las partes contratantes para efectos de comprobar su identidad, así como el consentimiento sobre el contenido del contrato, que sea firmado electrónicamente por ellos, y que la firma electrónica de un Notario Público sea adjuntada o lógicamente asociada al mismo. Considero que una reforma en este mismo sentido debería ser introducida en el Código Civil.

El Art. 10 inciso segundo de la Ley Notarial debería decir que: el Notario ya investido, registrará su firma y rúbrica **manuscritas y electrónicas**, así como su sello oficial **material y electrónico** en la Secretaría de la Corte del Distrito, la dirección de la oficina en donde funcionará la Notaría, **así como su dirección de correo electrónico**.

El Art. 18 del mismo cuerpo legal se refiere a las atribuciones de los Notarios, siendo una de ellas, según lo establece el numeral 3, la autenticación de las firmas puestas ante él en documentos que no sean escrituras públicas. Igualmente esta disposición debería especificar que se trata de firmas



UNIVERSIDAD DE CUENCA

manuscritas y electrónicas, convirtiendo al Notario en una autoridad certificadora de firmas electrónicas.

El numeral 5 del mentado artículo, establece que el Notario debe dar fe de la exactitud, conformidad y corrección de fotocopias y de otras copias producidas por procedimientos o sistemas técnico-mecánicos, de documentos que se le hubieren exhibido...

El numeral 9 dice: “Practicar reconocimiento de firmas”, debe nuevamente aclararse ***manuscritas y electrónicas***.

Respecto de los deberes de los fedatarios públicos, en el Art. 19 literal a) se dice que deben receptar ***personalmente***, interpretar y dar forma legal a la exteriorización de voluntad de quienes requieran su ministerio. Como hemos visto, en el ciberespacio no hay presencia física, por lo tanto esta disposición limitaría la acción de los Notarios en determinados actos, declaraciones de voluntad, contratos o negocios jurídicos. Debe encontrarse la manera de que la “ausencia física” del Notario no impida la realización de actos, contratos y negocios jurídicos vía Internet. La exigencia de que el fedatario recepte personalmente esa manifestación de voluntad, es entendida a efectos de que verifique y certifique la identidad de los comparecientes, pero en las negociaciones por Internet se requiere que las partes cuenten con un certificado de información además de una firma electrónica que hayan sido emitidos por una entidad de certificación acreditada que certifique la veracidad, fidelidad y seguridad de esos datos, así como la identidad de la persona. Las entidades de certificación al momento de crear una firma electrónica, otorgan un par de claves que identifican al titular de la misma y lo vinculan con el mensaje de datos adjunto, de manera que es imposible falsificar una firma electrónica, o negar su utilización. De ello se desprende que bien podría el Notario Público dar fe de un acto o negocio jurídico entre ausentes, siempre que se le presente el respectivo certificado de información otorgado por una entidad de certificación, de esta forma el notario estará en capacidad de



UNIVERSIDAD DE CUENCA

verificar que quien comparece a la celebración de determinado contrato es quien dice ser, podrá vincular al titular de la firma con la obligación contractual.

Dentro de las prohibiciones impuestas a los Notarios una de ellas establece que les queda prohibido permitir que por ningún motivo se saquen de sus oficinas los protocolos archivados. Los archivos y protocolos electrónicos de los Notarios serían conservados en soportes electrónicos, que son dispositivos que de igual manera no podrían ser extraídos de las oficinas del Notario. El Código Orgánico de la Función Judicial recientemente promulgado, establece la obligatoriedad para los Notarios de llevar un archivo electrónico de todas las actuaciones realizadas en el ejercicio de sus funciones.

Respecto de los protocolos, se establece que los mismos se dividirán en libros o tomos mensuales o de quinientas fojas cada uno; dichas fojas deberán estar numeradas a máquina o manualmente. Los tomos y los libros pueden constar también en soporte electrónico, así que no presenta problema alguno, la numeración puede incluso realizarse automáticamente. Es por ello que sostengo que todos los servicios públicos y privados deben contar con software actualizado, a fin de que ésta y otras funciones puedan ser fácilmente realizadas.

Si en determinado momento es posible la realización de escrituras públicas por medios electrónicos, específicamente por Internet, debería modificarse el concepto de escritura pública, el mismo que está expresado en la Ley como: documento matriz que contiene los actos y contratos o negocios jurídicos que las personas otorgan ante Notario, y que éste autoriza e incorpora a su protocolo. Debería decirse que escritura pública es el documento matriz, sea que esté contenido en soporte papel, sea en soporte electrónico, que contiene...



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Aquellas son a mi criterio las reformas que deberían incorporarse tanto en la Ley Notarial como en la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos.

Ahora bien, volviendo al tema de los contratos por medios electrónicos la ley contempla que la simple recepción, apertura del mensaje de datos o confirmación de recepción no significa aceptación del contrato, salvo acuerdo entre las partes. Cuestión que no ocurre con los contratos shrinkwrap, los que de acuerdo a la doctrina son aquellos acuerdos de licencia de uso, sin firmar, los cuales estipulan que la aceptación por parte del usuario de los términos, se presenta en el momento de abrir el empaque “shrinkwrap”, u otro empaque del software, por el uso del software, o por otro mecanismo especificado.⁸

La ley establece que las controversias serán resueltas ante la jurisdicción estipulada en el contrato, y a falta de ello, a las normas del Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano y la Ley en estudio, siempre y cuando no se trate de un contrato sometido a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, en cuyo caso se determinará como domicilio el del usuario. Así mismo se permite el pacto entre las partes respecto de someter posibles controversias a un proceso arbitral, sin embargo nada dice respecto de la mediación como método alternativo de solución de conflictos. ¿Se debe entender la mediación como prohibida o permitida para estos casos?, pienso que lo que las partes acuerden prima efectivamente, pero se debería hablar de cualquier método de solución de conflictos y no limitar expresamente a uno de ellos, como lo es el arbitraje. Otro aspecto interesante es el hecho de que cuando las partes decidan resolver las controversias mediante arbitraje, en la formalización del convenio de arbitraje, así como en su aplicación podrán emplearse medios electrónicos y telemáticos, siempre que ello no sea incompatible con las normas reguladoras del arbitraje.

⁸ HAYES, David. The enforceability of shrinkwrap license agreements on-line and off-line, 1997. URL: <http://www.fenwick.com/pub/shrinkwrap.htm>. Fecha de consulta: 14 de diciembre de 2009.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Con referencia a este aspecto, vale mencionar que el Art. 5 de la Ley de Arbitraje y Mediación, establece que el convenio arbitral deberá constar **por escrito**, y si se trata de un negocio jurídico en el cual no sea posible incorporar el convenio arbitral, deberá constar en un documento con la expresión de las partes intervinientes así como la determinación del negocio jurídico de que se trate. El título II del mismo cuerpo legal se refiere a la mediación, y en su Art. 45 se determina que la solicitud de mediación deberá ser consignada **por escrito**.

La reflexión que se presenta con lo mencionado en el párrafo anterior, partiendo de que en la experiencia práctica cuando la ley se refiere a “por escrito” se trata de un documento físico únicamente, a pesar de que sabemos que cualquier documento electrónico por ser tal no pierde la calidad de estar por escrito. En fin, partiendo de esa realidad, la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos permite someter las controversias a arbitraje por medios electrónicos siempre y cuando no contravenga las normas de la Ley de Arbitraje y Mediación, la cual obliga a que, tanto los convenios arbitrales como las solicitudes de mediación deben constar por escrito. De acuerdo a esto y con la premisa planteada las controversias nacidas de contratos electrónicos no podrían ser ventiladas en procesos de arbitraje y mediación por medios electrónicos. Sin embargo la misma Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, en su Art. 6 decreta que en los casos en que la ley obligue a que la información o documentación deba constar por escrito, este requisito quedará cumplido con un mensaje de datos, siempre y cuando la información que éste contenga pueda ser consultada con posterioridad.

De igual manera el Art. 7 de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, contempla la posibilidad de que por mutuo acuerdo entre las partes, y con el cumplimiento de las disposiciones legales,



UNIVERSIDAD DE CUENCA

los instrumentos que por mandato legal deban ser instrumentados físicamente, podrán ser desmaterializados.

Luego de este análisis, como conclusión podría decir que para que las controversias puedan ser resueltas en un proceso arbitral por medios electrónicos, es necesario, en caso de constar el convenio en un mensaje de datos, que la información sea accesible en cualquier momento que sea requerida para su posterior consulta, o que, previamente el convenio de arbitraje sea desmaterializado. La información posterior requerida dentro del proceso puede perfectamente ser enviada, recibida, analizada, valorada mediante medios electrónicos.

Como sabemos, todo lo que se refiere al tratamiento de las nuevas tecnologías avanza a pasos agigantados y se van rompiendo obstáculos a diario, es así que vemos que ya existen tribunales virtuales de arbitraje para solucionar todas aquellas controversias generadas o surgidas en la red.

1.4.1 Manifestación de la voluntad por medios electrónicos

La voluntad vista como el impulso o deseo de hacer una cosa, debe diferenciarse del consentimiento. Si bien son términos bastante similares, sin embargo son diferentes, pues la voluntad hace relación al interior de las personas como un elemento subjetivo del acto, la que, al exteriorizarse da paso al consentimiento.

Así mismo se evidencia diferencia de conceptos según lo contemplado en el Diccionario Jurídico Elemental de Cabanellas, en el que la manifestación de la voluntad es definida como “Potencia o facultad del alma que lleva a obrar o a abstenerse. / Acto de admitir o repeler algo. / Deseo. / Intención. / Propósito. / Determinación. / Libre albedrío. / Elección libre”. Mientras que el consentimiento es definido como “Acción y efecto de consentir; compartir el



UNIVERSIDAD DE CUENCA

sentimiento, el parecer. Permitir una cosa o condescender a que se haga. Es la manifestación de la voluntad conforme entre la oferta y la aceptación”.

En ese sentido, en el caso de los otorgantes de una escritura pública, la voluntad se manifiesta con la intención de acudir ante el Notario a fin de celebrar un acto o contrato, y el consentimiento con la aquiescencia que hacen sobre lo estipulado en el contrato.

Dado que el contrato se origina con la expresión de la voluntad, seguida del consentimiento, en los contratos electrónicos estos se expresan en medio inmaterial, debido a ello, se dice que más que contratos electrónicos existen contratos electrónicamente consentidos,⁹ en los que la voluntad se manifiesta electrónicamente, por lo que la diferencia de un contrato tradicional de un contrato electrónico radica en la formación del mismo, la forma de manifestación de la voluntad y la prestación de la aquiescencia o consentimiento. Lo que lleva a colegir que si únicamente la oferta es electrónica, el contrato no lo será, ya que para considerarse electrónico debe celebrarse o perfeccionarse de ese modo.¹⁰

Como se había indicado, la manifestación de la voluntad o el consentimiento de los otorgantes deben ser libres de vicios, es decir que no deben adolecer de error, fuerza o dolo. En el procedimiento notarial común, el Notario puede dar fe también de la libertad de los requirentes para comparecer a la celebración de la escritura pública, así como de la ausencia de vicios en el consentimiento, lo que, a mi criterio es difícil que ocurra en los actos o contratos celebrados por medios electrónicos, pues la distancia física existente entre Notario y requirente o requirentes impide que el Notario pueda dar fe absoluta sobre la ausencia de

⁹ MORENO NAVARRETE, Miguel Ángel, Contratos electrónicos, Madrid, Marcial Pons, 1999, p.35.

¹⁰ Idem. p.46.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

vicios del consentimiento y sobre la libertad con la que comparecen los otorgantes.

A fin de comprender de mejor manera lo que se ha manifestado, es necesario referirnos a ciertos principios del Derecho Notarial Latino, los que rigen la actividad notarial del sistema ecuatoriano.

Principio de autenticidad del documento.

Principio de fe pública.

Principio de registro o protocolo.

Principio de intermediación o inmediatez.

Principio de unidad de acto.

Principio de rogación.

Principio de forma.

Principio de asesoramiento.

Principio de imparcialidad.

Principio de calificación.

Considero necesario hacer un breve análisis de algunos de los principios antes indicados, pues son los que están relacionados con la materia de estudio del presente trabajo.

Principio de Autenticidad del Documento:

Este principio es el que da fe de los actos y hechos que realiza el Notario pero, para que el acto productor de derechos revista este carácter debe ser visto y oído, es decir, percibido sensorialmente y por tanto, comprobado y declarado por un funcionario investido de autoridad para dar fe pública.

La forma de establecer que un hecho o acto ha sido comprobado y declarado por un Notario, es por que aparece su firma y sello en el documento jurídico.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Principio de Fe Pública:

El prestigiado tratadista español Enrique Jiménez Arnau – citado por José Gerardo Arrache Murguía – nos ha brindado una brillante concepción de la Fe Pública al manifestar que: "Jurídicamente la fe pública supone la existencia de una verdad oficial, cuya creencia se impone en el sentido de que no se llega a ella por un proceso espontáneo cuya resolución queda a nuestro albedrío, sino por virtud de un imperativo jurídico o coacción que nos obliga a tener por ciertos determinados hechos o acontecimientos, sin que podamos decidir autónomamente sobre su objetiva verdad cada uno de los que formamos el ente social". Y sigue diciendo: 'La necesidad de carácter público, cuya misión es robustecer con una presunción de verdad los hechos o actos sometidos a su amparo queramos o no queramos creer en ellos'. Desde luego, otra será la situación o el enfoque jurídico al existir la posibilidad de que la fe pública cuya presunción se contiene en una actuación notarial puede tener un valor probatorio en algunos casos, pleno en algunos, semipleno por referirse a su vez a declaraciones o versiones que no le constan al notario y que constan en el instrumento verbigracia las declaraciones que puedan recibirse dentro de los procesos electorales a petición de los partidos políticos de los funcionarios de casillas o de los ciudadanos, y que también en un momento dado los instrumentos notariales pueden ser objeto de impugnación por falsedad parcial o total ante los tribunales competentes para privarlos precisamente de la presunción jurídica plena que por principio tiene validez universal."¹¹

Este principio se encuentra recogido en el artículo 6 de la Ley Notarial al indicar que: "Notarios son los funcionarios investidos de fe pública para autorizar, a

¹¹ ARRACHE MURGUÍA, José Gerardo. El Notario Público. Función y desarrollo histórico. URL: <http://www.monografias.com/trabajos20/notario-publico/notario-publico.shtml>. Fecha de consulta: 20 de noviembre de 2009.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

requerimiento de parte, los actos, contratos y documentos determinados en las leyes”.

De ello se desprende que la fe pública es la busca de veracidad en los actos autorizados por un Notario, los cuales tienen un respaldo total, salvo que prospere la impugnación por nulidad o falsedad.

La utilización de medios electrónicos en la actividad notarial ha traído como consecuencia que el notario de una nueva clase de fe pública, la fe pública informática, que a diferencia de la fe pública tradicional, no se basa en la autenticación o verificación que hace el notario de la identidad de las personas, de la capacidad con la que comparecen, del cumplimiento de formalidades, sino que se aplica a la certificación de procesos tecnológicos, de resultados digitales, códigos y firmas electrónicas.

Cuando el notario certifica procesos tecnológicos, resultados digitales, códigos y firmas electrónicas, está dotando de fe pública a actos que tienen alcance jurídico, está dándoles valor probatorio, pues con la autoridad que le concede el estado al notario para dar fe sobre los actos otorgados ante él, se presume la veracidad de los mismos haciendo que hagan prueba plena.

Principio de Inmediación o Inmediatez:

Con respecto a este principio, Neri dice que la función Notarial requiere un contacto entre el Notario y las partes, y un acercamiento de ambos hacia el instrumento público.

El Notario siempre debe estar en contacto con las partes y con los hechos así como los actos que se producen dando fe de ello.

Pienso que este principio encuentra fundamento en la importancia del contacto o de la interrelación entre el Notario y los requirentes, pues en base a ello es



UNIVERSIDAD DE CUENCA

que el fedatario público estará en capacidad de advertir determinadas situaciones importantes dentro de la celebración de contratos. Lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley Notarial así lo demuestra: “Antes de redactar una escritura pública, debe examinar el notario:

- 1.- La capacidad de los otorgantes;
- 2.- La libertad con que proceden;
- 3.- El conocimiento con que se obligan; y,
- 4.- Si se han pagado los derechos fiscales y municipales a que está sujeto el acto o contrato. La omisión de este deber no surtirá otro efecto que la multa impuesta por la Ley al notario.”

Por su parte el inciso segundo del artículo 28 de la Ley ibidem, refiriéndose al numeral 2 del artículo 27, determina con mayor claridad la importancia de la presencia del Notario y los otorgantes en la celebración de contratos. Art. 28, inciso segundo.- “Para cumplir la segunda el Notario examinará separadamente a las partes, si se han decidido a otorgar la escritura por coacción, amenazas, temor reverencial, promesa o seducción”.

El inciso tercero del artículo 28 dice: “Para cumplir la tercera, examinará si las partes están instruidas en el objeto y resultado de la escritura”.

Los artículos 27 y 28 de la Ley Notarial demuestran que la presencia física del Notario conjuntamente con la de los requirentes es de suma importancia, pues de esa forma el fedatario público podrá apreciar la libertad con la que comparecen los otorgantes, así como el cabal conocimiento y entendimiento que éstos tienen del acto o negocio jurídico que se va a celebrar.

La inmediatez exige la presencia física de los comparecientes por sí o por representación a través del mandato. Tradicionalmente la expresión “*ante mi*”, es colocada en las escrituras públicas precisamente para indicar la comparecencia física de los otorgantes, sin embargo en las funciones que



UNIVERSIDAD DE CUENCA

competen al notario electrónico, por regla general dejará de existir contacto físico entre las partes y el fedatario, lo que evidentemente afectaría enormemente a la esencia del principio de inmediatez.

Principio de Unidad de Acto:

Este principio se basa en que el instrumento público debe perfeccionarse en un solo acto, es decir en un solo momento temporo-espacial. Por tal circunstancia lleva una fecha determinada, y no es legal que sea firmado un día por uno de los otorgantes y otro día por el otro, debe existir unidad del acto.

En nuestra legislación se encuentra claramente plasmado este principio en el artículo 29, numeral 11 de la Ley Notarial, el mismo que dice que “La escritura pública deberá redactarse en castellano y contendrá: 11.- La suscripción de los otorgantes o del que contraiga la obligación si el acto o contrato es unilateral, del intérprete y los testigos si lo hubieren, y del notario, **en un sólo acto**, después de salvar las enmendaduras o testaduras si las hubiere”. (el resaltado es mío).

La unidad de acto como principio de la actividad notarial, exige que tanto los requirentes como el Notario suscriban y autoricen el documento en un solo momento, situación que se torna difícil en la actualidad, pues hoy es común que las partes comparezcan en distintos momentos a la suscripción de una escritura pública, debido a lo diferente que se ha tornado la actividad cotidiana de los ciudadanos, es difícil coincidir en un mismo lugar y momento. Ejemplos claros de lo manifestado es la comparecencia de Gerentes de Bancos y Compañías que celebran a diario infinidad de actos y contratos ante Notario Público, siendo físicamente imposible para estas personas comparecer a cada momento a la oficina del Notario. Esto ha llevado a que el principio de unidad de acto sea uno de los más atacados por la sociedad actual. Sin embargo, a fin de conservar la aplicación de tan importante principio, debemos entender a la unidad de acto -a decir de Núñez Lagos- como un hecho objetivo y concreto



UNIVERSIDAD DE CUENCA

en unidad de texto consentido, que implica una unidad de texto documental (integridad) y de unidad de consentimiento.

Principio de Forma:

Hablamos de la adecuación del acto a la forma jurídica, el derecho notarial preceptúa la forma en que se debe otorgar el instrumento público.

Principio de Asesoramiento:

El Dr. Carlos N. Gattari en su libro Abogado, Escribano, Juez, Mediador, Registrador, dice que “ En el I Congreso de Derecho Notarial celebrado en la ciudad de Córdoba en junio de 1971, en el tema II se estimó al Escribano (Notario) como un profesional del derecho encargado de una función pública de carácter jurídico social. Como profesional del derecho asesora a quienes lo requieren respecto de los actos que deben otorgar para que se concreten los fines lícitos cuyo cumplimiento se persigue”.¹²

De esta definición, así como de otras y de la práctica profesional dentro del derecho notarial, se evidencia que efectivamente una de las funciones primordiales del Notario es la de asesorar a los requirentes respecto del acto o contrato que pretenden elevar a escritura pública, pues los incipientes conocimientos que del derecho poseen los ciudadanos en general, en ocasiones lleva a que quienes concurren a una Notaría a celebrar un negocio jurídico, desconozcan en todo o en parte las consecuencias jurídicas de ese acto o contrato, es por ello que el principio de asesoramiento es primordial dentro de la actividad notarial, pues el fiel cumplimiento de éste asegurará la ausencia de error en el consentimiento de las partes. Además en el ámbito jurídico, este principio permite que ya no se hable únicamente de la fe pública notarial, sino también de la fe jurídica que debe dar el Notario, pues en virtud

¹² GATTARI, Carlos N. Abogado, Escribano, Juez, Mediador, Registrador.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

del asesoramiento que éste brinda a los comparecientes, garantiza que el acto o contrato que se celebra ante él es perfectamente jurídico.

En este sentido el Notario en ocasiones se convierte en mediador, pues los comparecientes no siempre están correctamente inteligenciados respecto de lo que van a efectuar ante el Notario, mediante el asesoramiento y la mediación el Notario conciliará los intereses de los otorgantes, y de observar que hay error o confusión en el consentimiento de alguno de los requirentes, no celebrará el acto o contrato, solicitará que los comparecientes obtengan asesoría personalizada y que se informen correctamente del negocio jurídico que van a celebrar. A mi criterio, como he manifestado anteriormente, el principio de asesoramiento se ve menoscabado en las contrataciones por medios electrónicos, pues la interacción que existe entre el Notario y los comparecientes cuando están presentes todos ellos en el mismo lugar, se pierde cuando el contrato se celebra a distancia, el Notario pierde la capacidad de asesorar simultáneamente a las partes, pierde la facultad de solventar las dudas que tengan los requirentes, y por último pierde la capacidad de apreciar la libertad en el consentimiento de las partes, pues según manifiestan los Notarios, en las miradas, en los gestos, en el tono de voz, en los movimientos de los comparecientes, ellos pueden apreciar si es que existe algún vicio en el consentimiento (error o fuerza). En los contratos entre ausentes todas estas facultades del Notario se perderían.

Actualmente el principio de asesoramiento ya se ve atacado en los contratos de adhesión, en los cuales la intervención del Notario se limita a dar fe de la identidad de quienes comparecen a suscribir ese contrato y de la fecha y lugar de otorgamiento, lo mismo ocurriría en los contratos celebrados por medios electrónicos. El Notario no cumple su función de tal si se limita a verificar y dar fe de la identidad de los contratantes y del lugar y fecha de otorgamiento del contrato, él debe profundizar y explicar a los comparecientes lo que están firmando, advertir de las consecuencias jurídicas que derivan de ese acto o contrato, dando de esta forma auténtica calidad jurídica a la función notarial.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

En otras legislaciones de Latinoamérica, el principio de asesoramiento consta expresamente incorporado. Por ejemplo en el Art. 20 de la Ley Orgánica Notarial No. 404 de la ciudad de Buenos Aires, República de Argentina que dice:

Art. 20.- Son funciones notariales, de competencia privativa de los escribanos de registro, a requerimiento de parte o, en su caso por orden judicial:

Recibir, interpretar y, previo *asesoramiento* sobre el alcance y efectos jurídicos del acto, dar forma legal y conferir autenticidad a las declaraciones de voluntad y de verdad de quienes rogaren su instrumentación pública.

De igual forma la Ley Notarial de Cuba expresamente se refiere al asesoramiento que debe brindar el Notario en su artículo 10, literales II y ñ.

Art. 10.- El Notario tiene las funciones y obligaciones siguientes:

II) *asesorar* a las personas naturales o jurídicas que requieran sus servicios, a quienes instruye sus derechos y los medios jurídicos para el logro de sus fines, esclarece las dudas y advierte del alcance jurídico de las manifestaciones que formulen en el documento notarial de que se trate;

ñ) *hacer las advertencias* previstas en la ley al momento de autorizar el documento notarial de que se trate.

Así mismo en la Legislación Notarial Mexicana se contempla de manera clara el principio de asesoramiento.

Art. 30.- El ejercicio de la función notarial y la *asesoría jurídica* que proporcione el Notario debe ser dada como jurista en actitud de beneficio de las partes y orden jurídico justo y equitativo de la ciudad, y por tanto, incompatible con toda



UNIVERSIDAD DE CUENCA

relación de sumisión ante favor, poder o dinero, que afecten su independencia formal o materialmente.

Una vez que me he referido a ciertos principios que rigen el sistema de Notariado Latino, podríamos colegir que algunos de ellos se verían afectados por la implementación de medios electrónicos en el otorgamiento de actos o contratos que se celebran mediante la formalidad de la escritura pública, pues toda la actividad notarial se basa en la fe pública que confiere el notario sobre las manifestaciones de voluntad y negocios jurídicos celebrados ante él, en su presencia, lo que permite que se apliquen principios como el de inmediatez o intermediación, de asesoramiento, de unidad de acto, etc., mediante los cuales el Notario puede a cabalidad cumplir su función tal y como fue concebida desde el inicio de la actividad notarial. Sin embargo hay que tomar en cuenta que periódicamente la tecnología ha ido exigiendo a los Notarios actualización y modernización en la prestación de sus servicios, esta vez no será la diferencia, paulatinamente los principios del Derecho Notarial deberían poder aplicarse en las transacciones por medios electrónicos

1.4.2 Equivalencia funcional de los contratos electrónicos

La incorporación de la tecnología en las relaciones sociales, jurídicas y comerciales de la sociedad, ha llevado a que se desvirtúe completamente la idea tradicional de documento. Siempre se ha aceptado como definición de documento, la primera acepción plasmada en el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la cual dice que documento es: “**Escrito** con que se prueba o acredita una cosa”. Pero la segunda acepción establece que documento es: “**Cosa** que sirve para ilustrar o aclarar algo”. De manera que el documento ya no es únicamente aquel que consta por escrito en papel, y que es palpable físicamente, si no que debido a los avances tecnológicos el documento puede ser también aquel que ha sido generado a través de medios electrónicos y que puede ser verificado mediante los mismos. A este respecto



UNIVERSIDAD DE CUENCA

el tratadista Davara Rodríguez manifiesta que: “El documento puede ser tal, tanto si se encuentra sobre un papel o sobre cualquier otro soporte apto según su naturaleza.”¹³

Como se ha manifestado a lo largo de este trabajo, tanto en legislaciones extranjeras como en la nuestra los mensajes de datos tienen igual validez jurídica que los documentos escritos. Así mismo se reconocerá la validez jurídica de información que, no formando parte del mensaje de datos, se encuentre dentro del mismo en forma de remisión o de anexo, de tal manera que sea accesible mediante un enlace directo, y, siempre y cuando su contenido haya sido conocido y aceptado por las partes. Tal aceptación que deberá ser hecha por el destinatario, se la hace respecto del contenido del anexo al momento de dicha aceptación, por si éste es modificado en algún momento.

A través de estas disposiciones se concede a los mensajes de datos un tratamiento equitativo con relación a los documentos escritos, reconociendo que los dos constituyen declaraciones de voluntad independientemente de los medios por los que fueron otorgadas, y producen los mismos efectos jurídicos.

1.4.3 Observancia de los requisitos y formalidades establecidos en las leyes

La Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos establece en el Art. 44 que: “Cualquier actividad, transacción mercantil, financiera o de servicios, que se realice con mensajes de datos a través de redes electrónicas, se someterá a los requisitos y solemnidades establecidos en la ley que las rija, en todo lo que fuere aplicable, y tendrá el mismo valor y los mismos efectos jurídicos que los señalados en dicha ley.” La disposición

¹³ Artículo titulado El Comercio Electrónico en el Ecuador: Régimen Jurídico y Comentarios. Margarita Romero Rosales y Teodomiro Ribadeneira Molestina, quienes a su vez citan al tratadista Davara Rodríguez.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

referida trae como consecuencia la obligación de observar determinadas solemnidades que por ley deban cumplir ciertas negociaciones electrónicas, tales como la elevación del contrato a escritura pública y la inscripción del mismo en registros públicos, solemnidades que por la naturaleza misma de las negociaciones electrónicas son físicamente difíciles de cumplir, razón por la cual las transacciones que requieran el cumplimiento de dichas formalidades no podrían alcanzar su debido desarrollo. A este respecto pienso que nuestra legislación debería establecer que ese contrato sería susceptible de perfeccionamiento con la elevación a escritura pública ante notario público siempre que este adjunte o asocie su firma electrónica al contrato conjuntamente con las de los requirentes.

1.4.4 Contratos que no pueden realizarse a través de medios electrónicos

Como había manifestado anteriormente, algunas legislaciones que sobre comercio electrónico se han promulgado a nivel mundial, se determinan ciertas limitaciones para la aplicación de medios electrónicos en la actividad comercial, es así que se han precisado ciertos contratos que no pueden realizarse por estos medios, como por ejemplo aquellos que requieran ser otorgados ante un Notario Público; los que para su validez deban registrarse en un Registro Público; contratos sujetos al derecho de familia; contratos sujetos al derecho de sucesiones, entre otros, en definitiva aquellos que requieran del cumplimiento de solemnidades o formalidades.

Estas limitaciones han ido encontrando contradicción con el transcurrir del tiempo, pues inicialmente se consideraba que este tipo de contratos, al necesitar el cumplimiento de solemnidades, no podían celebrarse por medios electrónicos, sin embargo, los avances tecnológicos han desvirtuado esta idea. Un ejemplo claro es el caso de Perú, en donde su legislación contempla la posibilidad de que “en los casos en que la ley establezca que la manifestación de voluntad debe hacerse a través de alguna formalidad expresa o requiera la firma, ésta podrá ser generada o comunicada a través de medio electrónicos,



UNIVERSIDAD DE CUENCA

ópticos o cualquier otro análogo. Tratándose de instrumentos públicos, la autoridad competente deberá dejar constancia del medio empleado y conservar una versión íntegra para su ulterior consulta”.¹⁴ De manera que las escrituras públicas, sentencias, resoluciones, etc., pueden ser enviadas, comunicadas por medios electrónicos incluyendo el uso de la firma electrónica.

En efecto, con el naciente empleo de medios electrónicos en los procesos contractuales, la normativa que se iba emitiendo para regular dicha situación fue muy cauta al prohibir que ciertos contratos se puedan celebrar por esos medios, pues los avances tecnológicos no eran suficientes como los actuales que en algunos casos efectivamente permiten la utilización de medios electrónicos en aquellos contratos que requieren el cumplimiento de formalidades, sin embargo, es necesario decir que a casi dos décadas desde la implementación de medios electrónicos en la actividad comercial el avance ha sido incipiente, especialmente en los países de Sudamérica, esto en virtud del menor desarrollo de la tecnología y su utilización, menor desarrollo de las telecomunicaciones, falta de confianza, falta de capacitación, entre otros factores que no han permitido una adecuada aplicación de medios electrónicos en las transacciones comerciales.

¹⁴ Código Civil Peruano. Artículo 141-A.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

CAPÍTULO II

CUMPLIMIENTO DE SOLEMNIDADES EN EL PERFECCIONAMIENTO DE CONTRATOS

2.1 Actividad Notarial

2.1.1 Breve historia de la actividad notarial

Cartago: En Cartago la institución notarial era aplicada según el texto transmitido por Polibio, del tratado celebrado con Roma en el año 509 antes de Cristo, en el que se establecía que las opresiones mercantiles en el territorio cartaginés, no podían concluir sin la intervención del escribano.

Egipto: Según Pondé –citado por Nancy Godoy López- la historia de Egipto "atrae singularmente a los notarios en lo que concierne a los ancestrales orígenes que pudiere tener su profesión por la existencia de un personaje de muy marcados caracteres como de trascendente importancia dentro de la sociedad egipcia, al que, precisamente por valoración fonética, se le tiene como antepasado del notario: es el escriba".

En la administración de Egipto, en virtud de su organización social y religiosa, los escribas tenían muchísima importancia intelectual. Por otra parte, el escriba estaba unido a la divinidad de Thot, la fuerza creadora del pensamiento.

En la historia antigua de Egipto se conocieron dos clases de documentos, el "casero" y el "del escriba y testigo". En el "casero", como podemos suponerlo, una persona contraía una obligación de hacer, generalmente la transmisión de la propiedad de un objeto, lo que requería de la comparecencia de tres testigos y la firma de un funcionario de jerarquía. El "documento del escriba y testigo", era una declaración de persona, firmada por el escriba, en tal forma que era



UNIVERSIDAD DE CUENCA

casi imposible el que pudiera alterar el papiro sobre el cual los egipcios fueron verdaderos maestros al grabarlos. Por este tipo de documento se piensa que el escriba pudo ser el antecesor del notario.

Babilonia: En Babilonia existía una especial conjunción entre la actividad de tipo civil con las manifestaciones religiosas, y la administración de justicia la ejercían los jueces con la colaboración de los escribas. El Código de Hammurabi (piedra grabada encontrada al realizar excavaciones en la ciudad de Susa), contiene anotaciones de índole jurídica en el área civil, administrativa y procesal. Pero, más allá de eso, algo bastante interesante es la importancia que le da al testigo. En base a ello se cree que todo contrato o convenio debía hacerse en presencia de testigos.

Así mismo en los pueblos indios, existía un estrecho vínculo entre lo jurídico y lo religioso, y su regulación en la antigüedad, estaba consagrada por las célebres Leyes de Manú, traducción popular de Manava-Dharma-Sastra.¹⁵ En estas normas también se concibe al testigo como fundamental prueba asociada al documento.

La organización social de los hebreos, contemplaba varias clases de escribas: el escriba del rey, el que tenía la función de autenticar los actos de la actividad monárquica. El escriba del pueblo, quien redactaba y daba fe de los convenios entre particulares. El escriba del Estado, de funciones judiciales y como secretario de Consejo de estado. Y el escriba de ley, el que tenía especial importancia, por ello tenía mucha autoridad e influencia, su función era interpretar la ley. Ellos se creían los depositarios de la verdad contenida en la ley, solo ellos podían interpretar la Ley y no era aceptada ninguna otra interpretación, lo que de cierta manera explica la contraposición producida entre los fariseos y Jesús ideológicamente hablando, ya que la interpretación

¹⁵ GODOY LÓPEZ, Nancy. Historia del Derecho Notarial.

URL:<http://www.monografias.com/trabajos16/derecho-notarial/derecho-notarial.shtml>. Fecha de consulta: 25 de enero de 2010.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

que Jesús hizo de la ley no correspondía a la interpretación clásica de los fariseos.

Roma: En Roma hubo una serie de personas que redactaban documentos, y según Fernández Casado, fueron conocidos como Notari, scribal, tabelione, tabulari, chartulari, actuari, librari, amanuenses, logrographi, refrandari, cancelari, diastoleos censuales libelenses, numerari, scriniari. comiculari, exceptores, epistolares, consiliari, congnitores.

Muchos investigadores y estudiosos del Derecho Notarial consideran que todos estos personajes son antecesores del notario actual, sin embargo es necesario efectuar un análisis más a conciencia, pues –como lo afirma Pondé una vez más citado por Nancy Godoy López - con tal amplitud se llegaría al extremo absurdo de pensar que todo aquel que supo escribir y fue capaz de redactar un documento a petición de parte interesada ha sido antecesor del notario.

Los mismos estudiosos del Derecho Notarial, luego de haber analizado a profundidad la naturaleza de la actividad ejercida por tales funcionarios romanos, han llegado a la conclusión de que en Roma fueron cuatro funcionarios los que verdaderamente pueden considerarse antecesores del notario, estos son: el escriba, el notarii, el tabularii y el tabelión.

- El escriba hace de depositario de documentos, redactaba decretos y mandatos del pretor.
- El notario era aquel funcionario que, con exactitud y celeridad, plasmaba en la escritura las intervenciones orales de un tercero.
- El tabulario tenía como función hacer las listas de los ciudadanos romanos sujetos al pago de impuesto.
- El tabelión redactaba actas jurídicas y los convenios entre los particulares.

Por lo visto, sería el tabelion el más legítimo antecesor del notario de tipo latino. Esto en virtud de la facultad que se le otorgó para actuar en los negocios



UNIVERSIDAD DE CUENCA

privados, y de redactarlos con aquel conocimiento del derecho que además le permitía asesorar jurídicamente a los otorgantes, finalmente debía procurar la eficaz conservación de los documentos, lo que, como he dicho, a hecho del tabelion el fidedigno predecesor del notario.

El Notario en América: En 1492, se produce el descubrimiento de América. Con la conquista, España no sólo trajo sus hombres, sino también, sus instituciones, su cultura jurídica, sus funcionarios, y por supuesto el Escribano.

El primer Notario que llegó a América fue don Rodrigo de Escobedo, acompañante expedicionario de Cristóbal Colón, y designado como Escribano por el Consulado del Mar. En 1495, tres años después del descubrimiento, muere el notario Escobedo a manos del cacique Caonobó, en tierras de La Española, actualmente Haití.

Para todas las expediciones era necesario contar con un Notario, tanto para las de descubrimiento costero, como para las que luego entraban a tierra.

En el mismo nombramiento o designación que se les extendía a los Escribanos, se disponía que todo debiera hacerse en su presencia.

Al ser el oficio de escribano muy apetecido, empezó a ser negociado y vendido por la Corona, los precios eran muy altos. Sin embargo, en otras regiones las escribanías no eran rentables, motivo por el cual no se vendían, algunos escribanos solicitaban una compensación a manera de subsidio, por ello prefirieron darlas en arrendamiento. En otras poblaciones no había escribanos, haciendo sus funciones los alcaldes y gobernadores.

La diversidad de escribanías y de criterios, llevó a que estas oficinas sean de muy variada índole y especialidad. La clasificación que de ellas se ha hecho obedece al organismo al que pertenecían y a su especialidad. Había escribanías adscritas a los organismos residentes en la metrópoli, llamadas



UNIVERSIDAD DE CUENCA

escribanía mayor de armada, de cámara de Consejo de Indias, de la casa de contratación de Sevilla; de visitas, de residencias, de rociones. Escribanías residenciadas en Indias, de gobernación, de justicia, la de cámara de audiencia, de bienes de difuntos; escribanías de Hacienda. Había las eclesiásticas, las propiamente eclesiásticas, las del santo-oficio. Por último, las municipalidades como la de cabildo o capitulares; las extrajudiciales como las escribanías públicas numerarias, o de número de la ciudad.¹⁶

Así pues fue transferida a América la institución notarial, con sus bondades y sus defectos, pero fue adquiriendo carácter propio en virtud de las costumbres y realidades de los pueblos hasta llegar a ser lo que es hoy, una de las más nutridas ramas del derecho, que ha alcanzado un nivel científico muy alto.

La historia del notariado es amplísima, me he referido muy brevemente a ella en virtud de que no es el centro de análisis del presente trabajo.

Para concluir, considero importante transcribir lo expuesto por el Doctor Domingo Casanova –citado por Nancy Godoy López- al efectuar una síntesis de lo que ha sido el nacimiento y la evolución de la actividad notarial:

Primero: "el renacimiento acentuó la función de los notarios en virtud de las necesidades mercantiles crecientes: grandes préstamos e interés, compañías, concesiones en el Nuevo Mundo, procesos más complicados, etc."

Segundo: "la forma de atribuir la función notarial evoluciona gradualmente desde la venta y traspaso del oficio y la propiedad privada de los protocolos a la mejor regulación pública de funciones notariales".

¹⁶ GODOY LÓPEZ, Nancy. Historia del Derecho Notarial.

URL:<http://www.monografias.com/trabajos16/derecho-notarial/derecho-notarial.shtml>. Fecha de consulta: 25 de enero de 2010.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Tercero: "más adelante, la tendencia codificadora y registros acaban por requerir un notariado absolutamente regular y técnico".

Cuarto: "a lo largo del proceso evolutivo, se separa marcadamente el tipo de notariado sajón y el tipo de notan latino, conservando este último una índole más mayestática y solemne".

2.1.2 Naturaleza del Notario

La actividad notarial tiene como antecedente la investidura que le confiere el Estado para que el Notario de fe de los actos, contratos y declaraciones de voluntad en general que se pongan en su conocimiento, en representación de éste y dentro de los parámetros y limitaciones establecidos en la Ley.

El Notario es un funcionario público que ejerce dentro de la rama de la justicia preventiva, pero no participa de la forma y características de un empleado público, tratándose entonces de una actividad privada, ligada a la función judicial. La afirmación de que el Notario es un funcionario público y su conexión con la función judicial se debe a la investidura que éste recibe del Estado para dar fe pública de los actos, contratos, declaraciones de voluntad y documentos determinados en las leyes. El artículo 6 de la Ley Notarial determina que "Notarios son los funcionarios investidos de fe pública para autorizar, a requerimiento de parte, los actos, contratos y documentos determinados en las leyes.

La actividad notarial se rige por leyes especiales que regulan lo referente a la prestación de este servicio. En el caso ecuatoriano las leyes que regulan la actividad notarial son fundamentalmente la Ley Notarial, el Código Civil, el Código de Procedimiento Civil, y leyes vinculadas como la Ley de Registro, Ley de Compañías, Ley de Régimen Municipal, entre otras.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

El sistema notarial ecuatoriano (artículo 7 de la Ley Notarial) establece que los Notarios pueden actuar dentro del cantón respectivo, independientemente del domicilio de los otorgantes, de la ubicación de los bienes objeto del acto o contrato o del lugar de cumplimiento de las obligaciones, lo cual nos lleva a deducir que el sistema notarial ecuatoriano permite que los Notarios actúen en negocios jurídicos por medios electrónicos, pues no interesa el domicilio de los otorgantes, la ubicación de los bienes objeto del acto o contrato, ni el lugar de cumplimiento de las obligaciones, sin embargo, debemos tener presente lo que determina la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, a la que he hecho referencia anteriormente, respecto de la observancia del cumplimiento de solemnidades o formalidades.

Considero pertinente referirme a ciertos aspectos concernientes a la actividad o servicio notarial, contemplados en el Código Orgánico de la Función Judicial publicado en el Registro Oficial No. 544 el nueve de marzo de dos mil nueve, el mismo que trata de enmarcar al servicio notarial dentro de parámetros un tanto distintos a los actuales, principalmente en lo que a su organización y sistema de archivo se refiere.

Es así que el Título VI relativo a los órganos auxiliares de la Función Judicial, en su capítulo I trata sobre los Notarios, determinando que “El Notariado es un órgano auxiliar de la Función Judicial y el servicio notarial consiste en el desempeño de una función pública que la realizan las notarias y los notarios, quienes son funcionarios investidos de fe pública para autorizar, a requerimiento de parte, los actos, contratos y documentos determinados en las leyes y dar fe de la existencia de los hechos que ocurran en su presencia.

El ejercicio de la función notarial es personal, autónomo, exclusivo e imparcial.”

Como vemos, se conserva la investidura de fe pública hacia el Notario por parte del Estado.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

En cuanto al régimen legal, el Código determina que el Servicio Notarial se regirá por la Constitución, el propio Código Orgánico de la Función Judicial, la Ley Notarial y demás disposiciones legales y reglamentarias. Dispone - mediante la sustitución del artículo 3 de la Ley Notarial- que en caso oposición entre lo que disponen la Ley Notarial y el Código Orgánico de la Función Judicial, se aplicarán las disposiciones del Código Orgánico de la Función Judicial.

En lo que a requisitos para ser Notario se refiere, el Código Orgánico de la Función Judicial establece que para ser notaria o notario se requerirá:

- Ser ecuatoriana o ecuatoriano y hallarse en goce de los derechos de participación política;
- Tener título de abogada o abogado legalmente reconocido en el país;
- Haber ejercido con probidad notoria la profesión de abogada o abogado por un lapso no menor de tres años.

Estos son los únicos requisitos que actualmente se necesitan para ser Notario. Se establece que los notarios ahora permanecerán en el ejercicio de sus funciones por un período de seis años, pudiendo ser reelegidos por una sola vez. Si embargo faculta a que quienes hubieren sido reelectos podrán participar en los concursos que se abran para otras notarías, cuando concluya su segundo período. Situación ésta que a mi criterio es un tanto absurda, pues, si alguien tiene la capacidad y preparación necesaria para dirigir una notaría, debería poder ser reelecto cuantas veces sea merecedor según lo valoración y puntaje que obtenga en los concursos. No creo que para un tercer período sea conveniente que el notario se presente para el concurso en otra notaría, es mejor si no se produce rotación permanente de notarios, concretamente pienso que se debería permitir que el notario concurse, cuantas veces lo desee, para la misma notaría, pues, como el mismo Código Orgánico de la Función Judicial preceptúa, “los concursos no podrán privilegiar la



UNIVERSIDAD DE CUENCA

experiencia frente a la preparación académica y la evaluación de desempeño”, con lo cual se evidencia que el notario en funciones tendrá los mismos parámetros de valoración que cualquiera que se presente al concurso, sin tomar en cuenta la experiencia adquirida durante el ejercicio de sus funciones en esa notaría, lo cual considero justo y adecuado.

Como había mencionado se producen cambios respecto del sistema de archivo de los actos, contratos y diligencias otorgadas o celebradas ante notario público, es así que el Código determina que se creará el Archivo Nacional Notarial, dependiente del Consejo de la Judicatura, el mismo que será implementado de acuerdo a las disposiciones que dicte este órgano.

El Consejo de la Judicatura, a través de la Comisión de Asuntos Relativos a los Órganos Auxiliares, implementará la creación y desarrollo progresivo de un archivo electrónico de los actos y documentos que notarias y notarios registran en los libros de protocolo. Así mismo se establece que los notarios tienen la obligación de llevar un archivo electrónico de todas las actuaciones realizadas en el ejercicio de sus funciones.

Vemos como en la legislación se va agregando la obligatoriedad de utilización de medios electrónicos en la administración pública como una herramienta de trabajo necesaria para una mejor prestación de los servicios públicos.

2.1.3 Funciones del Notario

Como se ha manifestado a lo largo de este trabajo, el Notario es un fedatario público, a decir de Andrés Bello, sobre él descansa la fe pública, siendo un ministro constituido especialmente para dar testimonio de la verdad. Tiene el escribano la alta misión de tutelar el bien público. Es el escribano, el depositario de la confianza pública. En sus protocolos, conserva cuanto puede considerarse preciso para hacer efectivo el cumplimiento de los actos, y de las



UNIVERSIDAD DE CUENCA

otras disposiciones de los hombres; y en sus archivos, los procesos, en que se interesan nada menos que el honor, la vida, la hacienda y la quietud de los particulares, y todo cuanto puede contribuir al bien del estado.

De su naturaleza derivan sus funciones o atribuciones, las que de conformidad con el artículo 18 de la Ley Notarial, son las siguientes:

- 1.- Autorizar los actos y contratos a que fueren llamados y redactar las correspondientes escrituras, salvo que tuvieren razón o excusa legítima para no hacerlo;
- 2.- Protocolizar instrumentos públicos o privados por orden judicial o a solicitud de parte interesada patrocinada por abogado, salvo prohibición legal;
- 3.- Autenticar las firmas puestas ante el en documentos que no sean escrituras públicas;
- 4.- Dar fe de la supervivencia de las personas naturales;
- 5.- Dar fe de la exactitud, conformidad y corrección de fotocopias y de otras copias producidas por procedimientos o sistemas técnico - mecánicos, de documentos que se les hubieren exhibido, conservando una de ellas con la nota respectiva en el Libro de Diligencias que llevarán al efecto;
- 6.- Levantar protestos por falta de aceptación o de pago de letras de cambio o pagarés a la orden particularizando el acto pertinente conforme a las disposiciones legales aplicables, actuación que no causará impuesto alguno;
- 7.- Intervenir en remates y sorteos a petición de parte e incorporar al Libro de Diligencias las actas correspondientes, así como las de aquellos actos en los que hubieren intervenido a rogación de parte y que no requieran de las solemnidades de la escritura pública.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

8.- Conferir extractos en los casos previstos en la Ley;

9.- Practicar reconocimiento de firmas.

10.- Receptar la declaración juramentada del titular de dominio, con la intervención de dos testigos idóneos que acrediten la necesidad de extinguir o subrogar, de acuerdo a las causales y según el procedimiento previsto por la Ley, el patrimonio familiar constituido sobre sus bienes raíces, en base a lo cual el Notario elaborará el acta que lo declarará extinguido a subrogado y dispondrá su anotación al margen de la inscripción respectiva en el Registro de la Propiedad correspondiente;

En los casos en que el patrimonio familiar se constituye como mandato de la Ley, deberá adicionalmente contarse con la aceptación de las instituciones involucradas;

11.- Receptar la declaración juramentada del titular de dominio con intervención de dos testigos idóneos que acrediten que la persona que va a donar un bien, tenga bienes suficientes adicionales que garanticen su subsistencia, lo cual constará en acta notarial, la que constituirá suficiente documento habilitante para realizar tal donación.

12.- Receptar la declaración juramentada de quienes se creyeren con derecho a la sucesión de una persona difunta, presentando la partida de defunción del de cujus y las de nacimiento u otros documentos para quienes acrediten ser sus herederos, así como la de matrimonio o sentencia de reconocimiento de la unión de hecho del cónyuge sobreviviente si los hubiera. Tal declaración con los referidos instrumentos, serán suficientes documentos habilitantes para que el Notario conceda la posesión efectiva de los bienes pro indiviso del causante a favor de los peticionarios, sin perjuicio de los derechos de terceros. Dicha



UNIVERSIDAD DE CUENCA

declaración constará en acta notarial y su copia será inscrita en el Registro de la Propiedad correspondiente;

13.- Tramitar la solicitud de disolución de la sociedad de gananciales de consuno de los cónyuges, previo reconocimiento de las firmas de los solicitantes ante el Notario, acompañando la partida de matrimonio o sentencia de reconocimiento de la unión de hecho. Transcurridos diez días de tal reconocimiento el Notario convocará a audiencia de conciliación en la cual los cónyuges, personalmente o por medio de apoderados ratificarán su voluntad de declarar disuelta la sociedad de gananciales formada por el matrimonio o unión de hecho. El acta respectiva se protocolizará en la Notaría y su copia se subinscribirá en el Registro Civil correspondiente, particular del cual se tomará nota al margen del acta protocolizada;

Nota:

Mediante D.E. 8 (R.O. 10, 24-VIII-2009), se adscribe la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación al Ministerio de Telecomunicaciones y Sociedad de la Información.

14.- Autorizar la venta en remate voluntario de bienes raíces de personas menores que tengan la libre administración de sus bienes cumpliendo las disposiciones pertinentes de la Sección Décima Octava del Título Segundo del Código de Procedimiento Civil;

15.- Receptar informaciones sumarias y de nudo hecho;

16.- Sentar razón probatoria de la negativa de recepción de documentos o de pago de tributos por parte de los funcionarios públicos o agentes de recepción;

17.- Protocolizar las capitulaciones matrimoniales, inventarios solemnes, poderes especiales, revocatorias de poder que los comerciantes otorgan a sus factores y dependientes para administrar negocios;



UNIVERSIDAD DE CUENCA

18.- Practicar mediante diligencia notarial, requerimientos para el cumplimiento de la promesa de contrato como para la entrega de cosa debida y de la ejecución de obligaciones.

De registrarse controversia en los casos antes mencionados, el notario se abstendrá de seguir tramitando la petición respectiva y enviará copia auténtica de todo lo actuado a la oficina de sorteos del cantón de su ejercicio, dentro del término de tres días contados a partir del momento en que tuvo conocimiento del particular, por escrito o de la oposición de la persona interesada, para que después del correspondiente sorteo se radique la competencia en uno de los jueces de lo Civil del Distrito.

19.- Proceder a la apertura y publicación de testamentos cerrados. Para el efecto, el que tenga o crea tener interés en la sucesión de una persona, puede solicitar al notario, ante quien el causante otorgó el testamento y lo haya conservado en su poder, proceda a exhibirlo para su posterior apertura y publicación en la fecha y hora que para tal propósito señale. En su petición el interesado indicará adicionalmente, el nombre y dirección de otros herederos o interesados que conozca, y que se disponga de una publicación, en un medio de prensa escrito de amplia circulación local o nacional, para los presuntos beneficiarios. Trascurridos no menos de treinta días, en la fecha y hora señalados, previa notificación a los testigos instrumentales, el notario levantará un acta notarial en la que dejará constancia del hecho de haberlo exhibido a los peticionarios la cubierta del testamento, declarando si así corresponde, adicionalmente junto con los comparecientes, que en su concepto la cerradura, sellos, lacras o marcas no presentan alteración alguna.

En la diligencia notarial, a la que se permitirá el acceso a todo interesado que justifique un presunto interés en el contenido del testamento, de presentarse oposición a la práctica de esta diligencia, el notario oír la exposición. En este evento, elaborará un acta con los fundamentos de la oposición y la enviará a



UNIVERSIDAD DE CUENCA

conocimiento de juez competente, cumpliendo el procedimiento de ley, ante quien se deberá llevar a efecto el juicio de apertura y publicación de testamento cerrado de conformidad con las normas previstas en los Códigos Civil y de Procedimiento Civil.

De no presentarse oposición, el notario procederá a efectuar el reconocimiento de firmas y rúbricas de los testigos instrumentales, así como de que la cubierta y el sobre que contiene el testamento cerrado del testador, es el mismo que se presentó para su otorgamiento al notario. De no presentarse todos los testigos instrumentales, el notario abonará las firmas de los testigos faltantes con una confrontación entre las que aparecen en la carátula con las que constan en la copia de la misma que debe reposar en los protocolos de la notaría, según lo dispone el artículo 25 de la Ley Notarial. El notario actuante confrontará la firma del notario que ejercía el cargo al momento de su otorgamiento con su firma constante en otros instrumentos notariales incorporados en el protocolo.

En el caso de que la cubierta del testamento presentare notorias alteraciones que haga presumir haberse abierto, el notario luego de proceder a la apertura y publicación del testamento, levantará el acta pertinente haciendo constar estos particulares y remitirá todo lo actuado al juez competente. En estos casos el testamento únicamente se ejecutará en virtud de sentencia ejecutoriada que así lo disponga.

La diligencia concluye con la suscripción del acta de apertura y lectura del testamento, al cabo de lo cual todo lo actuado se incorporará al protocolo del notario, a fin de que otorgue las copias respectivas;

20.- Será facultad del notario proceder al registro de firmas de funcionarios y representantes de personas jurídicas, siempre y cuando haya petición de parte y el notario tenga conocimiento pleno de quien registra su firma. El documento que contenga la certificación de firma en virtud de este procedimiento de registro, gozará de autenticidad, pero no tendrá los efectos probatorios de



UNIVERSIDAD DE CUENCA

instrumento público, para cuyo efecto se procederá de conformidad con lo previsto en el artículo 194 del Código de Procedimiento Civil.

21.- Autorizar los actos de amojonamiento y deslinde en sectores rurales, que a petición de las partes, siempre que exista acuerdo, tengan por objeto el restablecimiento de los linderos que se hubieren oscurecido, desaparecido o experimentado cualquier cambio o alteración, o en que se deban fijar por primera vez la línea de separación entre dos o más inmuebles, con señalamiento de linderos. Al efecto, se señalará fecha y hora para la diligencia, a la que concurrirán las partes, que podrán designar perito o peritos, quienes presentarán sus títulos de propiedad y procederán a señalar e identificar lugares, establecer linderos y dar cualquier noticia para esclarecer los hechos.

De esta diligencia se levantará un acta, siempre y cuando exista conformidad de todas las partes, la que se agregará al protocolo del notario y de la cual se entregará copias certificadas a las mismas para su catastro municipal e inscripción en el Registro de la Propiedad correspondiente.

De presentarse oposición, el notario procederá a protocolizar todo lo actuado y entregará copias a los interesados, para que éstos, de considerarlo procedente, comparezcan a demandar sus pretensiones de derecho ante los jueces competentes;

22.- Tramitar divorcios por mutuo consentimiento, únicamente en los casos en que los cónyuges no tengan hijos menores de edad o bajo su dependencia. Para el efecto, los cónyuges expresarán en el petitorio, bajo juramento, lo antes mencionado y su voluntad definitiva de disolver el vínculo matrimonial, mismo que deberá ser patrocinado por un abogado en libre ejercicio, cumpliendo adicionalmente en la petición, lo previsto en el artículo 107 del Código Civil. El notario mandará que los comparecientes reconozcan sus respectivas firmas y rúbricas y fijará fecha y hora para que tenga lugar la audiencia, dentro de un plazo no menor de sesenta días, en la cual los cónyuges deberán ratificar de



UNIVERSIDAD DE CUENCA

consuno y de viva voz su voluntad de divorciarse. El notario levantará un acta de la diligencia en la que declarará disuelto el vínculo matrimonial, de la que debidamente protocolizada, se entregará copias certificadas a las partes y se oficiará al Registro Civil para su marginación respectiva; el Registro Civil a su vez, deberá sentar la razón correspondiente de la marginación en una copia certificada de la diligencia, que deberá ser devuelta al notario e incorporada en el protocolo respectivo. **El sistema de correo electrónico podrá utilizarse para el trámite de marginación señalado en esta disposición.** Los cónyuges podrán comparecer directamente o a través de procuradores especiales. De no realizarse la audiencia en la fecha designada por el notario, los cónyuges podrán solicitar nueva fecha y hora para que tenga lugar la misma, debiendo cumplirse dentro del término de 10 días posteriores a la fecha en la cual debió celebrarse originalmente. De no darse la audiencia, el notario archivará la petición (el resaltado es mío);

Nota:

Mediante D.E. 8 (R.O. 10, 24-VIII-2009), se adscribe la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación al Ministerio de Telecomunicaciones y Sociedad de la Información.

23.- Proceder a la liquidación de sociedad de bienes o de la sociedad conyugal, para este efecto, sin perjuicio de la facultad jurisdiccional de los jueces de lo civil, los cónyuges o ex-cónyuges, o los convivientes vinculados bajo el régimen de la unión de hecho, según el caso, podrán convenir mediante escritura pública, una vez disuelta la sociedad conyugal o la sociedad de bienes que se haya formado como consecuencia de la unión de hecho, la liquidación de la sociedad de bienes. Este convenio se inscribirá en el Registro de la Propiedad correspondiente cuando la liquidación comprenda bienes inmuebles, y en el Registro Mercantil cuando existieren bienes sujetos a este Registro. Previamente a la inscripción, el notario mediante aviso que se publicará por una sola vez en uno de los periódicos de circulación nacional en la forma prevista en el artículo 82 del Código de Procedimiento Civil, hará conocer la



UNIVERSIDAD DE CUENCA

liquidación de la sociedad conyugal o de la sociedad de bienes de la unión de hecho, para los efectos legales consiguientes. Transcurrido el término de veinte días desde la publicación y de no existir oposición, el notario sentará la respectiva razón notarial y dispondrá su inscripción en el registro o registros correspondientes de los lugares en los que se hallaren los inmuebles y bienes objeto de esta liquidación. De presentarse oposición, el notario procederá a protocolizar todo lo actuado y entregará copias a los interesados, para que éstos, de considerarlo procedente, comparezcan a demandar sus pretensiones de derecho ante los jueces competentes;

24.- Autorizar la emancipación voluntaria del hijo adulto, conforme lo previsto en el artículo 309 del Código Civil. Para este efecto, los padres comparecerán ante el notario a dar fin a la patria potestad, mediante declaración de voluntad que manifieste esta decisión, la que constará en escritura pública, donde además se asentará la aceptación y consentimiento expreso del hijo a emanciparse. A esta escritura pública se agregará como habilitantes los documentos de filiación e identidad respectivos, y las declaraciones juramentadas de dos testigos conformes y sin tacha, que abonen sobre la conveniencia o utilidad que percibiría el menor adulto con esta emancipación. El notario dispondrá la publicación de la autorización, por una sola vez en la prensa, cuya constancia de haberse publicado se incorporará en el protocolo, con lo cual entregará las copias respectivas para su inscripción en los Registros de la Propiedad y Mercantil del cantón en el que se hubiere hecho la emancipación;

25.- Tramitar la petición de declaratoria de interdicción para administrar los bienes de una persona declarada reo por sentencia ejecutoriada penal; para el efecto se adjuntará la sentencia ejecutoriada. En el acta que establezca la interdicción, se designará un curador;

26.- Solemnizar la declaración de los convivientes sobre la existencia de la unión de hecho, previo el cumplimiento de los requisitos establecidos en el



UNIVERSIDAD DE CUENCA

artículo 222 del Código Civil. El Notario levantará el acta respectiva, de la que debidamente protocolizada, se conferirá copia certificada a las partes; y,

27.- Declarar la extinción de usufructo, previa la justificación instrumental correspondiente y de acuerdo con las reglas del Código Civil, a petición del nudo propietario en los casos siguientes:

- a) Por muerte del usufructuario;
- b) Por llegada del día o cumplimiento de la condición prefijados para su terminación; y,
- c) Por renuncia del usufructuario.

He transcrito el texto completo del artículo 18 de la Ley Notarial a fin de evitar omisiones respecto de las formalidades que deben cumplir los actos o contratos que se celebran ante la autoridad del Notario, formalidades tales como la presencia de testigos, inscripciones o marginaciones en registros públicos, publicaciones en la prensa, etc.

Una vez transcritas las funciones de los Notarios, es menester referirme a los deberes que éstos deben cumplir en el ejercicio de sus funciones, los mismos que se encuentran contenidos en el artículo 19 de la Ley ibidem:

- a) Receptar personalmente, interpretar y dar forma legal a la exteriorización de voluntad de quienes requieran su ministerio.

De presentársele minuta, ésta debe ser firmada por abogado **con indicación del número de su matrícula y del Colegio a que pertenece**, minuta que será transcrita al protocolo;

Nota:

El texto reslatado en negrita ha sido declarado inconstitucional, mediante Resolución 0022-2008-TC (R.O. 504-S, 12-I-2009).



UNIVERSIDAD DE CUENCA

b) Exigir, antes de la ejecución de un acto o de la celebración de un contrato, el pago de los impuestos relativos, tanto al acto o contrato, como a los impuestos que graven los bienes a que tal acto o contrato se refiere.

Sin embargo, el notario podrá recibir los valores correspondientes a tales impuestos y entregarlos a las instituciones respectivas dentro de los días hábiles subsiguientes, confiriendo recibo por el dinero que le se entregue y haciéndose responsable por su custodia.

Si al hacer la entrega del valor de los impuestos, la institución beneficiaria se negare a recibirlos, el notario inmediatamente depositará los valores correspondientes a la orden de aquella en el Banco Central del Ecuador o en sus sucursales o agencias; y donde no hubieren éstas, hará el depósito en las oficinas locales del Banco Nacional de Fomento.

En este caso, el notario será responsable por la exactitud en la determinación legal del valor de los impuestos a pagarse.

c) Acudir, inmediatamente que sean llamados para desempeñar algún acto en que la Ley prescriba su intervención;

d) Incorporar diariamente al protocolo las escrituras públicas que autorice y los documentos que deban ser protocolizados;

e) Llevar el Libro de Diligencias en el cual extenderá, diariamente, una síntesis de las diligencias que practique y que no formen parte del protocolo;

f) Organizar el Índice Especial de testamento;



UNIVERSIDAD DE CUENCA

g) Cerrar el último día de cada año, el protocolo y más libros a su cargo, dando fe del número de fojas de que se compone, de la diligencia o escritura con que principio y de aquella con que término;

h) Remitir, anualmente a la Corte Superior, hasta el 31 de marzo de cada año, testimonio literal del índice del protocolo que hubiese formado el año anterior;

Nota:

Las Cortes Superiores fueron sustituidas por las Cortes Provinciales, según el Art. 178, num.2, de la Constitución de la República del Ecuador (R.O. 449, 20-X-2008).

i) Conferir, por orden de cualquier Juez o Tribunal, copia de instrumentos, escritos o diligencias, constantes en procesos archivados en la respectiva notaría;

j) Afiliarse al Colegio de Notarios del Distrito.

Nota:

El texto reslatado en negrita ha sido declarado inconstitucional, en virtud del fondo, por la Res. 0038-2007-TC (R.O. 336-2S, 14-V-2008).

k) Las tablas notariales deberán ser exhibidas en un lugar visible de la notaría, tabla en la cual se señalará los montos que deban cobrarse de acuerdo a la cuantía del instrumento público.

De igual forma he transcrito en su totalidad el artículo 19 de la Ley Notarial a fin de que se evidencien correctamente las solemnidades que deben cumplirse en la actividad notarial, formalidades que generalmente consisten en la elaboración de libros índice, actas, libros de diligencias etc.

De conformidad con el Código Orgánico de la Función Judicial recientemente promulgado, actualmente también son deberes de las notarias y notarios:



UNIVERSIDAD DE CUENCA

- a) Presentar su relación de gastos así como el presupuesto de gastos ordinarios y extraordinarios ante el Consejo de la Judicatura.
- b) Declarar bajo juramento los valores cobrados por los servicios prestados en forma mensual y depositar en la cuenta única del Tesoro Nacional lo que exceda del monto máximo que le sea permitido percibir por el desempeño de la función notarial que no podrá ser superior al señalado en el artículo 304. La falsedad en las declaraciones tributarias o el ocultamiento en la inscripción o registro de bienes muebles o inmuebles. será motivo de destitución, sin perjuicio de las acciones penales correspondientes.

2.1.4 Notarías Virtuales. Cibernotariado

En el sistema notarial de tipo latino, del que participan los países de América Latina, existen actos y contratos en que la ley exige que se protocolicen o que se eleven a escritura pública, como hemos analizado durante este estudio, aquello a fin de que dichos actos y contratos tengan validez jurídica o hagan prueba plena, o aún sin que la ley exija el cumplimiento de estas solemnidades sin embargo partiendo del principio de la autonomía de la voluntad, en el caso de que las partes contratantes deseen solemnizar el contrato (si es que pretenden que el contrato electrónico tenga efectos ejecutivos, que produzca una presunción de legitimidad, que haga prueba aún contra terceros respecto del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha, que se considere como un principio de prueba privilegiada, deberá entonces optarse por hacerlo documento público, pues como sabemos, sus efectos son superiores a los del documento privado).

Ahora corresponde pensar –de manera práctica más que teórica- cómo se cumplirían las formalidades en aquellos actos o negocios jurídicos que se realicen por medios electrónicos; o la adaptación de principios rectores de la actividad notarial como el de inmediatez, el de unidad de acto, el de



UNIVERSIDAD DE CUENCA

asesoramiento, frente a la aparición de la tecnología en las relaciones civiles y comerciales en la sociedad.

No es nuevo que los notarios tengan que enfrentar avances tecnológicos que los obliguen a encontrar soluciones y a desplegar esfuerzos por adaptar su actividad a esos nuevos mundos, haciendo frente a problemas tales como la aparición de la máquina de escribir sin que los Notarios quisieran usarla, ya que no concebían la idea de abandonar la forma tradicional de la escritura del puño y letra del propio Notario, consideraban que era fácil alterar el documento. Posteriormente con la aparición de ordenadores, nuevamente algunos Notarios se negaron a usarlos, ya que pensaban que era aún más fácil alterar los documentos o cometer errores de digitación, sin embargo a medida que la sociedad lo va exigiendo, los notarios deben ir adaptando su profesión a estos cambios que son forzosos. Actualmente con la aparición de las tecnologías de la información y la comunicación, deberá el notariado enfrentarse -cuando se otorguen contratos por medios electrónicos- a problemas como la identificación de los requirentes, la legalidad del acto o contrato, la confidencialidad en la transmisión de los mensajes de datos, etc. Se trata de definir cómo ha de actuar el Notario en un mundo nuevo de negocios por medios electrónicos y a distancia, que ha generado transformaciones sociales, económicas y jurídicas; se trata de que adapten su actividad a nuevos requerimientos a fin de seguir siendo una parte fundamental al momento de hacer negocios pero sin perder la esencia del sistema de notariado latino.

En este contexto, al ser el Notario un fedatario público, investido de fe pública por el Estado, adquiere un carácter de protector y garante de la seguridad jurídica de los contratos que los ciudadanos o la administración pública celebran ante su autoridad, al brindarles asesoría técnico - legal y plasmar su voluntad en un documento público sujeto a la legislación vigente. Como he manifestado, los principios que rigen el notariado latino y la naturaleza de la actividad notarial han convertido a esta función en vital para la correcta marcha de la sociedad. Ante el crecimiento periódico y avanzado del comercio



UNIVERSIDAD DE CUENCA

electrónico deben replantearse muchos de los principios e instituciones que rigen la actividad notarial a fin de que ésta continúe teniendo la importancia que actualmente tiene, para evitar que el Notario se limite a ser un fedatario de la identidad de las personas y de la fecha y lugar de otorgamiento de un acto o contrato. El Notariado debe acoplar sus conocimientos y aplicar adecuada tecnología a fin de ser aquel tercero imparcial de vital importancia en la contratación electrónica y en la utilización de documentos electrónicos con el objetivo de poder garantizar la confidencialidad de las comunicaciones, la identidad y capacidad de las partes contratantes, la integridad y autenticidad de los mensajes de datos en todo el proceso de intercambio electrónico de información en actos y negocios jurídicos de cualquier naturaleza que se pongan en su conocimiento.

Se pretende que el cibernotario conjugue conocimientos técnicos y jurídicos a fin de que su asesoramiento sea completo, de manera que el cibernotario deberá ser especializado en esas dos materias: en el área técnica, especialmente en lo que a seguridad dentro de las tecnologías de la información se refiere; y, en materia jurídica, tal como hasta ahora. Ese es el gran reto de los Notarios de hoy en día, poder responder a las necesidades de la sociedad actual, poder obtener y demostrar, además de solvencia jurídica, solvencia técnica a fin de brindar confianza y seguridad a quienes requieran sus servicios.

Esto se debe a que a los notarios electrónicos, los notarios del futuro, les corresponderá entre otras funciones, las siguientes:

- Legalización electrónica de firmas digitales o electrónicas tal y como lo ha venido haciendo con las firmas ológrafas o manuscritas. Cuando se generen documentos electrónicos será la firma electrónica la que deberá ser autenticada por el cibernotario. Mediante la utilización de la firma electrónica, certificará y autenticará la identidad del emisor de un mensaje de datos.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

- La implementación de la firma electrónica basada en un sistema de clave pública, exigirá la comprobación que efectuará el cibernotario respecto de los datos de una persona a efectos de registrar una clave pública y obtener un certificado.
- Autenticaciones o verificaciones respecto de los términos y ejecución de los documentos, actos o contratos, los que deben estar otorgados conforme a ley, y por tanto surtir los efectos jurídicos propios de cada uno. De esta manera no se verá limitada la actuación del notario a la legalización de firmas electrónicas, sino que también solemnizará electrónicamente el certificado con el que deben contar los requirentes a efectos de demostrar su identidad, la capacidad con la que comparecen, entre otros requisitos exigidos por la ley. Así mismo dará fe respecto del contenido del mensaje de datos que contenga la declaración de voluntad de los otorgantes. Además de comprobar la identidad de quien comparece y la capacidad para hacerlo en el acto o contrato de que se trate, verificará y autenticará que dicho acto o contrato sea legal, que cumpla con todos los requisitos de forma para surtir efectos jurídicos en cualquier jurisdicción.
- Llevará un archivo digital. Sabemos que los actos celebrados ante notario público deben ser archivados para su posterior consulta. Lo mismo sucede en los actos otorgados por medios electrónicos, el cibernotario deberá guardar la documentación y principalmente el certificado en sus registros o protocolos.
- Conferirá copias del protocolo a su cargo que en un contexto electrónico equivale a la reproducción de la información conservada digitalmente.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

- Será, a petición de parte interesada, depositario de los dispositivos para generar y verificar las claves privadas. En estos casos el notario viene a ser esa persona de confianza para proteger y conservar en un lugar seguro la clave privada del titular de la firma electrónica.

El informe de la Comisión de Informática y Seguridad Jurídica de la unión Internacional del Notariado Latino¹⁷, estableció que con el uso de las nuevas tecnologías, los notarios, sin dejar de cumplir con su función notarial tradicional, cumplirán además las siguientes funciones:

- Archivo y conservación del documento electrónico: la posibilidad para las partes de presentar en juicio una copia certificada compulsada por el notario, que conserve el original, con la misma fuerza probatoria del original mismo, indudablemente permitirá atribuir mayor confidencialidad a documentos que son, en muchos aspectos, incorporales;
- Conservación de las llaves: el notario, aún salvaguardando por entero la necesaria reserva, puede conservar una copia de la llave, para toda necesidad de su cliente, sea para el caso que se pierda, sea en el caso que se necesite demostrar la existencia de la propia llave en un cierto momento;
- Time stamping: algunos documentos, aunque no sean notariales, podrán necesitar que sea marcada la fecha y la hora; asimismo el control de la máquina que inserta tal marca podrá ser útilmente confiada al notario. Este tipo de certificación permite determinar el día y la hora en que un documento fue digitalmente firmado;

¹⁷ Informe repartido en la II Reunión Plenaria de la Comisión de Asuntos Americanos celebrada en Santa Fe de Bogotá del 3 al 5 de diciembre de 1998, citado por VIEGA, María José. “El notariado en tiempos de Internet”; y, por RODRÍGUEZ ACOSTA Beatriz. “La función notarial y la seguridad jurídica en los negocios electrónicos”. Derecho Informático Tomo IV. Editorial Fundación de Cultura Universitaria, Uruguay, 2004, Primera Edición, páginas 160 y 172 respectivamente.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

- Ventanilla electrónica: no todos los ciudadanos estarán provistos de las tecnologías o conocimientos requeridos para enviar o recibir documentos electrónicos; el notario podrá útilmente cumplir esta función sustitutiva, suministrando al documento el valor agregado de la intervención notarial y de su certificación, lo cual será aún más útil para el proceso de intercambio de datos desde y a la Administración Pública;
- Certificación internacional: la eliminación de tiempo y espacio perderá toda ventaja si al documento le son opuestos los obstáculos constituidos por las fronteras nacionales; los notarios podrán garantizar la circulación del documento electrónico de un ordenamiento a otro.

Si es que los cibernotarios llegasen a ejercer las funciones o actividades mencionadas, cumplirían con los requisitos que las diferentes legislaciones estatales norteamericanas exigen a los notarios como Autoridad Certificadora, así como con los de los notarios que ejercen en los países con sistema de notariado latino, con lo cual podrían actuar indistintamente respecto de uno u otro sistema, tanto en materia de legalizaciones como de autenticaciones, desdibujando una vez más las barreras de espacio que actualmente conviven con la actividad notarial. Sin embargo es importante decir que para que el notario preste sus servicios en el ciberespacio, es necesario que se presenten condiciones de máxima seguridad tecnológica, siendo en esta materia esenciales las autoridades o entidades de certificación de firmas electrónicas. En conclusión para que los notarios entren a la era digital a prestar sus servicios, será necesaria esta vital combinación de seguridad jurídica con seguridad tecnológica.

El objeto de este estudio es definir la forma en que los notarios podrán aplicar herramientas tecnológicas en sus actividades. Al respecto, a mi criterio, una opción bastante viable es la siguiente: cada parte comparecería con su respectivo abogado y notario en una sesión interactiva, puede ser una video conferencia, las partes manifestarán estar de acuerdo en cuanto al contenido



UNIVERSIDAD DE CUENCA

del documento que uno de los notarios habría leído a las partes, se solventarán dudas de existirlas, cada notario observará la libertad con la que comparece su cliente y valorará la ausencia de vicios del consentimiento, dando fe de los actos que ante ellos ocurren. Una vez aceptado el contrato las partes y sus respectivos notarios firmarán electrónicamente el documento.

Al parecer este sistema podría ser el más adecuado, pues dentro de la investigación efectuada, he encontrado que el notario chileno Eugenio Alberto Gaete brinda un esquema gráfico del proceso de perfeccionamiento de contratos por vía electrónica y de la forma en la que intervendrían los notarios, proceso mediante el cual no se vería afectado el principio de inmediatez a pesar de celebrarse el contrato sin que se produzca presencia o contacto físico directo entre los intervinientes (requerentes y notario). El proceso operaría de la siguiente forma: “cada parte en el contrato, sus respectivos asesores técnicos, sus abogados, el correspondiente notario, se encuentran todos presentes en diferentes lugares del mundo, en salas de video, conferencias y conectadas a un sistema EDI, produciéndose así una reunión interactiva y dinámica, en la cual tendrá lugar la negociación correspondiente, las discusiones en torno al contrato, las consultas legales al profesional respectivo, la legislación aplicable, pudiéndose revisar al instante los bancos de datos jurídicos, la doctrina y la jurisprudencia relativa. Luego de común acuerdo y en un ambiente interactivo se procede a la redacción del acuerdo, se le da lectura final al mismo, procediéndose luego, con la intervención de un notario en cada lugar donde están citas las partes, a la firma electrónica del mismo, a través del sistema de llave pública y posteriormente a dar fe del acto por cada notario.”

Como manifesté, aparentemente este sistema sería el más adecuado, el de la comparecencia de las partes con sus respectivos asesores (de creerlo necesario y conveniente) y su notario a fin de que mediante una video conferencia se plasmen las voluntades de los contratantes en un documento que será firmado electrónicamente por ellos y los notarios. Sin embargo me parece que el método propuesto por el notario Eugenio Alberto Gaete es un



UNIVERSIDAD DE CUENCA

tanto inaplicable en lo que al detalle de la negociación se refiere, pues el notario chileno propone que en esta cita interactiva, las partes, los abogados y los notarios recién estudien y analicen asuntos como la legislación aplicable, revisen bancos de datos jurídicos, jurisprudencia y doctrina, y una vez que lleguen a un acuerdo se redactará en ese momento el documento que será leído y firmado, lo que me parece muy poco probable que ocurra, por lo menos en nuestro país, pues por la gran cantidad de actos y contratos que se otorgan en las notarías cada día, sería muy difícil que los notarios inviertan tanto tiempo para hacer una escritura pública. Estoy de acuerdo en que las partes puedan discutir sobre el contrato y hacer consultas a sus abogados y a los notarios en esa reunión interactiva, pero creo fehacientemente que las leyes aplicables, efectos jurídicos del contrato y otros asuntos sobre los cuales los otorgantes puedan tener dudas, deberán tratarse con anterioridad entre el requirente, su abogado y el notario que los asistirá, así mismo el contrato debería ser redactado previo a la cita, debería el abogado elaborar la minuta respectiva, la misma que sería enviada con anterioridad a la otra parte para que sea analizada por ésta y su abogado, luego se la elevaría a escritura pública para que finalmente en la video conferencia los otorgantes firmen electrónicamente el contrato conjuntamente con los notarios, y, de existir dudas o discusiones, éstas versen únicamente sobre detalles. Uno de los objetivos de la utilización de herramientas electrónicas en este tipo de negocios jurídicos es el de agilizar los trámites y procedimientos, no entorpecerlos. Otro objetivo es el de abaratar costos, mediante procesos tan largos de negociación con utilización de medios electrónicos podría resultar no tan económico para las partes. La aplicación de tecnología en la celebración de contratos que requieren el cumplimiento de solemnidades, debe tener la finalidad de facilitar al usuario el acceso a los servicios notariales.

2.2 Registros Públicos

Hemos analizado la actividad notarial, sus orígenes, naturaleza de dicha actividad y de los notarios públicos, funciones, atribuciones y deberes de los



UNIVERSIDAD DE CUENCA

misimos. La actividad notarial está íntimamente ligada a la actividad registral, pues nuestra legislación exige la inscripción de ciertos instrumentos en algún registro público, motivo por el cual es necesario referirnos también a estas instituciones.

2.2.1 Breve historia de los Registros Públicos

El Derecho Registral nace en Grecia y Egipto a partir del siglo XII a.C., pues desde esta época se exigía para el perfeccionamiento de un negocio el asentamiento o inscripción en el libro oficial, actualmente llamado “repertorio”. Cabe aclarar que el Derecho Registral en Grecia fue el antecedente del Derecho Registral de Egipto. A decir de Luis Moisset de Epanes “los datos encontrados en papiros egipcios sobre cuya organización influyo fuertemente el derecho griego, permiten llegar a la conclusión que en varias ciudades griegas existieron archivos públicos en los que se depositaban los documentos en que constaban las transmisiones de dominio o la constitución de hipotecas”¹⁸. Sin embargo Moisset afirma que en Atenas no existieron estos archivos, la publicidad de las hipotecas se efectuaba con la colocación de una lápida con los datos de la obligación.

En el pueblo egipcio la publicidad registral se observaba como una forma de protección o “seguridad estática”¹⁹, pues cuando crecía el río Nilo, luego del descenso de las aguas, era necesario volver a demarcar los linderos de las tierras.

En la época ptolemaica existía el registro (katagraphe), se inscribían los contratos de venta de inmuebles, en dicha inscripción se hacía constar los nombres de vendedor y comprador, la ubicación del inmueble y su precio, llevándose este registro en orden cronológico.

¹⁸ MOISSET de Espanes Luis. La Publicidad Registral, Palestra Editores, Lima, 2004. Pág. 69.

¹⁹ MOISSET de Espanes Luis. La Publicidad Registral, Palestra Editores, Lima, 2004. Pág. 70.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

En Roma, se afirma que no existió un sistema especial de publicidad registral, más bien fueron aplicadas una serie de formas solemnes para que se transmita el dominio o propiedad, formas tales como: la mancipatio, la in iure cessio y la adjudicatio, exceptuándose la insinuatio –cuando se trataba de donaciones- en este caso se debía hacerla constar por escrito y anotarla un registro público so pena de nulidad.

A pesar de que en Roma no hay evidencia de un sistema de publicidad registral para bienes inmuebles, sin embargo es allí en donde se presentan los orígenes más remotos del registro comercial, estableciendo una clara diferencia entre el comerciante inscrito (negotiator) del comerciante no inscrito (mercator), por ello es que en Roma se encuentra el antecedente de lo que conocemos como Derecho Registral Mercantil.

Podemos decir entonces que los griegos, egipcios y romanos dieron inicio al Derecho Registral inmobiliario o mercantil. Países europeos como España son legatarios de todas estas prácticas y conocimientos que a su vez transmitirían, como se dijo anteriormente a las colonias en América.

Brevemente analizaremos los orígenes de la actividad registral en Roma como antecedente del Derecho Registral de España, el mismo que luego sería traído a América.

Roma: Como se expresó anteriormente, en la antigua Roma no existía un sistema de publicidad registral, el tráfico inmobiliario estaba caracterizado por la clandestinidad, pues en ese tiempo no se usaba la formalidad de la escritura, base del sistema registral.

Con la difusión del documento se trata de evitar la doble venta, imponiéndose sanciones civiles y penales a quien así procediera.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

En Roma, el derecho de propiedad era aplicable tan solo a las *res Mancipi*, ya que las tierras le pertenecían al estado Romano por derecho de conquista y solamente se podían establecer relaciones jurídicas de hecho y mera tenencia.

Para algunos autores existen indicios de publicidad en el derecho romano sobre los derechos reales, plasmados en la *mancipatio* y la *in iure cessio*.

La *mancipatio* era la venta en la que se debían observar ciertas solemnidades. Consistía en la transmisión del derecho de propiedad de las *res Mancipi* en forma oral y pública, en presencia de cinco testigos, ante el llamado *librepens* quien sostenía la balanza en la que se pesaban tejas o ladrillos y un pedazo de cobre. Mediante este único acto se perfeccionaban: la venta, la entrega, la transferencia del dominio y el pago del precio.

Por su parte la *in iure cessio* consistía en un proceso simulado mediante el cual el comprador demanda al vendedor ante un magistrado. El comprador demandaba su derecho de propiedad y el vendedor se allanaba. La publicidad se da entonces por la intervención del magistrado.

La *mancipatio* y la *in iure cessio* fueron desapareciendo por el desarrollo de la *traditio*, lo que generalizó la clandestinidad, característica del derecho romano, pues esta institución carece de publicidad suficiente. La *traditio* era aplicable a toda clase de bienes y sin la existencia de formalidades.

En los períodos primitivo y clásico la *traditio* solo atribuía la propiedad pretoria, la adquisición de la propiedad civil se hacía mediante la usucapión, siendo este “un modo de adquirir el dominio y demás derechos reales por prescripción, esto es, por el transcurso del tiempo.”²⁰.

²⁰ RAMIEREZ GRONDA, Juan D. Diccionario Jurídico. Editorial Occidente, Buenos Aires, 1968. Pág. 340.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Por lo analizado, podemos decir que la traditio, la in iure cessio y la mancipatio, constituyen únicamente un conjunto de formalidades exigidas para el acto constitutivo del derecho, es por ello que se considera que el derecho romano careció de publicidad registral.

España: En España, como en toda la península Ibérica, en ciertos períodos predominó el sistema romano, y en otros el sistema germánico. Luego con la invasión árabe durante la reconquista, se establecen fueros locales con raíces germánicas y españolas.

El derecho registral español es la base del sistema registral latino, motivo por el cual merecerá especial atención en este capítulo.

Dentro del derecho registral español se presentan varias instituciones que fueron dando cabida a la publicidad y al desarrollo de los registros, tales como la robración, que consistía en una especie de ratificación pública de las ventas de bienes inmuebles, la cual era efectuada por el transmitente en presencia de testigos, lo que le daba carácter de público al acto.

Para las donaciones, versen éstas sobre muebles o inmuebles, era necesaria la insinuación judicial, la cual tenía como antecedente la insinuatio del derecho romano, sin embargo la diferencia radicaba en el objeto que cada sistema le dio. En el derecho romano el objetivo de la insinuación era constituir prueba cierta del ánimo de donar, mientras que en el derecho español la finalidad era proteger los derechos de terceros evitando el fraude o simulación mediante la publicidad dada al acto. La insinuación se realizaba ante el juez y en presencia de testigos.

La legislación que sobre la materia se promulgó en España al dar inicio a los Registros, tuvo una marcada influencia germana, sin embargo este predominio fue disminuido por la tradición española, la cual tiene evidente influencia del derecho romano. Es por ello que en el sistema registral español no se dio valor



UNIVERSIDAD DE CUENCA

constitutivo sino declarativo a la inscripción, manteniéndose intacto el sistema clásico de transmisión de los derechos reales por título y modo.

En 1861 se emite la Ley Hipotecaria en la que se determina que el Registro de la Propiedad es una oficina pública, distribuida en varias oficinas, una en cada circunscripción, donde se llevan libros en los que se practican inscripciones de gravámenes y de aquellos derechos reales sobre inmuebles.

El proceso de inscripción inicia con la apertura del folio conocido como inmatriculación, la cual sigue un sistema de folio real que contiene la descripción de los inmuebles y la identificación de su propietario. En el folio se anotarán la constitución de gravámenes, de derechos reales y las posteriores transmisiones de la propiedad.

En España no se estableció sanción alguna para la falta de inscripción en el registro, exceptuándose la hipoteca, cuya inscripción si fue exigida como elemento constitutivo del derecho, la sanción consistía en que si la hipoteca no estaba inscrita, se consideraba inexistente.

La Ley Hipotecaria española actual rechazó nuevamente el carácter constitutivo de la inscripción excepto en la hipoteca como ya se había manifestado. Se mantiene el principio de rogación, es decir que el registrador actúa a petición de parte, mandato administrativo o judicial, se insiste en que el acto debe estar instrumentado en documento público.

El estudio del sistema registral español es imperativo, pues como se ha dicho tantas veces, en virtud de la conquista, muchas instituciones jurídicas fueron trasladadas a las colonias americanas, entre ellas el sistema registral, el mismo que dadas las costumbres de los pueblos ha adoptado características propias.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

2.2.2 Naturaleza de los Registros Públicos

El Derecho Registral se origina en la creciente necesidad de los pueblos de conocer las diferentes situaciones jurídicas en las que se encuentran los bienes inmuebles en el caso del Derecho Registral Inmobiliario y la situación de los bienes muebles, sociedades y comerciantes en el caso del Derecho Registral Mercantil.

La palabra registro, etimológicamente proviene del latín “regesta” que significa “cosas anotadas”.

Para Héctor Orbe “El Derecho Registral es el armónico ordenamiento normativo sobre el procesamiento de datos personales, patrimoniales, contractuales y su conservación para seguridad de los intereses sociales”²¹.

Según el autor Martínez Alegría el Derecho Registral es “La disciplina jurídica que estudia los mecanismos y las instituciones jurídicas, encargadas según el ordenamiento positivo de la publicidad, de las relaciones y de los hechos jurídicos relativos a las personas y a los bienes; con la finalidad general de conservar el orden y la seguridad jurídica dentro del estado”

Para Cabanellas el Derecho Registral es “El conjunto de normas reguladoras de las relaciones jurídicas relativas a aquellos bienes aptos para engendrar titularidades *erga omnes*, mediante la publicidad del Registro”²².

De las concepciones transcritas se desprende que el Derecho Registral, conforme al objeto que trata, puede ser Derecho Registral Civil, Mercantil o Inmobiliario o de la Propiedad

²¹ ORBE, Héctor F. Derecho Registral Contemporáneo. Pudeleco Editores. Guayaquil – Ecuador. Pág. 64.

²² CABANELLAS, Guillermo, Diccionario de Derecho Usual. Madrid, España. Pág. 513



UNIVERSIDAD DE CUENCA

En cuanto a las denominaciones que se ha dado al Derecho Registral, debo decir que son varias, por ejemplo Derecho Hipotecario o Derecho inmobiliario. En nuestro medio o sistema se lo llama Derecho Registral, advirtiendo la sub clasificación en Derecho Registral Inmobiliario o de la Propiedad como se lo llama en nuestro país y un Derecho Registral Mercantil.

En lo que se refiere a los sistemas registrales, podemos señalar la existencia del sistema constitutivo y el sistema declarativo, así como el sistema de folio real y el sistema de folio personal. Esto dependiendo del carácter que le da la ley al Sistema Registral. Haré una breve referencia a cada uno de estos sistemas a fin de estar en capacidad de definir los sistemas registrales aplicados en nuestro país.

Sistema Registral Declarativo:

Este sistema se presenta cuando el derecho real nace fuera del Registro, no con la inscripción en este. La inscripción del título que contiene el derecho no tiene por objeto la constitución del derecho, sino únicamente la oponibilidad de éste frente a terceros. En este sistema la inscripción no es un requisito para la transferencia de dominio de bienes inmuebles. De manera que, el sistema registral declarativo lo que pretende es, como su nombre lo indica, declarar la existencia, modificación o extinción de un derecho, siendo la inscripción en el registro es meramente declarativa, y por excepción es constitutiva, como en el caso de las hipotecas. En Europa, Francia es su mejor exponente. En América Argentina aplica este sistema.

Sistema Registral Constitutivo:

Este sistema se presenta cuando el derecho real nace con la inscripción en el Registro, siendo un requisito para la transferencia de dominio o para la constitución de derechos. En Latinoamérica, Uruguay y Chile son países que participan de este sistema y en Europa, Alemania. Nuestro país también aplica



UNIVERSIDAD DE CUENCA

el sistema registral constitutivo, así se desprende de lo preceptuado en el artículo 1 de la Ley de Registro: “La inscripción de los instrumentos públicos, títulos y demás documentos que la Ley exige o permite que se inscriben en los registro correspondientes, tiene principalmente los siguientes objetos:

Servir de medio de tradición del dominio de los bienes raíces y de los otros derechos reales constituidos en ellos;...”

Sistema de Folio Real:

Mediante este sistema se organiza el registro en base al objeto, o bien inmueble o raíz; se abre una hoja en la que se anotarán todos los actos o negocios constitutivos, modificativos o extintivos de la situación jurídica de cada inmueble. De manera que en esta hoja o folio se conserva el historial del bien, pudiendo cualquier persona interesada acceder a dicha información a través de una solicitud dirigida al Registrador a fin de obtener un certificado que de cuenta sobre la historia jurídica de esa propiedad.

Sistema de Folio Personal:

En este sistema el registro se organiza mediante el archivo de documentos complementados por índices en orden alfabético. Los actos, negocios jurídicos y decisiones judiciales se archivan cronológicamente sin consideración al bien inmueble del que se trate, sino por el nombre del titular o titulares de este. “Es un sistema complicado en cuanto a organización pues se trata de un mecanismo técnicamente imperfecto y en los países que lo adoptan, la doctrina reconoce la necesidad de reemplazarlo por el sistema e folio real.”²³

Este sistema no observa ni aplica el principio de tracto sucesivo, ya que consiste en el mero archivo de documentos que contienen las modificaciones de los derechos reales sobre bienes inmuebles y la información, a diferencia

²³ GONZALEZ Barrón Gunther. Tratado de Derecho Registral Inmobiliario. Jurista Editores E.I.R.L. 2004. Pag.248



UNIVERSIDAD DE CUENCA

del sistema de folio real, no se anota en la hoja que corresponde al bien. Esta información únicamente se guarda cronológicamente, motivo por el cual se considera que este sistema no brinda la seguridad jurídica necesaria. Al no respetar el tracto sucesivo el acto que modifica la situación jurídica del bien, se inscribe aún cuando no conste inscrito el derecho del transmitente. Nuestro país aplica este sistema, sin embargo cabe decir que los Registros de la Propiedad se encuentran ya en transición hacia el sistema de folio personal, pues como se ha dicho ofrece mayor seguridad jurídica y practicidad.

En cuanto a la naturaleza jurídica del Derecho Registral debo decir que al ser el objeto del Derecho Registral los bienes, entonces está estrechamente vinculado al Derecho Civil, rama en la que se estipulan los modos de adquirir, perder o gravar la propiedad. En definitiva el Derecho Registral es una rama del Derecho Privado.

En lo que a fuentes del Derecho Registral se refiere, diremos que así como la actividad notarial, el Derecho Registral tiene como principal fuente a la ley, se consideran también como fuentes a la doctrina y la jurisprudencia, como en toda rama del derecho, sin embargo cabe decir que la fuente básica del Derecho Registral es la Ley.

En el Derecho Registral Ecuatoriano existen fuentes legales de las cuales la Dra. Norma Plaza de García dice: “En el Derecho Registral Mercantil e Inmobiliario nos encontramos como fuente, la propia Ley de Registro, que es parte del Derecho Público, las normas contenidas en la Constitución Política, que prevalecen sobre cualesquiera otras, la Ley Orgánica de la Función Judicial, la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Judicatura; la Ley Notarial y la de Modernización subsidiariamente”²⁴. Es pertinente decir que también son fuentes del Derecho Registral Ecuatoriano el Código Civil, el de Procedimiento Civil y el Código de Comercio.

²⁴ PLAZA de García Norma, Derecho Registral Mercantil, Senefelder, Guayaquil – Ecuador, 2006. Pag.30.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Cabe anotar que la Constitución de la República vigente desde octubre del año 2008 en su disposición transitoria primera dispone que: “El órgano legislativo, en el plazo máximo de 120 días contados desde la entrada en vigencia de esta constitución, aprobará la ley que desarrolle el régimen de soberanía alimentaria, la ley electoral, la ley reguladora de la función judicial, del consejo de la judicatura y la que regula el consejo de participación ciudadana y control social.

En el plazo máximo de trescientos sesenta días, se aprobarán las siguientes leyes: ...8. Las Leyes que organicen los registros de datos, en particular los registros civil, mercantil y de la propiedad. En todos los casos se establecerán sistemas de control cruzados y bases de datos nacionales”.

Hay que destacar la vigencia del Código Orgánico de la Función Judicial, el mismo que derogó la Ley Orgánica de la Función Judicial y la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Judicatura; y la aprobación Ley de Registros de Datos la misma que aún no se ha publicado en el Registro Oficial. Dichos cuerpos legales no son aún susceptibles de aplicación en virtud de que todavía no se crea la infraestructura necesaria para su cabal funcionamiento. Otro motivo por el cual algunos preceptos del Código no son aún aplicados, en lo que a materia notarial se refiere, es el hecho de que aún no se cuenta con el nuevo Consejo de la Judicatura designado a través de concurso dirigido por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, acto fundamental para que operen los cambios que proponen la Constitución y el Código Orgánico de la Función Judicial.

2.2.3 Funciones de los Registros Públicos

En este tema me referiré y analizaré ciertas disposiciones contenidas en la Ley de Registro publicada en el Registro Oficial número 150 el 28 de octubre de 1966, pues la nueva Ley de Registros Públicos ha sido aprobada pero todavía



UNIVERSIDAD DE CUENCA

no publicada, por lo tanto aún no está vigente dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Empezaré diciendo que la Ley de Registro de 1966 al referirse a la Oficina del Registro, dice que, en la cabecera de cada Cantón habrá una a cargo de un Registrador, en la que se llevarán los registros de las inscripciones de los instrumentos públicos, títulos y demás documentos que la Ley exige o permite que se inscriban en los registros correspondientes, conforme lo determina el artículo 1 de la Ley *ibidem*.

Como se ha manifestado a lo largo de este estudio, los registros son públicos, y como tales tienen los Registradores la obligación de proporcionar la información requerida por cualquier ciudadano, sin poder exigirle la justificación de su legítimo interés.

De lo dicho se observa que la publicidad es uno de los objetivos fundamentales de los registros, es su razón misma de ser. A través de la publicidad se ofrece notoriedad a los actos y contratos que se inscriben en los registros y se pone fin a la clandestinidad que gobernó en el derecho romano. Este es el más importante de los principios que rigen la actividad registral, en virtud de éste se desprende que el brindar seguridad jurídica es uno de los fines supremos del Estado y lo hace a través de los registros públicos. Lo dicho se encuentra contenido en el artículo 1, literal c de la Ley de Registro al manifestar que: "La inscripción de los instrumentos públicos, títulos y demás documentos que la Ley exige o permite que se inscriban en los registros correspondientes, tiene principalmente los siguientes objetos:...c) Garantizar la autenticidad y seguridad de los títulos, instrumentos públicos y documentos que deben registrarse".

Volviendo a referirnos al principio de publicidad, vemos que la disposición contenida en el artículo 1 literal b) de la Ley de Registro, es clarísima al identificar a la publicidad como rectora del sistema registral ecuatoriano,



UNIVERSIDAD DE CUENCA

cuando se refiere al objeto del registro, manifiesta que: “La inscripción de los instrumentos públicos, títulos y demás documentos que la ley exige o permite que se inscriben en los registros correspondientes, tienen principalmente los siguientes objetos:... b) Dar publicidad a los contratos o actos que trasladan el dominio de los mismos bienes raíces o imponen gravámenes o limitaciones a dicho dominio”.

Este título trata sobre las funciones de los Registros, que como he dicho, consisten principalmente en dar publicidad de los documentos, actos y contratos inscritos en ellos a fin de que sean oponibles a terceros, otra de las funciones es la de permitir la tradición del dominio de bienes raíces y de los otros derechos reales constituidos en ellos, finalmente otra de sus funciones es la de dar garantía sobre la autenticidad y seguridad de los títulos, instrumentos públicos y documentos en ellos inscritos. Una vez descritos brevemente los objetivos de la inscripción, transcribiré los títulos, actos y documentos que deben registrarse, esto una vez más según lo dispuesto en La Ley de Registro de 1966, la que en su artículo 25 determina que: “Están sujetos al registro los títulos, actos y documentos siguientes:

- a) Todo contrato o acto entre vivos que cause traslación de la propiedad de bienes raíces;
- b) Toda demanda sobre propiedad o linderos de bienes raíces; las sentencias definitivas ejecutoriadas determinadas en el Código Civil y en el Código de Procedimiento Civil;
- c) Los títulos constitutivos de hipoteca o de prenda agrícola o industrial;
- d) Los títulos constitutivos sobre bienes raíces de los derechos de usufructo, de uso, de habitación, de servidumbres reales y de cualquier otro gravamen, y en general, los títulos en virtud de los cuales se ponen limitaciones al dominio sobre bienes raíces;



UNIVERSIDAD DE CUENCA

- e) Los testamentos;
- f) Las sentencias o aprobaciones judiciales de partición de bienes, así como los actos de partición, judiciales o extrajudiciales;
- g) Las diligencias de remate de bienes raíces;
- h) Los títulos de registro de minas con sujeción a las leyes de la materia;
- i) Los documentos que se mencionan en el libro primero, sección segunda, párrafo segundo del Código de Comercio, inclusive los nombramientos de los administradores de las Compañías Civiles y Mercantiles;
- j) El arrendamiento, en el caso del Art. 2020 del Código Civil;
- k) El cambio o variación del nombre de una finca rural. El que hace la variación debe solicitar el registro del nuevo nombre al Registrador correspondiente, a más tardar dentro de los quince días siguientes a aquél en que se haya hecho uso en documento público u oficial o en alguna diligencia o acto público u oficial, del nombre variado o cambiado.

La misma obligación tienen los partícipes de una finca rural, dividida o partida, en cuanto a los nuevos nombres que impusieren a las partes que les hayan adjudicado.

Quienes no cumplieren la obligación determinada en este literal, incurrirán en la multa de doscientos sucres que les impondrá el Juez correspondiente, cuando por razón de las visitas a la Oficina del Registro o por cualquier otro motivo tuviere conocimiento de la falta, o el Tribunal que tuviere el mismo conocimiento, sin perjuicio de llevarse a efecto el registro de la variación o imposición del nombre, a costa del que o de los que la hubieren hecho; y,

l) (sic) Cualquier otro acto o contrato cuya inscripción sea exigida por la Ley.”



UNIVERSIDAD DE CUENCA

La misma Ley determina que para la inscripción de los instrumentos otorgados en naciones extranjeras se requiere de una providencia judicial que califique la legalidad de su forma y autenticidad.

Así como se transcribieron las funciones, atribuciones y deberes del Notario, haremos lo mismo con los deberes y atribuciones del Registrador.

Son deberes y atribuciones del Registrador:

a) Inscribir en el Registro correspondiente los documentos cuya inscripción exige o permite la Ley, así como negarse a efectuar inscripciones en los casos establecidos en la Ley de Registro, los mismo que son:

- 1.- Si la inscripción es legalmente inadmisibile, como en el caso de no ser auténtico el título que se presente o no estar conferida la copia en el papel del sello correspondiente;
- 2.- Si los impuestos que causan la celebración del acto o contrato o su inscripción no han sido pagados de acuerdo con la Ley;
- 3.- Si el inmueble a que se refiere el acto, contrato o mandato judicial que debe inscribirse no está situado dentro del Cantón;
- 4.- Si el título o documento que se trata de inscribir tiene algún vicio o defecto que lo haga nulo;
- 5.- Si el título o documento no contiene los requisitos legales para la inscripción; y,
- 6.- Si no se ha dado al público el aviso que previamente a la inscripción de un título o documento prescribe la Ley.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

- b) Llevar un inventario de los Registros, libros y demás documentos pertenecientes a la Oficina, debiendo enviar una copia de dicho inventario a la Secretaría de la Corte Superior del respectivo distrito, dentro de los primeros quince días del mes de enero de cada año;
- c) Llevar, con sujeción a las disposiciones de esta Ley, los libros denominados Registro de Propiedad, Registro de Gravámenes, Registro Mercantil, Registro de Interdicciones y Prohibiciones de enajenar y los demás que determina la Ley;
- d) Anotar en el Libro denominado Repertorio los títulos o documentos que se le presenten para su inscripción y cerrarlo diariamente, haciendo constar el número de inscripciones efectuadas en el día y firmado la diligencia;
- e) Conferir certificados y copias con arreglo a esta Ley;
- f) Dar los informes oficiales que le pidan los funcionarios públicos acerca de lo que conste en los libros de la Oficina; y,
- g) Los demás que la Ley le imponga.

Considero importante hacer referencia a los registros e índices que deben llevar los Registradores, a fin de observar las solemnidades que deben cumplirse para estos procesos, las mismas que principalmente versan sobre la forma escrita y física de los documentos que el registrador debe guardar, esta mención la efectuaré a fin de posteriormente analizar la forma en que podrían cumplirse estas formalidades en las inscripciones que se hagan a consecuencia de contratos con la intervención de medios electrónicos.

En efecto la Ley de Registro determina que en cada uno de los Registros que se debe llevar de acuerdo con la Ley, el Registrador inscribirá las



UNIVERSIDAD DE CUENCA

cancelaciones, alteraciones y todo lo que concierne a las inscripciones que en ellos hubieren hecho. Estos registros se llevarán en el papel del sello correspondiente, se formarán del mismo modo que el protocolo de los Notarios y se foliarán sucesivamente.

A parte se foliarán y encuadernarán los documentos que el Registrador debe conservar, guardando el mismo orden de las inscripciones. En la parte final de dichos documentos se pondrá una nota en la que se expresará el folio y el número de la inscripción a que correspondan.

Se llevará también un libro de índice general por orden alfabético de los títulos o documentos que se inscriban en cada año. Se lo formará a medida que se vayan haciendo las inscripciones y constarán en el los datos siguientes: nombres y apellidos de los interesados, naturaleza del acto o contrato que se haya inscrito, el nombre o denominación del inmueble correspondiente y el número que corresponde a la inscripción.

Como hemos visto, tanto la actividad notarial como la registral deben levantar y llevar protocolos, índices, registros, y demás libros de archivo que, de conformidad con las leyes que rigen la materia, deben foliarse y rubricarse, actividades éstas que hasta el momento las efectúan los Notarios y Registradores manualmente, no por procesos automatizados de información.

He enfocado la primera parte del estudio del Derecho Registral Ecuatoriano principalmente al registro inmobiliario, vale la pena analizar ahora el derecho registral mercantil.

El derecho registral mercantil en nuestra legislación trata del procesamiento de:

Datos de personas.- En lo relativo a las personas jurídicas o morales, las cuales necesitan de inscripción en el Registro Mercantil para tener vida o



UNIVERSIDAD DE CUENCA

personalidad jurídica, es decir que para que puedan funcionar deben estar inscritas en el Registro Mercantil.

Datos patrimoniales.- es necesario que se registren los gravámenes que pesan sobre los bienes muebles, pues el gravamen tan solo limita la propiedad, no la elimina.

Datos contractuales.- como los contratos de: compra venta con reserva de dominio, de sociedad, etc.

La conservación de estos datos.- en el Registro Mercantil quedan archivadas copias de todos los actos y contratos antes mencionados para su conservación. El derecho registral mercantil es de carácter constitutivo, pues si bien no es necesaria la inscripción para que opere la transferencia de dominio de los bienes muebles, por el contrario si es necesaria la inscripción de contratos que limitan el dominio, tales como la compra venta con reserva de dominio, la prenda industrial, la prenda comercial, etc., para que surtan efectos jurídicos.

Para la Doctora Norma Plaza de García “Los actos o contratos que se inscriben en el Registro Mercantil son relativos a bienes muebles como la compra venta con reserva de dominio, prendas industriales, agrícolas, matrículas de comercio y todo lo referente a derecho societario...”²⁵

Cabe decir que el Derecho Registral Mercantil también tiene por objeto o sujeto a las personas, puesto que las personas jurídicas o morales deben ser inscritas en el Registro Mercantil para tener vida jurídica; además encontramos a las personas naturales, cuando estas son representantes legales de las jurídicas, de igual forma sus nombramientos deben inscribirse; por último se inscribirá en el Registro Mercantil la calidad de comerciante de las personas.

²⁵ PLAZA de García Norma, Derecho Registral Mercantil, Senefelder, Guayaquil – Ecuador, 2006. Pag.34.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Anteriormente se hizo mención al objeto de la inscripción o registro de actos y contratos, objeto que, según el artículo 1 de nuestra Ley de Registro son tres principalmente: servir de medio de tradición de bienes raíces y otros derechos reales constituidos en ellos; dar publicidad a los contratos y actos que trasladan el dominio de los mismos o imponen gravámenes o limitaciones a dicho dominio y finalmente garantizar la autenticidad y seguridad de los títulos, instrumentos públicos y documentos que deben registrarse.

En cuanto al primer objeto contemplado en la disposición legal antes citada, no corresponde al registro mercantil en virtud de que se refiere a bienes inmuebles, por lo tanto se aplica al registro de la propiedad. Sin embargo la constitución o imposición de gravámenes sobre bienes muebles requiere necesariamente la inscripción en el Registro Mercantil, con lo cual vemos que se da cumplimiento al segundo objeto. El tercer objeto se cumple con la inscripción de escrituras de constitución de Compañías, reformas a sus estatutos, aumentos de capital, los nombramientos de sus autoridades, etc., pues mediante su inscripción lo que se hace es garantizar la autenticidad y seguridad de esos instrumentos públicos o documentos, haciendo que éstos gocen de presunción de validez y exactitud.

Así como en el Registro Inmobiliario o de la Propiedad, los actos y contratos que se inscriben en el Registro Mercantil también pueden ser solicitados por cualquier persona y en cualquier momento, debiendo el Registrador conferir certificados y/o copias certificadas.

Finalmente, en cuanto al sistema de folio real o personal, debo exponer que, a decir de la Doctora Norma Plaza de García el sistema registral mercantil ecuatoriano "es un sistema mixto, porque en lo pertinente a personas jurídicas o sociedades se sigue a la razón social, pero en cuanto a los gravámenes se registra el bien y cuando se cancelan los gravámenes se cancelan las



UNIVERSIDAD DE CUENCA

inscripciones, lo que lo hace un sistema de folio real. En cuanto a las prohibiciones es personal”²⁶

²⁶ PLAZA de García Norma, Derecho Registral Mercantil, Senefelder, Guayaquil – Ecuador, 2006. Pag.122.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

CAPÍTULO III

MECANISMOS DE AUTENTICACIÓN

3.1 Firmas Electrónicas

La Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos ecuatoriana, define a la firma electrónica como: “Datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos, adjuntados o lógicamente asociados al mismo, y que puedan ser utilizados para identificar al titular de la firma en relación con el mensaje de datos, e indicar que la firma aprueba y reconoce la información contenida en el mensaje de datos.” Su objetivo es el mismo que el de la firma ológrafa, es decir el de dar asentimiento y compromiso con el documento firmado. La diferencia radica en que la firma ológrafa se asienta sobre un instrumento físico (papel), mientras que la firma electrónica es un anexo al texto original, formada por una combinación de signos electrónicos, con una relación matemática.

La firma electrónica es basada en un sistema de criptografía asimétrica, en el que coexisten una clave pública y una clave privada. La agencia certificadora de información contratada otorga el par de claves al titular de la firma, la clave o contraseña privada, es ingresada al momento de firmar un documento electrónico cualquiera. Cuando se firma electrónicamente un documento se aplica una función denominada hash, que genera un dato llamado huella digital, que cambia en cada mensaje, así dos mensajes diferentes generan huellas diferentes. Mediante la aplicación de una segunda función, la huella se cifrará con la clave privada, y el resultado será la firma electrónica. Por su parte el destinatario de dicho documento posee la clave o contraseña pública del emisor del mensaje, clave que le sirve para verificar que en efecto la firma corresponde al emisor. Sobre la firma electrónica recibida el receptor aplicará la clave pública del emisor a fin de descifrarla. El resultado será una huella que



UNIVERSIDAD DE CUENCA

debe coincidir con la huella del mensaje. Si esto se produce, existe la garantía de que el mensaje no ha sido modificado y de que ha sido emitido por el titular de la firma.

El Doctor Héctor Ramón Peñaranda Quintero simplifica la explicación del proceso de la siguiente manera: “Las transacciones con firma digital se inician con la determinación por parte del firmante de cuál va a ser el contenido del documento que desea firmar, que no es otra cosa que un mensaje plano. En seguida el software o programa crea una imagen digital o resumen del mensaje a través de la aplicación de una función denominada hash function. Al resultado de la aplicación de esta función se lo denomina hash result, y consiste en un código único para el mensaje. De esta forma, si el mensaje cambia o es modificado, el hash result será diferente. Por último el software encripta o transforma el hash result con la firma digital mediante la aplicación de la clave privada del firmante. La firma así obtenida es única tanto para el mensaje como para la clave privada utilizada para su creación.

Explican Devoto y Lynch que la verificación de la firma digital es efectuada computando un nuevo hash result del mensaje original utilizando la misma hash function usada en la creación de la firma digital.

De esta forma, partiendo de la clave pública que surge del certificado del firmante, el receptor puede verificar si la firma digital proviene de la clave privada del firmante y si el nuevo hash result es igual al que proviene de la firma digital. Este procedimiento final lo realiza el receptor del mensaje comunicándose con el registro de claves públicas donde se encuentra registrado el certificado correspondiente.”²⁷

27 PEÑARANDA QUINTERO, Héctor Ramón. Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente. URL: <http://www.monografias.com/trabajos41/conciliacion-cibernetica-procesal/conciliacion-cibernetica-procesal3.shtml>. Fecha de consulta: 26 de marzo de 2009.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

La Ley ecuatoriana establece como requisitos para la validez de la firma electrónica, principalmente que sea individual y estrictamente vinculada a su titular. Que los medios utilizados para la creación y verificación de la firma sean confiables, seguros e inalterables. Que los datos que sirven como base para la creación de la firma digital estén bajo el control exclusivo del signatario, así como la firma debe ser controlada únicamente por él. Además que la autoría e identidad del signatario sea de inequívoca verificación a través de la firma electrónica.

Cuando se envía un mensaje de datos que contenga una firma electrónica, ésta debe enviarse conjuntamente con el mensaje de datos en unidad de acto y como parte integrante del mismo, o lógicamente asociado a éste. Por la firma electrónica el emisor del mensaje queda automáticamente compelido a cumplir con las obligaciones que derivan de la firma.

En cuanto a su duración la ley establece que será indefinida, y que se extingue por voluntad, fallecimiento o incapacidad de su titular; por disolución o liquidación de la persona jurídica titular de la firma; y por causa declarada judicialmente. La ley dice que las firmas electrónicas pueden ser anuladas, revocadas o suspendidas por las causas establecidas en el reglamento. A este respecto, el reglamento no especifica aquellas causas con referencia exclusiva a la firma electrónica, pero si se refiere a ellas con relación al tema de los certificados de firma electrónica, de lo que se colige que al anular, revocar o suspender un certificado de firma electrónica, se producen dichos efectos en la firma misma. Debemos recalcar que, la extinción, anulación, revocación o suspensión de la firma electrónica no exime a su titular de las obligaciones contraídas previamente mediante su uso.

En el tema de la firma electrónica el reglamento establece que las disposiciones de la Ley materia de estudio no restringen la autonomía de las partes para el uso de otras firmas electrónicas distintas a las del sistema de criptografía asimétrica, es decir a las de llave pública y privada. Cualquier firma



UNIVERSIDAD DE CUENCA

que sea generada por acuerdo entre las partes mediante un procedimiento diferente no deberá ser objeto de discrimen siempre que haya sido generada por medios seguros y que sea capaz de verificación a través de medios confiables. Obviamente toda clase de firmas debe estar respaldada por el respectivo certificado. Cabe aclarar que existen varios tipos de firmas electrónicas, pero la más utilizada debido a su seguridad y confiabilidad es la del sistema de criptografía asimétrica.

Las ventajas principales de la firma electrónica son que garantiza la autenticidad e integridad de un documento y de la información en él contenida, la imposibilidad de duplicación o falsificación y la utilización por terceros debidamente autorizados.

3.1.1 Efectos jurídicos de la firma electrónica

La firma electrónica está concebida en la Ley como “Datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos, adjuntados o lógicamente asociados al mismo, y que puedan ser utilizados para identificar al titular de la firma en relación con el mensaje de datos, e indicar que la firma aprueba y reconoce la información contenida en el mensaje de datos.” De esta concepción de firma electrónica se desprende, y la Ley así lo reconoce, que la firma electrónica tiene igual validez jurídica que la firma manuscrita, causando los mismos efectos jurídicos en relación con los datos contenidos en documentos escritos. Por ende es admitida como medio de prueba en juicio. La regulación de la firma electrónica es de vital importancia, ya que ésta garantiza la seguridad requerida respecto de la autenticidad de un mensaje de datos y de la autoría del titular de la misma, para el establecimiento de responsabilidades en posibles problemas que puedan presentarse.

Como se había expresado, la firma electrónica es reconocida como medio de prueba, y cuando fuera presentada como tal, y más aun cuando haya sido



UNIVERSIDAD DE CUENCA

certificada por una entidad certificadora de información, se presume que ha cumplido con todos los requisitos exigidos en la Ley, que al momento de su presentación tiene vigencia, que los datos conferidos para su aprobación no han sido alterados, y que pertenece al signatario.

La práctica de la prueba se realizará de acuerdo a lo establecido en el Código de Procedimiento Civil. La parte que presentare como prueba en juicio un mensaje de datos deberá adjuntar el soporte informático respectivo y la transcripción del mensaje en papel, y de ser requerido adjuntará también los medios necesarios para la lectura y verificación del documento electrónico.

Cuando cualquiera de las partes impugnara la validez de un certificado o de una firma electrónica, el Juez o Tribunal, a petición de parte, ordenará a la entidad de certificación de información que hubiere emitido el certificado o registrado la firma, que remita los documentos en los cuales se basó para emitir el certificado o registrar la firma.

La carga de la prueba corresponde a quien niegue la validez del mensaje de datos, alegando que éste adolece de algún vicio, o que el procedimiento de seguridad, considerándose como tal a los datos ofrecidos para la creación del certificado o de la firma y los medios utilizados para ello, no son técnicamente seguros.

Ahora bien, mientras no tengamos firma electrónica certificada en nuestro país que dote de plena seguridad a los documentos electrónicos que se pudieran presentar en juicio, deberá ser la parte interesada la que deba proporcionar los elementos de juicio necesarios y suficientes al Juez o Tribunal para la valoración de los documentos electrónicos que se presenten como prueba a favor.

La valoración de la prueba será realizada de acuerdo a lo estipulado en la Ley, y en consideración a la seguridad y fiabilidad de los medios por los que se la



UNIVERSIDAD DE CUENCA

creó, envió, recibió, verificó o almacenó. Para la valoración podrán emplearse también otros medios que de acuerdo a la técnica y la tecnología sean necesarios. Por último, la valoración de la prueba estará sometida al libre criterio del Juez o Tribunal ante el cual se ventile el caso. Para ello es absolutamente necesario que los Jueces, así como todo funcionario judicial sean debidamente capacitados al respecto. Claro está que en muchos de los casos se requerirá de peritos quienes emitirán un informe respecto al asunto consultado basados en su aptitud para realizar un correcto análisis de las pruebas a ellos conferidas, pero de igual manera considero necesario que los funcionarios judiciales, en especial los Jueces sean debidamente capacitados en temas de tecnología, documentos electrónicos, firmas electrónicas, certificados electrónicos, etc. Así como, luego de la expedición de la Ley de Arbitraje y Mediación de 1997, se capacitó tanto a funcionarios judiciales como a abogados, y a la sociedad en general sobre la materia, a fin de que ese nuevo método de solución de conflictos sea conocido por todos y correctamente aplicado por la Función Judicial. De igual manera se debe proceder con este tema tan innovador que es el uso de la tecnología dentro del derecho ecuatoriano.

3.1.2 Obligaciones del titular de la firma electrónica

El titular de la firma electrónica, así como el titular de una firma manuscrita tiene determinadas obligaciones, las mismas que se resumen en las siguientes: Debe actuar diligentemente y tomar las precauciones necesarias a fin de mantener bajo su control exclusivo la utilización de la firma y evitar el uso por terceros sin autorización. Cuando exista el riesgo de que personas no autorizadas hayan tenido acceso a su firma y la estén utilizando de forma indebida, el titular de la misma tiene la obligación de notificar de cualquier manera a los vinculados con ella de dicha situación, así como a la agencia de certificación para que cancele los certificados otorgados. En caso de no actuar con la debida diligencia, deberá responder por las obligaciones resultantes del



UNIVERSIDAD DE CUENCA

uso indebido por terceros, excepto cuando el destinatario hubiera sabido de la inseguridad de la firma o no hubiere actuado con la debida diligencia. Y, en general, cumplir con todas las obligaciones que surgen del uso de la firma electrónica y las demás que establecen las leyes para la firma manuscrita.

3.2 Certificados Electrónicos

Para que la firma electrónica tenga validez jurídica, debe estar respaldada por un certificado de firma electrónica, el que, como su nombre lo indica tiene la función de certificar el vínculo existente entre la firma electrónica y determinada persona, certificación que debe ser susceptible de comprobación mediante métodos tecnológicos.

El plazo de duración de los certificados de firma electrónica puede ser pactado por las partes de acuerdo a lo que manifiesta Ley, y por su parte el Reglamento dice al respecto que de no haberse pactado plazo, el certificado durará dos años a partir de su expedición, y, en el caso de tratarse de certificados de firmas en relación a cargos públicos o privados la duración del certificado podrá ser mayor de dos años pero no superior al tiempo que dure dicho cargo, salvo prórroga de funciones.

3.2.1 Requisitos para la validez de los certificados electrónicos

Para que el certificado de firmas tenga plena validez, éste debe cumplir con determinados requisitos. Los certificados deben contener la fecha de emisión y expiración, el número único de serie del certificado, las limitaciones o restricciones para los usos del certificado. Se debe establecer la identificación de la entidad de certificación de información, así como su domicilio legal y se contará con su firma electrónica. En cuanto a los datos del titular, deben estar



UNIVERSIDAD DE CUENCA

determinados de manera que permitan su identificación y ubicación. Debe contener el certificado el método de verificación de la firma del titular.

3.2.2 Causas para la extinción del certificado electrónico

El certificado se extingue por extinción de la firma electrónica según lo analizado anteriormente; por petición o solicitud del titular del certificado; y, por la llegada del plazo de vencimiento del certificado. Al igual que la extinción de la firma electrónica, la extinción del certificado no exime al titular de responsabilidad alguna por obligaciones contraídas con anterioridad a la extinción.

En caso de que la entidad de certificación llegare a tener conocimiento de que los datos proporcionados por el titular son falsos, o cuando haya incumplimiento del contrato celebrado entre el titular y la entidad de certificación, o por disposición del Consejo Nacional de Telecomunicaciones, el certificado de firma electrónica puede ser suspendido temporalmente. Cabe decir que mediante Decreto Ejecutivo número 8 publicado en el Registro Oficial No. 10, 24-VIII-2009, el CONATEL se fusiona con el CONARTEL, y asume las competencias y atribuciones del último; mientras que los derechos y obligaciones del CONARTEL serán asumidos por la SENATEL.

Por otro lado el certificado será revocado cuando cesen las actividades de la agencia de certificación, y los certificados no sean asumidos por otra agencia de certificación. O cuando se produzca la quiebra técnica de la entidad de certificación declarada judicialmente.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

3.2.3 Aceptación y acreditación de certificados emitidos en el extranjero

La ley establece que los certificados de firma electrónica emitidos por agencias de certificación extranjeras, y acreditados en el exterior, podrán ser validados en el Ecuador, tendrán plena validez y surtirán los mismos efectos legales que los emitidos por las agencias nacionales, una vez obtenida la revalidación respectiva por una Entidad de Certificación de Información y Servicios Relacionados Acreditada ante el CONARTEL, la cual deberá comprobar el grado de fiabilidad de dichos certificados y de quien los emite. En este punto también debo mencionar el Decreto Ejecutivo No. 8 publicado en el Registro Oficial No. 10, 24-VIII-2009, mediante el cual se dispone que el CONATEL se fusione con el CONARTEL, y asume las competencias y atribuciones del último; mientras que los derechos y obligaciones del CONARTEL serán asumidos por la SENATEL.

Así mismo, para que las firmas electrónicas creadas en el extranjero sean válidas en el Ecuador deben cumplir con lo establecido en la ley y el reglamento.

Entidades Certificadoras de Información

Habiendo estudiado lo referente a los certificados de firma electrónica, es necesario que analice lo concerniente a las Entidades de Certificación de Información, pues son las que emiten dichos certificados.

Como había dicho para que la firma electrónica tenga validez, debe estar aprobada y registrada en una entidad de certificación de información, la cual emite el respectivo certificado avalando la veracidad de la información que sirvió como base para la creación de la firma y garantizando que ésta efectivamente corresponde a su titular. Todo lo cual sirve como garantía para



UNIVERSIDAD DE CUENCA

las partes contratantes respecto de la identidad y confiabilidad de la contraparte. Existe controversia respecto de la eficacia de las entidades certificadoras nacionales e internacionales. Hay quienes opinan que las agencias certificadoras nacionales serán más confiables, puesto que tienen su asentamiento en territorio nacional. Pero por otro lado hay quienes contradictoriamente piensan que las agencias extranjeras al tener mayor tiempo de funcionamiento ya conocen sobre el trabajo, afirman que la experiencia de ellas será fundamental para ganar la confianza de los usuarios.

La Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos concibe a las entidades de certificación de información como empresas unipersonales (en este sentido se entiende que pueden ser entidades de certificación acreditadas las personas naturales) o personas jurídicas que a más de emitir certificados de firma electrónica pueden prestar otros servicios relacionados con las firmas electrónicas, siempre y cuando así lo autorice el Consejo Nacional de Telecomunicaciones. Por su parte el reglamento También dispone que para obtener autorización de operar directamente o a través de terceros relacionados en Ecuador, las entidades de certificación de información deberán registrarse en el CONARTEL.

Los certificados de firma electrónica emitidos y revalidados por las Entidades de Certificación de Información y Servicios Relacionados Acreditadas por el CONARTEL, tienen carácter probatorio.

Las entidades que, habiéndose registrado y obtenido autorización para operar, directamente o a través de terceros relacionados en Ecuador, no se acrediten en el CONARTEL, tendrán la calidad de entidades de certificación de información no acreditadas y están obligadas a informar de esta condición a quienes soliciten o hagan uso de sus servicios, debiendo también, a solicitud de autoridad competente, probar la suficiencia técnica y fiabilidad de los certificados que emiten.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Para que las entidades de certificación de información puedan prestar sus servicios en el Ecuador deberán contar con una garantía de responsabilidad suficiente para responder por posibles daños y perjuicios que se ocasionaren como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones, respondiendo hasta por culpa leve.

Esta garantía será incondicional, irrevocable y de cobro inmediato y podrá consistir en pólizas de seguro de responsabilidad u otro tipo de garantías que están autorizadas conforme lo dispuesto en la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero.

Como parámetros iniciales se establecen:

- a) Para el primer año de operaciones, la Entidad de Certificación de Información y Servicios Relacionados Acreditada, deberá contratar y mantener, a favor de la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones, una garantía de responsabilidad para asegurar a los usuarios el pago de los daños y perjuicios ocasionados por el posible incumplimiento de las obligaciones, cuyo monto será igual o mayor a cuatrocientos mil dólares de los Estados Unidos de América (USD \$ 400.000,00). En el contrato de prestación de servicios que suscriba la Entidad de Certificación de información con los usuarios, se deberá incluir una cláusula relacionada con los aspectos de esta garantía, tales como: monto asignado a cada usuario, mecanismos de reclamación y restitución de valores".
- b) Para el segundo año de operaciones y hasta la finalización del plazo de la acreditación, la Entidad de Certificación de Información y Servicios Relacionados Acreditada deberá contratar a favor de la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones, una garantía, cuyo monto estará en función de un valor base de garantía por certificado y que será determinado por el CONARTEL.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

En la regulación que emita el CONARTEL para establecer el valor base de garantía de responsabilidad por certificado, se considerará la evolución del mercado y la protección de los derechos de los usuarios.

La Entidad de Certificación de Información y Servicios Relacionados Acreditada quedará exenta de responsabilidad por daños y perjuicios cuando el usuario exceda los límites de uso indicados en el certificado, pero si será responsable cuando no haya consignado en los certificados por ella conferidos, de forma clara, el límite de su uso y del importe de las transacciones válidas que el titular pueda realizar. Para la aplicación de este artículo, la carga de la prueba le corresponderá a la entidad de certificación de información.

Las certificadoras deberán además demostrar solvencia técnica, logística y financiera necesarias para prestar de eficiente manera el servicio a los usuarios.

La labor de las entidades de certificación debe ser extremadamente confidencial. Ellas manejan infinidad de datos e información personal de sus usuarios, de tal manera que una de sus obligaciones consiste en mantener esa seguridad y confidencialidad. Además la prestación de sus servicios debe ser permanente, oportuna e inmediata.

Es obligación de las Entidades de Certificación de Información y Servicios Relacionados Acreditadas emitir certificados únicos. Cada certificado deberá contener un identificador exclusivo que lo distinga de forma unívoca ante el resto y solo podrán emitir certificados vinculados a personas naturales mayores de edad, capaces ante la ley. Se prohíbe la emisión de certificados de prueba o demostración.

Como había expresado anteriormente la Superintendencia de Telecomunicaciones puede ordenar la revocación o suspensión temporal de certificados electrónicos cuando lo creyera conveniente, así que la entidad



UNIVERSIDAD DE CUENCA

certificadora requerida para hacerlo deberá proceder de manera inmediata. Una vez revocado o suspendido el certificado, debe comunicar del suceso a través de un medio rápido y eficaz a todos los titulares de dicho certificado. Procederá de igual manera en caso de que se verifique que la firma está en riesgo de uso indebido.

Las entidades de certificación de información deben mantener una publicación del estado de los certificados otorgados por ésta. El Reglamento establece que la publicación se realizará a través de la página web determinada por el CONARTEL, a través de la página web de la entidad certificadora, a través de un aviso en el certificado de firma electrónica al cual se accede por medio de un hipervínculo de verificación, y opcionalmente, si es que la entidad de certificación o el tercero vinculado lo consideran necesario, a través de uno de los medios de comunicación pública.

Al ser aceptados en nuestro sistema jurídico los documentos electrónicos y las firmas electrónicas como medio de prueba, es necesario que las entidades certificadoras cuenten con un respaldo de la información referente a los certificados; así podrán proporcionar cualquier información requerida en juicio.

Las entidades de certificación de información, como ya se expresó anteriormente son responsables hasta por la culpa leve, sin perjuicio de las sanciones que imponga la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Tienen también responsabilidad cuando se haga un mal uso de los certificados que hayan acreditado sin la debida claridad en cuanto al límite de su uso y de la cantidad permitida en sus transacciones. La Ley establece también que cuando la garantía ofrecida no sea suficiente para cubrir los daños y perjuicios ocasionados, responderán con su patrimonio.

Los datos proporcionados por el usuario de los servicios de certificación, deben ser protegidos por la entidad de certificación de información contratada.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Otra de las obligaciones que tienen las entidades de certificación de información es dar a conocer a los organismos de regulación y control así como a sus usuarios respecto de la cesación de sus actividades por lo menos noventa días antes de la misma.

Nuestra legislación contempla la existencia de organismos de promoción y difusión de los servicios electrónicos, así como de regulación y control de las entidades de certificación acreditadas, a continuación describiré brevemente la función de cada uno de estos organismos.

El Consejo de Comercio Electrónico e Inversiones (COMEXI), será el organismo encargado de la promoción y difusión de los servicios electrónicos, entre ellos: el comercio electrónico y el uso de las firmas electrónicas.

En cuanto a la regulación, autorización y registro de las entidades de certificación, esta actividad de acuerdo a la Ley le corresponde al Consejo Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), actualmente CONARTEL, institución que además de esas atribuciones tiene las de cancelar o suspender la autorización de funcionamiento de cualquier entidad de certificación. Podrá además revocar o suspender los certificados emitidos por las entidades de certificación cuando se hayan omitido las formalidades exigidas por la ley. Estas dos atribuciones las realizará en base a un informe de la Superintendencia de Telecomunicaciones.

El control al que deben estar sometidas las entidades de certificación de información acreditadas, será llevado a cabo por la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUPTEL).

Las funciones del organismo de control se desprenden de lo descrito anteriormente, a lo que se debe agregar que le corresponde de igual manera a la Superintendencia: realizar auditorías técnicas a las entidades de certificación de información, así como requerir de ellas la información necesaria para el ejercicio de sus funciones; imponer a las entidades de certificación, en caso de



UNIVERSIDAD DE CUENCA

que no cumplan correctamente con la prestación del servicio y con las obligaciones que de él se derivan, las sanciones administrativas correspondientes; y una de sus funciones principales que es la de velar por el cumplimiento de las disposiciones constitucionales respecto de:

- La protección de los derechos del consumidor en los mercados atendidos por las entidades de certificación de información, ante lo cual la Constitución de la República del Ecuador en su Art. 52 determina que: “Las personas tienen derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad, así como a una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características. La ley establecerá los mecanismos de control de calidad y los procedimientos de defensa de las consumidoras y consumidores; y las sanciones por vulneración de estos derechos, la reparación e indemnización por deficiencias, daños o mala calidad de bienes y servicios, y por la interrupción de los servicios públicos que no fuera ocasionada por caso fortuito o fuerza mayor”.
- La competencia desleal, la promoción de la competencia y las prácticas comerciales restrictivas, igualmente en los mercados atendidos por las entidades de certificación de información acreditadas. A este respecto la Constitución en el Art. 304 numeral 6, establece que el Estado debe “Evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas, particularmente en el sector privado, y otras que afecten el funcionamiento de los mercados.”

3.2.4 Registro Público Nacional de Entidades de Certificación de Información

Existen ciertos artículos agregados por el Art. 4 del Decreto Ejecutivo 1356, publicado en el Registro Oficial No. 440, 6-X-2008; uno de ellos trata sobre el “*Registro Público Nacional de Entidades de Certificación de Información y*



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Servicios Relacionados Acreditadas y terceros vinculados”, disponiendo que se crea el Registro Público Nacional de Entidades de Certificación de Información y Servicios Relacionados Acreditadas y terceros vinculados, a cargo de la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones. El CONARTEL emitirá la reglamentación que permita su organización y funcionamiento.

Otro de los artículos agregados, innumerados se refiere a la acreditación como Entidad de Certificación de Información y Servicios Relacionados, estableciendo que ésta consistirá en un acto administrativo emitido por el CONARTEL a través de una resolución la que será inscrita en el Registro Público Nacional de Entidades de Certificación de Información y Servicios Relacionados Acreditadas y terceros vinculados.

La acreditación durará 10 años, pudiendo ser renovada por igual período, previa solicitud escrita presentada a la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones con al menos tres meses de anticipación al vencimiento del plazo, siempre y cuando la Entidad de Certificación de Información y Servicios Relacionados Acreditada haya cumplido con sus obligaciones legales y reglamentarias, así como las que consten en la resolución de acreditación.

La acreditación como Entidad de Certificación de Información y Servicios Relacionados comprende el derecho para la instalación, modificación ampliación y operación de la infraestructura requerida para tal fin y estará sujeta al pago de valores, los que serán fijados por el CONARTEL.

El petionario de una acreditación como Entidad de Certificación de Información y Servicios Relacionados, deberá presentar los siguientes documentos:

a) Solicitud dirigida a la Secretaria Nacional de Telecomunicaciones, detallando nombres y apellidos completos del representante legal, dirección domiciliaria de la empresa unipersonal o compañía;



UNIVERSIDAD DE CUENCA

- b) Copia de la cédula de ciudadanía del representante legal o pasaporte según corresponda;
- c) Copia del certificado de votación del último proceso electoral (correspondiente al representante legal, excepto cuando se trate de ciudadanos extranjeros);
- d) Copia certificada e inscrita en el Registro Mercantil (excepto las instituciones públicas) del nombramiento del representante legal;
- e) Copia certificada debidamente registrada en el Registro Mercantil, de la escritura de constitución de la empresa unipersonal o compañía y reformas en caso de haber/as (excepto las instituciones públicas);
- f) Original del certificado de cumplimiento de obligaciones emitido por la Superintendencia de Compañías o Bancos y Seguros según corresponda, a excepción de las instituciones del Estado;
- g) Diagrama esquemático y descripción técnica detallada de la infraestructura a ser utilizada, indicando las características técnicas de la misma;
- h) Descripción detallada de cada servicio propuesto y de los recursos e infraestructura disponibles para su prestación. La SENATEL podrá ordenar inspecciones o verificaciones a las instalaciones del petionario cuando lo considere necesario;
- i) Documentos de soporte que confirmen que se disponen de mecanismos de seguridad para evitar la falsificación de certificados, precautelando la integridad, resguardo de documentos, protección contra siniestros, control de acceso y confidencialidad durante la generación de claves, descripción de sistemas de seguridad, estándares de seguridad, sistemas de respaldo;



UNIVERSIDAD DE CUENCA

j) Ubicación geográfica inicial, especificando la dirección de cada nodo o sitio seguro;

k) Diagrama técnico detallado de cada "Nodo" o "Sitio Seguro" detallando especificaciones técnicas de los equipos;

l) Información que demuestre la capacidad económica y financiera para la prestación de servicios de certificación de información y servicios relacionados;

m) En caso de solicitud de renovación de la acreditación y de acuerdo con los procedimientos que señale el CONARTEL, deberán incluirse los requisitos de carácter técnico, la certificación de cumplimiento de obligaciones por parte de la Superintendencia de Telecomunicaciones, en la que constará el detalle de imposición de sanciones, en caso de haber/as y el informe de cumplimiento de obligaciones por parte de la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones.

Respecto del procedimiento de acreditación el reglamento determina que la solicitud acompañada de todos los requisitos antes transcritos será presentada ante la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones, la que dentro del término de tres días procederá a publicar un extracto de la misma en su página WEB institucional.

Dentro de los 15 días subsiguientes a la presentación de la solicitud, la SENATEL remitirá al CONARTEL los informes técnico, legal y económico-financiero en base a la documentación presentada.

El CONARTEL, dentro del término de 15 días resolverá el otorgamiento de la acreditación cuya copia certificada será remitida a la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones dentro del término de dos días, a fin de que ésta dentro de cinco días más, realice la inscripción en el Registro Público Nacional de Entidades de Certificación de Información y Servicios Relacionados



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Acreditadas y terceros vinculados y efectúe la notificación al peticionario, una vez que el solicitante haya efectuado el pago de los valores que el CONARTEL haya establecido para el efecto. En el caso de que el peticionario no cancele los valores correspondientes por la acreditación dentro del término de 15 días, el acto administrativo quedará sin efecto automáticamente y la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones procederá al archivo del trámite.

La resolución de acreditación para la prestación de servicios de certificación de Información deberá contener:

- a) Descripción de los servicios autorizados;
- b) Características técnicas y legales relativas a la operación de los servicios de certificación de información y servicios relacionados autorizados;
- c) Obligaciones y responsabilidades de las Entidades de Certificación de Información y Servicios Relacionados de acuerdo a lo establecido en la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos;
- d) Procedimientos para garantizar la protección de los usuarios aún en caso de extinción de la acreditación; y,
- e) Causales de extinción de la acreditación.

El reglamento determina que una vez otorgada y registrada la acreditación, la Entidad de Certificación de Información y Servicios relacionados deberá iniciar su operación dentro de los seis meses siguientes a la emisión de la resolución, de no hacerlo en ese plazo, la Superintendencia de Telecomunicaciones informará a la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones, en cuyo caso se extinguirá la resolución de acreditación. La Entidad de Certificación de Información y Servicios Relacionados podrá pedir, por una sola vez, la



UNIVERSIDAD DE CUENCA

ampliación del plazo para iniciar operaciones mediante solicitud motivada. Dicha ampliación, de concederse, no podrá exceder de 90 días calendario.

Las causales de extinción de la acreditación son las siguientes:

- a) Terminación del plazo para la cual fue emitida;
- b) Incumplimiento de las obligaciones por parte de la Entidad de Certificación de Información y Servicios Relacionados Acreditada;
- c) Por resolución motivada del CONARTEL, por causas técnicas o legales debidamente comprobadas, incluyendo la presentación de información falsa o alteraciones para aparentar cumplir los requisitos exigidos, así como la prestación de servicios o realizar actividades distintas a las señaladas en la acreditación;
- d) Cese temporal o definitivo de operaciones de la Entidad Acreditada por cualquier causa; y,
- e) Por las causas previstas en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.

Una vez extinguida la acreditación el CONARTEL podrá adoptar las medidas administrativas, judiciales y extrajudiciales que considere necesarias para garantizar la protección de la información de los usuarios y el ejercicio de los derechos adquiridos por estos.

Habíamos indicado que la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, permitía que la prestación de servicios de certificación de información sea proporcionada por un tercero vinculado contractualmente con una Entidad de Certificación de Información y Servicios Relacionados Acreditada ante el CONARTEL; para ello el tercero deberá presentar la



UNIVERSIDAD DE CUENCA

documentación que acredite la vinculación. De cumplir con los requisitos legales, la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones procederá con el registro correspondiente. El plazo de duración del registro será igual al plazo de duración de la relación contractual del tercero vinculado con la Entidad de Certificación de Información y Servicios Relacionados. En todos los casos, la responsabilidad en la prestación de los servicios, será de la Entidad de Certificación de Información y Servicios Relacionados Acreditada ante el CONARTEL.

Respecto del registro de los terceros vinculados, el reglamento dispone que éste (registro) consiste en una razón o marginación realizada por la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones.

Las solicitudes de registro de terceros vinculados con las Entidades de Certificación de Información y Servicios Relacionados Acreditadas, deberán estar acompañadas de los documentos solicitados para las entidades de certificación de información y deberán cumplir los mismos requisitos, pero además deberán presentar para su registro:

- a) Documentos que certifiquen la relación contractual con la Entidad de Certificación de Información y Servicios Relacionados Acreditada;
- b) Descripción de los servicios a prestar en calidad de tercero vinculado.

En todos los casos, el documento de relación contractual deberá establecer claramente las responsabilidades legales de cada una de las partes ante los usuarios y autoridades competentes.

La Secretaría Nacional de Telecomunicaciones, entregará al petitionerio el certificado de registro dentro del término de los 15 días subsiguientes a la fecha de presentación de la solicitud, previo el pago de los valores establecidos por el CONARTEL.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

No deberán presentar:

- a) Diagrama esquemático y descripción técnica detallada de la infraestructura a ser utilizada, indicando las características técnicas de la misma;
- b) Descripción detallada de cada servicio propuesto y de los recursos e infraestructura disponibles para su prestación. La SENATEL podrá ordenar inspecciones o verificaciones a las instalaciones del peticionario cuando lo considere necesario;
- c) Documentos de soporte que confirmen que se disponen de mecanismos de seguridad para evitar la falsificación de certificados, precautelar la integridad, resguardo de documentos, protección contra siniestros, control de acceso y confidencialidad durante la generación de claves, descripción de sistemas de seguridad, estándares de seguridad, sistemas de respaldo;
- d) Ubicación geográfica inicial, especificando la dirección de cada nodo o sitio seguro;
- e) Diagrama técnico detallado de cada "Nodo" o "Sitio Seguro" detallando especificaciones técnicas de los equipos;
- f) Información que demuestre la capacidad económica y financiera para la prestación de servicios de certificación de información y servicios relacionados;

Es interesante conocer que el reglamento contempla la acreditación para entidades del Estado, disponiendo que las instituciones del Estado señaladas en el artículo 225 de la Constitución de la República del Ecuador, de acuerdo a lo señalado en la disposición general Octava de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, podrán prestar servicios como Entidades de Certificación de Información y Servicios Relacionados, previa Resolución emitida por el CONARTEL.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Las instituciones públicas obtendrán certificados de firma electrónica, únicamente de las Entidades de Certificación de Información y Servicios Relacionados Acreditadas, de derecho público.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

CAPÍTULO IV

DERECHO COMPARADO

Como se evidenció en el estudio de la historia del Derecho Notarial, sus orígenes muestran que desde España estos sistemas compuestos por la forma de organización, prácticas y principios han sido transmitidos a América, lo que ha hecho que tengamos un sistema notarial denominado de “tipo latino” que es el que rige en los países de América Latina. En efecto, dentro de la investigación realizada, he llegado a determinar que todos los países en los que rige el sistema jurídico romano, rige también, lógicamente, un mismo sistema notarial, el que está compuesto por notarios investidos de fe pública por el Estado. En las diferentes legislaciones se determina básicamente que el “notario es el profesional del derecho investido de fe pública por el Estado, y que tiene a su cargo recibir, interpretar, redactar y dar forma legal a la voluntad de las personas que ante él acuden, y conferir autenticidad y certeza jurídicas a los actos y hechos pasados ante su fe, mediante la consignación de los mismos en instrumentos públicos de su autoría.”²⁸

De manera que en el notariado de tipo latino, el notario es al mismo tiempo un funcionario conferido de fe pública por el Estado y un jurista que ilustra y asesora a las partes respecto del negocio jurídico que van a efectuar ante él, para posteriormente redactar el documento y autorizarlo, expedirá copias certificadas y conservará el original.

Los principios que rigen al derecho notarial en general son los mismos en todos los países de Latinoamérica, principios tales como: el de autenticidad del documento, de fe pública, de registro o protocolo, de intermediación o inmediatez,

²⁸ Definición contenida en la ley del Notariado para el Distrito Federal. Tomado de URL: <http://www.monografias.com/trabajos20/notario-publico/notario-publico.shtml>. Fecha de consulta: 20 de noviembre de 2009.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

de unidad de acto, de rogación, de forma, de asesoramiento, de imparcialidad, de calificación, de protocolo, de matricidad, entre otros.

En lo referente al ámbito de acción de los notarios en los distintos países regidos por el sistema latino, se dice que los notarios tienen funciones territoriales, es decir que deben actuar únicamente dentro de la jurisdicción a la que pertenecen independientemente del domicilio de los otorgantes o de la ubicación del bien.

En cuanto a si el notario latino es un funcionario público o no, la doctrina no es uniforme, hay quienes opinan que es sólo un "delegado" de la fe pública del Estado; sin embargo, de la realidad del sistema notarial de nuestros países se puede colegir que el notario público es una persona que con sujeción al ordenamiento jurídico vigente realiza, de manera autónoma, una función pública que originalmente corresponde al Estado y que se traduce, fundamentalmente, en autenticar hechos o actos jurídicos con fuerza de fe pública.²⁹, la función notarial es orden e interés públicos

En cuanto al sistema registral debo decir que en Latinoamérica rige un sistema similar para todos los países, evidentemente con ciertas diferencias, pero en general es el mismo sistema de tipo romano-germano, en el que a través de la inscripción se pretende perfeccionar la tradición de bienes inmuebles y de los otros derechos reales constituidos en ellos; dar publicidad a los contratos y actos que trasladan el dominio de los mismos bienes raíces o imponen gravámenes o limitaciones a dicho dominio; y garantizar la autenticidad y seguridad de los títulos, instrumentos públicos y documentos que deben registrarse.

²⁹ ARRACHE MURGUÍA, José Gerardo. El Notario Público. Función y desarrollo histórico. URL: <http://www.monografias.com/trabajos20/notario-publico/notario-publico.shtml>. Fecha de consulta: 20 de noviembre de 2009.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Entrando en materia de nuevas tecnologías de la información y el conocimiento se podría decir que los diferentes Estados han dotado a esta forma alternativa de hacer negocios de un ordenamiento jurídico capaz de regular de eficiente manera lo referente al comercio electrónico, firmas electrónicas, certificados de información, mensajes de datos, en fin, todo lo concerniente a actos, contratos y manifestaciones de voluntad por medios electrónicos, concretamente a través de Internet.

Debido a los altos índices de negociaciones por Internet y a las proyecciones para los siguientes años, se evidenció la necesidad de emitir leyes que establezcan los requisitos necesarios para poder realizar transacciones comerciales en la red, la determinación de los organismos de regulación y control de entidades certificadoras de información, la protección de determinados derechos como los de propiedad intelectual, de consumidores, etc., así como establecer sanciones para quienes cometan delitos informáticos. Existen además determinados Estados que han promulgado leyes específicas antisпам, no es el caso de Ecuador.

El espíritu de las leyes de los diferentes países, en principio es el mismo, dotar al comercio electrónico de una normativa eficaz, con la finalidad de brindar seguridad jurídica y técnica a la sociedad en lo que a esta nueva forma de hacer negocios se refiere y a la protección de sus derechos; igualar las actividades económicas efectuadas en la red a las tradicionales; prohibir la publicidad masiva en Internet sin permiso del usuario y fomentar la solución extrajudicial de conflictos para las negociaciones en Internet.

Sin embargo cabe decir que no todas las leyes emitidas a este respecto cumplen con los objetivos y necesidades que sirvieron de inspiración para la promulgación de estas normas, ni con las expectativas nacidas dentro de los sectores empresariales, sociales y de la población en general, ya que la mayoría de ellas son bastante complejas, o muy superficiales, por lo que se teme que no se pueda cumplir con su correcta aplicación.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CENUDMI, o UNCITRAL en inglés), promulgó en 1996 una Ley modelo sobre comercio electrónico, la misma que sirvió, como su nombre lo dice, de modelo para la mayoría de países especialmente de América, los cuales han tomado a esta ley como base para sus propias leyes, con una excepción marcada en Perú y Venezuela, países que se han apartado significativamente de la normativa modelo de la UNCITRAL adoptando su propia y distintiva normativa. La ley ecuatoriana reproduce en su mayoría el articulado de la ley modelo de la UNCITRAL, excepto los dos artículos finales referentes al comercio electrónico en áreas específicas, que contempla lo correspondiente al transporte de mercaderías. A este respecto nada contempla la ley ecuatoriana.

Los objetivos de esta ley son básicamente los siguientes:

- Asistir a la contratación electrónica internacional, proveyendo a dicha modalidad de la normativa correspondiente.
- Facilitar la correcta aplicación del comercio electrónico en Estados con realidades jurídicas, económicas, políticas y sociales desiguales.
- Promover la uniformidad del derecho aplicable en la materia a través de la elaboración de un marco jurídico capaz de ser incorporado dentro de los ordenamientos jurídicos de los diferentes Estados, para así poder de cierta manera unificar lo relativo al comercio electrónico y facilitar su aplicación a nivel internacional, facilitando de esta forma el comercio electrónico en el interior y más allá de las fronteras nacionales.
- Validar las operaciones efectuadas por medio de las nuevas tecnologías de la información.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

- Fomentar y estimular la aplicación de nuevas tecnologías de la información.
- Apoyar las nuevas prácticas comerciales.

Si bien la finalidad general de la Ley Modelo de la UNCITRAL es la de facilitar el empleo de los medios electrónicos de comunicación, conviene tener presente que su régimen no trata de imponer en modo alguno el recurso a estos medios de comunicación.

Dicho cuerpo legal está compuesto por diecisiete artículos, quince de los cuales regulan lo referente al comercio electrónico en general, y los otros dos se refieren al comercio electrónico en áreas específicas. En 1998 se incorporó el artículo 5 bis referente a la incorporación por remisión de los mensajes de datos.

El contenido de la ley comprende la normativa básica para regular:

- a) El reconocimiento y validez jurídica de los contratos realizados por medios electrónicos.
- b) El reconocimiento de los documentos electrónicos y los efectos jurídicos que ellos producen.
- c) Lo referente a la firma digital o electrónica.
- d) La admisibilidad de los documentos electrónicos como medio de prueba en controversias, sean estas judiciales o extrajudiciales.

Por otro lado los países europeos en su mayoría han basado sus leyes en las Directivas del Parlamento Europeo que sobre materia de comercio electrónico, documentos electrónicos, firmas electrónicas y mensajes de datos se han



UNIVERSIDAD DE CUENCA

emitido. Claro está que la ley de la UNCITRAL también tuvo su importantísimo aporte en el tema.

Ahora bien, analizaremos lo que contemplan algunas legislaciones del mundo en lo referente a las materias de estudio del presente trabajo.

4.1 Actividad Notarial

Chile y Venezuela: Regulan lo referente a los mensajes de datos, incluyendo las situaciones que se presentan cuando la ley exige que la información conste por escrito, que el documento esté firmado, que la información sea presentada en su forma original, que ésta sea archivada, etc., básicamente de la misma manera que lo hace la ley ecuatoriana.

Perú: Notarios y fedatarios con Certificado de Idoneidad Técnica pueden expedir testimonios, copias fieles, legalizar y autenticar documentos y mensajes de datos de acuerdo a la Ley de la materia.

El proyecto de ley chileno contemplaba aspectos muy interesantes en lo que se refiere a la formalidad exigida de que determinados documentos sean otorgados mediante escritura pública. Así se establecía que se entenderá que un documento electrónico cumple con esa exigencia si se ha utilizado un método o procedimiento que permita identificar a las partes comparecientes en el documento electrónico, para indicar que su contenido cuenta con la aprobación de aquellas, y que permita que las partes lo firmen en forma electrónica y un notario o ministro de fe lo rubrique y le imponga un sello electrónico.

Además determinaba que los notarios públicos podrían llevar un archivo electrónico, que vendría a ser el libro de protocolo, en el que consten todas las escrituras y documentos que se hayan realizado por medios electrónicos.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Lo más importante era que dicho proyecto de ley chileno permitía que casi todas las funciones de los notarios públicos puedan ser realizadas por medios electrónicos. Es un criterio definitivamente extraordinario para el avance del empleo de medios electrónicos en la vida jurídica de la sociedad, en especial del comercio electrónico. Ninguna de las leyes analizadas contempla dicha posibilidad, cuestión que dificulta u obstaculiza la introducción o aplicación de medios electrónicos en las negociaciones y el correcto desarrollo de esta nueva forma de hacer negocios en materia inmobiliaria.

4.2 Contratación Electrónica

UNCITRAL: Las partes pueden ofertar mediante un mensaje de datos y aceptar la oferta de la misma manera, salvo acuerdo en contrario de las partes. El mismo cuerpo legal establece que no se puede negar la validez y fuerza probatoria de un contrato por el solo hecho de presentarse en formato digital o haberse otorgado por medios electrónicos, salvo que la legislación de cada país establezca como formalidad para el perfeccionamiento del contrato la escritura pública.

Ecuador: Los contratos electrónicos tendrán plena validez, eficacia jurídica y fuerza probatoria, pero los mismos deberán observar los requisitos y formalidades establecidos en las leyes tanto para su otorgamiento como para su perfeccionamiento.

Directiva de la Unión Europea: Los Estados miembro deberán velar y garantizar que los contratos electrónicos no se vean afectados, imposibilitados de realizar o entorpecidos por la legislación vigente. Establece que el régimen jurídico contractual de cada Estado debe ir de la mano con la contratación electrónica. Pero al mismo tiempo plantea una excepción, que queda al libre arbitrio de cada Estado miembro el acogerla o no, sobre determinados



UNIVERSIDAD DE CUENCA

contratos que deben cumplir con ciertas formalidades. Es así que establece que los Estados miembro podrán disponer que queden fuera de la disposición antes descrita, los siguientes contratos:

- Contratos que requieran ser otorgados ante un Notario Público;
- Contratos que, para su validez deban registrarse en un Registro Público;
- Contratos sujetos al derecho de familia;
- Contratos sujetos al derecho de sucesiones.

La Comisión Europea podrá cambiar esta lista de contratos antes transcrita de acuerdo a lo establecido en la ley. Por su parte los Estados miembro deberán notificar a la Comisión la lista de contratos amparados bajo esta excepción.

Chile: Aquellos contratos que sean otorgados o celebrados por personas naturales o jurídicas, suscritos por medio de firma electrónica, serán válidos y producirán los mismos efectos que los celebrados por escrito. Dichos actos y contratos se reputarán como escritos, en los casos en que la ley exija que así sea, y en todos aquellos casos en que la ley prevea consecuencias jurídicas cuando constan igualmente por escrito. Se exceptúan 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;
- b) Aquellos en que la ley requiera la concurrencia personal de alguna de las partes, y
- c) Aquellos relativos al derecho de familia.

Los documentos electrónicos que tengan la calidad de instrumento público, deberán suscribirse mediante firma electrónica avanzada.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

En la ley chilena, el valor probatorio de los documentos electrónicos depende de si éste fue suscrito por firma electrónica o firma electrónica avanzada, es así que:

- 1.- Los documentos electrónicos que tengan la calidad de instrumento público, y que obviamente se hayan suscrito mediante firma electrónica avanzada, harán plena prueba de acuerdo con las reglas generales, y
- 2.- Los que posean la calidad de instrumento privado tendrán el mismo valor probatorio señalado en el número anterior, en cuanto hayan sido suscritos mediante firma electrónica avanzada. En caso contrario, tendrán el valor probatorio que corresponda, de acuerdo a las reglas generales.

Venezuela: Concede la posibilidad de que en la realización de los contratos las partes pueden acordar el uso de medios electrónicos.

Estados Unidos: No se negará validez jurídica ni fuerza obligatoria a los contratos por el solo hecho de que en su formación hayan intervenido firmas o documentos electrónicos.

Otra de las disposiciones de este cuerpo legal es la que prescribe que en el evento de que un documento o firma deba ser notariado, reconocido, autenticado u otorgado bajo juramento, este requisito quedará satisfecho siempre que la firma electrónica de la persona autorizada para dar cumplimiento a dichas formalidades sea adjuntada o lógicamente asociada al documento, reconocimiento o firma que requieren de dicha solemnidad. De lo descrito en esta norma se deduce que los notarios públicos, así como los jueces y todo funcionario facultado para autenticar, reconocer, dar fe de algo, pueden ejercer sus funciones por medios electrónicos a través de su firma digital, aspecto que no es expresamente considerado en la ley ecuatoriana.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Así mismo la legislación estadounidense contempla la posibilidad de que para el cumplimiento de lo prescrito en su ley se pueda hacer uso de los servicios de intermediarios o agentes electrónicos.

México: El Código Comercial mexicano determina que cuando la ley exija la forma escrita para los actos, convenios o contratos, este supuesto se tendrá por cumplido tratándose de mensaje de datos, siempre y cuando la información en él contenida se mantenga íntegra y sea accesible para su ulterior consulta, sin importar el formato en el que se encuentre o represente.

Cuando adicionalmente la ley exija la firma de las partes, dicho requisito, cuando se trate de mensajes de datos, se tendrá por cumplido siempre que éste sea atribuible a dichas partes.

En los casos en que la ley establezca como requisito que un acto jurídico deba otorgarse en instrumento ante fedatario público, éste y las partes obligadas podrán, a través de mensajes de datos, expresar los términos exactos en que las partes han decidido obligarse, en cuyo caso el fedatario público deberá hacer constar en el propio instrumento los elementos a través de los cuales se atribuyen dichos mensajes a las partes y conservar bajo su resguardo una versión íntegra de los mismos para su ulterior consulta, otorgando dicho instrumento de conformidad con la legislación aplicable que lo rige.

De lo citado se puede ver que en México los actos, contratos y declaraciones de voluntad que requieran el cumplimiento de solemnidades, tales como la instrumentación en documento público ante notario público, pueden hacerse por medios electrónicos a través de mensajes de datos con la intervención del notario.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

4.3 Registros Públicos

En cuanto a los registros públicos, cabe hacer mención a algunos países en virtud de que los sistemas registrales si pueden ser diferentes en algunas partes especialmente en lo que a folio se refiere, pudiendo ser de folio real o de folio personal, así mismo en cuanto al sistema declarativo o al constitutivo de derechos.

Francia: El Registro en el Sistema Francés, lleva el nombre de “Oficinas de Hipotecas”, en cada circunscripción territorial existe una. Estas se encuentran a cargo de un conservador de hipotecas, que en nuestro sistema equivale al Registrador. En esta oficina se llevan tres tipos de libros: el registro de presentaciones, el de publicidad y el fichero.

“En el libro registro de presentaciones se registra la presentación de los títulos, lo que es necesario para determinar la prioridad y su oponibilidad.

En el libro registro de publicidad se forma con la colección de los títulos inscriptos, estos son cuidadosamente reservados en legajos (expedientes) y en cuadernos por orden cronológico de presentación, formándose tres volúmenes:

- El de inscripción de privilegios e hipotecas
- El de publicaciones de derechos distintos a los privilegios e hipotecas.
- El de mandamiento de embargo.”³⁰

El sistema registral francés clásico es de carácter declarativo, lo que, como se analizó anteriormente quiere decir que el derecho se constituye fuera del registro y tiene como consecuencia su oponibilidad a terceros. En este sistema la consecuencia de la inscripción no es la transmisión de dominio. Con la reforma de 1955, el sistema registral francés cambia, pues se establece que la

³⁰ MARTINEZ, Víctor C., Manual de Derecho Registral, Advocatus, Córdoba – Argentina, 2003. Pág. 17



UNIVERSIDAD DE CUENCA

inscripción en el registro producirá los mismos efectos jurídicos del sistema español y alemán ya que se convierte en obligatoria la inscripción de todos los contratos y derechos reales que se constituyan sobre bienes inmuebles.

Alemania: La oficina del Registro es la encargada de llevar el Registro Inmobiliario de la circunscripción territorial correspondiente, estando a cargo del mentado registro el juez, cuyas decisiones son apelables ante un tribunal superior, además contra estos fallos cabe el recurso de apelación ante el Tribunal Superior Territorial. Anteriormente el Registrador respondía por dolo o negligencia, actualmente el responsable es el Estado.

Al juez inmobiliario le corresponde únicamente verificar los documentos presentados para la inscripción debiendo confrontarlos con la ley y con el registro, pero no puede ni debe determinar o entrar a analizar la validez del acto causal.

Según explica Víctor C. Martínez “los únicos requisitos que el registrador debe verificar son la instancia, el consentimiento y la inscripción previa”³¹.

El sistema alemán se rige por el sistema de folio real. El registro se lleva en un cuadernillo el que contiene la descripción del inmueble y los datos de su propietario, también constan los gravámenes o limitaciones que sobre el bien se hayan constituido, reflejando de esta forma la situación jurídica del mismo.

En la actualidad en Alemania se utiliza el sistema de folio real, excepcionalmente se admite en el registro el folio personal en el que constan diversos inmuebles que lo único que tienen en común es el propietario.

La legislación alemana determina que si un derecho consta inscrito en el Registro a nombre de alguien, se presume que esa persona ostenta el derecho, lo mismo ocurre con las cancelaciones, si algún derecho consta inscrito como

³¹ MARTINEZ, Víctor C., Manual de Derecho Registral, Advocatus, Córdoba – Argentina, 2003. Pág. 26



UNIVERSIDAD DE CUENCA

cancelado en el registro, se presume que el derecho no existe. Por lo expuesto, se puede decir que la Ley otorga plena credibilidad a lo registrado.

España: La Ley Hipotecaria actual rechaza el carácter constitutivo de la inscripción, manteniendo los principios básicos del sistema español como por ejemplo el del título y el modo, excepto en la hipoteca en la que si es obligatoria su inscripción pues ésta (inscripción) es constitutiva del derecho, se mantiene además el principio de rogación, pudiendo el registrador actuar a petición de parte, mandato administrativo o judicial, se establece que el acto debe constar en documento público.

En esta reforma se producen cambios importantísimos, se pueden mencionar algunos³²:

- La primera inscripción o inmatriculación debe ser de dominio, es decir desaparecen las certificaciones posesorias.
- Se regula la forma de registrar las adquisiciones hereditarias.
- Se prevén los efectos de la prescripción.
- Los asientos del registro quedan bajo custodia de tribunales.
- Se establece el procedimiento para corregir las discordancias que pueden darse entre la realidad y los datos inscriptos.
- Se amplía a 60 días el plazo de vigencia del asiento de presentación.
- Se dispone la caducidad de anotaciones preventivas a cuatro años, así como la caducidad de gravámenes como hipotecas que tengan determinada antigüedad.
- Se fija procedimiento para cancelación de gravámenes.

³² ASTUDILLO, Fernanda. Tesis Doctoral Derecho Registral de Bienes: Principios, Evolución e Importancia, pág. 20.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

El Derecho y Sistema Registrales en los países latinoamericanos es prácticamente uniforme, tal como el Derecho Notarial, pues sus orígenes –del derecho romano- son los mismos. Existen ciertas diferencias en los distintos países, sin embargo dichas diferencias versan principalmente sobre la forma de administración, la función a la que están adscritos, la clasificación de los registros públicos, entre otras, cuestiones que no degeneran el sistema registral latino en otro, pues los principios básicos de publicidad y seguridad jurídica se presentan en todos ellos. En todos los países el objeto de estas oficinas públicas es principalmente el de dar publicidad a los actos y contratos que en ellas se asientan, con lo que además brindan seguridad a los negocios jurídicos que sobre bienes muebles o inmuebles se efectúen.

En algunos países los registros públicos están llevando a cabo procesos de automatización de la información, pudiendo conferir certificados digitales, tal es el caso de Uruguay y Chile, países con un avance notorio en lo que a empleo de tecnología en la prestación de servicios de registro se refiere.

En nuestro país una vez que los Registros de la Propiedad cuenten con la plataforma tecnológica necesaria, se podrán emitir certificados registrales electrónicos, los cuales tendrán la misma validez jurídica que los certificados registrales clásicos, conferidos en soporte físico (papel), es decir que serán instrumentos públicos que servirán como medio de prueba en juicio y que surtirán todos los efectos jurídicos que los instrumentos públicos surten en nuestra legislación.

Esta afirmación encuentra asidero en lo dispuesto en los artículos 164 del Código de Procedimiento Civil y 51 de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, los que hacen referencia a los instrumentos públicos y a los instrumentos públicos electrónicos en su orden, me permito transcribirlos:



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Código de Procedimiento Civil, artículo 164.- “Instrumento público o auténtico es el autorizado con las solemnidades legales por el competente empleado. Si fuere otorgado ante notario e incorporado en un protocolo o registro público, se llamará escritura pública.

Se consideran también instrumentos públicos los mensajes de datos otorgados, conferidos, autorizados o expedidos por y ante autoridad competente y firmados electrónicamente.”

Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, artículo 51.- “Instrumentos públicos electrónicos.- Se reconoce la validez jurídica de los mensajes de datos otorgados, conferidos, autorizados o expedidos por y ante autoridad competente y firmados electrónicamente.

Dichos instrumentos públicos electrónicos deberán observar los requisitos, formalidades y solemnidades exigidos por la ley y demás normas aplicables.”

Considero importante mencionar la iniciativa del Registrador de la Propiedad del Sigsig en el sentido de haber emprendido un proyecto de prestación de servicios vía electrónica. Ha implementado un proceso técnico y jurídico para la elaboración del certificado registral electrónico con la aplicación de firma digital. Además el Registro de la Propiedad de dicho cantón cuenta con una página web (www.rpsigsig.ec) mediante la cual se puede solicitar la emisión de certificados. Esto demuestra que el uso de medios electrónicos en la prestación de servicios públicos si es posible, y que además empieza a tomar fuerza en nuestro medio.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

4.4 Mecanismos de Autenticación

4.4.1 Firmas Electrónicas

Ecuador: La firma electrónica tiene la misma validez y produce los mismos efectos jurídicos que la firma ológrafa o manuscrita, y además sirve como medio de prueba en juicio.

Nuestra ley establece como condición que la firma y el mensaje electrónicos sean enviados en unidad de acto.

Nada se dice respecto de las entidades de la administración pública como usuarios de firmas electrónicas, lo cual da a entender que no se observarán circunstancias especiales en el uso de los servicios de firma electrónica por parte de la administración pública, ni por parte del usuario para con la administración pública.

España: La firma electrónica tiene la misma validez y produce los mismos efectos jurídicos que la firma ológrafa o manuscrita, y además sirve como medio de prueba en juicio, siempre y cuando la firma electrónica esté registrada y autorizada por una entidad certificadora de información, es decir que cuente con el respectivo certificado que haya sido otorgado mediante un dispositivo seguro de creación de firma. Sin embargo el hecho de que determinada firma electrónica no cumpla con todos los requisitos establecidos en la ley, no la invalida como medio de prueba o no impide que cause efectos jurídicos por el simple hecho de presentarse en forma electrónica.

La administración pública y/o la autónoma pueden hacer uso de firmas electrónicas, y en caso de ser necesario podrán determinar normas adicionales a las ya establecidas con la finalidad de garantizar el correcto cumplimiento de cada proceso, siempre que éstas no obstaculicen la prestación del servicio al usuario.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Colombia: Reconoce la validez jurídica de la firma electrónica, y la equipara a la firma manuscrita estableciendo que las dos producirán los mismos efectos jurídicos, de ello se desprende que será admitida como prueba en juicio. Determina los requisitos que debe cumplir la firma. A diferencia de la ley ecuatoriana, la ley colombiana no establece las obligaciones del titular de la firma, plazo de duración, ni formas de extinción de la misma.

Perú: La firma electrónica o digital tendrá la misma validez que la firma manuscrita y por lo tanto producirá los mismos efectos jurídicos. De hecho, el objetivo de la ley es precisamente equiparar los dos tipos de firmas. Sobre el tema la ley es bastante corta, simplemente otorga un significado de firma electrónica y digital y de titular de la firma, y como obligaciones del mismo determina únicamente la de conceder a las entidades de certificación y a terceros que se relacionen con él a través de la firma, información exacta y completa. A diferencia de las otras leyes, ésta es muy superficial en el tema.

Chile: La firma electrónica, cualquiera sea su naturaleza, se mirará como firma manuscrita para todos los efectos legales, sin perjuicio de lo establecido en los artículos siguientes de la ley, los que se refieren al valor probatorio de los documentos electrónicos que hayan sido suscritos con firma electrónica o firma electrónica avanzada. La ley determina que los órganos del Estado pueden realizar actos, celebrar contratos y expedir cualquier documento, dentro de su ámbito de competencia, suscribiéndolos por medio de firma electrónica, pero para que tengan la calidad de documentos públicos y surtan efectos jurídicos como tales, deberían obligatoriamente suscribirse a través de firma electrónica avanzada. Establece que no podrán suscribirse con firma electrónica aquellos actos y/o contratos para los cuales las leyes exijan una solemnidad que no sea susceptible de cumplirse mediante documento electrónico, o requiera la concurrencia personal de la autoridad o funcionario que deba intervenir en ellos.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Venezuela: La firma electrónica produce los mismos efectos jurídicos que la firma manuscrita, será admitida como medio de prueba en juicio, y para ello será valorada de acuerdo a las normas del Código de Procedimiento Civil Venezolano y las reglas de la sana crítica. Pero a diferencia de la ley ecuatoriana, la venezolana plantea que la firma electrónica podrá ser o no enviada en unidad de acto con el mensaje electrónico a que corresponde. Las leyes: colombiana, peruana, española y chilena no se manifiestan al respecto, pero de las normas en ellas contenidas, pensamos que se inclinan más por la ley venezolana, permitiendo que la firma y el mensaje puedan ser enviados en unidad de acto o no.

Estados Unidos de Norteamérica: La firma electrónica es un sonido, símbolo o proceso electrónico adjuntado o lógicamente asociado a un contrato u otro documento y ejecutado o adoptado por una persona con la intención de firmar el documento.

La Secretaría de Comercio promoverá la aceptación y uso de la firma electrónica a través de la ejecución de todas las medidas necesarias para eliminar o reducir al máximo los obstáculos que impidan el desarrollo del comercio interestatal e internacional.

Reino Unido: La firma electrónica, así como los certificados de firma electrónica son admitidos como evidencias o medios de prueba en juicio, cuando se presenten dudas sobre la autenticidad e integridad de un documento.

Para efectos del cumplimiento de lo establecido se requiere que la firma sea adjuntada o lógicamente asociada al documento y que tenga como finalidad garantizar la autenticidad e integridad del documento que acompaña. Dicha firma debe ser certificada por cualquier persona que previamente haya declarado que la firma, los medios y procedimientos utilizados para la



UNIVERSIDAD DE CUENCA

elaboración de la firma son válidos para establecer la autenticidad e integridad del documento.

Francia: La firma electrónica consiste en el uso de un procedimiento confiable que garantice el vínculo del titular de la firma con el acto al que se ha adjuntado la firma.

Ley modelo de la UNCITRAL: La firma electrónica debe identificar a la persona y con ello establecer que consintió en el contenido del mensaje. Expresa además que ésta debe ser fiable y acorde con los fines para los cuales se generó o comunicó el mensaje.

4.4.2 Certificados Electrónicos

En este aspecto tanto la ley ecuatoriana como la española, colombiana, peruana, chilena y venezolana, establecen básicamente los mismos requisitos indispensables para la validez de los certificados de información, así como las causas para la extinción del certificado son iguales, las mismas que se encuentran determinadas en la ley ecuatoriana y en las de los demás países citados. Una omisión que considero pertinente mencionar es aquella en la ley venezolana en lo que respecta a la metodología para verificar la firma digital del suscriptor impuesta en el mensaje de datos. Dicha ley nada establece al respecto, mientras que las demás sí lo hacen. En este sentido las cinco leyes son prácticamente iguales.

La diferencia con la ley española radica en que en ésta se reconoce la posibilidad de otorgar un certificado a una persona como representante legal de otra, así que el certificado también se extingue cuando finalice la representación o por fallecimiento o incapacidad del representado. La ley



UNIVERSIDAD DE CUENCA

ecuatoriana no contempla la posibilidad de otorgar un certificado a una persona en nombre y representación de otra., tampoco lo hacen la ley colombiana, peruana, chilena ni venezolana.

En cuanto al tiempo de duración de los certificados:

España: Un certificado reconocido no podrá durar más de cuatro años.

Ecuador: Las partes pueden acordar en el contrato el tiempo de validez del certificado, y de no hacerlo, éste se emitirá con una validez de dos años a partir de la fecha de expedición. Al tratarse de certificados de firma electrónica emitidos con relación al ejercicio de cargos públicos o privados, la duración del certificado de firma electrónica podrá ser superior a los dos años pero no podrá exceder el tiempo de duración de dicho cargo público o privado a menos que exista una de las prórrogas de funciones establecidas en la leyes.

Venezuela: El plazo de validez del certificado será el que acuerden las partes.

Colombia y Perú: No establecen un plazo determinado para la duración de los certificados de firma electrónica o digital.

Chile: La vigencia de los certificados electrónicos es de tres años contados desde la fecha de su emisión.

Una diferencia muy importante entre los diferentes cuerpos legales es el hecho de que unos determinan la creación de un Registro Público en el que se inscribirán los certificados que autoricen a personas naturales o jurídicas a realizar los actos declarados en la solicitud para la emisión del certificado, y será en este mismo Registro en el que se harán las publicaciones respecto de la extinción de validez, suspensión o revocación del certificado. Por su parte la legislación ecuatoriana no ha establecido la creación de un Registro Público



UNIVERSIDAD DE CUENCA

para los certificados de firma digital, por ende es de difícil determinación el lugar donde se hará la publicación a la que nos hemos referido.

Certificados emitidos en el extranjero:

España: Serán admitidos los certificados emitidos en países no miembro de la Unión Europea, siempre y cuando el prestador de servicios cumpla con todos los requisitos establecidos en la normativa comunitaria sobre firma electrónica y haya sido acreditado, conforme a un sistema voluntario establecido en alguno de los Estados miembro de la Unión Europea. O cuando el certificado esté garantizado por un prestador de servicios de la Unión Europea que cumpla los requisitos establecidos en la normativa comunitaria sobre firma electrónica. O por último, cuando el certificado o el prestador de servicios estén reconocidos en virtud de un acuerdo bilateral o multilateral entre la Comunidad Europea y organizaciones internacionales, o el país en el que fue emitido el certificado que se pretende sea reconocido.

Ecuador: Los certificados emitidos por entidades de certificación extranjeras, tendrán el mismo valor legal que los certificados emitidos por entidades de certificación de información nacionales, siempre que sean revalidados por el organismo que deberá comprobar el grado de fiabilidad de los certificados y la solvencia técnica del emisor.

Colombia, Perú y Venezuela: Con mayor tendencia hacia la ley española, las leyes de dichos países establecen que los certificados de firma digital emitidos en el extranjero, o por entidades de certificación extranjeras, serán reconocidos y tendrán la misma validez que los nacionales, siempre y cuando sean reconocidos, garantizados u homologados por una entidad de certificación autorizada nacional, la misma que se responsabilizará por esa acreditación y cerciorará que el certificado cumpla con todos los requisitos exigidos en la ley, así mismo garantizará la eficacia del procedimiento para su creación, la vigencia y validez del certificado.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

4.4.3 Entidades de Certificación de Información

Ecuador: Las entidades de certificación de información deben registrarse y obtener la autorización para operar. No es un requisito básico que se acrediten; la acreditación es voluntaria y trae como consecuencia que los certificados de firma electrónica emitidos por las entidades de certificación de información acreditadas tengan carácter o valor probatorio.

Las entidades de certificación de información acreditadas podrán prestar otros servicios a más del de emitir certificados de firma electrónica, sin embargo la ley no especifica cuáles podrían ser estos otros servicios.

España: La prestación de servicios de certificación no está sujeta a autorización previa y se llevará bajo un sistema de libre competencia, sin poder los Estados miembro establecer restricciones para las entidades de certificación de otros Estados miembro. La legislación española de igual manera establece que para prestar los servicios de certificación, la acreditación es facultativa.

Habíamos expresado anteriormente que en España las entidades de certificación de información podrán prestar sus servicios sin autorización previa. Sin embargo deben inscribirse o registrarse en el Registro de Prestadores de Servicios de Certificación presentando la documentación requerida, con anterioridad al inicio de su actividad. La diferencia con las normas ecuatorianas radica en que las entidades de certificación en el Ecuador si deben ser previamente autorizadas para la prestación del servicio, además deben registrarse; por su parte la legislación española establece que no necesitan de autorización previa, si no únicamente de registro o inscripción. Dicho registro es público y se mantendrá actualizada permanentemente la información en él inscrita.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

De acuerdo a la ley española se contempla la posibilidad de que organismos estatales o de comunidades autónomas presten servicios de certificación, con la condición de que lo hagan en cuentas separadas y observando los principios de transparencia, no discriminación y objetividad.

Colombia: Podrán funcionar como entidades de certificación las personas jurídicas públicas o privadas, nacionales o extranjeras, inclusive las Cámaras de Comercio previamente autorizadas, siempre que reúnan determinados requisitos como son poseer los suficientes recursos económicos para prestar el servicio, poseer la infraestructura, conocimientos y tecnológica necesaria para poder cumplir adecuadamente las funciones correspondientes a su oficio. No podrán ser representantes legales de dichas entidades quienes hayan sido condenados con penas privativas de libertad, salvo por delitos políticos o culposos, ni quienes hayan sido suspendidos en su profesión por falta a la ética. Estas prohibiciones estarán vigentes el tiempo que la ley lo determine.

Las entidades de certificación de información deberán estar autorizadas por la Superintendencia de Industria y Comercio, nada se dice respecto de un registro como en el caso de Ecuador y España, en donde las entidades de certificación de información si deben ser registradas para su funcionamiento.

La ley colombiana determina que las entidades de certificación podrán prestar también los siguientes servicios:

- Emitir certificados en relación con las firmas digitales de personas naturales o jurídicas.
- Emitir certificados sobre la verificación respecto de la alteración entre el envío y recepción del mensaje de datos.
- Emitir certificados en relación con la persona que posea un derecho u obligación con respecto a los documentos enunciados en el título del comercio electrónico en materia de transporte de mercaderías.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

- Ofrecer o facilitar los servicios de creación de firmas digitales certificadas.
- Ofrecer o facilitar los servicios de registro y estampado cronológico en la generación, transmisión y recepción de mensajes de datos.
- Ofrecer los servicios de archivo y conservación de mensajes de datos.

Perú: Las entidades de certificación a más de ofrecer los servicios de emitir y cancelar certificados de firmas digitales, podrán prestar todo servicio relacionado con la actividad que desempeñan, es decir con todo lo referente a certificados de firma electrónica. La ley peruana establece que las entidades de certificación podrán funcionar también como entidades de registro y verificación. Las funciones de esta clase de entidades consisten en: levantamiento de datos y comprobación de la información concedida por un solicitante de certificado digital; identificación y autenticación del suscriptor de firma digital, aceptación y autorización de solicitudes de emisión de certificados digitales, aceptación y autorización de solicitudes de cancelación de certificados digitales.

Las entidades de certificación peruanas deben contar con un registro de todos los certificados emitidos por ellas en el que se determine el estado de cada uno de ellos. En este registro se podrá constatar también la clave pública del titular de un certificado. La información del registro debe estar disponible al público en forma permanente, el cual tendrá acceso al mismo por medios telemáticos. Las entidades de certificación peruanas deben ser inscritas en un Registro Público que deberá ser establecido por el Ejecutivo.

Chile: Los prestadores de servicios de certificación pueden ser personas jurídicas nacionales o extranjeras, públicas o privadas, domiciliadas en Chile o en otro país que hayan sido acreditadas de conformidad con la ley. Deberán



UNIVERSIDAD DE CUENCA

otorgar certificados de firma electrónica, sin perjuicio de los demás servicios que puedan realizar, pero no se determina cuales son esos otros servicios.

Venezuela: Determina el cumplimiento de los mismos requisitos previstos en las demás leyes para las personas naturales o jurídicas que deseen prestar servicios de certificación. Así mismo concede esta facultad de prestar servicios de certificación a entidades y organismos estatales, los cuales contarán con autonomía económica y administrativa.

En este aspecto, a diferencia de las leyes española, colombiana, chilena y venezolana, en nuestra ley no se establece expresamente la posibilidad de que los organismos o instituciones estatales presten dicho servicio, pero se entiende que quedan permitidos de hacerlo, siempre que cumplan con todos los requisitos establecidos en la ley.

4.5 Notarías Virtuales

Es fundamental que las diferentes legislaciones sobre comercio electrónico, firmas electrónicas, mensajes de datos, documentos electrónicos, abran la posibilidad de que los notarios públicos puedan ejercer sus funciones por medios electrónicos, caso contrario grandes negociaciones que deban cumplir con el requisito de ser realizadas mediante escritura pública, quedarían fuera del campo del comercio electrónico, básicamente las transacciones que se lleven a cabo sobre bienes inmuebles como hemos dicho anteriormente. Se ha llegado a hablar de la figura del cibernotario, el cual podría ejercer todas sus funciones por medios electrónicos, adjuntando él también en el documento electrónico su rúbrica y sello digital, rúbrica que evidentemente será reconocida por una entidad de certificación acreditada. Conocemos que en determinados países la figura del cibernotario, o las cibernotarías funcionan adecuadamente.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

El cibernetario es una propuesta anglosajona que propone una combinación de conocimientos legales y técnicos en una sola especialización, de manera que los cibernetarios deberán conjugar estas dos ramas del conocimiento a fin de prestar un servicio que armonice el sistema de Common Law y el sistema del Notariado Latino, creando seguridad y confianza entre sus usuarios.

La propuesta cibernetario ofrece dar solución práctica y jurídica a los desafíos que la tecnología presenta en lo que a exteriorización de la voluntad por medios electrónicos se refiere, y que supone la celebración de contratos entre ausentes perfeccionados por medio de un sistema telemático o informático.

Estados Unidos de América: Es precisamente en este país en el que se origina el proyecto cibernetario patrocinado por el Cybernotary Committee de la American Bar Association con el objeto de eliminar la falta de seguridad en las transacciones electrónicas. Tiene su origen en la dificultad que se presentaba en el hecho de que una gran cantidad de documentos elaborados en Estados Unidos eran rechazados por autoridades legales o registrales de otros países, esto debido a las diferencias procedimentales y legales que existen entre los diferentes países sobre el cumplimiento de solemnidades o formalidades en el perfeccionamiento de contratos. En las negociaciones a gran escala, o en el comercio mayoritario, los empresarios estadounidenses se han visto forzados a obtener asesoramiento legal en otro país cuando necesita hacer negocios con empresarios de ese país, lo que consecuentemente encarece la transacción. Estas diferencias procedimentales y legales se dan en virtud de que, como sabemos, Estados Unidos pertenece al common law y muchos otros países con los que existen relaciones comerciales, pertenecen a la familia de derecho romano.

Para su funcionamiento se deberá crear una oficina cuasi pública, denominada "CyberNotario", la que tendrá la función de combinar experiencia legal y técnica en una sola especialización.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Este proyecto plantea que el cibernotario deberá asemejar la función cibernotarial a la de un notario tradicional, así los actos y contratos celebrados ante el cibernotario serán reconocidos y surtirán efectos jurídicos fuera de los Estados Unidos. Además plantea que del cibernotario tendrá capacidad de certificación y autenticación electrónicas.

Para que el cibernotario esté en capacidad de certificar y autenticar electrónicamente transacciones comerciales realizadas por medios electrónicos, deberá tener un alto grado de especialización en seguridad dentro de las tecnologías de la información y el conocimiento, solo así las certificaciones y autenticaciones que éste efectúe serán aceptadas, tendrán validez y producirán efectos jurídicos en los Estados Unidos y en otros países.

Ya se ha mencionado que la forma por la cual se puede hacer viable el establecimiento de cibernotarías y la acción de cibernotarios es a través de la firma electrónica, ya que con ella el cibernotario podrá certificar la identidad del emisor de un mensaje de datos para evitar el posterior repudio del mensaje, así mismo podrá dar seguridad del contenido del mensaje y de que éste no ha sufrido alteración alguna, y por último dará fecha y hora a su intervención como notario a fin de lograr la protocolización con fines de archivo.

México: Este país es un ejemplo de legislación referente a la realización de transacciones comerciales, actos, contratos o manifestaciones de voluntad por medios electrónicos en los que debe intervenir la acción notarial, a partir del Decreto de 29 de mayo del 2000 mediante el cual se introducen reformas en materia de comercio electrónico al Código Civil Federal, al Código Federal de Procedimientos Civiles, al Código de Comercio y a la Ley Federal de Protección al Consumidor³³, no sólo se discute doctrinalmente el papel del

33 SÁNCHEZ MUÑOZ, Viviana Cristina. El Notario ante el Impacto Tecnológico de la Informática y las Telecomunicaciones. URL: <http://www.alfa-redi.org/miembro.shtml?x=9898>, quien cita a LEAL,



UNIVERSIDAD DE CUENCA

fedatario público en los actos y negocios jurídicos por medios electrónicos, sino que se empiezan a elaborar disposiciones concernientes a instituciones tan importantes como el Protocolo Notarial.

México cuenta además con la Ley Modelo sobre Garantías Mobiliarias, la que igualmente tiene que ver con los instrumentos públicos. El mencionado cuerpo legal enumera los requisitos mínimos que deberá tener la escritura pública de constitución de la garantía mobiliaria en su artículo 7, el mismo que reza: “La escritura podrá hacerse a través de cualquier medio fehaciente que deje constancia del consentimiento de las partes en la constitución de la garantía, incluyendo el télex, telefax, intercambio electrónico de datos, correo electrónico y medios ópticos o similares, de conformidad con las normas aplicables en esta materia.”³⁴

Por su parte el Código Civil Federal establece que: “en los casos en que la ley establezca como requisito que un acto jurídico deba otorgarse en instrumento ante fedatario público, éste y las partes obligadas podrán generar, enviar, recibir, archivar o comunicar la información que contenga los términos exactos en que las partes han decidido obligarse, mediante la utilización de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, en cuyo caso el fedatario público, deberá hacer constar en el propio instrumento los elementos a través de los cuales se atribuye dicha información a las partes y conservar bajo su

HUGO. El protocolo del cibernetario. Aguascalientes. Abril 2001 hugolealneri@yahoo.com. Fecha de consulta: 14 de abril de 2009.

³⁴ SÁNCHEZ MUÑOZ, Viviana Cristina. El Notario ante el Impacto Tecnológico de la Informática y las Telecomunicaciones. URL: <http://www.alfa-redi.org/miembro.shtml?x=9898>, quien cita a DI MARTINO, ROSA ELENA. El notariado de tipo latino en la contratación electrónica. II Congreso Mundial de Derecho Informático. Madrid. Mayo 23 al 27 de Septiembre del 2002. Fecha de consulta: 14 de abril de 2009.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

resguardo una versión íntegra de la misma para su ulterior consulta, otorgando dicho instrumento de conformidad con la legislación aplicable que lo rige”³⁵.

Finalmente el Código de Comercio mexicano dispone que: “en los casos en que la ley establezca como requisito que el acto jurídico deba otorgarse en instrumento ante fedatario público, éste y las partes obligadas podrán, a través de mensajes de datos, expresar los términos exactos en que las partes han decidido obligarse, en cuyo caso el fedatario público, deberá hacer constar en el propio instrumento los elementos a través de los cuales se atribuyen dichos mensajes a las partes y conservar bajo su resguardo una versión íntegra de los mismos para su ulterior consulta, otorgando dicho instrumento de conformidad con la legislación aplicable que lo rige”.³⁶

Las disposiciones transcritas contenidas en la legislación mexicana nos llevan a decir que no se habla de la figura de un “cibernotario”, sino que se refieren a que las actuaciones de los notarios pueden efectuarse por medios electrónicos con el cumplimiento u observancia de ciertas formalidades como que el fedatario público haga constar en el instrumento que legaliza o autoriza los elementos a través de los cuales se atribuyen dichos mensajes a las partes y conservar bajo su custodia una versión original e inalterada de los mismos para su posterior consulta, además deberá otorgar dicho instrumento de conformidad con la legislación aplicable.

Cuba: La legislación cubana en materia notarial es bastante similar a la ecuatoriana, pues como se ha dicho, al tratarse de países que han adoptado el sistema notarial de tipo latino, se basan en los mismos principios, forma de ejecutar la actividad notarial, forma de llevar el sistema de archivo y

³⁵ SÁNCHEZ MUÑOZ, Viviana Cristina. El Notario ante el Impacto Tecnológico de la Informática y las Telecomunicaciones. URL: <http://www.alfa-redi.org/miembro.shtml?x=9898>, quien cita a LEAL, HUGO. El protocolo del cibernotario. Aguascalientes. Abril 2001 hugolealneri@yahoo.com. Fecha de consulta: 14 de abril de 2009.

³⁶ Idem.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

conservación de los documentos autorizados por los notarios, entre otros. En lo que se refiere al protocolo que deben llevar los notarios, la legislación cubana estipula que: “el protocolo y los documentos que lo integran no pueden ser extraídos del local que ocupa la notaría, oficina notarial o archivo provincial de protocolos notariales en que se custodian...”. Sin embargo no debería entenderse esta disposición -que en casi idéntico texto se contempla en otras legislaciones incluida la nuestra- como limitante del protocolo notarial electrónico, pues lo que la Ley dice es que en la notaría se debe conservar “un” documento, sabiendo que actualmente el documento electrónico goza de equivalencia funcional respecto del documento contenido en soporte físico, entonces el notario sería responsable de la custodia del documento electrónico, de su conservación y reproducción, tal y como lo hace con los documentos físicos, adoptando eso sí las medidas de seguridad necesarias para su integridad, autenticidad y confidencialidad.

El protocolo implica la existencia de un conjunto de documentos originales firmados por los comparecientes y por el notario, la falta de confianza para el caso del protocolo proviene del escaso hábito de utilización de documentos en soporte electrónico y firmados electrónicamente a través de mecanismos que dados los avances tecnológicos, hacen posible cumplir con los requisitos de escrituración, de originalidad y de firma, con lo cual podría pensarse en la existencia de un protocolo notarial electrónico que cumpliría con las funciones del actual protocolo, el de archivo de información auténtica, íntegra, fiable, susceptible de ulterior consulta y reproducción exacta cuando se soliciten copias de los actos, contratos y en general de las declaraciones de voluntad celebradas u otorgadas ante notario público.

Colombia: En Cartagena de Indias (Colombia) se llevó a cabo un seminario en el que se trató el tema “*La Titulación de la Propiedad y la Seguridad de las transacciones Inmobiliarias el Siglo XXI*”, celebrado del 28 de septiembre al 2 de octubre de 2009, con la participación de: Chile, España, México, Paraguay,



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Venezuela, Perú, Colombia, Bolivia, Argentina, y Costa Rica, lamentablemente Ecuador no estuvo presente.

En este tema se logró llegar a conclusiones de mucha importancia para la actividad notarial, entre las que interesan a la materia de nuestro estudio podemos mencionar la promoción del empleo intensivo y habitual de los medios modernos de comunicación telemática y firma electrónica, tanto para la circulación de los documentos como para el cumplimiento de las obligaciones fiscales que como oficiales públicos o funcionarios les incumben.

Perú: En este país existe una figura bastante interesante que ha sido objeto de alabanzas por parte de aficionados o seguidores, así como de enérgicas críticas por parte de sus detractores, se trata del “Fedatario Juramentado con Especialización en Informática”. Esta figura fue creada en 1991 mediante Decreto Legislativo. Mediante esta institución las industrias, sociedades e instituciones privadas, pueden trasladar sus documentos contenidos en papel y registrarlos en archivos electrónicos, digitales o de otra índole que permitieran la conservación e inalterabilidad del contenido, autorizando la destrucción el documento original plasmado en el papel. Incluso los libros contables y otros originales con repercusión tributaria, podían ser trasladados a medios magnéticos con posterior desaparición del documento original en papel. Sin lugar a dudas esta disposición resultó ser revolucionaria y colocaba al Perú en un lugar privilegiado como un país de iniciativa legislativa en materia electrónica, sin embargo, en el camino los peruanos han ido encontrando obstáculos que han desvirtuado las bondades de este sistema, lo que ha hecho que aún se dude de su eficacia. Explicaré brevemente su funcionamiento.

En el Perú es catalogado como Fedatario, el funcionario público de la administración estatal (sea del gobierno central, regional o local) que ejerce sus facultades asignadas por la institución en la que brinda sus servicios. Estas facultades consisten, entre otras en sellar y dejar constancia que el Fedatario



UNIVERSIDAD DE CUENCA

ha tenido a la vista documentos originales (en soporte papel o similar) que en copia deja el administrado para que se inicie algún trámite administrativo.³⁷

Por esta concepción es que Abel Marcial Oruna Rodríguez opina que “la administración pública peruana ha atribuido poca o nula credibilidad a aquel funcionario que no hace sino ejercer una facultad encargada por el estado para reducir los costos de presentar los originales en un trámite procedimental reemplazándolos por copias en las que inserta su signatura y sello y deja constancia de su “capacidad fedante”.³⁸

Dada ya la descripción de los que es el Fedatario Juramentado, cabe aclarar que su función no debe equipararse a la del notario, pues éste se encuentra investido por el Estado para dar fe pública de los actos y contratos que ante él se celebran. Mientras que el campo de acción del Fedatario Juramentado se limita a los actos realizados mediante el uso de equipos de nueva tecnología, por lo tanto el Fedatario Juramentado no puede autorizar escrituras públicas, hacer reconocimientos de firmas, etc. Dadas sus limitadas funciones solamente redacta cuatro tipos de actas: acta de apertura, acta de cierre, acta de retoma y acta de comprobación. Otorga testimonio de dichas actas y finalmente, autentica las copias impresas de las microformas.³⁹

Los notarios no se ven gravemente amenazados por los fedatarios juramentados, y es que los proyectos que desde hace tiempo se vienen desarrollando sobre la escritura electrónica, los partes notariales y la

³⁷ ORUNA RODRÍGUEZ, Abel Marcial. ¡Más fe en nuestro papel! ¿Para qué un fedatario juramentado con especialización en Informática? URL: <http://www.alfa-redi.org/miembro.shtml?x=3634>. Fecha de consulta: 15 de mayo de 2009.

³⁸ Idem.

³⁹ VELARDE KOECHLIN, Carmen. El Fedatario Particular Juramentado en Informática: Institución Peruana al servicio de una solución global. URL: <http://www.alfa-redi.org/miembro.shtml?x=236>. Fecha de consulta: 15 de mayo de 2009.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

coordinación con Registros Públicos hace que los notarios vean asegurado su campo de acción.

A los fedatarios juramentados se les denominó posteriormente “Fedatario Juramentado con Especialización en Informática” dado el grado de especialización que adquieren al capacitarse para la obtención de dicho título, pues como se ha dicho, sus funciones se circunscriben única y exclusivamente a dar fe de la transformación de documentos físicos en digitales, por lo que requieren de conocimientos técnicos además de los legales. Por otro lado, para el ejercicio de sus funciones de fedante y productor de microformas el Fedatario Juramentado con Especialización en Informática además de su preparación como profesional, necesita adecuados equipos tecnológicos con los que debe operar, lo que a decir de los peruanos encarece el servicio prestado.

Hemos hecho referencia a la denominada “microforma”, es necesario entonces para un mejor entendimiento de las funciones del Fedatario Juramentado con Especialización en Informática, transcribir la definición que sobre ella da el Decreto Legislativo que creó dicha institución:

“Microforma: Imagen reducida y condensada, o compactada, o digitalizada de un documento, que se encuentra grabado en un medio físico técnicamente idóneo, que le sirve de soporte material portador, mediante un proceso fotoquímico, informático, electrónico, electromagnético, o que emplee alguna tecnología de efectos equivalentes, de modo que tal imagen se conserve y pueda ser vista y leída con la ayuda de equipos visores o métodos análogos; y puede ser reproducida en copias impresas, esencialmente iguales al documento original”.⁴⁰

⁴⁰ Decreto Legislativo N° 681, artículo 1, Perú.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

De acuerdo a la legislación peruana una microforma creada en presencia del Fedatario Juramentado con Especialización en Informática tiene validez jurídica para ser utilizada en procedimientos administrativos y judiciales.

Para realizar el proceso de pasar el documento en soporte papel hacia un soporte magnético deben seguirse los siguientes pasos:

Los equipos informáticos a utilizarse en el procedimiento de digitalización (es decir, el software y el hardware) deben contar con un certificado de idoneidad técnica otorgado luego de la evaluación efectuada por la Comisión de Reglamentos Técnicos y Comerciales del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI, este certificado tiene la finalidad de avalar y dar seguridad respecto de que los equipos utilizados cuenten con un determinado nivel de calidad que garantiza la inalterabilidad, integridad y nitidez del documento. Las empresas que deseen transferir el texto de sus documentos en soporte papel hacia un documento electrónico contenido en las memorias de dispositivos de nueva tecnología, requerirán de equipos adecuados. De no poseerlos, podrán arrendar los equipos o contratar los servicios de una empresa especializada en procesos de micrograbación, lo que, como mencioné anteriormente hace que los costos de este servicio suban.

Como se había dicho, el Fedatario Juramentado con Especialización en Informática levanta cuatro actas, la correspondiente al inicio del proceso es el acta de apertura del procedimiento de digitalización de imagen. Este procedimiento es denominado por el Decreto Legislativo N° 681 como proceso de "micrograbación".

Puede suceder que el soporte magnético en el que se almacenan los documentos digitalizados llega a su máxima capacidad, es decir se llena, en ese caso es necesario comenzar con un nuevo soporte magnético, allí el Fedatario levanta la segunda acta correspondiente al cierre del primer soporte,



UNIVERSIDAD DE CUENCA

cuando se reinicie el proceso levantará la tercera acta denominada acta de retoma.

Una vez concluido el procedimiento de digitalización de documentos o imágenes, el Fedatario emite un acta de conformidad o comprobación, mediante la cual da fe del procedimiento realizado, en ella se expresará la cantidad de soportes magnéticos utilizados y la cantidad de documentos digitalizados. Cada una de las actas levantadas por el Fedatario debe ser digitalizada en los soportes magnéticos utilizados.

La imagen que queda en el soporte magnético se convierte ahora en el documento original, pudiendo ser destruidos los documentos en soporte papel, según lo faculta la Ley. En caso de necesitarse la impresión en soporte papel de una copia del documento digitalizado, el Fedatario Juramentado con Especialización en Informática sentará razón y dejará constancia de que el documento impreso es fiel copia del original que se encuentra contenido en el soporte magnético. La copia es denominada "microduplicado".

Es importante mencionar que para que las instituciones públicas puedan digitalizar sus documentos para almacenarlos en soportes magnéticos y destruir los originales contenidos en soporte papel, deben obtener la respectiva autorización. El Decreto Legislativo N° 827 amplía los alcances del Decreto Legislativo N° 681 a las entidades públicas. Si bien menciona a las entidades públicas comprendidas en el Gobierno Central, se entiende que también se amplía a las demás instituciones del Estado tales como las entidades del Poder Legislativo y del Poder Judicial. Mediante este proceso de micrograbación se economizaría infinidad de espacio en las instituciones públicas, se garantizaría la conservación de la información, pues no sería susceptible de deterioro por el transcurso del tiempo ni de destrucción a causa de incendio, inundación o sustracción de la información. Pienso que para asegurar lo antes manifestado se podría guardar un respaldo del soporte magnético en una oficina nacional de archivo.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Una interesante novedad en Perú es que el Colegio de Notarios de Lima (CNL), ha desarrollado e implementado un sistema de firma electrónica y digital que se aplicará al papel notarial que se utiliza para las escrituras públicas, con el fin de dotar de más elementos de seguridad a los documentos que se expiden en las notarías.

Con este nuevo sistema el papel de registro notarial, va a ser imposible de falsificar. Este mismo sistema se utilizará en los formularios de permiso de viaje de menores de edad, en el marco de la firma de un convenio con el Ministerio del Interior para que los permisos de viaje de menores puedan ser comprobados en línea en el momento en que se emiten, con el fin de luchar contra el tráfico y la trata internacional de menores y los delitos contra el orden migratorio.⁴¹

De lo analizado en las diferentes legislaciones se desprende que el único país que habla de “cibernotario” es Estados Unidos de América, posiblemente se debe a la necesidad de este país de relacionarse con los demás países que no forman parte del common law, sino que se rigen por un sistema de derecho romano-germánico. Se ha evidenciado que los países de América Latina prefieren regular la utilización por parte de los notarios, de tecnologías de la información y el conocimiento, de medios electrónicos, de procesos técnicos, digitales, automatizados, han preferido legislar en torno al empleo de tecnologías en la actividad notarial, evitando crear una figura hasta cierto punto forzada como es la del cibernotario latino, más bien deberíamos procurar que el sistema notarial de tipo latino permanezca vigente y que sus principios sean aplicables aún en los actos y contratos que se otorguen por medios electrónicos.

⁴¹ Fuente: Proveedor de Información de ElNotariado.com: Colegio de Notarios de Lima (CNL). Ingresado por ONPI - 30/10/2009.

URL: <http://www.uinl.net/dosieres.asp?idioma=esp&submenu=ACTUALIDAD>. Fecha de consulta 25 de enero de 2010.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

CONCLUSIONES

Como se ha dicho a lo largo del presente estudio, nuestro sistema de derecho exige el cumplimiento de solemnidades para el perfeccionamiento de ciertos contratos, solemnidades tales como la instrumentación del acto o contrato en documento público (escritura pública) y la inscripción en un registro público. Del análisis efectuado se ha determinado que la utilización de medios electrónicos en la actividad notarial y registral ha generado controversias y dificultades, pues aún resulta difícil que las solemnidades a las que están sujetos determinados contratos se cumplan cabalmente en las transacciones por medios electrónicos. De todo lo estudiado podemos decir que la función notarial no debe cambiar, pero sí debe hacerlo la técnica notarial. El notario debe adaptar su función al uso de nuevas tecnologías de la información y el conocimiento. Al notario le corresponde enfrentar el difícil desafío de la migración del documento escrito al informático, pasando de un soporte material a un soporte digital, manteniendo los fines de permanencia, validez y eficacia propios del ejercicio notarial, así mismo se tratará de conservar y mantener los principios rectores del sistema de notariado latino, pues este sistema es el más adecuado a la naturaleza de la actividad notarial, así lo demuestra el hecho de que China esté cambiando su sistema notarial al de tipo latino por las bondades y virtudes que este presenta, otro ejemplo es el hecho de que en el Proyecto Cyber-Notary estadounidense se pretenda conjugar en el nuevo notario a aquel que tiene facultades certificadoras (anglosajón) con aquel que tiene facultades autenticadoras y de fe pública (tipo latino).

Debemos procurar que los principios de la actividad notarial sean perfectamente adaptados a las nuevas tecnologías a fin de que no se pierda la inmediatez o intermediación, el asesoramiento, la unidad de acto concebida como unidad de consentimiento, etc. La aparición de nuevas tecnologías no debería generar cambios en sistemas tan antiguos y con tanta historia como el notarial y el registral, más si debería servir de herramienta de desarrollo y eficiencia en la prestación del servicio a través de la optimización de tiempo y recursos. Los



UNIVERSIDAD DE CUENCA

servicios que los notarios presten en materia de actos y negocios jurídicos por medios electrónicos tendrían la suerte de valor agregado en la actividad notarial. En la actualidad resulta necesario que los notarios sean innovadores y presten servicios por medios electrónicos, siempre sujetos a la Ley.

Sin embargo existen todavía ciertas barreras a derribar a fin de que los ciudadanos, notarios y registradores ecuatorianos apliquen medios electrónicos en sus actividades y negocios jurídicos, se debe crear confianza en el usuario del servicio, pero para ello es necesario que principalmente los notarios luchen contra diversos factores que impiden la actualización de la actividad notarial, entre ellos:

- La sociedad ecuatoriana aún no está habituada a emplear tecnología en su vida económica-transaccional. Los ecuatorianos nos hemos limitado a usar el Internet como medio de investigación y entretenimiento, y, el correo electrónico como medio de comunicación personal y laboral, lo cual evidentemente ha optimizado las labores de los ciudadanos, el correo electrónico en el ámbito laboral ha permitido que se ahorre tiempo y recursos en las oficinas. Volviendo al tema de estudio, debo decir que los ecuatorianos no efectuamos declaraciones de voluntad ni contratos por medios electrónicos por diversas razones: falta de conocimiento, falta de confianza, falta de recursos, falta de legislación protectora de derechos, en fin, no cabe profundizar en ello, simplemente he intentado crear conciencia de que la sociedad ecuatoriana aun no ha alcanzado un adecuado desarrollo en el uso de tecnología en su actividad mercantil y de comercio.
- No existe una cultura de uso de tecnología en el quehacer de la sociedad ni de las demás instituciones intervinientes en los actos y negocios jurídicos que se celebran ante notario público, las que tampoco han adecuado sus servicios a sistemas informáticos de intercambio de datos. En este punto debo mencionar que en la prestación de servicios notariales, intervienen otros actores como el Registro Civil, las



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Municipalidades, el Servicio de Rentas Internas, el Registro de la Propiedad, el Registro Mercantil, la Superintendencia de Compañías, todas estas son instituciones relacionadas con las notarías, cada una ejerce una función en los distintos actos y contratos que se generan en ellas, sin embargo ninguna de estas instituciones cuenta con un sistema informático lo suficientemente desarrollado como para que el ciudadano o el notario pueda obtener en línea determinado documento necesario para el otorgamiento de una escritura pública.

- Otra limitación para el empleo de tecnología en la actividad notarial consiste en el factor psicológico que influye en que los notarios se resistan a dar fe de actos y contratos elaborados con la intervención de medios electrónicos. En una profesión de tanta responsabilidad como es la del notario, en la cual la previsión y la cautela son fundamentales, resulta complicado que los notarios que aún no tienen un conocimiento cabal de la tecnología como herramienta de trabajo, se “arriesguen” por así decirlo, a hacer las funciones de un cibernotario, pretendiendo no extender su ámbito de acción al mundo virtual, sino limitarse al mundo terrestre.
- La falta de conocimientos tanto técnicos como legales es otro de los factores que limita la actividad notarial en el ciberespacio. Actualmente resulta imperativo que los notarios posean conocimientos técnicos a manera de especialización. Así mismo es imperativo que la función judicial, las universidades, colegios profesionales, o cualquier institución capacite tanto a notarios como a abogados respecto de la aparición de las tecnologías de la información y el conocimiento y su aplicación en la vida jurídica de la sociedad a fin de que se familiarice a estos profesionales con la era digital y se rompa el miedo que tienen gracias a la ignorancia en la materia.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

- La falta de regulación, o la regulación incipiente o inadecuada han hecho que los notarios, abogados y ciudadanos aún no confíen en efectuar negocios en red, pues se piensa que independientemente de los conocimientos y la capacitación que se obtenga, si la legislación no es clara, completa o adecuada, no vale la pena aplicar medios electrónicos en los negocios jurídicos.
- Finalmente debo referirme al factor económico y de infraestructura. Para que los notarios estén dispuestos a aplicar tecnología en su actividad, deberán hacer inversiones considerables, pues requieren contar con hardware y software adecuado, Internet, además de la capacitación que deben recibir ellos y su personal, y el constante mantenimiento que debe dar a las redes y equipos, lo cual una vez más ha hecho pensar a los notarios si esa inversión vale la pena actualmente en una sociedad poco acostumbrada al uso de medios informáticos, la misma que –aún- no exige a los notarios su adecuación a la era digital.

Las nuevas tecnologías de la información y el conocimiento, al ser aún parcialmente desconocidas, justificadamente generan desconfianza y temor en su utilización, principalmente por parte de aquellas personas sobre la cuales el Estado ha depositado facultades especiales, como los notarios, jueces, registradores, funcionarios todos llamados a velar por la seguridad jurídica en las relaciones de la sociedad. Sin embargo, es importante decir que la creación de firmas electrónicas, de entidades de certificación acreditadas, reguladas y controladas por el Estado, son medios de autenticación de información y de identidad de quienes comparecen a celebrar un contrato vía electrónica, así como de la autoridad llamada a dar fe del acto o contrato que ante sí se celebra. Dichos mecanismos de autenticación fortalecen la seguridad jurídica que se debe brindar a la contratación electrónica. Motivo por el cual cabe concluir que los contratos podrán ser celebrados por medios electrónicos siempre que a ellos se anexe o lógicamente asocie la firma electrónica de los comparecientes así como la del notario, mismas que deberán



UNIVERSIDAD DE CUENCA

ser emitidas por una entidad certificadora de información que avale y certifique que la firma ha sido generada mediante procedimientos técnicamente seguros y que es válida, es decir que está vigente, todo ello a fin de que mediante ellas se asegure la identidad de los comparecientes así como la aceptación que éstos hacen del contenido del contrato.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

RECOMENDACIONES

El desarrollo de la tecnología y su aplicación en la vida jurídico-comercial de la sociedad ha traído como consecuencia la emisión de normativa lo suficientemente capaz (en algunos casos) de proporcionar seguridad a las transacciones que se realizan por medios electrónicos, sin embargo aún no se han derribado completamente las barreras que impiden un mayor avance del comercio electrónico en nuestra sociedad. Aún existen factores culturales, sociales, económicos, psicológicos, entre otros, que deben ser superados a fin de que esta modalidad de hacer negocios encuentre cabida y correcta aplicación en nuestro medio.

Se debe impulsar la utilización de medios electrónicos en la prestación de servicios públicos con el objeto de agilizar o facilitar la obtención de ciertos documentos y la elaboración de otros. En el presente trabajo se ha evidenciado que la exigencia del cumplimiento de solemnidades para ciertos actos y contratos, impiden o limitan el empleo de medios electrónicos en ellos, sin embargo la misma tecnología se ha encargado de que con el transcurrir del tiempo se vayan encontrando mecanismos que faciliten o permitan la celebración de contratos por medios electrónicos. Como se ha dicho anteriormente, la creación de firmas electrónicas, de entidades de certificación acreditadas, reguladas y controladas por el Estado, son medios de autenticación de información y de identidad de quienes comparecen a celebrar un contrato vía electrónica, así como de la autoridad llamada a dar fe del acto o contrato que ante sí se celebra.

Pero, más allá del aspecto netamente notarial, debo decir que para que todo el procedimiento contractual funcione correctamente, es necesario que no solo la función notarial, sino también otras instituciones, empleen medios electrónicos en la prestación de sus servicios, de manera que con un sistema integrado de intercambio electrónico de información, la celebración de contratos por medios electrónicos encontraría mayor acogida. Por ejemplo el Registro Civil podría en



UNIVERSIDAD DE CUENCA

línea conferir al notario datos sobre la identidad de quien esté ante su ministerio requiriendo su servicio cuando éste demande verificar algún dato, así mismo el notario podría notificar al Registro Civil respecto de algún acto que ante él se haya producido para que se efectúe la correspondiente marginación a fin de que surta efectos de manera inmediata, como en el caso de divorcios, disolución de la sociedad conyugal, emancipaciones voluntarias, reconocimientos de paternidad, etc. El usuario por su parte podría obtener de manera más ágil partidas de defunción, nacimiento, etc.

En el caso de las Municipalidades los usuarios podrían obtener los certificados de avalúo municipal o certificados de no adeudar al municipio de manera inmediata a través de la web, sin necesidad de hacer largas colas; por su parte el notario estaría en capacidad de verificar datos catastrales accediendo al sistema.

En el Servicio de Rentas Internas, los usuarios podrían realizar declaraciones de impuestos a las herencias u obtener certificados liberatorios de herencias, según el caso.

En cuanto al Registro de la Propiedad, los usuarios podrían obtener certificados de forma más ágil y cómoda tal como hemos visto que se funciona en Uruguay, así mismo podrían acceder tanto los ciudadanos como el notario al historial de los bienes así como a la información respecto de los gravámenes que pesen sobre ellos a fin de tener mayor seguridad al momento de celebrar un contrato. De esta forma, el notario, antes de redactar una escritura pública que requiera inscripción en el registro, como por ejemplo la compraventa de un inmueble, puede verificar en tiempo real la situación jurídica del mismo y recíprocamente puede hacer que la escritura sea oponible a través de la comunicación correspondiente al Registro de la Propiedad.

En relación al Registro Mercantil y la Superintendencia de Compañías, si es que existiera un sistema informático de interconexión, la constitución de



UNIVERSIDAD DE CUENCA

compañías, aumentos de capital, sustitución de administradores, disolución y liquidación de compañías serían mucho más rápidos y seguros, pues todo lo que se haga en cualquiera de esas tres dependencias sería conocido inmediatamente por las demás, pudiendo el notario y el registrador de manera inmediata marginar cualquier modificación en la situación jurídica de las compañías. De esta forma una sociedad puede ser operativa dentro de las 24 horas del otorgamiento de la escritura pública de su constitución.

En definitiva vemos que si existiesen sistemas informáticos de interconexión e intercambio de datos, el uso de medios electrónicos en la actividad jurídica de la sociedad sería mayor.

A medida que la sociedad entera vaya habituándose a la utilización de medios electrónicos en las actividades cotidianas, posteriormente se irán empleando a la vida comercial, permitiendo que las normas que regulan el comercio electrónico sean aplicables en nuestro medio y permitiendo a su vez que se faciliten y agilicen las transacciones a distancia que hacen los particulares.

Las formalidades requeridas para el perfeccionamiento de contratos en nuestra legislación hacen referencia a la forma escrita, recepción personal de las declaraciones de voluntad, la presentación de copias auténticas, la necesidad de la firma de los notarios y registradores, la obligación de llevar protocolos, libros índice, repertorios, etc., lo cual proviene de las formas tradicionales de archivo y verificación de identidad. Estos requisitos quedan cumplidos con lo establecido en la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, motivo por el cual una vez que se eliminen las barreras culturales, psicológicas y de infraestructura que a mi criterio son las principales causas del escaso desarrollo del comercio electrónico en nuestro país, estaríamos en plena capacidad de efectuar por medios electrónicos o informáticos cualquier tipo de actos y contratos, incluso aquellos que requieren el cumplimiento de solemnidades como la de elevación a escritura pública o la inscripción en un registro público.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

BIBLIOGRAFÍA

- Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449. 20 de octubre de 2008.
- Código Civil.
- Código de Procedimiento Civil.
- Ley Notarial.
- Ley de Registro.
- Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos.
- Reglamento General a la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos.
- Código Civil Peruano.
- Decreto Legislativo N° 681. Perú.
- Ley del Notariado para el Distrito Federal.
- CARRASCO VINTIMILLA, Francisco. Tesina “Principios de Asesoramiento e Imparcialidad en la Ley Notarial Ecuatoriana”. Tutor: Dr. Homero Moscoso Jaramillo. 2007.
- ASTUDILLO PESÁNTEZ, Fernanda. Tesis “Derecho Registral de Bienes: Principios, Evolución e Importancia”. Tutor: Dr. Remigio Auquilla Lucero. 2009.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

- CARRASCO PIEDRA, Consuelo. Tesis “Comercio Electrónico”. Tutor: Dr. Juan Morales. 2002.
- Enciclopedia Microsoft Encarta 2009 Biblioteca Premium.
- CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. Editorial Heliasta. 2003.
- MENÉNDEZ MATO, Juan C. La Oferta Contractual. Editorial Aranzadi, Pamplona, 1998.
- Normas Interamericanas Uniformes sobre Documentos y Firmas Electrónicas. URL: <http://www.natlaw.com/hndocs/iaredsbiling.pdf>. Fecha de consulta: 23 de noviembre de 2009.
- HAYES, David. The enforceability of shrinkwrap license agreements on-line and off-line, 1997. URL: <http://www.fenwick.com/pub/shrinkwrap.htm>.
- VALDIVIESO BERMEJO, Carlos. Tratado de las Obligaciones y Contratos. Libro IV del Código Civil. Primera Edición 2005, Editorial Offset GRAFIMUNDO.
- MORENO NAVARRETE, Miguel Ángel. Contratos electrónicos. Madrid, Marcial Pons, 1999.
- ARRACHE MURGUÍA, José Gerardo. El Notario Público. Función y desarrollo histórico. URL: <http://www.monografias.com/trabajos20/notario-publico/notario-publico.shtml>. Fecha de consulta: 20 de noviembre de 2009.
- GATTARI, Carlos N. Abogado, Escribano, Juez, Mediador, Registrador.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Artículo titulado El Comercio Electrónico en el Ecuador: Régimen Jurídico y Comentarios. Margarita Romero Rosales y Teodomiro Ribadeneira Molestina, quienes a su vez citan al tratadista Davara Rodríguez.

-GODOY LÓPEZ, Nancy. Historia del Derecho Notarial. URL:<http://www.monografias.com/trabajos16/derecho-notarial/derecho-notarial.shtml>. Fecha de consulta: 25 de enero de 2010.

- Derecho Informático Tomo IV. Editorial Fundación de Cultura Universitaria, Uruguay, 2004, Primera Edición.

- MOISSET de Espanes Luis. La Publicidad Registral. Palestra Editores, Lima, 2004.

- RAMIEREZ GRONDA, Juan D. Diccionario Jurídico. Editorial Occidente, Buenos Aires, 1968.

- ORBE, Héctor F. Derecho Registral Contemporáneo. Pudeleco Editores. Guayaquil – Ecuador.

- CABANELLAS, Guillermo, Diccionario de Derecho Usual. Madrid, España.

- GONZALEZ Barrón Gunther. Tratado de Derecho Registral Inmobiliario. Jurista Editores E.I.R.L, 2004.

- PLAZA de García Norma, Derecho Registral Mercantil, Senefelder, Guayaquil – Ecuador, 2006.

- PEÑARANDA QUINTERO, Héctor Ramón. Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente. URL: <http://www.monografias.com/trabajos41/conciliacion-cibernetica-procesal/conciliacion-cibernetica-procesal3.shtml>. Fecha de consulta: 26 de marzo de 2009.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

- MARTINEZ, Víctor C. Manual de Derecho Registral. Advocatus, Córdoba – Argentina, 2003.
- SÁNCHEZ MUÑOZ, Viviana Cristina. El Notario ante el Impacto Tecnológico de la Informática y las Telecomunicaciones. URL: <http://www.alfa-redi.org/miembro.shtml?x=9898>.
- ORUNA RODRÍGUEZ, Abel Marcial. ¡Más fe en nuestro papel! ¿Para qué un fedatario juramentado con especialización en Informática? URL: <http://www.alfa-redi.org/miembro.shtml?x=3634>.
- VELARDE KOEHLIN, Carmen. El Fedatario Particular Juramentado en Informática: Institución Peruana al servicio de una solución global. URL: <http://www.alfa-redi.org/miembro.shtml?x=236>.
- URL: <http://www.uinl.net/dosieres.asp?idioma=esp&submenu=ACTUALIDAD>.
- LOREDO A, ALEJANDRO. Contratos Telemáticos. Naturaleza Jurídica en la Legislación Mexicana. URL: <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=7176>
<http://www.natlaw.com/hndocs/iaredsbiling.pdf>. Fecha de consulta: 23 de febrero de 2010.