



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

"EL NOTARIO COMO AGENTE CERTIFICADOR EN LA
CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA Y EN LA CREACIÓN
DE LA FIRMA DIGITAL."

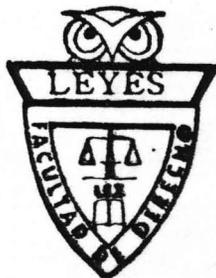
T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

VÍCTOR HUMBERTO ALCARAZ DÍAZ



ASESOR: DR. BERNARDO PÉREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO

CIUDAD UNIVERSITARIA D. F.

2004



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

La verdad de una teoría
está en la mente,
no en los ojos
Albert Einstein

Autorizo a la Dirección General de Bibliotecas de la
UNAM a difundir en formato electrónico e impreso el
contenido de mi trabajo recepcional.

NOMBRE: ALCARRAZ DÍAZ
VÍCTOR HUMBERTO
FECHA: 26 MAYO 2004
FIRMA: 

A Dios.

Por no abandonarme en la adversidad, por iluminarme en cada decisión y permitirme llegar a este momento determinante de mi vida.

A mi madre Consuelo Díaz Lara.

A quien debo mucho más que la vida, quien al ser padre y madre a la vez, ha sabido sacar adelante a su familia, y de quien he aprendido a no abandonar mis ideales y luchar por ellos día a día.

Me siento orgulloso de ser tu hijo.

Este logro es también tuyo.

Te quiero mucho.

A mi abuelita Adela Lara Díaz.

Sin tu amor, cuidados y ejemplo, probablemente no viviría este momento, eres parte fundamental de todo cuanto soy.

A mi mejor amigo, mi hermano Benjamín Román.

Compañero de mil batallas, esperando que nuestros lazos de fraternidad persistan siempre, y ser para ti no sólo tu hermano y tu amigo, sino también un ejemplo a seguir.

**A mi tía Inés Díaz Lara.
Mis primos: Marilú y Gonzalo.
A mis sobrinos.**

Por alentarme a seguir adelante y no detenerme, representando un apoyo invaluable en mi vida.

A Roberto Rubí Rubí.

Quien al ingresar al círculo de nuestra familia, ha sabido ganarse mi cariño y respeto, ha representado para mí un apoyo importante en esta etapa de mi formación.

**A mis abuelitos
Román Alcaraz Andrade y
Estela Gálvez de Alcaraz.**

Porque aunque quien nos une no esté presente, son parte determinante de mi vida, espero ser un motivo de orgullo para Ustedes cada día de nuestras vidas.

**A Martha, Leticia, Eugenia y Sara
Alcaraz Gálvez.**

Esperando ser motivo de orgullo para Ustedes y que nuestros lazos de sangre se afiancen más con el devenir del tiempo.

A mi Alma Mater la Universidad Nacional Autónoma de México

Verdadera madre intelectual, forjadora de los hombres y mujeres que con su esfuerzo dan lustre a la Patria, que a pesar de la adversidad sigue siendo la mejor Casa de Estudios de México y que por cuanto he recibido de ella, puedo decir con orgullo que soy universitario.

A la Facultad de Derecho. La mejor casa de estudios jurídicos de la Nación.

Por todo cuanto me ha dado en mi formación profesional, semillero de juristas comprometidos con México, ese maravilloso país a cuyo pueblo debo el orgullo de ser: universitario y abogado.

Al Dr. Bernardo Pérez Fernández del Castillo.

Por las atenciones dispensadas a mi persona durante la realización de este trabajo, mismo que también es producto de su esfuerzo como maestro.

**Al Notario David F. Dávila
Gómez.**

**Al Corredor Público Julio A.
Durán Gómez.**

De quienes he aprendido la importancia que los abogados tenemos en el quehacer cotidiano de la Nación, ambos ejemplo de lealtad y compromiso con los altos ministerios que ejercen.

A mis amigos y amigas, con quienes he compartido el invaluable regalo de la amistad quienes han sido y son parte de mi vida y de quienes he recibido apoyo incondicional en cada empresa realizada por difícil que fuera sin dejarme caer en la adversidad:

María Guadalupe Álvarez Cedillo.

Haydée Ruiz Martínez.

Mayra Alinares Hernández.

Marlene Torres Soto.

Fabiola Alejandra Soto Hernández.

Susana Ivonne Martínez Sánchez.

Miriam Espinosa Medina.

Jonathan Ernesto García Barrientos.

Alejandro Ferrel Bautista.

Edgar Martínez Cruz.

Gabriel Santiago López.

Josué Israel Rosales Soto.

Gerardo García Flores.

David Alejandro Solís Ibarra.

Héctor Francisco Ramírez Zaragoza.

Juan Francisco Ramos Hernández.

Blas González Jaramillo.

INDICE

INTRODUCCION

CAPÍTULO PRIMERO. EL CONTRATO Y EL NOTARIO.

1.1.- Concepto de Contrato como Acto Jurídico.	1
1.1.1.- Teoría Bipartita del Acto Jurídico.	2
1.1.2.- Teoría del Negocio Jurídico.	4
1.1.3.- El Contrato como Acto Jurídico.	5
1.2.- Elementos del Contrato.	6
1.2.1 Elementos del Contrato. El Consentimiento.	7
1.2.1.1. Sistemas de la formación del Consentimiento.	8
1.2.1.1.1 Sistema de la Declaración.	9
1.2.1.1.2 Sistema de la Expedición.	9
1.2.1.1.3 Sistema de la Recepción.	10
1.2.1.1.4 Sistema de la Información.	10
1.2.2 Elementos del Contrato. El Objeto.	10
1.2.3 Elementos del Contrato. La Solemnidad.	12
1.3.- Presupuestos del Contrato.	13
1.3.1. Presupuestos del Contrato. La Capacidad.	13
1.3.2. Presupuestos del Contrato. Voluntad libre y cierta.	14
1.3.3. Presupuestos del Contrato. La Forma.	16
1.3.4 Presupuestos del Contrato. La Licitud en el Objeto, Motivo o Fin.	18
1.4.- Clasificación de los Contratos.	19
1.4.1 Unilaterales y Bilaterales.	19
1.4.2 Onerosos y Gratuitos.	20
1.4.3 Conmutativos y Aleatorios.	20
1.4.4 Solemnes, Formales y Consensuales.	20
1.4.5 Reales y Consensuales.	21
1.4.6 Principales y Accesorios.	21
1.4.7 Instantáneos y de Tracto Sucesivo.	21

1.4.8 Típicos y Atípicos.	21
1.5.- Los medios electrónicos de comunicación. Su importancia en la celebración de contratos.	22
1.6.- El Notario y el Notariado.	24
1.6.1 El Notariado.	26
1.6.2 Tipos de Notariado.	27
1.7.- El Notario como tercero calificado para dar forma a un contrato.	28

CAPÍTULO SEGUNDO. LA EXISTENCIA DE MEDIOS ELECTRÓNICOS DE COMUNICACIÓN NO DESNATURALIZA A LA CONTRATACIÓN Y AL NOTARIO.

2.1.- La contratación electrónica.	30
2.2.- La Internet, el correo electrónico y los sitios certificados.	33
2.3.- La firma autógrafa y la Firma Electrónica tienen los mismos efectos.	37
2.3.1.- Concepto de firma digital y de mensaje de datos.	38
2.3.2.- Efectos de firmar digitalmente un documento.	42
2.3.3.- Criptografía y encriptación.	43
2.3.3.1.- Sistemas de encriptación.	44
2.4.- Los instrumentos notariales, pueden contener actos celebrados por medios electrónicos.	46
2.5.- El ejercicio de la fe pública y los avances de la informática.	48
2.6.- Es factible celebrar contratos civiles por medios electrónicos.	52
2.7.- Los actuales sistemas registrales de la Propiedad, no permiten la inscripción de contratos celebrados por medios electrónicos.	54

CAPÍTULO TERCERO. REGULACIÓN ACTUAL DE LA CONTRATACIÓN Y LA FIRMA ELECTRÓNICA EN MÉXICO.

3.1.- La reforma de 29 mayo de 2000 al Código Civil Federal y regulación de la contratación electrónica.	57
3.2.- Nuevas características de la formación del consentimiento.	62
3.3.- La Red de Certificación Electrónica en México, su regulación actual.	67
3.4.- La automatización del Registro Público de Comercio y necesidad de hacerlo en el	

de Propiedad para permitir la celebración de contratos civiles por medios electrónicos.	77
3.5.- La reforma al Código Fiscal de la Federación y la firma electrónica.	81

CAPÍTULO CUARTO. PERSPECTIVAS PARA LA REGULACIÓN DE LA ACTIVIDAD NOTARIAL RESPECTO DE LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA.

4.1.- La actividad del Notario como agente certificador en la contratación electrónica y en la creación de la firma digital debe regularse en el Código Civil Federal.	86
4.2.- Posible reforma al Código Civil Federal y a los Códigos Civiles locales sobre la contratación por medios electrónicos.	93
4.3.- Los fedatarios públicos, deben ser los únicos agentes certificadores en la contratación por medios electrónicos.	96
4.4.- La Ley del Notariado para el Distrito Federal debe contener un apartado para regular la manera de hacer constar contratos por medios electrónicos.	101
CONCLUSIONES	114
BIBLIOGRAFÍA	120

INTRODUCCIÓN

INTRODUCCIÓN

En los últimos años hemos visto como las tecnologías de la información, inciden en casi todas las esferas de nuestras vidas, así a nadie extraña que podamos consultar nuestro expediente médico a través de una computadora conectada a Internet, realizar transferencia de fondos depositados en un banco a otro, sin necesidad de acudir a la institución, enviar mensajes a través del correo electrónico en cuestión de segundos y adquirir bienes u obtener servicios a través de nuestra computadora, haciendo el pago con dinero virtual.

A partir de los años 1990, el mundo ha sido objeto de cambios que algunos años antes hubieran sido impensables, tal como el desarrollo de las telecomunicaciones, al extremo de poder realizar actos de comercio por esta vía, sin necesidad de hacer entrega material de dinero, e incluso de que las partes en la relación comercial no se vean e incluso ni siquiera se conozcan.

En ese ámbito, México vivió un proceso de apertura comercial, al celebrar el Tratado de Libre Comercio con América del Norte, formando así parte de la Zona de Libre Comercio más grande e importante del mundo, además tiene celebrados otros Tratados del mismo tenor con la Unión Europea y con varios países de América Latina, lo que ha venido a confirmar su posición como uno de los países más importantes de América, lo cual impone la necesidad de acoplar no sólo el sistema económico, sino también la normatividad, a las exigencias del mundo moderno, pues no podemos permanecer marginados de los procesos de integración económica y de modernización de las relaciones contractuales.

Esta nueva forma de contratar es la que ha inspirado la realización de este trabajo, pues ante los avances tecnológicos, el Derecho no puede permanecer estático; el desarrollo que han experimentado los medios electrónicos de comunicación, permiten acortar las distancias y un mayor acercamiento entre los seres humanos que se encuentran en partes del mundo distintas y a la vez distantes, esto permite un mayor intercambio de ideas en cuestión de segundos, permite que nos mantengamos informados en el momento justo en que ocurren acontecimientos diversos que resultan de relevancia, tanto para los particulares como para los Estados, lo anterior permite que consideremos al mundo como una verdadera "aldea global"; lo anterior, justifica que el Derecho se ocupe de tratar los problemas jurídicos que puede crear una inadecuada regulación de los medios de comunicación electrónica. .

Aunado a lo anterior, las fuentes bibliográficas nacionales sobre este tema son escasas y respecto de los trabajos de investigación para obtener el título de Licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, sólo hemos encontrado a la fecha siete trabajos, dos de las Escuelas Nacionales de Estudios Profesionales de la misma Universidad y tres en las instituciones del Sistema Incorporado a nuestra Casa de Estudios.

No obstante lo anterior, de los trabajos de investigación sobre la materia presentados por estudiantes de nuestra Universidad, a la fecha, ninguno maneja la actividad del Notario o del Corredor Público como Agentes Certificadores en la Contratación Electrónica, limitándose a tratar el momento en que se forma el consentimiento en este tipo de contratación, las reglas para la validez del contrato y la posibilidad de que los mensajes de datos constituyan prueba en juicio, refiriéndose, en la mayoría de los casos, a la materia mercantil, que es en la que más ha incidido este tipo

de contratación y, respecto de los trabajos enfocados a la materia civil, sólo se han tratado las reformas hechas al denominado Código Civil Federal que datan del año 2000, sin referirse a la Firma Electrónica o sin pronunciarse sobre si la materia de contratación electrónica deba ser de orden local o de orden federal.

Considerando lo anterior, es pertinente el estudio de esta problemática por las siguientes razones:

a).- La regulación en el Código Civil Federal y en el Código de Comercio no responde a las necesidades de seguridad jurídica que debe revestir todo acto jurídico concluido por medios electrónicos entre no presentes; en razón de que en su aplicación práctica, pueden generar conflicto entre los particulares, tales como la repudiación de los mensajes de datos, su modificación maliciosa y un incorrecto uso de datos personales, pues en materia civil, sólo establece reglas genéricas sobre la formación del consentimiento.

b).- Hasta antes de la reforma al Código de Comercio, publicada el 29 de Agosto de 2003 en el Diario Oficial de la Federación, no se regulaba como en las legislaciones de otros países la figura de una entidad que certifique la formación del consentimiento, ni la creación de Firmas Electrónicas que identificaran las personas que contratan a través de redes de información por medio de una computadora.

c).- Los doctrinarios nacionales del Derecho Civil, salvo casos muy particulares, no se han ocupado de tratar este tema por lo que el acceso a fuentes documentales es ciertamente difícil, pues sólo doctrinarios españoles y argentinos, son los que se han ocupado del problema que en el presente trabajo nos ocupa.

d).- A partir de las reformas hechas en el año 2000 a nuestras legislaciones civil y procesal civil, ambas de carácter federal, se reconoce la posibilidad de utilizar medios electrónicos para celebrar contratos y se reconoce valor probatorio a los documentos digitales, pero no contienen dichas legislaciones referencia alguna a la Firma Electrónica, con lo cual se carece en materia civil del instrumento que dé seguridad en esta forma de contratar.

e).- Las reformas hechas en 2003 al Código de Comercio, incluyeron la regulación de la Firma Electrónica y de los Prestadores de Servicios de Certificación, incluyendo entre estos últimos a los Notarios, Corredores Públicos, personas morales constituidas con ese fin y autoridades federales, consideramos que por lo delicado de la función certificadora de la identidad y capacidad de quien celebre actos de esta naturaleza, debe recaer sólo en los Notarios y Corredores Públicos.

f).- Nuestro Código Civil Federal, dispone en su artículo 1834 bis, que cuando para celebrar un contrato se exija la forma de escritura pública, el fedatario puede hacer el instrumento correspondiente, si la voluntad se externa por medios electrónicos, pero a la fecha ninguna legislación federal o local, dispone la manera de hacer el instrumento, pues la legislación notarial actual, no es aplicable a las características de los medios electrónicos.

Actualmente, conforme al Código de Comercio, los Notarios y los Corredores Públicos, en sus respectivos ámbitos de competencia, pueden certificar la formación del consentimiento y la creación de la Firma Digital o Electrónica Avanzada, pero no cuentan en sus leyes reguladoras, con los elementos que les permitan ejercer su ministerio a través de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología.

g).- El Código Fiscal de la Federación, a partir de la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de enero de 2004, dispone el uso de medios electrónicos para cumplir diversas obligaciones fiscales, mismas que inciden en la actuación de los Notarios, pues se exige que los instrumentos notariales que deban presentarse con las promociones dirigidas a autoridades fiscales, deben ser digitalizados y ostentar la Firma Electrónica del Notario ante quien se hubiere otorgado.

h).- La actual forma de realizar anotaciones en los Registros Públicos de la Propiedad, resta eficacia a la contratación por medios electrónicos, por ello pretendemos demostrar que, de automatizar los Registros Públicos de la Propiedad (mantenerlos "en línea"), facilitarían la posibilidad de realizar cualquier tipo de contrato –ya sea civil o mercantil- y no sólo de carácter comercial como hasta hoy se ha regulado en nuestro país.

Por estas razones es que hemos realizado el presente trabajo, pues nuestras leyes deben ser congruentes con la realidad de la sociedad a la que van dirigidas; no han sido pocas las voces que se han manifestado respecto a si la contratación por medios electrónicos es operante en un país como el nuestro con las carencias que padece una parte importante de la población, consideramos que si es aplicable, dado que nuestro país se encuentra inmerso en un proceso mundial de integración económica, con las principales potencias del mundo y, si pretendemos abatir la pobreza, debemos primero crear las condiciones necesarias para ser competitivos a nivel mundial como ya se expuso líneas arriba.

También, ha habido expresiones en el sentido de que un instrumento notarial, no puede contener un contrato celebrado por medios electrónicos entre partes que se encuentran en diferentes lugares, incluso en diferentes países, pues se consideraría que

el instrumento así confeccionado sería nulo, por no estar el Notario en aptitud de identificar a todas las partes, ni cerciorarse de su capacidad y, además firmado fuera del ámbito territorial de competencia del Notario, por ello proponemos un mecanismo que permita subsanar esas anomalías; otros han dicho que el instrumento no podría realizarse porque no estaría firmado en el protocolo, por ello se agregaría al apéndice de dicho instrumento, una versión escrita de los mensajes de datos que intercambien las partes y los Notarios, mismos que deberán ostentar sus Firmas Electrónicas, pues en virtud del principio de equivalencia funcional, la Firma Electrónica tiene los mismos efectos que la firma autógrafa.

El desarrollo de este trabajo, se desarrolla en cuatro capítulos, a saber: Capítulo I. El Contrato y el Notario; Capítulo II. La existencia de medios electrónicos de comunicación no desnaturaliza a la contratación y al Notario; Capítulo III. Regulación actual de la Contratación y la Firma Electrónica en México; y, Capítulo IV. Perspectivas para la regulación de la actividad notarial respecto de la contratación electrónica.

En el Primer Capítulo, se abordan los conceptos generales que son el fundamento teórico de la investigación, se estudian someramente las teorías bipartita y tripartita del Acto Jurídico; al Contrato como Acto Jurídico; sus elementos; sus presupuestos de validez; la influencia de los medios de comunicación en la vida contractual; el Notario como profesional del Derecho garante de la seguridad jurídica contractual; y el Notariado como institución.

La segunda parte, consiste en el planteamiento de la problemática jurídica referente a la contratación por medios electrónicos, empezando por definir a la Internet como una red de intercambio de información, el correo electrónico como medio de

comunicación y los sitios certificados como una posibilidad de dar seguridad en las operaciones comerciales concluidas a través de un sitio Web; se estudia el concepto de Firma Electrónica, con su especie la Firma Digital o Electrónica Avanzada, con su sistema de Clave Pública; los sistemas de encriptación; el principio de "Equivalencia Funcional"; la posibilidad de que los instrumentos notariales contengan actos celebrados por medios electrónicos; las reformas legislativas en materia de contratación electrónica de los años 2000 y 2003, respecto de su influencia en la actividad notarial; concluyendo esta parte con el planteamiento de la problemática registral de la propiedad para inscribir contratos concluidos por medios electrónicos.

El capítulo tercero, inicia con un estudio respecto del reconocimiento de validez a la formación del consentimiento por medios electrónicos; la Red de Certificación Electrónica, conformada, fundamentalmente, por los Notarios y los Corredores Públicos, así como las características que tiene un Agente certificador, las Autoridades que los rigen y las funciones que desempeñan éstas, se estudian algunos artículos del Anteproyecto de Reglamento de Prestadores de Servicios de Certificación, el cual se encuentra en estudio en la Secretaría de Economía y que, conforme al decreto de reformas al Código de Comercio en Agosto del año 2003, deberá ser derecho vigente este 2004; se estudia el proceso de modernización del Registro Público de Comercio, iniciado en el año 2000, para que este opere en línea, como una muestra de los efectos que podría tener automatizar los Registros Públicos de la Propiedad locales, finalmente, se estudian las recientes reformas al Código Fiscal de la Federación, respecto de la utilización de medios electrónicos para que los contribuyentes cumplan diversas obligaciones, siendo dichas reformas trascendentes, pues inciden directamente en la actividad notarial.

Por último, en el capítulo cuarto, se plantean diversas reformas al Código Civil Federal y a la Ley del Notariado para el Distrito Federal, con el fin de adecuar dichas legislaciones a las necesidades que a los gobernados y los Notarios imponen diversos ordenamientos que prevén el uso de medios electrónicos de una manera segura.

Este tema, aunque pueda parecer de ciencia ficción es una realidad, por ello es urgente realizar estudios sobre esta materia, que enriquezcan nuestra literatura jurídica y que sean un apoyo para el legislador.

Desde estas líneas quiero agradecer a mi madre, a mi hermano y a mi abuelita su amor y apoyo incondicional en todo cuanto he hecho, a mis amigos por ser siempre un apoyo en las alegrías y en las adversidades, pues de alguna manera ellos han contribuido a la realización de este trabajo con sus sugerencias que siempre son bienvenidas pues sabemos que no son con mala intención, al Licenciado David Dávila Gómez, Notario del Distrito Federal, quien nos proporcionó material bibliográfico extranjero que nos permitió aclarar nuestro pensamiento en el desarrollo de la investigación y, por último pero no menos importante, al Doctor Bernardo Pérez Fernández del Castillo, quien fungió como profesor asesor en esta investigación y quien ha representado un apoyo invaluable e incondicional para presentar a la consideración del sínodo la presente investigación con la finalidad de optar por el título de Licenciado en Derecho.

CAPÍTULO PRIMERO

CAPÍTULO PRIMERO. EL CONTRATO Y EL NOTARIO.

Sumario: 1.1.- Concepto de Contrato como Acto Jurídico. 1.2.- Elementos del Contrato. 1.3.- Presupuestos del Contrato. 1.4.- Clasificación de los contratos. 1.5.- Los medios electrónicos de comunicación. Su importancia en la celebración de contratos. 1.6.- El Notario y el Notariado. 1.7.- El Notario como tercero calificado para dar forma a un contrato.

1.1.- Concepto de Contrato como Acto Jurídico.

Cuando iniciamos nuestros estudios universitarios, una de las primeras enseñanzas que recibimos, es la de los conceptos jurídicos fundamentales, entre ellos el hecho jurídico, toda vez que el objeto del Derecho, es regular las relaciones de los seres humanos en sociedad y, todas ellas tienen su origen, ya sea en acontecimientos naturales o emanados de la voluntad, sea que se desee o no producir consecuencias jurídicas.

Por lo anterior, todas las situaciones, todos los estados jurídicos, tienen su origen en un acontecimiento de la naturaleza o emanado del ser humano (con expresión o no de la voluntad), por ello consideramos, justificado iniciar el presente capítulo con el estudio del hecho jurídico lato sensu. El calificativo de jurídico, denota que produce consecuencias de Derecho, es decir, que inciden en la esfera jurídica de una o más personas.

Para el estudio del Hecho Jurídico han predominado dos teorías, la "Teoría Bipartita del Acto Jurídico" y la "Teoría del Negocio Jurídico".

1.1.1.- Teoría Bipartita del Acto Jurídico.

Para quienes sostienen esta teoría, el hecho jurídico lato sensu, se divide en Hecho jurídico en sentido estricto y en Acto Jurídico, a esta concepción del Hecho jurídico se le ha denominado "Teoría Clásica del Acto Jurídico", uno de sus principales exponentes es Julián Bonnecase, para quien el hecho jurídico, en la expresión amplia del término es:

"...un acontecimiento engendrado por la actividad humana, o puramente material, tomado en consideración por el Derecho, para hacer derivar de él , en contra o en provecho de una o de varias personas, un estado, es decir una situación jurídica general y permanente, o por el contrario, un efecto jurídico limitado".¹

Del género hecho jurídico lato sensu, se derivan las especies hecho jurídico stricto sensu y acto jurídico.

Llamamos hecho jurídico stricto sensu, a todo acontecimiento emanado de la actividad del ser humano, independientemente de que exista o no, la voluntad de producir consecuencias de derecho, o bien un acontecimiento de la naturaleza al que la Ley reconoce efectos jurídicos, de esta especie, Bonnecase señala que:

"... la expresión hecho jurídico... frecuentemente es empleada en un sentido especial y en oposición al acto jurídico. En este caso se considera un acontecimiento puramente

¹ Citado por DOMINGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo; *Derecho Civil. Parte General. Personas. Cosas. Negocio Jurídico e Invalidez*, 2ª. Edición, Editorial Porrúa, México, 1990. p. 499

*material, tal como el nacimiento o la filiación, o acciones más o menos voluntarias, que fundadas en una regla de Derecho, generan situaciones o efectos jurídicos, aun cuando el sujeto de este acontecimiento o de esas acciones no haya tenido, ni podido tener, el deseo de colocarse bajo el imperio del Derecho...*²

Así, el hecho jurídico tiene dos fuentes, la actividad humana y los acontecimientos de la naturaleza, en el primer caso, la voluntad de producir consecuencias jurídicas, es intrascendente, toda vez la actividad humana de que se trate por sí misma genera consecuencias lo quiera o no la persona que la realiza.

Señala Bonnecase, que el hecho jurídico stricto sensu, es definido por oposición al acto jurídico, toda vez que en esta segunda especie, la nota distintiva es la presencia de la voluntad, para producir consecuencias jurídicas y, además, que la Ley debe sancionar dicha voluntad; por tanto, acto jurídico es:

*“...una manifestación exterior de la voluntad, bilateral o unilateral, cuyo objeto directo, es engendrar, fundado en una regla de Derecho o en una institución jurídica, en contra o a favor de una o varias personas, un estado, es decir, una situación jurídica permanente y general, o por el contrario, un efecto jurídico limitado que se reduce a la formación, modificación o extinción de una relación de derecho”*³

² Ibid. p. 501.

³ Ibid. P. 503.

1.1.2.- Teoría del Negocio Jurídico.

Para los seguidores de esta doctrina, dentro del estudio del Hecho Jurídico en sentido amplio, como género, deben distinguirse tres especies: Hecho Jurídico, Acto Jurídico y Negocio Jurídico.

Consideran que por Hecho Jurídico debemos entender cualquier acontecimiento de la naturaleza o del ser humano al cual, el Derecho reconoce consecuencias jurídicas, que en la teoría bipartita es el Hecho Jurídico en sentido amplio; por Acto Jurídico, entienden toda actividad humana en la cual se quiere lograr la realización la conducta, pero es intrascendente el deseo de producir consecuencias jurídicas, éstas las reconoce el Derecho, por la sola verificación de la conducta, que tiene concordancia con lo que la teoría bipartita identifica como Hecho Jurídico stricto sensu, y; finalmente, consideran que el Negocio Jurídico es toda manifestación de voluntad para producir consecuencias de Derecho, siendo sancionada dicha voluntad por el Derecho.

Para esta corriente de pensamiento, es determinante el fin que se pretende alcanzar al exteriorizar la voluntad para determinar si se está ante un Acto Jurídico o ante un Negocio Jurídico, pues entre ambos la diferencia radica en que, en el primero la voluntad se manifiesta sólo para producir el acontecimiento, en el segundo se manifiesta para producir el acontecimiento y para producir las consecuencias que la Ley le reconoce⁴.

⁴ Cfr. ORTIZ URQUIDI, Raúl; *Derecho Civil*; 3ª edición, Editorial Porrúa, México, 1986. p. 29

1.1.3 El Contrato como Acto Jurídico.

Dentro de la clasificación de los Actos Jurídicos, es de especial importancia la que distingue a los actos por el número de voluntades que se precisa para su formación; así tenemos actos jurídicos unilaterales que son aquellos para cuya existencia, se precisa la manifestación de una sola voluntad o de varias pero encaminadas a un mismo fin, y los bilaterales, que son aquellos que precisan de dos o más voluntades que buscan fines distintos; dentro de esta clasificación, tenemos al convenio en sentido amplio, al cual nuestro Código Civil conceptúa en su artículo 1792, como: "el acuerdo de dos o más personas para crear, transmitir, modificar o extinguir obligaciones", a esta figura la podemos subdividir en convenio en sentido estricto y en contrato.

Llamamos convenio en sentido estricto al acto jurídico por el cual dos o más personas acuerdan modificar o extinguir derechos y obligaciones y, por contrato, entendemos que es:

*"el acuerdo dos o más voluntades conforme a lo dispuesto por un supuesto para producir las consecuencias de Derecho consistentes en crear y transmitir derechos y obligaciones de carácter patrimonial"*⁵

Consideramos que el contrato es un acto jurídico, porque participa de los elementos y de los presupuestos de éste, cabe señalar que en el presente estudio, se

⁵ ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel; *Contratos Civiles*; 7ª edición. Editorial Porrúa, México, 1998 p. 24

analizará al contrato como acto jurídico, con base en la teoría bipartita, que es la que ha influido en la redacción de gran parte de los Códigos Civiles de los Estados Unidos Mexicanos. Cabe señalar también que al contrato se le considera como una norma jurídica en la cual las partes pactan las reglas que regirán sus conductas durante la vigencia de la relación jurídica que nace del acuerdo de sus voluntades; incluso también, en la vida cotidiana, consideramos como contrato al documento que contiene los pactos de los contratantes y que constituye un medio de prueba de los derechos y deberes que deben observar las partes durante la vigencia de su vínculo jurídico.

1.2. Elementos del Contrato.

Al estudiar la Teoría del Contrato, hemos visto que este reviste de ciertas características que le dan existencia como tal, que son: el consentimiento, el objeto y la solemnidad, a su vez, estudiamos los presupuestos del mismo, que permitan que sea válido en Derecho.

Comúnmente, nos han enseñado estas notas distintivas como elementos de existencia y requisitos de validez; los denominaremos, siguiendo a Miguel Ángel Zamora y Valencia, elementos y presupuestos del Contrato, toda vez que elemento, es la parte integrante de un todo, sin el cual éste no podría existir; a las segundas les llamaremos presupuestos, toda vez que la presencia de éstos, debe existir previamente a la celebración del contrato y coincidir en el momento de su perfeccionamiento y sin ellos no es válido; son elementos: el consentimiento, el objeto y, en algunos casos, la solemnidad; los presupuestos son: la capacidad, voluntad libre

y cierta, cumplir las formalidades que exige la ley y licitud en el objeto, motivo o fin del contrato.

1.2.1 Elementos del Contrato. El Consentimiento.

El primer elemento del contrato es el consentimiento, que es:

*"Acuerdo de dos o más voluntades que tienden a crear, transferir, conservar, modificar o extinguir efectos de Derecho, y es necesario que esas voluntades tengan una manifestación exterior"*⁶

Son elementos de ese acuerdo de voluntades, la policitud u oferta y la aceptación, consideramos que la primera es una manifestación unilateral de la voluntad dirigida a persona, presente o no presente, determinada o indeterminada, con plazo o sin él, señalando las características del acto jurídico que se desea celebrar, y por aceptación entendemos que es una declaración unilateral de voluntad expresa o tácita, hecha a persona presente o no presente y determinada manifestando la adhesión lisa y llana a una oferta.

La policitud y la aceptación, son actos jurídicos en sí mismos, de carácter unilateral, toda vez que en uno y otro se manifiesta la voluntad en el sentido de crear una situación jurídica determinada.

⁶ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto; *Derecho de las Obligaciones*; 12ª edición, Editorial Porrúa, México, 1998 p. 249.

Es importante precisar en todo acto jurídico cuándo se ha formado el consentimiento, porque a partir de ese momento, se empiezan a generar derechos y deberes para el peticionante y el aceptante, para resolver este problema, la doctrina ha adoptado cuatro sistemas, a continuación procederemos a su estudio y a determinar cuales son las que adopta nuestra legislación civil, aun cuando en un capítulo posterior dedicaremos especial atención a los sistemas adoptados a partir de las reformas hechas al Código Civil Federal y al Código de Comercio por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 29 de Mayo de 2000.

1.2.1.1. Sistemas de la formación del Consentimiento.

La determinación del momento en que se perfecciona el consentimiento es de gran importancia, pues permite determinar entre otros: la capacidad de las partes al momento de contratar, el momento en que surte efecto la voluntad de las partes de manera autónoma, la ley aplicable al acto jurídico de que se trate, el momento en que se transmite el dominio de la cosa objeto del acto y quien soporta los efectos de la pérdida de la cosa objeto del acto⁷, considerando lo anterior, la doctrina se ha pronunciado respecto a los efectos de la formación del consentimiento entre presentes y no presentes, entre presentes, nuestro Código Civil dispone en su artículo 1805, primera parte, que cuando la oferta sea hecha a persona presente sin fijación de plazo, el peticionante queda desligado si la aceptación no es inmediata; si se ha fijado plazo, se estará a lo dispuesto por el artículo 1804 del ordenamiento citado, que dispone que

⁷ Ibid. p. 265.

cuando se fije plazo, el oferente queda ligado por su oferta hasta que expire el plazo a que sujetó la aceptación.

Pero entre no presentes, hay cuatro teorías respecto a la formación del consentimiento, las cuales se enuncian y explican a continuación:

1.2.1.1.1 Sistema de la Declaración.

Conforme a esta teoría, el consentimiento se forma una vez que el peticionado manifiesta su adhesión a la oferta.

Esta teoría sería aplicable sólo a la oferta y aceptación realizadas entre presentes, aseveramos lo anterior, porque si se tratara de personas no presentes, el oferente no conocería la aceptación del peticionado.

1.2.1.1.2 Sistema de la Expedición.

Conforme a esta teoría el consentimiento se forma una vez que el peticionado ha enviado al peticitante su aceptación ya que una vez enviada no podrá variar el sentido de su voluntad; hasta antes de la reforma de 29 de mayo de 2000, el Código de Comercio en su artículo 80 disponía que en los contratos mercantiles celebrados por correspondencia quedaban perfeccionados desde que se contestaba la oferta aceptándola, hoy día esa disposición acepta la teoría de la recepción, que se explica a continuación.

1.2.1.1.3 Sistema de la Recepción.

En este sistema el consentimiento se forma una vez que la aceptación sea recibida por el peticente, éste sistema es aceptado en nuestro Código Civil Federal en su artículo 1807, que dispone:

“Artículo 1807. El contrato se forma en el momento en que el proponente reciba la aceptación, estando ligado por su oferta según los artículos precedentes”

1.2.1.1.4 Sistema de la Información.

En este caso es necesario que el peticente conozca la adhesión del peticido a la oferta que le fue hecha, este sistema se adopta en la disposición contenida en el artículo 2340 del Código Civil, que dispone que la donación es perfecta desde que el donatario hace saber la aceptación al donador.

La teoría aceptada por nuestro Código Civil es la denominada de la Recepción, misma que se contiene en el artículo 1807 anteriormente transcrito, siendo excepción, la disposición señalada en el párrafo anterior.

1.2.2 Elementos del Contrato. El Objeto.

El segundo elemento del Contrato, es el objeto, al cual definimos como la prestación que el acreedor puede exigir al deudor, nos dice Bernardo Pérez Fernández

del Castillo, que toda vez que el contrato es obligacional, éste puede existir aun cuando no exista objeto material al momento de su celebración, pero que no existirá como acto jurídico, si no tiene por finalidad crear derechos y deberes a las partes⁸.

El objeto, puede estudiarse en dos vertientes, el objeto jurídico, que se divide en directo e indirecto, y el objeto material.

Llamamos objeto jurídico directo a la creación derechos y deberes, toda vez que al formarse el consentimiento, esa es la finalidad que se persigue; es objeto indirecto, la conducta que debe observar el deudor que puede consistir en dar una cosa, realizar un hecho o acto u observar una abstención.

El objeto material del contrato, es la cosa que debe darse, el hecho que debe realizarse o la abstención que debe observarse.

Las obligaciones de dar, según el artículo 2011, del Código Civil Federal, pueden consistir en:

- Transmisión del dominio de cosa cierta.
- Enajenación temporal del uso o goce de cosa cierta.
- Entrega de la cosa debida.

⁸ Cfr. PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo; *Contratos Civiles*; 6ª edición. Editorial Porrúa, México, 1999. p. 25.

Respecto de las obligaciones de hacer, si el obligado no puede realizar el hecho a que se encuentra obligado, el acreedor tiene derecho a que esa conducta la realice un tercero.

Si se estuviere ante obligaciones de no hacer, el deudor que incumpla estará obligado al pago de los daños y perjuicios derivados de la inobservancia de ese deber.

Respecto del objeto material del contrato, éste debe ser física y jurídicamente posible; al respecto el artículo 1825 del Código Civil dispone que la cosa objeto del contrato: 1.- Debe estar en la naturaleza, 2.- Ser determinada o determinable en cuanto a su especie, y; 3.- Existir en el comercio.

1.2.3 Elementos del Contrato. La Solemnidad.

Hemos dicho, que el Acto Jurídico, es una manifestación de la voluntad, cuando esa manifestación deba hacerse en forma tal, que de no observarse hace que el acto sea inexistente, se dice que el acto es solemne; un ejemplo de acto jurídico solemne, lo constituye el contrato subrogatorio, toda vez que el artículo 2059 del Código Civil dispone que si el deudor cumpliera su obligación con dinero que le preste un tercero, éste queda subrogado por ministerio de Ley en los derechos del acreedor, pero si en el título en el que conste el préstamo no se dijere que éste se hace para cumplir la deuda original, el tercero que prestó los medios para hacer el pago, sólo tendrá los derechos que consigne el título, por tanto, consideramos que éste, es un acto jurídico solemne, toda vez que si la voluntad no se manifiesta indicando que el dinero se presta para

cumplir una deuda, el prestamista no se subroga en los derechos del acreedor y por tanto el acto será inexistente como subrogación, aunque puede existir un acto jurídico diverso, por ejemplo un contrato de mutuo.

1.3.- Presupuestos del Contrato.

Hemos estudiado, los elementos del Contrato, los cuales son indispensables para que "tenga vida", pero aunado a ellos, hay presupuestos que la Ley considera necesarios para que tenga validez, es decir, para que pueda surtir sus efectos, considerando lo mencionado en el numeral anterior, llamaremos a estos requisitos presupuestos del Contrato, toda vez que dichas cualidades deben existir previamente al nacimiento de éste, dado que sin ellas, el acto jurídico sería existente pero no cumpliría cabalmente con el fin para el cual se celebró.

Dichos presupuestos son: la capacidad de ejercicio, voluntad libre y cierta, cumplimiento de las formalidades que exige la Ley y que el acto, motivo o fin del Acto sea lícito.

1.3.1. Presupuestos del Contrato. La Capacidad.

Para la celebración del Contrato, quienes toman parte en él, deben tener la aptitud de ejercer por sí sus derechos y cumplir sus deberes, dicha aptitud la denominamos capacidad.

En nuestros primeros estudios universitarios, se nos enseña que la persona cuenta con ciertos atributos que le dan esa calidad, uno de ellos es la capacidad, dentro de la cual distinguimos dos especies: la capacidad de goce que es la aptitud de ser titular de derechos y deberes y que todos la tenemos desde el momento del nacimiento y, la capacidad de ejercicio que es la aptitud de ejercer válidamente y por nosotros mismos, nuestros derechos y cumplir nuestros deberes, aptitud que se adquiere al cumplir la mayoría de edad, siempre que no se esté en los supuestos de incapacidad a que se refiere el artículo 450, fracción II del Código Civil.

Para efectos del presente estudio de la Capacidad como presupuesto del Contrato, estudiaremos la capacidad de ejercicio, puesto que para celebrar éste, es menester que las partes, además de ser titulares de derechos y deberes, tengan la aptitud de ejercer los primeros y cumplir los segundos, por sí mismos; no obstante lo anterior, no necesariamente se requiere que el acto jurídico lo celebren directamente los interesados (excepción hecha de actos personalísimos como el testamento), es decir, pueden celebrarlos por conducto de un representante.

1.3.2. Presupuestos del Contrato. Voluntad libre y cierta.

Como segundo presupuesto, tenemos el que consiste en que la voluntad se externe de manera libre y que esta no esté viciada.

Decir que sea libre, significa que nada, ni nadie, coaccione la voluntad, es decir que el otro contratante o un tercero intervengan en la determinación de una persona

para celebrar un acto jurídico; se le considera que es un presupuesto porque su inobservancia genera la nulidad del acto, más no su inexistencia, atendiendo a la máxima "*coacta voluntas, voluntas est*".

El otro elemento es que la voluntad sea cierta, es decir, que al momento de externarse no medie algún vicio de la voluntad, respecto de los cuales no hay en la doctrina una enunciación unánime de los mismos, generalmente se ha considerado vicios de la voluntad: el error, el dolo, la lesión y la violencia.

Error: Es una apreciación incorrecta de la realidad, dentro de la Teoría del Acto Jurídico, encontramos que el error puede ser obstativo, error nulidad y error aritmético.

Es error obstativo aquel que recae sobre el motivo determinante de la voluntad, lo cual significa que al existir una incorrecta apreciación respecto del objeto del acto, no existiría el objeto del contrato, por tanto sería un acto inexistente por falta de objeto.

El error nulidad, es aquel que incide en algún presupuesto del Acto, tales como pensar que el acto se celebró con una persona capaz, siendo que aun no ha cumplido la mayoría de edad.

El error aritmético, es el que recae sobre la cuantificación de la cosa objeto del Acto, dando lugar sólo a su corrección y no es trascendente para la existencia o la validez del acto.

Dolo: Por dolo, entendemos las maquinaciones o actos que maliciosamente realiza uno de los contratantes para que el otro manifieste su voluntad en determinado sentido, entre la doctrina, se discute sobre si el dolo es un vicio autónomo de la voluntad, pues se considera que dichas maquinaciones o artificios, son sólo un medio para inducir a error, el cual si es un verdadero vicio de la voluntad.

Lesión: Conforme al artículo 17 del Código Civil, hay lesión cuando uno de los contratantes obtiene una prestación desproporcionada a la que él mismo se ha obligado, valiéndose de la necesidad, la inexperiencia o ignorancia de la otra parte, se la considera un vicio de la voluntad porque de ser demostrada, el afectado puede solicitar que se declare nulo el acto o que reduzca equitativamente la prestación que ha entregado.

Violencia: Por ella debemos entender el ejercicio de la fuerza, física o psicológica para determinar a otro a celebrar un acto jurídico contrario a su voluntad, puede tratarse de violencia ejercida sobre la persona o el patrimonio del co-contratante, o bien, sobre los de su cónyuge, ascendientes o descendientes.

1.3.3 Presupuestos del Contrato. La Forma.

En líneas anteriores, hemos visto que en algunos casos la Ley dispone que para que un acto jurídico exista, la voluntad debe externarse de una manera determinada, no obstante, dicha exigencia no es para todos los actos jurídicos, pues nuestro Código, acepta en principio, que la manifestación de la voluntad, no queda sujeta a formas determinadas, salvo casos excepcionales.

En Derecho mexicano, por regla general, se acepta la consensualidad, como forma de externar la voluntad, es decir, que basta el simple acuerdo de voluntades para celebrar un acto jurídico y producir consecuencias de Derecho, sin embargo, la formalidad entendida como la manera de externar la voluntad para que un acto jurídico sea válido, se hace presente en un número importante de actos jurídicos señalados en la Ley y, en menor cantidad de actos jurídicos se encuentra la solemnidad que es la manera de externar la voluntad que la ley exige para que el acto sea existente, como es el caso del contrato subrogatorio.

Respecto al contenido del elemento forma, Miguel Ángel Zamora Valencia, sostiene:

“...Debe precisarse que la forma, no es simplemente la manera de emplearse el lenguaje (que puede ser mímica, verbal o por escrito) sino todo conjunto de elementos sensibles que pueden comprender más del empleo del lenguaje, una cierta forma de expresarlo o determinadas menciones que deban hacerse, las personas o la actividad de ellas, ante quienes se debe expresar (testigos, juez, notario, registrador) y los archivos en que deben constar (por ejemplo, los volúmenes de protocolo del notario)”⁹

Para otros como Bernardo Pérez Fernández del Castillo, el concepto forma, genera confusión sobre el alcance del concepto, en tanto si es elemento o presupuesto del acto, por ello es preciso distinguir entre forma y formalismos en el Acto Jurídico:

⁹ ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel; op. cit. p. 34

“La forma puede definirse como: El signo o conjunto de signos por los cuales se hace constar o se exterioriza la voluntad del o los agentes de un acto jurídico y del contrato. Y los formalismos o formalidades como: El conjunto de normas establecidas por el ordenamiento jurídico o por las partes, que señalan cómo se debe exteriorizar la voluntad, para la validez del acto jurídico y del contrato”¹⁰, por tanto al primero se le identifica como la manera de externar la voluntad, pues sin ésta el acto no existe, y la segunda es lo que identificamos como presupuesto o requisito de validez, pues si la voluntad no se externa, siguiendo normas jurídicas o convencionales, el acto no producirá adecuadamente sus efectos, el mismo autor, nos enseña que los formalismos pueden ser *ad solemnitatem* o *ad probationem*, los primeros son necesarios para la existencia del acto, en los términos estudiados al abordar el tema de la solemnidad; los segundos son un elemento de eficacia para probar la celebración de los mismos¹¹.

1.3.4 Presupuestos del Contrato. La Licitud en el Objeto, Motivo o Fin.

Este presupuesto del contrato, se refiere a que el objeto (entendido como la conducta que deben observar las partes), el motivo (la intención de realizar determinada conducta), el fin (las consecuencias que se pretende alcanzar al realizar un acto), no debe ser contrarios a las leyes prohibitivas o a las buenas costumbres, tal como se dispone en los artículos 1830 y 1831 del Código Civil, es decir nos referimos a que la conducta y no la cosa objeto del contrato deben ser acordes a lo dispuesto por normas imperativas; cuando decimos que el motivo debe ser lícito, significa que la

¹⁰ PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo; *Derecho Notarial*: 11ª edición, Editorial Porrúa, México, 2001. p. 66

¹¹ *Ibid.* p. 72

causa subjetiva de la voluntad sea lícita lo cual es difícil de probar pues incluso la razón que una de las partes tiene para celebrar el acto puede ser desconocida para la otra parte; finalmente el fin es la consecuencia que se persigue con la celebración del contrato el cual debe ser acorde a la ley y a las buenas costumbres; así los artículos 6º y 8º del Código Civil disponen:

Código Civil Federal:

“ARTICULO 6º.- La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero”.

“ARTICULO 8º.- Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario”.

1.4.- Clasificación de los Contratos.

Para efectos didácticos y de interpretación, se ha precisado formular diversas clasificaciones de los contratos, atendiendo a diversas características, entre otras: su finalidad, las partes que en ellos intervienen, efectos del contrato en el patrimonio de los contratantes, etcétera, he aquí algunas de las más importantes:

- **1.4.1 Unilaterales y Bilaterales.** Los primeros, son aquellos en los cuales una de las partes asume los derechos y otra los deberes y cargas, en los bilaterales, los derechos

y los deberes son recíprocos; no deben confundirse con actos monosubjetivos y plurisubjetivos en los cuales el criterio de clasificación es el número de voluntades que participen del contrato.

- **1.4.2 Onerosos y Gratuitos.** Son onerosos los que generan provechos y gravámenes recíprocos, si sólo generan provechos para una parte y gravámenes para otra, el contrato será gratuito, no deben confundirse con la clasificación anterior, pues en los unilaterales y bilaterales, la clasificación obedece a un criterio eminentemente jurídico y en los onerosos y gratuitos, se atiende a un criterio económico.

- **1.4.3 Conmutativos y Aleatorios.** Son conmutativos los contratos en los cuales se conocen los provechos y gravámenes que generan desde el momento mismo desde su celebración y en los Aleatorios la generación de provechos y gravámenes se conocen durante la vida del contrato y provienen de circunstancias posteriores a la celebración.

-**1.4.4 Solemnes, Formales y Consensuales.** Al hacer el estudio de la forma como presupuesto del Contrato, señalamos que la voluntad puede expresarse sin sujetarse a una manera específica se considera que el contratos es consensual, si se le sujeta a una manera y no otra para que produzca determinadas consecuencias y que de no observarse esa manera el acto es anulable, se está ante un contrato formal y, si se exigen ciertas maneras para externar la voluntad considerándolas necesarias para que el contrato exista se dice que el contrato es solemne. La importancia de esta clasificación radica en que permite determinar cuando un contrato es nulo por falta de forma, cuales son los efectos del contrato respecto a la manera en que se externa la voluntad y determinar si se puede convalidar un acto nulo por falta de forma.

- **1.4.5 Reales y Consensuales.** En los primeros se precisa la entrega de una cosa para el perfeccionamiento del contrato, en los consensuales basta el acuerdo de las partes en realizar determinadas conductas encaminadas a un fin para que el contrato exista, sin que se precise la entrega de una cosa, pues ésta (la entrega de la cosa) sería un efecto del contrato. Esta clasificación permite conocer cuando se perfecciona el contrato y derivado de ello, desde que momento surgen los derechos y deberes de las partes.

- **1.4.6 Principales y Accesorios.** Los principales son aquellos contratos que no precisan de otros para su existencia y validez, en tanto que en los accesorios existen en la medida en que exista una obligación o contrato previamente celebrado. La importancia de la clasificación estriba en que permite saber cuando un contrato existe y es válido si dichas características dependen de un acto celebrado con anterioridad y determinar cuando se extingue el contrato accesorio como consecuencia de la extinción del principal.

- **1.4.7 Instantáneos y de Tracto Sucesivo.** En los instantáneos se ejecutan los derechos y deberes de las partes en un solo acto, en los de trato sucesivo dicha ejecución se realiza durante un lapso determinado. La importancia de esta clasificación es que permite conocer cuando surgen y se hacen exigibles los deberes de las partes.

- **1.4.8 Típicos y Atípicos.** Los primeros son los conceptuados, caracterizados y específicamente regulados por la Ley, los que participan de estas características, son atípicos. No obstante en el caso de los atípicos, el no estar regulados en forma precisa en la Ley, no les quita la calidad de contrato, pues en todo caso se rigen por el contrato

con el que tengan mayor similitud, recordemos que el contrato es un acuerdo de voluntades y cada contrato puede contener el clausulado que la imaginación humana permite, siempre y cuando no se quebrante el orden público.

1.5.- Los medios electrónicos de comunicación. Su importancia en la celebración de contratos.

Hablar de los medios de comunicación y su influencia en nuestras vidas, es tema de una actualidad incuestionable, hoy en día podemos comunicarnos a grandes distancias en pocos segundos, realizar compras sin necesidad de acudir al lugar donde se expende la mercancía que necesitamos, hacer disposiciones de recursos depositados en bancos con sólo ingresar información en forma de impulsos electrónicos en un equipo de computo; es decir, el desarrollo vertiginoso de la tecnología de la comunicación es un fenómeno social que empieza a regir nuestras vidas; el Derecho, como fenómeno social, no puede permanecer estático a ese desarrollo de los medios electrónicos de comunicación, pues se permite un mayor intercambio de bienes y servicios en cuestión de segundos, y estar informados en el momento justo en que ocurren acontecimientos diversos que resultan de relevancia, que inciden no sólo en la esfera vital de cada persona, sino de las grandes corporaciones y desde luego en las de los Estados.

La contratación no escapa a este desarrollo de las comunicaciones, ello justifica que el Derecho se ocupe de tratar los problemas que puede crear una inadecuada regulación de los medios de comunicación electrónica y, por tanto, que nuestra legislación no permanezca estática ante un fenómeno actual que viene a revolucionar los contactos entre los seres humanos.

Considerando lo anterior, los Estados se han visto en la necesidad de crear un marco normativo para la celebración de actos de carácter patrimonial entre sujetos que son nacionales de Estados distintos, de ahí que las primeras regulaciones del denominado comercio electrónico surjan precisamente a través de tratados que a su vez, influyen en las legislaciones domésticas, pues esa normatividad básica, debe adecuarse a la realidad jurídica y social de cada pueblo, un ejemplo de ello, es que el decreto por el que se reformaron el Código Civil Federal, el Código Federal de Procedimientos Civiles, el Código de Comercio y la Ley Federal de Protección al Consumidor, tiene su fuente en la Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y su Guía para su incorporación al Derecho interno, misma que ha sido adoptada en varios países, con lo cual se cuenta hoy con un marco más o menos homogéneo, en una actividad tarde o temprano se volverá algo cotidiano¹².

Actualmente, nuestro país, vive en un proceso de apertura comercial que se inició con la celebración del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, que en breve tiempo nos colocó en un ámbito de competencia comercial con la potencia número uno del mundo, pero también nos ha permitido entrar en contacto con otros Estados, como aquellos que conforman la Unión Europea, derivado de ello, nos hemos visto precisados a modificar nuestro orden normativo, aunque no siempre han sido afortunadas esas adecuaciones; ejemplo de ello, son las reformas al Código Civil de 1928 (hoy denominado Código Civil Federal), al Código de Comercio, al Código

¹² Cfr. AMEZCUA ORNELAS, Norahenid; *E-commerce en México. Aspectos Legales*; Sistemas de Información Contable y Administrativa Computarizados, S.A., México, 2000, p. 4

Federal de Procedimientos Civiles y a la Ley Federal de Protección al Consumidor que fueron publicadas en el Diario Oficial de la Federación de 29 de mayo de 2000, en las cuales se integró a nuestro orden normativo una regulación muy limitada respecto a las operaciones comerciales hechas a través de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, decimos que es muy limitada, porque sólo se incluyeron conceptos genéricos de actos de comercio celebrados por esos medios, sin desarrollar un esquema que verdaderamente proporcionara seguridad a quienes realizarán operaciones por esos medios, por ser parte importante del tema del presente trabajo, esta problemática se tratará con amplitud en el segundo y tercer capítulo, sirvan estas líneas para dejar enunciada la inquietud que da origen a este trabajo.

1.6.- El Notario y el Notariado.

Ahora trataremos el tercer elemento base de este trabajo que es el Notario, entendido como un elemento fundamental, por la actividad que desarrolla, como garante de la seguridad que debe revestir un acto jurídico sin importar por qué medios se celebre.

La Ley del Notariado para el Distrito Federal, publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 28 de Marzo de 2000, define al Notario en su artículo 42 como sigue:

“Artículo 42.- 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 de su autoría.

El notario conserva los instrumentos en el protocolo a su cargo, los reproduce y da fe de ellos. Actúa también como auxiliar de la administración de justicia, como

consejero, árbitro o asesor internacional en los términos que señalen las disposiciones legales relativas”.

De la definición anterior, distinguimos los siguientes elementos: el Notario es un profesional del Derecho, lo cual significa que es una persona calificada para dar la forma que las leyes disponen a la voluntad de aquellos que les requieren el servicio; está investido de fe pública por el Estado, lo cual significa que es titular de una función pública consistente en dar certeza del acto o hecho que ocurre ante él; es autor del instrumento en el que se consignan los actos o hechos ocurridos ante él, lo conserva en el protocolo de la Notaría a su cargo y lo reproduce; finalmente, es consejero, árbitro y asesor internacional, funciones que desempeña en razón de la preparación y la prudencia que distingue a este profesional¹³.

De los elementos anteriores, el que más importa en el desarrollo de este trabajo, es el referente a la fe pública de que se haya investido el Notario para el ejercicio de su actividad.

Por fe, debemos entender la creencia de ser cierto lo que no percibimos por los sentidos, jurídicamente, el concepto de fe, se refiere a la consideración que debe darse a un documento o acto, como verdadero, por otorgarse ante una persona a quien el Estado le ha conferido la facultad dar autenticidad a la voluntad de las personas que ante él acuden, el calificativo de pública, deviene del hecho de que dicha facultad autenticadora la confiere el Estado, quien es su titular originario.

¹³ Cfr. DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo; *El Notario*; Editorial Porrúa, México, 2002, p. 4

1.6.1 El Notariado.

Cuando queremos referirnos a un conjunto de personas y elementos materiales destinados a una finalidad determinada, hablamos del concepto institución, que entre otros ha sido definido por Hermman Bekaert, quien señala que:

*"...las instituciones son entidades estructurales animadas de una ideología jurídica particular por la cual se plasma con bastante exactitud en el orden jurídico la idea de finalidad, puesto que para realizar los fines que ellas postulan se extienden a veces sobre todos los campos del Derecho"*¹⁴

El Notariado es considerado como institución porque es un sistema que se constituye por: los Notarios, las autoridades que regulan la actividad de éstos y los elementos materiales con que ejercen su función, tales como el protocolo, el sello de autorizar y los índices, los que forman un todo indisoluble para la dación de fe, que redundan en dar seguridad en la celebración de actos jurídicos; teniendo en cuenta las consideraciones que al respecto hace Jorge Ríos Hellig, se considera al Notariado como institución porque teleológicamente, está destinado a proporcionar en un Estado de Derecho, seguridad en los actos jurídicos celebrados ante el Notario, a ejercer la función notarial con honestidad e imparcialidad, de manera calificada y libre del poder del Estado, aunque regulada por él¹⁵, así está señalado en la Ley del Notariado para el Distrito Federal, en su artículo 3º en concordancia con el artículo 42 del propio ordenamiento, el primero al regular al Notariado como garantía institucional a la que todo ciudadano tiene derecho al ser establecido en la Constitución General de la

¹⁴ VILLORO TORANZO, Miguel; *Introducción al estudio del Derecho*, 4ª edición, Editorial Porrúa, México, 1980. p. 244

¹⁵ Cfr. RÍOS HELIG, Jorge; *La Práctica del Derecho Notarial*; 5ª edición, Editorial Mc Graw Hill, México, 2001, p. 27 - 29

República y el segundo al definir al Notario indicando enunciativamente sus características.

1.6.2 Tipos de Notariado.

En los tiempos actuales, la interrelación entre los Estados que conforman la comunidad internacional, impone un tráfico jurídico muy importante, toda vez que se ponen en contacto, sistemas jurídicos diversos, tal como ocurre en la Zona de Libre Comercio de América del Norte, de la cual nuestro país forma parte, pues en ella confluyen el sistema jurídico romanista y el anglosajón, los cuales se distinguen por las fuentes del Derecho, toda vez que en el primer sistema, la fuente privilegiada es la Ley, en tanto que en el segundo lo es la costumbre.

Por cuanto hace al Notariado, distinguimos dos grandes tipos de esta actividad, el Notariado Latino y el Notariado Anglosajón, en nuestro país se tiene el primer tipo mencionado, que reviste las siguientes características:

- El Notario es un profesional del Derecho.
- El ingreso a la función notarial se logra mediante examen de oposición.
- El cargo es prácticamente, vitalicio.
- Redacta el instrumento, lo reproduce y lo conserva.
- Da forma legal a la voluntad de las partes.
- Es asesor de las partes.
- Aunque ejerce una función pública, su actividad es autónoma del *imperium* del Estado (principio de sustentabilidad)

Por otro lado, el Notariado Anglosajón tiene las siguientes notas características:

- No es perito en Derecho.
- El cargo es temporal.
- No rige el principio de matricidad.
- El Notario sólo certifica que los otorgantes firmaron ante él y los identifica.
- No es asesor de las partes.

Como puede apreciarse son instituciones que aunque comparten el nombre no tienen las mismas características ni las rigen los mismos principios.

Podemos hablar de un tercer tipo de Notariado, el totalitario, que tuvo presencia en los países que adoptaron el sistema socialista de organización económica y política y que subsiste en países como la República Socialista de Cuba, en este sistema el Notario es un funcionario del Estado, difiriendo del Notariado Latino, en el cual el Notario es un particular que no recibe sueldo o iguala por parte del Estado, además su función es muy restringido pues la propiedad privada es prácticamente inexistente.

1.7.- El Notario como tercero calificado para dar forma a un contrato.

De las distinciones hechas anteriormente entre los sistemas notariales que tienen presencia en el mundo, consideramos que el más conveniente para aplicarse a la contratación por medios electrónicos, ópticos o de cualquiera otra tecnología es el denominado latino, del cual forma parte el Notariado Mexicano, porque por el principio de matricidad, el Notario conserva el instrumento y lo reproduce, con lo cual queda

constancia de la voluntad de las partes al celebrar un acto jurídico, además por ser un profesional del Derecho, tiene los conocimientos necesarios para dar forma legal a la voluntad de quienes acuden ante él a celebrar un acto jurídico dentro de su esfera de competencia y, además es un asesor de las partes; no obstante ello, cada Estado adopta el sistema jurídico que es acorde a su realidad en determinada época, por ello en países como los Estados Unidos de América, la contratación por medios electrónicos ha alcanzado grandes avances, aun cuando su sistema de Notariado no es igual al nuestro, pues el desarrollo de las tecnologías en ese país ha sido acelerado y su sistema jurídico no se ajusta a normas estrictas de aplicación de leyes escritas, sino a la costumbre y a los precedentes que surgen de la aplicación judicial del Derecho.

CAPÍTULO SEGUNDO

CAPÍTULO SEGUNDO. LA EXISTENCIA DE MEDIOS ELECTRÓNICOS DE COMUNICACIÓN NO DESNATURALIZA A LA CONTRATACIÓN Y AL NOTARIO.

SUMARIO: 2.1.- La contratación electrónica. 2.2.- La Internet, el correo electrónico y los sitios certificados. 2.3.- La firma autógrafa y los mensajes de datos tienen los mismos efectos. 2.3.1.- Concepto de firma digital y de mensaje de datos. 2.3.2.- Efectos de firmar digitalmente un documento. 2.3.3.- Criptografía y encriptación. 2.3.3.1.- Sistemas de encriptación. 2.4.- Los instrumentos notariales, pueden contener actos celebrados por medios electrónicos. 2.5.- El ejercicio de la fe pública y los avances de la informática. 2.6.- Es factible celebrar contratos civiles por medios electrónicos. 2.7.- Los actuales sistemas registrales de la Propiedad, no permiten la inscripción de contratos celebrados por medios electrónicos.

2.1.- La contratación electrónica.

En líneas anteriores, hemos tratado los tres conceptos fundamentales del presente trabajo, que son: el contrato, dentro del cual hemos precisado su concepto, sus elementos y su presupuestos de validez; los medios de comunicación y su importancia en la vida contractual; y, el Notario, como tercero calificado para dar forma legal a un acto jurídico y los tipos de Notariado que existen en el mundo moderno.

Ahora hemos de señalar el problema que es objeto de este estudio, consistente en precisar que, actualmente se pueden celebrar contratos por medios de comunicación electrónicos, sin necesidad de estar soportados en papel y de contener firmas autógrafas, sino de constar en archivos electrónicos y signados por logaritmos alfanuméricos que vinculan a una persona (física o ficticia) con el contenido del archivo electrónico al que llamaremos mensaje de datos.

Como fenómeno social, la contratación por medios electrónicos, ha venido a revolucionar formas de vida, el uso de un ordenador o computadora (utilizaremos

indistintamente ambos términos) ya no se limita a utilizarlo como procesador de textos, como un auxiliar para dibujar o como un reproductor de música, hoy a través de este instrumento, podemos comunicarnos casi inmediatamente con sujetos que se encuentren en lugares distantes, podemos transmitir a través de impulsos electrónicos y ayudados con satélites, no sólo texto, sino también imágenes y sonido, lo cual permite que el contacto sea inmediato y nos da la idea de que estamos en el mismo lugar que nuestro interlocutor, lo cual no es del todo conveniente, pues un inadecuado uso de esta herramienta, permite interferir en la vida privada de nuestro interlocutor al tener acceso a información confidencial.

Como fenómeno económico, ha dado origen al denominado comercio electrónico, que en la consideración de Víctor Manuel Rojas Amandi, es la compraventa de bienes y servicios a través de Internet¹⁶, para otros como Julio Téllez Valdés, la noción comercio electrónico es más amplia, pues por éste debemos entender: *"cualquier forma de transacción (sic) o intercambio de información comercial basada en la transmisión de datos sobre redes de comunicación"*¹⁷ lo cual es una nueva forma de ejercer el comercio, ha eliminado las fronteras e incluso ha superado las barreras de carácter arancelario o proteccionista a bienes o servicios, pues las señales vía satélite no conocen de fronteras que impidan el flujo de información.

¹⁶ ROJAS AMANDI, Víctor Manuel; *El uso de Internet en el Derecho*; 2ª edición (col. Estudios Jurídicos), Editorial Oxford University Prerss; México, 2001. p. 22

¹⁷ TÉLLEZ VALDÉS, Julio; *Derecho Informático*; 3ª edición, Mc Graw-Hill, México, 2003, p. 188.

Como fenómeno jurídico, ha revolucionado conceptos como el consentimiento (por cuanto hace al momento de su formación), el concepto mismo de contrato, el momento en que nacen los derechos y deberes de las partes que concluyen un vínculo jurídico por estos medios), el considerar como persona presente a quien en realidad se encuentra a kilómetros de distancia, incluso en otro país, lo que significa conflictos de competencia para las autoridades, y la determinación del Derecho aplicable en esa relación, sólo por mencionar algunos de los efectos de este fenómeno.

Así podemos decir que la contratación electrónica, tiene como eje, el intercambio electrónico de datos, que al decir de Rosa Julià Barceló es:

“el intercambio de datos en un formato normalizado entre los sistemas informáticos de quienes participan en las transacciones comerciales con reducción al mínimo de la intervención manual”¹⁸

Al decir de la autora citada, este concepto suscitó amplias discusiones en el seno de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL) en su Grupo de Trabajo sobre Pagos Internacionales, en virtud de que el concepto intercambio electrónico de datos, es sólo la transmisión de información por estos medios, sin considerar la posibilidad de una relación contractual, por otro lado al sugerirse denominarle comercio electrónico, se argumentó que era un término restrictivo pues no incluía medios ópticos en la transmisión de datos, no obstante lo anterior se consideró conveniente manejar el término primeramente

¹⁸ JULIÀ BARCELÓ, Rosa; *Comercio Electrónico entre Empresarios. La formación y prueba del contrato electrónico*; Biblioteca Jurídica Cuatrecasas. Núm. 22 Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2000. p. 38.

apuntado, en México, se ha adoptado éste concepto al definir nuestro Código de Comercio al mensaje de datos como la información atribuible a una persona que utiliza medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología para su intercambio.

Así, podemos asegurar que el intercambio de datos a través de ordenador, no necesariamente, genera vínculos jurídicos entre emisor y receptor, pues el intercambio puede consistir desde transmitir un saludo a través de un mensaje de correo electrónico, la consulta de un expediente médico, hasta un depósito bancario de dinero, la adquisición de títulos en el mercado bursátil y la propuesta de celebración de un contrato, los cuales no son sino especies del género intercambio electrónico de datos.

Con base en lo anterior, podemos señalar que la contratación electrónica es el medio por el cual dos o más voluntades convergen, conforme a lo dispuesto por un supuesto para producir las consecuencias de Derecho consistentes en crear y transmitir derechos y obligaciones de carácter patrimonial, utilizando medios electrónicos, ópticos o magnéticos.

Para estar en aptitud de comprender cuales son los medios electrónicos de comunicación a que nos venimos refiriendo, haremos mención de los principales medios que facilitan el intercambio electrónico de datos, estos son: La Internet, el Correo Electrónico y los Sitios Certificados.

2.2.- La Internet, el correo electrónico y los sitios certificados.

La Internet, es un conjunto de servidores de archivos distribuidos por el mundo e interconectados mediante un sistema de redes de cómputo; tiene como funciones:

ser un medio de comunicación y medio de información; para cumplir la primera contamos con el Correo Electrónico y los Foros de Discusión; para efectos de su segunda función, podemos decir que es un centro de documentación al que tenemos acceso a través de nuestro ordenador, ya sea para obtener información, o bien para ingresarla, lo cual hace de este un sistema abierto por la facilidad para conectarse y para interactuar en él.

Originalmente, no fue concebida como una red de comunicación con los alcances que tiene hoy día, sino más bien como instrumento de comunicación al servicio del Ministerio de Defensa Norteamericano, que tenía la característica de no estar conectada a una sola computadora, sino que funcionara en cada equipo de manera independiente.

A partir de la década 1990, es posible acceder a dicha red, a través de cualquier ordenador en cualquier parte del orbe, con los objetivos más diversos, desde investigar la información para realizar una tarea, obtener imágenes, voz, sonido, operar cuentas bancarias, hasta concluir operaciones mercantiles.

Esta apertura de las telecomunicaciones ha hecho vulnerable la seguridad en la celebración de negocios, pues no conocemos a quien se encuentra al otro lado de la red, ni si somos los únicos que intercambiamos información o si más personas tienen acceso a ella y puedan utilizarla de manera poco conveniente (por ejemplo en el caso de realizar compras utilizan nuestra tarjeta de crédito como medio de pago, ingresando a la red nuestra clave secreta, corriendo el riesgo de que alguien tenga acceso a ella y la utilice con fines ilícitos).

Por lo anterior, se ha hecho necesario regular en la medida que ello es posible, el intercambio de información por dichos medios y la manera de contratar a través de ellos, a partir de 1996, se cuenta con una Ley Modelo creada en el seno de la Organización de Naciones Unidas para proteger a los consumidores en el denominado Comercio Electrónico y que ha servido de ejemplo a varios Estados para legislar sobre dicha materia.

Uno de los medios más comunes de intercambio de datos a través de Internet, es el Correo Electrónico, que podemos definirlo como: *"un servicio de mensajería electrónica por redes de cómputo que funciona también en Internet"*¹⁹ es un medio que ofrece la ventaja de envío y recepción de mensajes entre computadoras conectadas a redes diversas, siempre que estén conectadas a Internet; se ha dicho a últimas fechas que el enviar información a través de correo electrónico es poco seguro, pues cualquier usuario de la red puede interceptar el mensaje y conocer su contenido, sin embargo, si se utilizan métodos de seguridad para cifrar los mensajes, se logrará la ansiada seguridad en el tráfico de la información, sobre ello trataremos posteriormente.

Finalmente, debemos tratar el tema de los sitios de Internet, entendidos éstos como:

*"Punto de la red (Internet) con dirección única y al que pueden acceder los usuarios para obtener información"*²⁰

¹⁹ ROJAS AMANDI, Víctor Manuel; op. cit. p. 47

²⁰ TÉLLEZ VALDÉS, Julio; op. cit. p. 496

Respecto del concepto anterior, Julio Téllez Valdés, considera que erróneamente se identifica a la página de Internet, con el concepto enunciado anteriormente, siendo correcto que la página puede ser parte del sitio, porque una página de Internet es:

“Fichero o archivo que constituye una unidad significativa de información accesible a través de la WWW (sic) a través de un programa navegador. Su contenido puede ir desde un texto corto hasta un voluminoso conjunto de textos, gráficos, estáticos o en movimiento, sonido, etc. El término página web se utiliza a veces a mi entender de forma incorrecta, para designar el contenido global de un sitio web, cuando en ese caso debería decirse páginas web o sitio web”.²¹

La importancia de insertar los anteriores conceptos, es significativa para el presente trabajo, en virtud de que en los últimos años, la actividad comercial a través de la red de comunicación Internet ha experimentado un crecimiento acelerado, muestra de ello, es que en el decreto de reformas del año 2000 en materia de comercio electrónico, se reformó la Ley Federal de Protección al Consumidor, para garantizar al consumidor seguridad en la celebración de actos de comercio a través de medios electrónicos, de ahí que se haga necesario, que en los sitios de Internet, se cuente con una certificación notarial, que indique a los usuarios, que éste (el sitio), cumple los estándares internacionales de seguridad para el intercambio electrónico de datos que pueden incluir desde el nombre del contratantes, hasta el número secreto para operar equipos automatizados a través de tarjetas magnéticas (por ejemplo el número de identificación personal de las tarjetas bancarias), sobre este aspecto se comentará el

²¹ Ibid p. 486.

procedimiento para certificar un sitio de Internet en el capítulo cuarto del presente estudio.

2.3.- La firma autógrafa y la Firma Electrónica tienen los mismos efectos.

Consideramos a la firma como la manera convencional de externar la voluntad en un acto jurídico que consta por escrito, sin embargo la firma no siempre ha tenido la significación que le damos en la actualidad; en el Diccionario de la Lengua Española, se define a la firma como: *"nombre y apellido, o título que una persona escribe de su propia mano en un documento, para darle autenticidad o para expresar que aprueba su contenido"*²²

La anterior definición, no guarda concordancia con la realidad, pues hoy en día, nos encontramos con firmas cuyos rasgos no expresan palabras, e incluso, no guardan semejanza con caracteres alfabéticos.

Podemos considerar que actualmente existen varios tipos de firma, entre las cuales encontramos: la autógrafa, en facsimile, mecánica, de persona física, de persona moral, con tinta, con otros instrumentos de escritura, digital²³; para efectos del presente estudio se analizará de manera especial la primera y la última de las mencionadas, si bien es cierto que todas, serán objeto de mención en diversas secciones.

²² REAL ACADÉMIA ESPAÑOLA; *Diccionario de la Lengua Española T. I*; 22ª edición, Ed. Espasa, Madrid, España 2001, p. 1061

²³ ACOSTA ROMERO, Miguel y Julieta Areli Lara Luna; *Nuevo Derecho Mercantil*, Ed. Porrúa, México, 2001, p. 539

Regularmente decimos que un documento sin firma, es un documento sin valor, de ahí la importancia de considerar que estos trazos constituyen manifestación de la voluntad aceptando el contenido del documento en el cual se estampa.

No existe una definición legal de firma, sin embargo el Código Civil Federal en su artículo 1834, dispone que cuando se exija la forma escrita en un acto jurídico, los documentos en los que se haga constar se firmarán por todos los otorgantes, y en caso de alguno no pueda firmar, éste imprimirá su huella digital y un tercero firmará a su ruego, haciendo mención de ello; dicha disposición es imperativa pues en caso de no firmar alguno de los otorgantes, en el caso de constar en escritura pública, ésta no podrá ser autorizada y si así se hiciere, esta sería nula, así lo dispone el artículo 162, fracción VI de la Ley del Notariado para el Distrito Federal, que dispone que el instrumento notarial es nulo si no está firmado por todos los otorgantes o no hay la mención exigida a falta de firma que es la prevista en el artículo antes citado del Código Civil.

Habiendo precisado los alcances de la firma, concretamente de la autógrafa, estamos en aptitud de estudiar uno de los tipos de firma, de reciente regulación en el Derecho mexicano, y que es uno de los objetos de estudio del presente trabajo: la firma digital.

2.3.1.- Concepto de firma digital y de mensaje de datos.

En las reformas al Código de Comercio, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 29 de Agosto de 2003, se regula el uso de la firma digital (llamada en

dicho ordenamiento Firma Electrónica Avanzada o Fiable) y los prestadores de servicios de certificación (llamadas en otros países entidades certificadoras o agentes certificadores), que vienen a revolucionar la forma de externar la voluntad en un acto jurídico patrimonial, toda vez que se reconoce validez a los contratos concluidos utilizando medios electrónicos de comunicación, como lo es Internet, y que consten en medios diversos al papel.

En la doctrina jurídica española, se ha definido a la firma electrónica como:

“...cualquier método o símbolo, basado en medios electrónicos utilizado o adoptado por una parte con la intención actual de vincularse o autenticar un documento, cumpliendo todas o algunas de las funciones características de una firma manuscrita”²⁴

Con la anterior definición se confirma que la firma electrónica, tiene los mismos efectos que la firma manuscrita estampada en papel, con lo cual se llega a la conclusión de que las formas de interrelación entre personas ha tomado nuevos derroteros y no es conveniente sustraerse a las consecuencias que ello crea; la anterior definición, es la que corresponde a una concepción genérica de firma electrónica, pues se reconoce que hay métodos o símbolos, basados en medios electrónicos para autenticar o vincularse con el contenido de un documento que ofrecen mayor seguridad y que llamaremos firma digital, que se considera son

²⁴ MARTÍNEZ NADAL, Apol.lonia; Comercio Electrónico, Firma Digital y Autoridades de Certificación; 3ª edición, Ed. Civitas-Universitat des Illes Balears-Govern Balear, Madrid, 2001. p. 41

tecnológicamente específicas, pues se basan en la existencia de claves asimétricas a las que llamaremos clave pública²⁵ y que será objeto de estudio en este capítulo.

En nuestro Derecho, el artículo 89 del Código de Comercio, se define a la firma electrónica de la siguiente manera:

“Artículo 89.- Las disposiciones de este Título regirán en toda la República Mexicana en asuntos del orden comercial, sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales de los que México sea parte.

Las actividades reguladas por este Título se someterán en su interpretación y aplicación a los principios de neutralidad tecnológica, autonomía de la voluntad, compatibilidad internacional y equivalencia funcional del Mensaje de Datos en relación con la información documentada en medios no electrónicos y de la Firma Electrónica en relación con la firma autógrafa.

En los actos de comercio y en la formación de los mismos podrán emplearse los medios electrónicos, ópticos o cualquier otra tecnología. Para efecto del presente Código, se deberán tomar en cuenta las siguientes definiciones:

...Firma Electrónica: Los datos en forma electrónica consignados en un Mensaje de Datos, o adjuntados o lógicamente asociados al mismo por cualquier tecnología, que son utilizados para identificar al Firmante en relación con el Mensaje de Datos e indicar que el Firmante aprueba la información contenida en el Mensaje de Datos, y que produce los mismos efectos jurídicos que la firma autógrafa, siendo admisible como prueba en juicio”.

Con lo anterior se dispone que la firma electrónica tenga el mismo valor que la firma autógrafa, siendo el documento al cual se adjunte, admisible en juicio como prueba, como ocurre con el documento que está soportado en papel.

De la definición anterior, resalta el concepto mensaje de datos, que en el citado precepto es definido de la siguiente forma:

²⁵ Cfr. MARTÍNEZ NADAL, Apol.lonia; op. cit. p. 42

“Artículo 89.-...

Mensaje de Datos: La información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, ópticos o cualquier otra tecnología...”

Es decir, el mensaje de datos, es el equivalente al papel y tinta en los que de manera convencional, hacemos constar actos jurídicos y la firma electrónica la manera en la cual autenticamos o reconocemos como de nuestra autoría; finalmente en Derecho mexicano, se ha adoptado el concepto de Firma Electrónica Avanzada o Fiable, que en esencia corresponde al concepto de firma digital y es definida de la siguiente manera:

“Artículo 89.-...

Firma Electrónica Avanzada o Fiable: Aquella Firma Electrónica que cumpla con los requisitos contemplados en las fracciones I a IV del artículo 97...

En aquellas disposiciones que se refieran a Firma Digital, se considerará a ésta como una especie de la Firma Electrónica...”

“Artículo 97. *Cuando la ley requiera o las partes acuerden la existencia de una firma en relación con un mensaje de datos, se entenderá satisfecho dicho requerimiento si se utiliza una firma electrónica que resulte apropiada para los fines para los cuales se generó o comunicó ese mensaje de datos.*

La firma electrónica se considerara avanzada o fiable si cumple por lo menos los siguientes requisitos:

I. Los datos de creación de la firma, en el contexto en que son utilizados, corresponden exclusivamente al firmante;

II. Los datos de creación de la firma estaban, en el momento de la firma, bajo el control exclusivo del firmante;

III. Es posible detectar cualquier alteración de la firma electrónica hecha después del momento de la firma, y

IV. Respecto a la integridad de la información de un mensaje de datos, es posible detectar cualquier alteración de ésta hecha después del momento de la firma.

Lo dispuesto en el presente artículo se entenderá sin perjuicio de la posibilidad de que cualquier persona demuestre de cualquier otra manera la fiabilidad de una firma electrónica, o presente pruebas de que una firma electrónica no es fiable.”.

Es decir, la Firma Electrónica Avanzada, Digital o Fiable, (que en lo sucesivo usaremos como sinónimas) para ser consideradas como tales, deben garantizar la inviolabilidad del documento y su no repudiación, con el fin de dar la seguridad que exige el hecho de contratar a través de una red de información abierta y que por ese motivo puede vulnerarse la autenticidad del mensaje de datos en cuanto a su contenido y la identidad de su creador.

2.3.2.- Efectos de firmar digitalmente un documento.

Como ya quedo precisado, el efecto de firmar digitalmente un documento, es que tenga la misma validez que si se hiciera de manera autógrafa, ésta homologación recibe el nombre de **“Principio de Equivalencia Funcional”**; para dar este reconocimiento el legislador en la reforma al Código Civil Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de Mayo de 2000, adicionó dicho ordenamiento con un artículo 1834 bis, que a la letra dispone:

“Artículo 1834 bis.- *Los supuestos previstos por el artículo anterior se tendrán por cumplidos mediante la utilización de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, siempre que la información generada o comunicada en forma íntegra, a través de dichos medios sea atribuible a las personas obligadas y accesible para su ulterior consulta. 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 resguardo una versión íntegra de la misma para su ulterior consulta, otorgando dicho instrumento de conformidad con la legislación aplicable que lo rige”.*

De la disposición anterior, se desprende que incluso cuando la forma en que deba expresarse la voluntad sea la escritura pública, el acto puede celebrarse incluso sin que las partes comparezcan ante el fedatario, como lo exige la reglamentación de la actividad notarial o del Corredor Público; ahora se dispone que en el instrumento público se exprese la manera en que el fedatario se cercioró de la autenticidad de la información y que la misma es atribuible a determinada persona; al momento de la reforma no se estableció reglamentación alguna para atribuir información generada por esos medios, sin embargo a partir del 29 de Agosto de 2003, esto si es posible, pues se integraron a la legislación mercantil los conceptos de firma electrónica, con su especie Firma Electrónica Avanzada, sin incluirla en el Derecho Civil Federal, lo que deja fuera de este ámbito de celebración de contratos a actos jurídicos patrimoniales de carácter civil dicha reforma será estudiada con profundidad en el capítulo tercero de este trabajo.

2.3.3.- Criptografía y encriptación.

La criptografía, es la ciencia o arte de escribir en clave secreta o de un modo enigmático; en el campo del Derecho de la Contratación Electrónica, entendemos por criptografía:

“...la transformación del mensaje de datos en una forma ilegible para todo aquel que no posea la llave para descryptar el mensaje de datos. La transformación de datos en un mensaje imposible de leer, se llama encriptar. La transformación de un mensaje ilegible en un mensaje de datos legible se llama descryptar”²⁶

²⁶ JULIÀ BARCELÓ, Rosa; op. cit. p. 227.

Para efectos de nuestro estudio esta ciencia es de gran importancia, pues el enviar datos a través de una red de información abierta como es Internet, cualquier sujeto puede interceptarla y conocer su contenido y si pretendemos la máxima seguridad para contratar, debemos procurar que sólo las partes conozcan el contenido de dichos mensajes, esto se logra a través de cifrar un documento de manera que resulte ininteligible y, que sólo quien conoce las claves de cifrado pueda aplicarlas al mensaje y hacerlo legible, es aquí donde el concepto de firma electrónica avanzada, toma toda su fuerza pues a través de ella el emisor, además de vincularse con el documento, tiene la seguridad de que quien conozca la clave pública de su firma electrónica (con la connotación que dicho concepto tiene en el artículo 89 del Código de Comercio), conocerá el contenido del documento, para aceptar la propuesta o rechazarla, o bien, hacer una contra propuesta, lo cual es viable cuando se hace una oferta a varias personas, pero si se utiliza la firma electrónica avanzada, el remitente tiene la garantía de que solo el destinatario conocerá el contenido y no podrá negar su recepción, ni el remitente repudiar su oferta, pues para descifrar el documento, el destinatario ingresará su clave privada para descifrar el mensaje.

2.3.3.1.- Sistemas de encriptación.

Para comprender lo anterior, encontramos dos sistemas de encriptación, a los que llamaremos criptografía simétrica y criptografía asimétrica; el primero consiste en que el remitente escribe el mensaje que desea enviar a determinada persona, al documento adjunta su clave de firma electrónica que es única, con lo cual el mensaje se torna ilegible; al enviar el mensaje, el receptor ingresa en el mensaje ilegible la clave adjunta al mensaje y obtiene un mensaje comprensible, para que este sistema

reporte un mínimo de seguridad las partes deben conservar en secreto la clave de encriptación (que a su vez es de desencriptación), pues un tercero que tuviera acceso al mensaje y conociera la clave podría modificarlo si actuase con mala intención; por tanto este sistema no es del todo fiable, pues al existir una sola clave no podría dilucidarse quien es el autor y podría generar perjuicios a ambas partes.

El segundo sistema es el denominado criptografía asimétrica, consistente en que las partes cuentan con un par de llaves cada una, distintas entre sí; ambas claves aunque tiene una relación matemática (las claves se conforman con números y letras), no permiten conocer a partir de la clave pública, la clave privada, pues a mayor longitud de las claves, mayor será la posibilidad de combinación de los caracteres que las forman y, en consecuencia, más difícil alterarlos o duplicarlos maliciosamente..

La ventaja que ofrece este sistema de cifrado, es que el mensaje una vez cifrado no puede ser modificado, lo cual garantiza la integridad del mismo, sin posibilidad de que un tercero "intercepte" el mensaje y lo modifique, (recordemos que a partir de la clave pública no puede obtenerse la privada que permite hacer legible el mensaje), así cuando un individuo remita un mensaje lo encriptará con su clave privada, el receptor lo desencriptará aplicando al documento la clave pública del emisor y hará legible el mensaje de datos.²⁷

²⁷ Ibid p. 232

Por cuanto hace a la firma digital, esta es aplicable en el segundo de los métodos descritos, añadiendo además de la clave pública, un algoritmo que permite comprimir el mensaje, mismo que en la doctrina jurídica española se denomina "función hash" y que consiste en una versión abreviada del mensaje cifrado y que denominaremos cadena fija o huella digital del mensaje, misma que conocerán única y exclusivamente las partes, volviéndolo ilegible, con lo cual se garantiza al receptor, que el emisor efectivamente creó el mensaje, pero además que sólo él ha tenido acceso al mensaje, para el emisor que sólo el destinatario, tiene acceso al mensaje y que no puede modificarlo.

2.4.- Los instrumentos notariales, pueden contener actos celebrados por medios electrónicos.

Hemos visto que en términos de lo dispuesto por el artículo 1834-bis del Código Civil Federal, cuando para la celebración de un acto jurídico se exija la forma de escritura pública, el acto puede otorgarse a través de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, siempre que el fedatario se cerciore de la autenticidad de la información intercambiada entre las partes y de que esta es atribuible a ellas, precisando en el instrumento, el medio por el cual llega a esa convicción.

Sin embargo, esta disposición es aplicable a los actos jurídicos que tengan sustento en un ley federal, con lo cual los actos jurídicos previstos en el Código Civil para el Distrito Federal o de cualquier entidad federativa que no reconozca validez a los documentos electrónicos, podrán celebrarse por esta vía pero no ser válidos por falta de forma, generándose un conflicto, pues los actos jurídicos de carácter

patrimonial previstos en el Código Civil Federal, son idénticos a los previstos en nuestro Código local, por tanto, sería pertinente reformar el Código Civil para el Distrito Federal en la parte referente a los contratos, en los términos del ordenamiento civil federal, para reconocer validez a contratos celebrados por medios electrónico, ópticos o de cualquier otra tecnología.

Pensemos por ejemplo en un contrato de compraventa de mercaderías que celebran dos empresarios por medio de correo electrónico, aplicando cualquiera de los sistemas de criptografía que hemos descrito, el contrato será válido, porque tanto el ordenamiento mercantil, como su ley supletoria que es el Código Civil de 1928, son de aplicación federal, pero si se tratare de una compraventa de inmuebles entre dos comerciantes (recordemos que conforme al artículo 75, fracción II del Código de Comercio la enajenación de inmuebles con propósito de especulación comercial es un acto de comercio), técnicamente se regiría por el Código de Comercio, y en lo no previsto en éste, es de aplicación supletoria el Código Civil Federal, en términos del artículo 2º del ordenamiento primeramente citado; el ordenamiento civil federal, regula la compraventa de bienes inmuebles, estableciendo que la forma del contrato es la de escritura pública, sin embargo, nos encontramos con la máxima "lex locus regit actum", la cual hace nugatoria la posibilidad de celebrar la compraventa de inmuebles a través de medios electrónicos, y adicionalmente los códigos civiles locales no regulan la celebración de este tipo de actos, con la imposibilidad de inscribirlos en el Registro Público de la Propiedad.

Por lo anterior, podemos deducir que los instrumentos notariales pueden contener actos jurídicos celebrados por medios electrónicos, pero siempre que dichos

actos tengan sustento en una ley de aplicación federal y que no se oponga a una ley local, como es el caso de actos sobre inmuebles o el otorgamiento de un poder, pues son actos reservados a las autoridades y fedatarios de las Entidades Federativas, en términos del artículo 124 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

2.5.- El ejercicio de la fe pública y los avances de la informática.

Los Notarios, son profesionales del Derecho investidos de fe pública por el Estado, en los términos estudiados en el capítulo primero. A partir de junio 2000, en que entraron en vigor las reformas al Código Civil Federal, la regulación de la actividad de los Fedatarios Públicos, ha sido modificada para que puedan hacer constar en sus instrumentos, actos jurídicos patrimoniales celebrados por medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, lo que significaría que no todas las partes comparecieran ante el Notario.

Primeramente el 29 de Mayo de 2000, se reformó el Código Civil de 1928, haciéndolo de aplicación federal, -recordemos que anteriormente era de aplicación local en el Distrito Federal y para toda la República en asuntos de orden federal, sin embargo por decreto publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 25 de Mayo de 2000, el órgano legislativo de la capital, reformó dicha codificación para hacerla de aplicación federal, junto con un cúmulo de reformas que entraron en vigor en la Ciudad de México, el día 1º de Junio de 2000 - reformando los artículos referentes a la formación del consentimiento y a la forma de los actos jurídicos, para incluir en ellos la contratación por los medios a que nos venimos refiriendo; en el mismo decreto, se

reformó el Código de Comercio, que incluye modificaciones al Registro Público de Comercio para que opere a través de un programa informático (lo que impone a los fedatarios la necesidad de contar con firma electrónica para acceder a él), y la creación de registros electrónicos de los comerciantes, denominados Folios Mercantiles Electrónicos. Posteriormente, se emitieron las reglas de operación de dicho Registro y, finalmente el pasado 29 de Agosto de 2003, se agregó al texto del Código de Comercio las disposiciones referentes a la firma electrónica y a los prestadores de servicios de certificación (llamados en otros países entidades de certificación o agentes certificadores) comprendiendo dentro de este último concepto a los Notarios y los Corredores Públicos, así como a entidades de la administración pública y personas morales autorizadas al efecto.

A partir de entonces diversas empresas se han dedicado a la prestación del servicio de creación de firmas electrónicas, lo cual hicieron al margen de la Ley, hasta la publicación del último decreto referido en el párrafo anterior; sin embargo, por la fe pública depositada en los Notarios y Corredores Públicos, su calificación profesional y la confianza que la sociedad tiene en ellos, tenemos el convencimiento de que pueden garantizar una adecuada prestación del servicio de certificación de firmas electrónicas y digitales, así como de certificación de los contratos celebrados por medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología a los particulares que los soliciten, lo mismo ocurriría con las entidades de la administración pública en el ámbito de su competencia, como sería el caso de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, a través del Servicio de Administración Tributaria, o bien, los Registros Públicos de la Propiedad o el Registro Público de Comercio, respecto de la prestación del servicio a los fedatarios públicos para operar los sistemas registrales.

El Derecho mexicano, según se desprende del texto del artículo 100, fracción II del Código de Comercio, faculta a personas morales para la prestación del servicio de certificación digital, siempre que cuenten con autorización del Estado por conducto de la Secretaría de Economía, como ocurre en países como España²⁸, consideramos que es una novedad autorizar a particulares para prestar un servicio que por su naturaleza corresponde a los fedatarios públicos, pues sin dudar de la capacidad del personal que estas sociedades, debemos tener en cuenta que si se pretende garantizar a los contratantes seguridad en el intercambio electrónico de datos, que pueden incluso pertenecer a la esfera más íntima de sus vidas, es conveniente que los Notarios y los Corredores Públicos como peritos en Derecho realicen esta función y que además la ejerzan dentro de la dación de fe que los caracteriza y no como se dispone en el artículo 100 parte final del Código de Comercio:

“Artículo 100. Podrán ser prestadores de servicios de certificación, previa acreditación ante la Secretaría:

I. Los notarios públicos y corredores públicos;

II. Las personas morales de carácter privado, y

III. Las instituciones públicas, conforme a las leyes que les son aplicables.

La facultad de expedir certificados no conlleva fe pública por sí misma; así, los notarios y corredores públicos podrán llevar a cabo certificaciones que impliquen o no la fe pública, en documentos en papel, archivos electrónicos, o en cualquier otro medio o sustancia en el que pueda incluirse información.

Por ejemplo en el Notariado español, la Ley que lo regula, dispone en su artículo 17-bis, las reglas a que debe sujetarse la redacción de un instrumento público,

²⁸ Cfr. MARTÍNEZ NADAL, Apol.lònia; *La Ley de Firma Electrónica*; (Col. Monografías), Ed. Civitas, Madrid, 2000, p. 134

cuando se redacta en un documento electrónico, disponiendo entre otras la posibilidad de que el Notario pueda expedir testimonios de los instrumentos en medios electrónicos, signados con su Firma Electrónica Avanzada²⁹, con lo anterior se confirma nuestra convicción de que el ejercicio de la fe pública, debe adaptarse a los avances tecnológicos que agilizan el tráfico jurídico, pero que también ponen en riesgo la seguridad para los contratantes, misma que debe ser garantizada por el Estado a través de las personas en quienes deposita la delicada y nunca fácil tarea de dar autenticidad a los actos de los particulares.

Finalmente, cabe cuestionarse respecto a: ¿cómo se cerciora el fedatario público de la autenticidad de los mensajes intercambiados por las partes?, ¿cómo se atribuye un mensaje de datos a determinada persona?, ¿cómo podemos saber si el que dice firmar digitalmente un documento es capaz?

Las respuestas a dichas interrogantes, son: El fedatario puede llegar a la convicción de que los mensajes son auténticos si han sido firmados digitalmente por quien dice haberlos emitido, en virtud de que se presume que esa persona es la única que conoce el par de llaves necesario para cifrar y descifrar, lo cual estaría reforzado, si los fedatarios fueran los únicos facultados para emitir los certificados de firma, pues dicha emisión, implicaría ejercer fe pública, pues para crear un certificado, el Notario o Corredor, deberán previamente identificar al solicitante y cerciorarse de su capacidad, tal como se hace al extender un instrumento en el protocolo; para atribuir un mensaje de datos a determinada persona, será preciso verificar el contenido del certificado de firma digital que va adjunto al mensaje de datos, en el que podremos conocer la

²⁹ Ley y Reglamento Notariales; 4ª edición, Ed. Civitas, Madrid, 2003. p. 26

identidad del titular, del prestador de servicios de certificación que lo emitió, la fecha de emisión y de expiración y el número de serie, lo cual nos indicará que el certificado pertenece a la persona que dice firmar el documento, vinculándola con el mensaje de datos y con el contenido obligacional que el mismo pudiese tener; para cerciorarnos de la capacidad del firmante, bastará con que el certificado de firma esté adjunto al mensaje y que esté vigente, pues para expedirlo, el titular debe ser capaz.

2.6.- Es factible celebrar contratos civiles por medios electrónicos.

En el curso de la investigación para preparar el presente trabajo, nos hemos enfrentado al cuestionamiento referente a la posibilidad de celebrar contratos civiles por medios electrónicos. Sin temor a equivocarnos podemos afirmar categóricamente que jurídicamente, ello es posible, sin embargo, nos enfrentamos al serio problema de que sólo el Código Civil Federal, reconoce esta posibilidad, no así las legislaciones civiles de las Entidades Federativas, y decimos que es un problema, porque constitucionalmente, la facultad de expedir legislación civil es exclusiva de las Entidades Federativas, a la luz del artículo 124 de la Constitución, en concordancia con el artículo 73 del mismo ordenamiento, al respecto, Víctor Manuel Rojas Amandi, sostiene que la facultad de expedir un Código Civil Federal, emana de la facultad del Congreso de la Unión, contenida en el artículo 73 fracción XXX constitucional, toda vez que conforme a esa disposición, el Poder Legislativo Federal, puede expedir la legislación necesaria para cumplir cabalmente las facultades a él conferidas en las fracciones precedentes,³⁰ por otro lado hay quienes sostienen que el Código Civil Federal, (denominado así a partir del decreto publicado en el Diario Oficial de la

³⁰ Cfr. ROJAS AMANDI, Víctor Manuel; op. cit. p. 27.

Federación el 29 de Mayo de 2000) es inconstitucional por no contar el Congreso de la Unión con facultad expresa para expedirlo, argumentando que aquello que expresamente no está reservado a la Federación, se entiende conferido a los Estados miembros de la Unión y, en el caso, la facultad de aprobar la legislación civil no corresponde a la Federación,³¹ pero no podemos dejar de reconocer la necesidad de que exista legislación civil federal, pues un cúmulo importante de ordenamientos la prevén como legislación supletoria, tal es el caso de las legislaciones mercantil, bancaria, bursátil y fiscal, por mencionar las más importantes, por lo cual sería conveniente reformar el artículo 73 Constitucional que confiera al Congreso de la Unión la facultad de legislar en materia de obligaciones y contratos, pues con ello se unificaría la regulación de estas materias, lo que permitiría no sólo agilizar la contratación por medios electrónicos que es el objeto de la presente investigación, sino que agilizaría el intercambio de bienes y servicios por medios convencionales, tanto en el ámbito nacional como internacional.

Pero mientras dicha reforma no se produzca, es necesario que las legislaturas locales, ponderen las ventajas de reconocer consecuencias jurídicas a la contratación por medios electrónicos y no reducir su aplicabilidad actos mercantiles, no porque a la contratación por medios electrónicos se le denomine comúnmente como comercio electrónico, se piense que sólo es aplicable a actos en que se procure especulación o que se produzcan entre personas que hagan del comercio su ocupación ordinaria, de regularse en el ámbito local el intercambio electrónico de datos, permitirá celebrar contratos civiles como la Compraventa y, específicamente de inmuebles.

³¹ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto; *Derecho de las Obligaciones*; 12ª edición Porrúa, México, 2001, p. CXXVI

2.7.- Los actuales sistemas registrales de la Propiedad, no permiten la inscripción de contratos celebrados por medios electrónicos.

El Registro Público de la Propiedad, es la institución a cargo del Poder Ejecutivo que tiene por finalidad dar publicidad a los actos jurídicos de carácter patrimonial para surtir efecto frente a tercero; se basa en el sistema de folios reales y de personas morales para realizar las anotaciones; este sistema se estableció en 1979 y vino a sustituir al sistema de libros, que generaba lentitud e inseguridad en el servicio, pues no siempre era afortunada la manera de hacer las anotaciones, además de que los libros en algún momento se convertían en un simple "archivo muerto"³².

No obstante que dicha reforma representó en su momento un avance notable en los sistemas registrales, la regularización de fincas y la modernización de la institución, debemos señalar que en la actualidad y, derivado del creciente tráfico de la propiedad inmueble, es necesario automatizar el Registro Público de la Propiedad, de manera que el acervo de éste, se encuentre digitalizado, para estar en posibilidad de consultarlo desde cualquier terminal de computadora y, pueda incluso obtenerse certificaciones a través de medios electrónicos, ópticos o magnéticos mediante el uso de firmas electrónicas.

Ya en materia mercantil, se ha dado inicio a un proceso como éste, en mayo de 2000, al reformarse los Códigos Civil Federal, Federal de Procedimientos Civiles y de Comercio, se procuró modernizar el Registro Público de Comercio, que es de carácter

³² Cfr. COLIN SANCHEZ, Guillermo; *Procedimiento Registral de la Propiedad*; 4ª edición, Ed. Porrúa, México, 20001. p. 34

federal, aun cuando su operación se delega en el Registro Público de la Propiedad de las Entidades Federativas.

En la reforma de referencia, se estableció la figura del Folio Mercantil Electrónico, en el que constan las anotaciones que corresponden a cada comerciante que cuente con matrícula en dicho Registro; dichas inscripciones deberán hacerse en una base de datos operada por la Secretaría de Economía y que estará en red, con ello se pretende que cualquier persona desde cualquier ordenador pueda consultar el acervo registral; mención aparte merecen los Notarios y Corredores Públicos, quienes mediante el uso de firmas electrónicas, podrán solicitar certificaciones de las anotaciones hechas en el Registro, e incluso podrán remitir solicitudes de inscripción, los testimonios de los instrumentos otorgados ante ellos y el pago de derechos por concepto de inscripción, con lo cual se agiliza el procedimiento registral, con la mayor seguridad para el prestatario del servicio, el Fedatario, el Registro y los terceros registrales.

A la fecha, con excepción del Distrito Federal, las Entidades Federativas han firmado convenios de colaboración con la Federación para realizar la base de datos del Registro Público de Comercio prevista en el Código de Comercio, para tener "en línea", su acervo registral y operarlo de esa manera, sin necesidad de hacerlo ya en soporte de papel, lo cual es tardado, engorroso, susceptible de corruptelas e inclusive, caro; es notable que la entidad federativa más importante de la República, no haya firmado aun el convenio de colaboración que permita la captura de su acervo registral mercantil, pues en ella tienen su domicilio muchas empresas, las más importantes de la República, esperamos que pronto lo haga para modernizar tan importante institución.

El hecho de que sea posible remitir el testimonio de una escritura por medios electrónicos para su inscripción, no significa que las fases que actualmente se siguen en el procedimiento registral desaparezcan, pues todas son de gran importancia para la seguridad del prestatario del servicio; tampoco significa que sea poco seria la actuación del Fedatario, al contrario, permitirá en la medida que la circunstancia lo permita, remitir el instrumento el mismo día que se firma (a menos que deban satisfacerse requisitos fiscales posteriores a la firma), con lo cual se mantendrá permanentemente actualizado el Registro.

En virtud de lo anterior y, aunado a la no regulación de la contratación electrónica en el Código Civil para el Distrito Federal, no es posible celebrar en el ámbito local contratos civiles por estos medios, aunque sí se puede en contratos que tengan sustento en una ley federal, para lograr que contratos como la compraventa o el mutuo que son objeto de regulación de la legislación civil de las entidades federativas, deben reformarse éstas, y emitir una reglamentación nueva de los Registros Públicos de la Propiedad, tal como ha ocurrido el 24 de Octubre de 2003, con la publicación en el Diario Oficial de la Federación del Reglamento del Registro Público de Comercio, que complementa la reforma del año 2000 a tan importante institución.

CAPÍTULO TERCERO

CAPÍTULO TERCERO. REGULACIÓN ACTUAL DE LA CONTRATACIÓN Y LA FIRMA ELECTRÓNICA EN MÉXICO.

Sumario: 3.1.- La reforma de 29 mayo de 2000 al Código Civil Federal y regulación de la contratación electrónica. 3.2.- Nuevas características de la formación del consentimiento. 3.3.- La Red de Certificación Electrónica en México, su regulación actual. 3.4.- La automatización del Registro Público de Comercio y necesidad de hacerlo en el de Propiedad para permitir la celebración de contratos civiles por medios electrónicos. 3.5.- La reforma al Código Fiscal de la Federación y la firma electrónica.

3.1.- La reforma de 29 mayo de 2000 al Código Civil Federal y regulación de la contratación electrónica.

Hasta aquí, hemos estudiado los conceptos generales de contrato, medios electrónicos de comunicación y Notario, que son el eje de esta investigación como partes de un todo indisoluble en la contratación por medios electrónicos y la seguridad jurídica que este proceso exige.

En un mundo cada vez más interrelacionado en el que lo que sucede en un país afecta en diversa medida a todos los demás, se hace necesario definir esquemas de actuación similares pero apegados a cada realidad nacional, para hacer frente a los problemas que aquejan al mundo en su conjunto, las relaciones comerciales no son la excepción, aunado a ello, el surgimiento de nuevas tecnologías, que permiten intercambiar bienes y servicios en tiempos por demás breves significa un cambio en nuestras formas de vida y, el Derecho, como parte de ella, debe actualizarse para prevenir conflictos derivados de una inadecuada o peor aún, inexistente, regulación de esta forma de contratar que hoy es una realidad.

México, como uno de los países más importantes de América, no puede permanecer aislado a semejantes cambios, pues nuestra posición en el mundo, como

el país con el mayor número de tratados de libre comercio celebrados ha significado un cambio importante en nuestro modelo económico y en nuestras legislaciones.

Dentro de ese proceso, en el año 2000, se consideró pertinente reformar nuestra legislación mercantil y civil de carácter federal, para reconocer validez a los contratos concluidos por medios remotos de comunicación, modificando en el Código de Comercio, el capítulo referente al Registro Público de Comercio, disponiendo su automatización y puesta en red, estableciendo el acceso al mismo para los fedatarios públicos a través de firmas electrónicas, también adicionó un capítulo referente a "El Comercio Electrónico" y en materia de pruebas reconoce el valor de tal a los mensajes de datos enviados por medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología; en el Código Civil de 1928, se modificó en los términos indicados en el capítulo anterior la denominación de dicho cuerpo legal, para denominarlo Código Civil Federal, con lo cual éste dejó de ser de aplicación en el Distrito Federal, pues la Asamblea Legislativa de esa entidad federativa, reformó dicha legislación un mes antes, para hacerla de aplicación local; pero en la materia que nos ocupa, el Código Civil Federal, fue reformado en sus artículos 1º, referente a su ámbito de aplicación, y en el apartado referente a la formación del consentimiento y la forma en los actos jurídicos, dicha reforma se hizo en virtud de que ese cuerpo legal, es de aplicación supletoria en materia mercantil, en virtud de no existir una teoría general de las obligaciones mercantiles; el Código Federal de Procedimientos Civiles, fue objeto de reforma en ese mismo año, para reconocer valor probatorio a los mensajes de datos, pues dicha legislación es supletoria del Código de Comercio, en materia procesal.

La reforma de suyo trascendente, implicó, entre otros, un replanteamiento sobre las teorías de la formación del consentimiento entre no presentes, así el artículo 1803 del Código Civil, dispone actualmente:

“Artículo 1803.- El consentimiento puede ser expreso o tácito, para ello se estará a lo siguiente:

I.- Será expreso cuando la voluntad se manifiesta verbalmente, por escrito, por medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología, o por signos inequívocos, y

II.- El tácito resultará de hechos o de actos que lo presuman o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente”.

Con lo anterior, se dispone que aun cuando las partes no se encuentren presentes al momento de contratar, bastará que utilicen medios electrónicos, ópticos o de cualquier tecnología, para considerar que la voluntad se ha manifestado de manera expresa, sin tener en cuenta que dichos medios de comunicación son manipulables fácilmente y vulnerables a intromisiones de terceros a través de la red Internet, el problema se agrava, si consideramos que el propio Código, no prevé las medidas de seguridad que deberán observarse en el uso de dichos medios de comunicación, con lo cual resulta cuestionable el considerar que la manifestación de la voluntad sea expresa, pues no necesariamente, el mensaje de datos llegará al destinatario en los términos que desea el remitente, al existir el riesgo de que el mensaje sea interceptado por un tercero y lo pueda manipular o utilizar con mala intención la información en el contenida.

Por ello en el Código Civil, debió establecerse un apartado que regulara las medidas de seguridad que deberían tomarse en la contratación electrónica. El hecho

de considerar expresa la manifestación de voluntad realizada por medios electrónicos, se comprende porque es necesario, dar seguridad y rapidez, en la celebración de actos jurídicos, pues la rapidez, no siempre garantiza que las cosas se hagan bien y por oposición, el hacer las cosas bien, requiere tiempo, pero hoy vivimos siempre de prisa y debemos buscar esquemas que permitan contratar pronto y bien.

Las autoridades judiciales, no se han manifestado respecto de esta reforma en sus sentencias, pero seguramente considerarán necesario prever medidas de seguridad en la contratación, de ahí la necesidad y no necesidad de reformar nuestro ordenamiento civil, pues con la reglamentación actual sólo se pueden celebrar por estos medios, contratos mercantiles, con las medidas de seguridad que comentamos en el capítulo anterior.

El artículo 1805, reformado ese mismo año, dispone que la aceptación de la oferta hecha por medios electrónicos, deberá responderse inmediatamente, quedando desligado el oferente si eso no ocurre:

“Artículo 1805.- Cuando la oferta se haga a una persona presente, sin fijación de plazo para aceptarla, el autor de la oferta queda desligado si la aceptación no se hace inmediatamente. La misma regla se aplicará a la oferta hecha por teléfono o a través de cualquier otro medio electrónico, óptico o de cualquier otra tecnología que permita la expresión de la oferta y la aceptación de ésta en forma inmediata.”

Es acertado considerar que la aceptación deba realizarse de inmediato, pues el correo electrónico, ofrece la ventaja de tener en segundos, el mensaje de datos en nuestra cuenta de correo, la única crítica que se puede hacer a este artículo, es la referente a la vinculación entre el remitente y el mensaje y las obligaciones emanadas

del mismo, lo cual se logrará con una adecuada infraestructura de Firma Electrónica Avanzada, siendo conveniente que esta regulación se realice en el Código Civil o en una nueva legislación sobre Firmas Electrónicas, de aplicación a contratos civiles y mercantiles y no reducir el ámbito de aplicación de la Firma Electrónica a actos jurídicos mercantiles.

En el artículo 1811, se adicionó un párrafo, en el que se dispone que la aceptación de la oferta hecha por medios electrónicos, no requiere para su validez de acuerdo previo sobre el uso de estos medios, en concordancia con el artículo 1805, que dispone que la voluntad manifestada a través de ellos es expresa, el comentario a esta reforma, consiste en que mientras no contemos con una reglamentación en materia civil respecto de la seguridad en la contratación electrónica, nos enfrentaremos al problema de una posible repudiación del contenido del mensaje de datos por parte de un supuesto emisor, con lo que se hace nugatoria la seguridad que debe revestir la celebración de un acto jurídico.

Finalmente, se adicionó el artículo 1834-bis, referente a la forma de los actos jurídicos, el cual ha sido comentado en el capítulo precedente y del cual se desprende que existe la posibilidad de celebrar de manera electrónica, actos que exigen la forma notarial para su validez, pero no proporciona las bases para que el Notario pueda atribuir la información generada por estos medios a determinada persona y que sea necesaria para la confección del instrumento; además considerando que la regulación del notariado es competencia de las Entidades Federativas, debe preverse que las legislaciones notariales deben reformarse para regular la actuación de estos fedatarios en materia electrónica, o bien, como se ha planteado en últimas fechas, reformar la

El Notario como Agente Certificador en la Contratación Electrónica y en la creación de la Firma Digital.

Constitución General de la República para facultar al Congreso de la Unión para expedir leyes de coordinación del notariado de aplicación federal, sin que por ello se sustraiga de la competencia de los Estados miembros de la Unión, la facultad de administrar y vigilar los notariados locales.

3. 2.- Nuevas características de la formación del consentimiento.

Ya en el capítulo primero al estudiar el consentimiento como elemento del acto jurídico, señalamos los cuatro sistemas que se siguen para determinar cuando se forma el consentimiento entre no presentes, en el tema que nos ocupa, la contratación electrónica, es de suma importancia determinar cuando se forma el consentimiento para precisar a partir de que momento las partes adquieren derechos y asumen deberes.

Por regla general, el consentimiento se forma entre presentes y surgen derechos y deberes en ese preciso instante, pero al no estar frente a frente las partes, resulta cuestionable que se considere que la manifestación de la voluntad es expresa al emitirse por medios electrónicos, sin señalar los medios que permitan atribuir la autoría de un mensaje y la vinculación de una persona con éste.

Así, en la reforma al Código de Comercio de Agosto de 2003, el legislador dispuso, cuando se tiene por manifestada la voluntad al hacer una policitud por medios electrónicos, disponiendo en el artículo 90, lo siguiente:

“Artículo 90.- *Se presumirá que un Mensaje de Datos proviene del Emisor si ha sido enviado:*

I. Por el propio Emisor;

II. Usando medios de identificación, tales como claves o contraseñas del Emisor o por alguna persona facultada para actuar en nombre del Emisor respecto a ese Mensaje de Datos, o

III. Por un Sistema de Información programado por el Emisor o en su nombre para que opere automáticamente.”

Es decir, se puede manifestar la voluntad por estos medios electrónicos de la misma manera que si lo hiciéramos en soporte de papel, pues incluso lo puede hacer un representante, el cual deberá contar con su propia Firma Electrónica y, consideramos que su certificado de firma debe contener un “testimonio digitalizado” del instrumento con el que acredite sus facultades, firmado digitalmente por el Notario que expida el certificado, también se establece la posibilidad de que se manifieste la voluntad por medio de un sistema de información, programado por el emisor o por un tercero para operar automáticamente, lo cual puede lograrse a través de la inclusión del certificado de Firma Electrónica Avanzada del emisor en un sitio de Internet, certificado por Notario o Corredor Público, “en términos de legalidad, encriptación de información y practicas comerciales”³³.

Lo anterior da al consumidor la certeza de que contrata a través de un programa cuyo funcionamiento se ajusta a las disposiciones legales vigentes en materia de comercio electrónico, que la empresa con la cual contrata existe y se encuentra constituida conforme a las leyes mexicanas (aunque puede certificarse el sitio de Internet de empresas extranjeras), que cumple con las normas de encriptación

³³ Cfr. MARQUEZ GONZÁLEZ, José Antonio; *Entidades Certificadoras en la Contratación electrónica*; Serie Ponencias, Número 11, Editorial OGS Editores, S.A. de C.V. Puebla México, 2001 p. 75

de mensajes y de manejo de datos personales expedidas por la autoridad reguladora de los prestadores de servicios de certificación y que el certificado de Firma Electrónica de la empresa se ajusta a las disposiciones que le son aplicables.

El artículo 90 bis del Código de Comercio, dispone las características que debe revestir el mensaje de datos que contiene la oferta para considerar que fue emitido por la persona que en el mismo se indica como emisor:

“Artículo 90 bis.- *Se presume que un Mensaje de Datos ha sido enviado por el Emisor y, por lo tanto, el Destinatario o la Parte que Confía, en su caso, podrá actuar en consecuencia, cuando:*

I. Haya aplicado en forma adecuada el procedimiento acordado previamente con el Emisor, con el fin de establecer que el Mensaje de Datos provenía efectivamente de éste, o

II. El Mensaje de Datos que reciba el Destinatario o la Parte que Confía, resulte de los actos de un Intermediario que le haya dado acceso a algún método utilizado por el Emisor para identificar un Mensaje de Datos como propio.

Lo dispuesto en el presente artículo no se aplicará:

I. A partir del momento en que el Destinatario o la Parte que Confía, haya sido informado por el Emisor de que el Mensaje de Datos no provenía de éste, y haya dispuesto de un plazo razonable para actuar en consecuencia, o

II. A partir del momento en que el Destinatario o la Parte que Confía, tenga conocimiento, o debiere tenerlo, de haber actuado con la debida diligencia o aplicado algún método convenido, que el Mensaje de Datos no provenía del Emisor.

Salvo prueba en contrario y sin perjuicio del uso de cualquier otro método de verificación de la identidad del Emisor, se presumirá que se actuó con la debida diligencia si el método que usó el Destinatario o la Parte que Confía cumple con los requisitos establecidos en este Código para la verificación de la fiabilidad de las Firmas Electrónicas.

Parece contradictoria esta disposición en su fracción I al disponer que previamente se acuerde el uso de medios electrónicos para tener por hecha una oferta, pues el artículo 1811 del Código Civil Federal, dispone que no es necesario celebrar un acuerdo previo sobre el uso de medios electrónicos para contratar, con lo cual se hace tardado contratar por estos medios en virtud de que deberá celebrarse un acuerdo marco con todas las personas con que se contrate, respecto del programa informático que debe utilizarse, no obstante lo anterior, es razonable señalar el sistema de Información para enviar un mensaje, para evitar que la contraparte alegue desconocimiento o peor aun, modifique maliciosamente el mensaje, recordemos que el principal objetivo de la contratación electrónica es garantizar no sólo rapidez, sino también, seguridad jurídica en las operaciones.

Por cuanto hace al momento de recepción de la oferta o de la respuesta a ésta o contraoferta, el Código de Comercio en su artículo 91, dispone:

“Artículo 91.- *Salvo pacto en contrario entre el Emisor y el Destinatario, el momento de recepción de un Mensaje de Datos se determinará como sigue:*

I. Si el Destinatario ha designado un Sistema de Información para la recepción de Mensajes de Datos, ésta tendrá lugar en el momento en que ingrese en dicho Sistema de Información;

II. De enviarse el Mensaje de Datos a un Sistema de Información del Destinatario que no sea el Sistema de Información designado, o de no haber un Sistema de Información designado, en el momento en que el Destinatario recupere el Mensaje de Datos, o

III. Si el Destinatario no ha designado un Sistema de Información, la recepción tendrá lugar cuando el Mensaje de Datos ingrese a un Sistema de Información del Destinatario.

Lo dispuesto en este artículo será aplicable aun cuando el Sistema de Información esté ubicado en un lugar distinto de donde se tenga por recibido el Mensaje de Datos conforme al artículo 94”.

Por tanto, la manifestación de la voluntad se tendrá por hecha en el momento en que la propuesta o, en su caso, la adhesión a ésta o una contraoferta ingresen al Sistema Informático que se haya designado para ese efecto, y en caso de no señalarlo, cuando el mensaje sea recuperado por el destinatario, aun cuando el Sistema de Información se localice en lugar distinto al domicilio del emisor.

Finalmente, el consentimiento se formará cuando se obtenga el acuse de recibo del mensaje de datos, expedido por el destinatario, conforme a la siguiente disposición:

“Artículo 92.- *En lo referente a acuse de recibo de Mensajes de Datos, se estará a lo siguiente:*

I. Si al enviar o antes de enviar un Mensaje de Datos, el Emisor solicita o acuerda con el Destinatario que se acuse recibo del Mensaje de Datos, pero no se ha acordado entre éstos una forma o método determinado para efectuarlo, se podrá acusar recibo mediante:

a) Toda comunicación del Destinatario, automatizada o no, o

b) Todo acto del Destinatario, que baste para indicar al Emisor que se ha recibido el Mensaje de Datos.

II. Cuando el Emisor haya indicado que los efectos del Mensaje de Datos estarán condicionados a la recepción de un acuse de recibo, se considerará que el Mensaje de Datos no ha sido enviado en tanto que no se haya recibido el acuse de recibo en el plazo fijado por el Emisor o dentro de un plazo razonable atendiendo a la naturaleza del negocio, a partir del momento del envío del Mensaje de Datos;

III. Cuando el Emisor haya solicitado o acordado con el Destinatario que se acuse recibo del Mensaje de Datos, independientemente de la forma o método determinado para efectuarlo, salvo que:

a) El Emisor no haya indicado expresamente que los efectos del Mensaje de Datos estén condicionados a la recepción del acuse de recibo, y

b) No se haya recibido el acuse de recibo en el plazo solicitado o acordado o, en su defecto, dentro de un plazo razonable atendiendo a la naturaleza del negocio.

El Emisor podrá dar aviso al Destinatario de que no ha recibido el acuse de recibo solicitado o acordado y fijar un nuevo plazo razonable para su recepción, contado a partir del momento de este aviso. Cuando el Emisor reciba acuse de recibo del Destinatario, se presumirá que éste ha recibido el Mensaje de Datos correspondiente;

IV. Cuando en el acuse de recibo se indique que el Mensaje de Datos recibido cumple con los requisitos técnicos convenidos o establecidos en ley, se presumirá que ello es así”.

Por tanto se establecen las reglas para tener por recibido el mensaje datos, estableciendo el momento a partir del cual el acto jurídico nace, dando lugar a derechos y deberes de las partes, de lo anterior, podemos deducir que nuestra legislación mercantil, adopta como sistema de formación del consentimiento el conocido como de la recepción, recordando que conforme a este sistema, el contrato se forma en el momento en que el proponente reciba la aceptación, estando ligado por su oferta según los artículos precedentes (Artículo 1807 del Código Civil Federal).

3.3.- La Red de Certificación Electrónica en México, su regulación actual.

Como antecedente de la figura denominada "Prestador de Servicios de Certificación" tenemos el acuerdo celebrado en 1998 entre la Asociación Nacional del Notariado Mexicano, AC. con la empresa "Informática Selectiva", S.A. de C.V.

denominado "Alianza para el desarrollo de la red de certificación y registro de firmas digitales de los notarios públicos mexicanos", cuyo objeto era prestar el servicio de certificación y registro de firmas digitales, cabe destacar la inquietud del Notariado mexicano de adaptarse a los cambios tecnológicos en el desarrollo de su actividad, aun antes de la adecuación del texto legal; dicha alianza consistió en determinar las reglas a que se sujetarían los Notarios en materia de contratación electrónica.

Actualmente, la empresa denominada "Acerita Networks", S.A. de C.V., se ha subrogado en los derechos y deberes de la Alianza de referencia, proporcionando a los Notarios y Corredores Públicos los cursos y programas necesarios para certificar electrónicamente contratos y sitios de Internet, así como la expedición de certificados de Firma Electrónica.

En el acuerdo de referencia, se proporcionan los conceptos básicos de la actividad certificadora, tales como: Pre-certificado digital, certificado digital, Agente Certificador (en la Ley Prestador de Servicios de Certificación), Agencia Certificadora Aplicativa, Agencia Registradora Aplicativa y Declaración de Prácticas de Certificación de Firmas Digitales.

Dentro del documento intitulado "Acerita Certificación Digital y Fe Pública" se indica:

- **Pre-Certificados Digitales:** es un documento electrónico (sic) firmado digitalmente por un Agente Certificador, en el que se establece la

correspondencia de veracidad entre la identidad de un sujeto determinado y la que dice ser su llave pública.

- **Certificados Digitales:** es un documento electrónico (sic) firmado digitalmente por la Agencia Certificadora Aplicativa que certifica tanto la no-duplicidad de un pre-certificado digital, con base en el software de seguridad que al efecto ha sido desarrollado, como la correspondencia de veracidad entre la identidad-licencia de un Agente Certificador y su llave pública, con respecto a dicho pre-certificado.
- **Agente Certificador:** persona física habilitada por la Agencia Certificadora Aplicativa, mediante una licencia de certificación, para que realice el proceso mediante el cual un sujeto determinado acredita su identidad, demuestra su capacidad para obligarse, manifiesta su voluntad de que se le certifique la veracidad entre su identidad y la que dice ser su llave pública y firma, además, la declaración de uso de firmas digitales.
- **Agencia Certificadora Aplicativa:** entidad que emite un certificado digital en el que certifica, tanto la no duplicidad de un pre-certificado digital, con base en el software de seguridad que al efecto ha sido desarrollado, como la correspondencia de veracidad entre la identidad-licencia de un Agente Certificador y su llave pública respecto a dicho pre-certificado.
- **Agencia Registradora Aplicativa:** entidad que registra para constancia, los certificados digitales emitidos por la Agencia Certificadora Aplicativa y ofrece además, el servicio de consulta sobre el status de vigencia o revocación de dichos certificados digitales, mediante la publicación de Listas de Certificados Revocados y/o mediante la emisión de un documento electrónico firmado

digitalmente en el que consta esa circunstancia, todo a través de medios electrónicos.

- **Declaración de Prácticas de Certificación de Firmas Digitales:** documento tipo en el cual un Agente Certificador manifiesta su interés y voluntad de:
 - 1.- Ser habilitado para fungir como Agente Certificador de Firmas Digitales, una vez cumplidos los requisitos correspondientes;
 - 2.- Ejercer la función conferida de conformidad a las normas y procedimientos que al efecto hayan sido definidos por el Comité EDI (Intercambio Electrónico de Datos) México y/o por INFOSEL, y
 - 3.- Asumir las consecuencias legales y económicas que deriven del ejercicio indebido de dicha función.³⁴

La reforma del año 2003, retoma la figura de certificado digital y lo define como: *"Todo Mensaje de Datos u otro registro que confirme el vínculo entre un Firmante y los datos de creación de Firma Electrónica"*, es decir, el certificado es el instrumento que permite autenticar un mensaje de datos, estableciendo un vínculo entre éste y su autor; podemos percatarnos que el concepto que se contiene en el convenio es mucho más completo que el contenido en el artículo 89 del Código de Comercio, además se indica que los Prestadores de Servicios de Certificación deben llevar un control de los certificados que se revoquen ante ellos y de los vencidos que hubieren sido emitidos por ellos, pero no se establece quien funge como Agencia Certificadora Aplicativa - al menos de manera expresa - que de acuerdo con el multicitado convenio, certifica la

³⁴ Cfr. Ibid. p. 74

autenticidad de los pre-certificados, así el nuevo artículo 105 del Código de Comercio, dispone que la Secretaría de Economía, actuará como Entidad Certificadora y Registradora, por lo que existe una autoridad que centralizará el Registro de Certificados, lo cual proporcionará seguridad al público, para complementar esa disposición, en el anteproyecto de Reglamento de los Prestadores de Servicios de Certificación, se prevé que quienes presten el servicio de certificación deberán incluir en los certificados que expidan la dirección electrónica en la cual, la Parte que Confía, pueda consultar si el certificado que se le exhibe está vigente, vencido o revocado, además la Secretaría de Economía, agregará dicha dirección electrónica a una base de datos propia que permita al público la consulta de los datos señalados; para cerrar el círculo de información, los Prestadores de Servicios de Certificación, remitirán a la Secretaría de Economía por medios electrónicos una copia del certificado para su resguardo, sin embargo resultaría muy conveniente que se considere la posibilidad de que exista una Autoridad Certificadora Aplicativa en los términos que venimos comentando y que tomando como modelo al Derecho Español, podría ser la Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A.C. como órgano rector de la actividad notarial a nivel nacional, auxiliada por los Colegios Notariales de las Entidades Federativas, en virtud de la colegiación obligatoria a que están sujetos los Notarios, en el caso de la Correduría Pública, se debería seguir la misma regla. La ventaja sería que al participar el órgano rector de la actividad notarial en el proceso de validación y registro de los certificados se tendrían mayores niveles de seguridad en el manejo de datos por medios electrónicos, un ejemplo de una autoridad intermedia entre los Prestadores de Servicios de Certificación y la Secretaría de Economía, la tenemos en nuestro Derecho en el artículo cuarto transitorio del decreto de reformas de 29 de Agosto de 2003, que dispone que el Banco de México, será la entidad que regule a las

autoridades: central certificadora, certificadora y registradora de las instituciones del sistema financiero y de las empresas que presten a estas servicios auxiliares de certificación, disposición que debió preverse para los Notarios y Corredores Públicos.

Por cuanto hace a la denominada "Declaración de Prácticas de Certificación de Firmas Electrónicas", el artículo 104, fracción VIII del Código de Comercio, establece el deber que tiene los Prestadores de Servicios de Certificación de informar a sus clientes sobre la normatividad y prácticas a que se ciñen en el ejercicio de su actividad certificadora.

La regulación de la actividad de los Prestadores de Servicios de Certificación, recae en el Estado Federal, a través de la Secretaría de Economía, quien conforme a los artículos 100 y 102 del Código de Comercio, acredita a estas personas, disponiendo en el artículo segundo transitorio del decreto de reformas que la Secretaría de Economía, emitirá las Reglas Generales a que se sujetarán los Prestadores de Servicios de Certificación, dichas reglas se encuentran en estudio, incluso se cuenta con un Anteproyecto de Reglamento de Prestadores de Servicios de Certificación, al cual ya se ha hecho referencia y que puede consultarse en el sitio de Internet de la Secretaría de Economía, dicho Anteproyecto contiene en su artículo 3º los requisitos que debe cumplir todo Prestador de Servicios de Certificación y que son:

"ARTÍCULO 3o.- Para efectos de lo dispuesto por el artículo 102, inciso A), fracción II, la Secretaría detallará en las Reglas Generales los requerimientos humanos, materiales, económicos y tecnológicos a que se refiere dicho artículo, con base en las obligaciones que deben cumplir los Prestadores de Servicios de Certificación en términos del artículo 104 del Código, para ello:

I. Los elementos humanos deberán incluir al menos un profesionalista jurídico y otro informático, que acrediten el grado académico y los cursos que determinen las Reglas Generales, responsables de aprobar el plan de continuidad del negocio que presente el solicitante. Las personas a que se refiere el artículo 104 fracción I del Código, en todo caso deberán ser licenciados en derecho que comprueben conocer la operación como usuarios de los sistemas informáticos que habrá de utilizar el solicitante;

II. Respecto de los elementos materiales, se considerará el dinamismo del avance tecnológico y la necesidad de preservar la seguridad física y lógica en la prestación del servicio de certificación, por lo que se referirán al equipo y programas de cómputo e infraestructura mínima para su operatividad;

III. Los elementos económicos comprenderán al menos un capital equivalente a un tanto igual a la inversión realizada para cumplir con los elementos humanos, tecnológicos y materiales, así como un seguro de responsabilidad civil contra daños y/o pérdidas de terceros, producidas por el Prestador de Servicios de Certificación o sus empleados, por un monto equivalente a treinta veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal correspondiente a un año, y

IV. Los elementos Tecnológicos garantizarán la continuidad del servicio, por lo que referirán la declaración de prácticas de certificación y los modelos operacionales que utilizará el solicitante y que deberán ser compatibles con las normas y criterios internacionales. En todo caso los certificados deberán ser generados en el territorio nacional.

Por lo anterior, podemos deducir que si estas disposiciones llegan a ser Derecho vigente, se estará garantizando la seriedad en la actuación de los Prestadores de Servicios de Certificación, pues se prevé que debe contarse entre los elementos humanos con un Licenciado en Derecho, tanto para operar el sistema, como para cerciorarse de la identidad y capacidad de los solicitantes del servicio (no obstante refrendamos nuestra opinión de que esta actividad debe ser desarrollada por fedatarios), se prevé la forma de obtener la acreditación, que incluiría una visita por parte de funcionarios de la Secretaría de Economía, a las instalaciones del Prestador de Servicios para verificar si los equipos y programas de cómputo para realizar el proceso de certificación se ciñen a las Reglas Generales a que hemos hecho referencia, así como de la preparación del personal con que se cuente y, si el resultado

es satisfactorio se procederá a otorgar la acreditación y publicarla en el Diario Oficial de la Federación además de expedir al Prestador de Servicios su certificado de Firma Electrónica, el cual se registrará en una base de datos a cargo de la Secretaría de Economía, dicho certificado tendría una vigencia de diez años (artículo 5º del Anteproyecto).

El Anteproyecto prevé la constitución de fianza a favor de la Tesorería de la Federación para desempeñar la función de Prestador de Servicios, fijándola en 5000 días de salario mínimo general del Distrito Federal para Notarios y Corredores Públicos y de 5000 días por cada persona física que en que directamente, o como integrante de una persona moral distinta, pretenda contemplar dentro de la acreditación para prestar el servicio de certificación en nombre y por cuenta del solicitante.

Es imprescindible comentar el hecho de que los Notarios y los Corredores Públicos, no son los únicos Prestadores de Servicios de Certificación reconocidos para actuar en territorio nacional, también se faculta a personas morales autorizadas por el Estado a través de su Secretaría de Economía, para prestar este servicio, sin considerar que una actividad tan delicada debe ser ejercida por profesionales del Derecho, como lo son los primeros prestadores de servicio nombrados, quienes en virtud de su preparación, prestigio y fe pública con que se encuentran investidos, pueden garantizar plenamente la seguridad que exige el cambiante mundo de la contratación electrónica, por ello es cuestionable que en su parte final el artículo 100 del Código de Comercio dispone que la actividad de emitir certificados digitales, no implica ejercer fe pública, olvidando que el Notario sólo puede actuar en su protocolo y

El Notario como Agente Certificador en la Contratación Electrónica y en la creación de la Firma Digital.

el Corredor Público, en sus Libros de Registro, en virtud del principio de matricidad, por tanto estos profesionales actuarían al margen de las legislaciones que los rige, si actuaran como lo dispone el precepto citado, para mayor claridad se transcribe lo siguiente:

“Artículo 100.- *Podrán ser Prestadores de Servicios de Certificación, previa acreditación ante la Secretaría:*

I. Los notarios públicos y corredores públicos;

II. Las personas morales de carácter privado, y

III. Las instituciones públicas, conforme a las leyes que les son aplicables.

La facultad de expedir Certificados no conlleva fe pública por sí misma, así los notarios y corredores públicos podrán llevar a cabo certificaciones que impliquen o no la fe pública, en documentos en papel, archivos electrónicos, o en cualquier otro medio o sustancia en el que pueda incluirse información.

Esta disposición contraviene lo dispuesto por el artículo 78 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal y la Ley Federal de Correduría Pública en su artículo 16, que disponen:

Ley del Notariado para el Distrito Federal.

“Artículo 78.- *El Notario no podrá autorizar acto alguno sin que lo haga constar en los folios del protocolo, salvo los que deban constar en los libros de registro de cotejos... “*

Ley Federal de Correduría Pública:

“Artículo 16.- *Los corredores diariamente, por orden de fecha y bajo numeración progresiva, formarán archivo de las pólizas y actas en que intervengan y en el mismo*

orden asentarán el extracto de las pólizas en el libro especial y que se denominará de registro...”

A mayor abundamiento, el concepto certificación es propio de la actividad del fedatario, el artículo 155 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal, dispone:

Ley del Notariado para el Distrito Federal.

“Artículo 155.- Certificación notarial, es la relación que un notario hace de un acto o hecho que consta en su protocolo, en un documento que él mismo expide o en un documento preexistente, así como la afirmación de que una transcripción o reproducción coincide fielmente con su original...”

Por tanto, los Notarios no pueden ejercer la facultad certificadora que implica la fe pública con que se encuentran investidos, fuera de los elementos que la Ley señala como los únicos en que pueden ejercer su ministerio, como es el Protocolo.

La validez de los certificados, estará sujeta a que en los mismos se incluyan los datos que indica el artículo 108 del Código de Comercio:

“Artículo 108.- Los Certificados, para ser considerados válidos, deberán contener:

I. La indicación de que se expiden como tales;

II. El código de identificación único del Certificado;

III. La identificación del Prestador de Servicios de Certificación que expide el Certificado, razón social, su domicilio, dirección de correo electrónico, en su caso, y los datos de acreditación ante la Secretaría;

El Notario como Agente Certificador en la Contratación Electrónica y en la creación de la Firma Digital.

IV. Nombre del titular del Certificado;

V. Periodo de vigencia del Certificado;

VI. La fecha y hora de la emisión, suspensión, y renovación del Certificado;

VII. El alcance de las responsabilidades que asume el Prestador de Servicios de Certificación, y

VIII. La referencia de la tecnología empleada para la creación de la Firma Electrónica”.

Con esto la Parte que Confía, está en aptitud de saber con quien contrata, si su Firma Electrónica está vigente y si el certificado fue emitido por un Prestador de Servicios de Certificación autorizado, con lo que además está cierto de la capacidad e identidad de la persona que firma el mensaje.

Finalmente, es necesario reiterar la conveniencia de que estos conceptos se incluyan en las legislaciones civiles de las entidades federativas y la federal, para que sean aplicables a toda clase de convenios y contratos y no sólo los de naturaleza mercantil.

3.4.- La automatización del Registro Público de Comercio y necesidad de hacerlo en el de Propiedad para permitir la celebración de contratos civiles por medios electrónicos.

Ya desde el año 2000, se dispuso la captura de los acervos del Registro Público de Comercio para ponerlo en línea y permitir su consulta a través de una computadora,

su operación a través de un programa informático y la operación del mismo por los Notarios y Corredores Públicos para la inscripción de los instrumentos públicos otorgados ante ellos; posteriormente en septiembre de 2000, se publicaron en el Diario Oficial de la Federación las Reglas Generales para la automatización del Registro Público de Comercio, con lo cual se inició la celebración de convenios de colaboración entre la Federación a través de su Secretaría de Economía y las Entidades Federativas, para iniciar la captura de los acervos del Registro Público de Comercio para crear los Folios Mercantiles electrónicos que prevé el artículo 21 del Código de Comercio, esto convenios se celebran en virtud de que la operación del Registro Público de Comercio se encuentra encomendado a los Registros Públicos de la Propiedad, a la fecha la única Entidad Federativa que no ha celebrado convenio es el Distrito Federal, con lo cual se trastorna gravemente el funcionamiento en línea del Registro Público de Comercio, pues las más importantes empresas de la República, tienen su domicilio en la capital.

Con motivo de la reforma al Código de Comercio de mayo de 2000, se reformó en su integridad el apartado del Registro Público de Comercio, se dispuso su automatización para el 30 de Noviembre de 2002, sin embargo, el Legislativo Federal, modificó el artículo quinto transitorio del decreto de reformas para que la automatización concluya el 30 de noviembre de 2004, pero mientras el Distrito Federal no se adhiera al proceso de captura y puesta en línea del Registro, esta disposición será letra muerta; se dispuso que en tanto se expidiera nuevo Reglamento del Registro sería aplicable el de 1979; finalmente el 24 de Octubre de 2003, se publicó en el Diario

El Notario como Agente Certificador en la Contratación Electrónica y en la creación de la Firma Digital.

Oficial de la Federación el Reglamento del Registro Público de Comercio, adecuado a la nueva forma de operar de esta institución.

El ordenamiento que venimos comentando, consta de siete capítulos, y para efectos de nuestro estudio, el referente al procedimiento registral es de gran importancia; primeramente, se señala que el instrumento a inscribir, deberá remitirse al Sistema Integral de Gestión Registral, vía electrónica una forma pre codificada que contendrá los datos del instrumento y acto a inscribir, acompañado del recibo electrónico por concepto de pago de derechos y un archivo magnético que contenga el testimonio del instrumento o primer original de la póliza de que se trate, sin perjuicio de hacer la presentación física de dichos documentos en soporte de papel, como se hace hoy, pero entonces pasará por una etapa de análisis y posteriormente de calificación, por lo que la inscripción tardaría más.

Remitidos los archivos señalados en el párrafo anterior, el Sistema de Gestión Integral Registral, enviará automáticamente el acuse de recibo (equivalente a la Hoja de Entrada y Trámite que hoy se utiliza) que contendrá el número de entrada, la fecha y hora, los cuales serán inmutables, posterior a la fase de recepción electrónica del instrumento, se pasa directamente a la etapa de calificación del mismo por parte del Registrador, pues se considera que el análisis de la pertinencia de la inscripción lo hace el Notario o Corredor que remite el Instrumento, cabe indicar que al momento de la recepción se creará una nota de presentación que será adicionada al Folio Mercantil Electrónico con efectos de pre inscripción .

Posteriormente, el Registrador verificará que la información proporcionada en la forma precodificada, en el archivo del testimonio, los antecedentes registrales que consten en el Folio Mercantil Electrónico, si es procedente la inscripción conforme a las disposiciones aplicables, el Registrador autorizará con su Firma Electrónica la inscripción del acto, con lo cual quedará adicionado el Folio Mercantil Electrónico de que se trate, el ordenamiento citado, ordena que la calificación del acto debe realizarse en un plazo máximo de dos días hábiles partir de la recepción electrónica del instrumento.

Con este ordenamiento se concreta la modernización del Registro Público de Comercio y se cierra el triángulo de la contratación electrónica, conformado por los particulares que contratan por estos medios, los Notarios y Corredores Públicos, como certificadores de la Firma Electrónica y los Registros Públicos como entidades que dan publicidad a los actos jurídicos, logrando homologar el archivo electrónico con los instrumentos soportados en papel.

Pero el procedimiento anterior, sólo se ocupa de una parte del intercambio de bienes y servicios, pues en tanto no se realice la modernización de las legislaciones civiles para entrar de lleno a la contratación electrónica por medios remotos, estaremos dificultando el intercambio de satisfactores pues llegará un momento en que por comodidad y seguridad, la regla para la celebración de contratos de cualquier índole, sea que consten en un soporte electrónico.

Sin duda, pasar del sistema de libros al de Folios fue un cambio trascendental en el Registro Público de la Propiedad del Distrito Federal, pues facilitó el procedimiento registral y lo sistematizó, pero el tráfico jurídico inmobiliario está creciendo, en la medida en que se impulsa la adquisición de vivienda y el acceso al crédito se recupera después de la crisis económica de 1994, si queremos estar a la altura de las reglas contractuales de nuestros principales socios comerciales, debemos hacer un esfuerzo por desprendernos de prejuicios que sólo entorpecen el progreso de los pueblos, pero también debemos cambiar nuestra visión de querer hacer todo más fácil, aun a costa de no seguir el camino establecido en la Ley, sino sujetarnos ella, como única garantía de seguridad.

3.5.- La reforma al Código Fiscal de la Federación y la Firma Electrónica.

Para concluir el presente apartado, trataremos la reforma al Código Fiscal de la Federación, publicada en el Diario Oficial de la Federación, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de Enero de 2004, referente entre otros, a la posibilidad de cumplir diversas obligaciones fiscales, mediante el uso de medios electrónicos, para ello se aprobó la adición del ordenamiento de referencia. En la exposición de motivos correspondiente, se afirma que "en la Iniciativa presentada por el Ejecutivo Federal, se observa que se propone una amplia aplicación de los medios electrónicos para la presentación de declaraciones, avisos, informes, entre otros..."³⁵, por ello el titular del Poder Ejecutivo Federal, consideró pertinente adecuar las disposiciones fiscales para utilizar en la actividad financiera del Estado, el uso de nuevas tecnologías; se argumenta que para la regulación del uso de medios electrónicos en materia fiscal, se

³⁵ Gaceta Parlamentaria, Año V, número 1152, Sábado 14 de Diciembre de 2002.

El Notario como Agente Certificador en la Contratación Electrónica y en la creación de la Firma Digital.

tiene como base la reforma del año 2000 que se ha venido comentando, además de la actual regulación de las firmas electrónicas y los certificados digitales, pero precisa que la aplicación en el ámbito fiscal de esas reformas, impone la necesidad de proporcionar la máxima seguridad jurídica al contribuyente, de tal manera que se crea un capítulo en el Código Fiscal de la Federación para esos efectos.

Así, en el Código de referencia, se dispone que se podrán presentar avisos, declaraciones e incluso promociones a las autoridades fiscales, mediante documentos digitales, firmados electrónicamente, lo que supone contar con una Firma Electrónica Avanzada con el correspondiente certificado, ya sea que lo emita el Servicio de Administración Tributaria o un Prestador de Servicios de Certificación, debe destacarse que al hablar de los Prestadores de Servicios de Certificación, se indica que éstos deben ser los que actúan en términos del derecho federal común, lo cual no guarda congruencia con las reformas tanto del año 2000 como las recientes de 2003, porque en ambas, los conceptos Firma Electrónica, Prestador de Servicios de Certificación y Certificado Digital, se encuentran en el Código de Comercio y la referencia que se contiene en el ordenamiento en comento al Derecho Federal Común, que es el contenido en el Código Civil Federal, recordemos además que a falta de disposiciones expresas en materia fiscal, es legislación supletoria en esta materia el Código Civil Federal, siempre que no contravenga la naturaleza del Derecho Fiscal, para mayor claridad, se transcriben los artículos 5º y 17-D del Código Fiscal de la Federación, que en lo conducente disponen:

Código Fiscal de la Federación:

“Artículo 5o.- Las disposiciones fiscales que establezcan cargas a los particulares y las que señalan excepciones a las mismas, así como las que fijan las infracciones y sanciones, son de aplicación estricta. Se considera que establecen cargas a los particulares las normas que se refieren al sujeto, objeto, base, tasa o tarifa.

Las otras disposiciones fiscales se interpretarán aplicando cualquier método de interpretación jurídica. A falta de norma fiscal expresa, se aplicarán supletoriamente las disposiciones del derecho federal común cuando su aplicación no sea contraria a la naturaleza propia del derecho fiscal”.

“Artículo 17-D.- Cuando las disposiciones fiscales obliguen a presentar documentos, éstos deberán ser digitales y contener una firma electrónica avanzada del autor, salvo los casos que establezcan una regla diferente. Las autoridades fiscales, mediante reglas de carácter general, podrán autorizar el uso de otras firmas electrónicas.

Para los efectos mencionados en el párrafo anterior, los datos de creación de una firma electrónica avanzada deberán contar (sic) con un certificado que confirme el vínculo entre un firmante y los datos de creación de una firma electrónica avanzada, expedido por el Servicio de Administración Tributaria o por un prestador de servicios de certificación autorizado en los términos del derecho federal común...”

Conforme a esta última disposición, la regulación de los prestadores de servicios de certificación, debió hacerse en la legislación civil federal y no en la mercantil; si así se hubiere hecho, estas figuras serían aplicables no sólo a la materia mercantil, sino a la Civil, la Financiera, la Fiscal y otras más que consideran al Derecho Civil Federal como norma supletoria, o mejor aun, hubiera sido conveniente expedir una Ley sobre estos temas que fuese de aplicación tanto a actos civiles, mercantiles, administrativos, financieros y fiscales, señalando en estas últimas legislaciones, la aplicabilidad de dicha Ley.

Recordemos que el uso de medios electrónicos en materia fiscal tiene vigencia con anterioridad a la reforma de enero pasado, pues las declaraciones de impuestos,

bajo ciertas circunstancias se presentaban por medios electrónicos, aunque no se exigía la utilización de Firmas Electrónicas.

Por cuanto hace a la regulación de la prestación del servicio de certificación por parte del Servicio de Administración Tributaria, prácticamente reproduce las disposiciones relativas del Código de Comercio.

Las características de los Certificados Digitales emitidos por el Servicio de Administración Tributaria, son las mismas que se exigen para los que expiden los Prestadores de Servicios de Certificación.

Para finalizar, es interesante y novedoso, que el artículo 18 del Código Fiscal de la Federación, señale que toda promoción dirigida a las autoridades fiscales debe constar en medios digitales y firmados con una Firma Electrónica Avanzada, lo cual sin duda agilizará la impartición de justicia y sería pertinente que en otros niveles de gobierno se contemplara esta posibilidad, recordemos que en algunos Tribunales Superiores de Justicia, se puede consultar la publicación de los acuerdos de los asuntos que ante ellos se ventilan en sus páginas de Internet.

Además de exigir la presentación de promociones, avisos o declaraciones por medios electrónicos en soporte digital, también se hace mención a que los documentos que acrediten las facultades de quien actúa en representación de otro deben presentarse en esa misma forma, firmados digitalmente por el Notario o Corredor Público que lo autoricen, por tanto esta reforma también trastoca la actividad de estos profesionales y hace apremiante la adecuación de sus legislaciones reguladoras para cumplir cabalmente su actividad certificadora.

Con esto concluimos el análisis del estado que guarda la regulación de los Agentes Certificadores (Prestadores de Servicios de Certificación) y de la Firma Electrónica en México, que ciertamente, se ajusta a las disposiciones de esta materia en otras Naciones y que nos permitirán, como particulares, competir en igualdad de condiciones a las de nuestros principales socios comerciales; pero no debe olvidarse que las nuevas tecnologías avanzan con una rapidez vertiginosa y si no actualizamos permanentemente nuestra legislación, esta se convertirá en letra muerta, por lo que no sólo es necesario reformar la Ley, sino también y, acaso más importante aceptar esta posibilidad de realizar actos jurídicos, promover el uso de medios electrónicos y adquirir una conciencia de conducirse con honestidad en la celebración de actos jurídicos, a través de medios electrónicos, en donde las partes son no presentes.

CAPÍTULO CUARTO

CAPÍTULO CUARTO. PERSPECTIVAS PARA LA REGULACIÓN DE LA ACTIVIDAD NOTARIAL RESPECTO DE LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA.

Sumario: 4.1.- La actividad del Notario como agente certificador en la contratación electrónica y en la creación de la firma digital debe regularse en el Código Civil Federal. 4.2.- Posible reforma al Código Civil Federal y a los Códigos Civiles locales sobre la contratación por medios electrónicos. 4.3.- Los fedatarios públicos, deben ser los únicos agentes certificadores en la contratación por medios electrónicos. 4.4.- La Ley del Notariado para el Distrito Federal debe contener un apartado para regular la manera de hacer constar contratos por medios electrónicos.

4.1.- La actividad del Notario como agente certificador en la contratación electrónica y en la creación de la firma digital debe regularse en el Código Civil Federal y en los Códigos Civiles locales.

Del estudio realizado en los capítulos precedentes, podemos deducir que nuestro país se encuentra inmerso en un proceso de integración con el resto de las naciones del orbe, mismo que ha representado una transformación de las operaciones comerciales en los últimos decenios, los avances tecnológicos inciden en varias esferas de nuestras vidas y el Derecho no es la excepción; hemos apreciado que nuestra legislación civil, pero preponderantemente, la mercantil han experimentado adecuaciones para hacer frente al fenómeno de la contratación electrónica y los medios de seguridad para que ésta sea eficaz. Pero ninguna obra es perfecta - aunque si perfectible - y consideramos que las reformas hechas al Código de Comercio en el año 2003, debieron hacerse en el Código Civil Federal, por ser este ordenamiento, supletorio de la legislación mercantil y de varias legislaciones que así lo disponen y, que en su texto, contienen disposiciones referentes a los medios electrónicos para contratar y al uso de firmas digitales, por ello es conveniente considerar la posibilidad de que dicha legislación civil, contemple los conceptos anteriores y que, además,

regulen la actividad del Notario como agente certificador (o prestador de servicios de certificación como se les conoce actualmente) en materia de contratación electrónica y para crear la firma digital.

Por cuanto hace a la actividad de los fedatarios públicos actuando como certificadores de la formación de un contrato concluido por medios electrónicos y de la creación del instrumento para obligarse a través de éstos, debe regularse en la legislación cuyo contenido es la regulación de las obligaciones, en virtud de que el consentimiento es elemento de todo acto jurídico y la forma es un presupuesto de validez.

Respecto a la forma, especialmente, la notarial, en la reforma del año 2000, se adicionó el artículo 1834 bis al Código Civil Federal, que dispone que para hacer constar en un instrumento público un contrato celebrado por medios electrónicos, las partes y el Notario podrán intercambiar mensajes de datos, conservando el Notario una versión íntegra de los mismos para su ulterior consulta, pudiendo extender el instrumento conforme a la ley que lo rige, que es la Ley del Notariado, y a la fecha ninguna Ley del Notariado rige esta actividad al igual que la Ley Federal de Correduría Pública, recordemos que entre otras funciones el Corredor Público es Fedatario, por tanto si se prevé la celebración de contratos por medios electrónicos, debe establecerse la manera de certificar la formación del consentimiento y la creación del instrumento para externar la voluntad por estos medios, que es la Firma Electrónica.

Para lograr lo anterior, las partes deben obtener un certificado digital que contenga su Firma Electrónica Avanzada, es decir que contenga una Clave Pública de

conocimiento general para cualquier persona y una Clave Privada, que será del exclusivo dominio del titular y que le servirá para encriptar los mensajes de datos que envíe por medios electrónicos; dicho certificado, se obtendrá de la siguiente manera:

"N", comparece ante un Prestador de Servicios de Certificación, a quien manifiesta su voluntad de obtener un Certificado Digital para firmar mensajes de datos; de ser persona física, el solicitante deberá identificarse ante el Prestador de Servicios, quien le facilitará los equipos y programas informáticos necesarios para crear las citadas claves; para la creación de éstas, el solicitante proporcionará al Agente Certificador los Datos de Creación de la Firma Electrónica, los cuales se incorporarán al certificado, mismo que contendrá:

- 1.- Nombre del Titular.
- 2.- Mención de ser un Certificado Digital.
- 3.- Número de Serie que le corresponda.
- 4.- Vigencia.
- 5.- Nombre del Prestador de Servicios de Certificación.
- 6.- En caso de ser Notario o Corredor señalar el número de instrumento en que conste la diligencia de creación del certificado, así como su fecha.
- 7.- Medio por el cual el Prestador de Servicios de Certificación se cercioró de la identidad del titular del certificado.
- 8.- La Firma Electrónica Avanzada del Prestador de Servicios de Certificación.
- 9.- El sello de autorizar digital (en el caso de que el Prestador de Servicios de Certificación, sea Notario o Corredor Público).

Una vez hecho lo anterior, el Prestador de Servicios de Certificación, remitirá el Certificado, a través de medios electrónicos, autenticado con su Firma Electrónica Avanzada a la autoridad que los regula (en el caso de México, la Secretaría de Economía) con el fin de que ésta lo registre en la base de datos que llevará al efecto y al cual le anexará los datos de registro, lo anterior se prevé en el Anteproyecto de Reglamento de Prestadores de Servicios de Certificación que en lo conducente indica:

“Artículo 80.- Para efecto de lo dispuesto por los artículos 107,108 y 109 del Código, cada Prestador de Servicios de Certificación deberá proporcionar a la Secretaría la dirección electrónica que incluirá en cada certificado que expida, para verificar en forma inmediata su validez, suspensión o revocación. La misma dirección será utilizada por la Secretaría para agregarla a un dominio propio de consulta en línea a través del cual la Parte que Confía podrá cerciorarse del estado que guarda cualquier certificado emitido por un Prestador de Servicios de Certificación.”

“Artículo 90.- Para efecto de los supuestos previstos en el artículo 113 del Código, una copia de cada certificado generado por un Prestador de Servicios de Certificación deberá ser enviada en línea a la Secretaría mediante el procedimiento que esta establezca en las Reglas Generales, la cual resguardará bajo estrictos mecanismos de seguridad física y lógica...”

Hecho lo anterior, la Secretaría remitirá al Prestador de Servicios de Certificación, a través de medios electrónicos, el certificado ya registrado y éste a su vez, lo entregará al solicitante.

Para el caso de que una persona moral solicite un certificado digital, el procedimiento sería:

“Z”, representante de “K”, Sociedad Anónima, comparece ante el Prestador de Servicios de Certificación y manifiesta que en nombre de su representada solicita se le expida un Certificado Digital para firmar Mensajes de Datos, al efecto, acreditará contar

con facultades para la realización de este acto, contenidas en escritura pública, de dicho instrumento se deberá incluir en el certificado una versión digital a efecto de que en el mismo, conste que la persona física que utilizará la Firma Electrónica que se llegue a crear, cuenta con las facultades necesarias para obligar a la sociedad en la realización de actos jurídicos de carácter patrimonial, enseguida se expedirá el certificado digital y se procederá como ha quedado dicho ante la Secretaría de Economía.

Tanto en el Anteproyecto de Reglamento de Prestadores de Servicios de Certificación como en el decreto de reforma de 2003, se indica que se expedirán Reglas Generales que regularán los aspectos técnicos de la actividad certificadora, mismas que deberán ser emitidas 90 días después de la entrada en vigor del decreto de reformas, es decir, ese plazo correrá a partir del 29 de Noviembre de 2003, por tanto a más tardar el 29 de Febrero de 2004, se deberán emitir las Reglas Generales de referencia, mismas que se encuentran en estudio.

Ahora es preciso definir el procedimiento a seguir en la certificación de la formación del consentimiento ante Notario y la confección del instrumento público que corresponda si la ley exige esta forma:

Para realizar esta actividad, se precisaría la actuación de dos Notarios, ante el Notario "A", comparecería el peticionante y le manifestará que es su deseo celebrar un contrato con el peticionado, que vive en otra ciudad; acto seguido procederá el Notario a calificar la legalidad del acto que se pretende otorgar, se cerciorará de la identidad y capacidad de quien comparece ante él y, en su caso, verificará que cuente con las

facultades necesarias en caso de actuar en nombre de otro; una vez verificado lo anterior, de no existir obstáculo para ello, el Notario procederá a emitir un documento electrónico en el que conste la oferta firmada electrónicamente por el compareciente y por el Notario, quien la encriptará y remitirá al destinatario.

El destinatario por su parte deberá comparecer ante un Notario "B", quien actuará en auxilio del Notario "A" para ser receptor de la oferta junto con el destinatario este segundo Notario, procederá a remitir a través de medios electrónicos la respuesta a la oferta firmada digitalmente por el destinatario y por él, quien la remitirá electrónicamente y encriptada tanto al emisor del mensaje como al Notario "A", enseguida el Notario "B", levantará un instrumento en el que hará constar:

1.- La recepción por medios electrónicos de la oferta, indicando el día, hora y lugar de la recepción de la oferta.

2.- Que esta venía encriptada y firmada electrónicamente por el emisor y por el Notario ante el cual comparece éste.

3.- Que el Notario se cercioró de la autenticidad de los certificados digitales con que se firmó la oferta, a través de la base de datos que para esos efectos establezca la autoridad competente y que éstos se encuentran vigentes y no están revocados o suspendidos, obteniendo el informe de la autoridad por medios electrónicos, mismos que en forma digital agregará a la respuesta del peticionado y en forma impresa al apéndice del instrumento que al efecto levante.

4.- Que el receptor del mensaje manifestó su voluntad aceptando la oferta y que la firmó electrónicamente en unión de él.

5.- Que se remitió a través de medios electrónicos al Notario "A" y al peticionante la aceptación de la oferta y que éstos remitieron contestación en el sentido de haber recibido la aceptación.

Con lo anterior el Notario "B", levantará en el protocolo un instrumento con las características señaladas anteriormente, agregando al apéndice una versión impresa de los mensajes de datos intercambiados entre las partes y los Notarios; dicho instrumento lo remitirá electrónicamente al Notario "A", firmado digitalmente y con su sello de autorizar digital, además, procederá a expedir testimonio impreso a favor de quien comparece ante él, para ser agregado al apéndice del instrumento que levante el Notario "A", quien en su protocolo hará constar el acto y la manera en que se formó el consentimiento, siguiendo las reglas especiales que para la confección del instrumento establezca la Ley del Notariado; el Notario procederá a hacer suyas las certificaciones que sobre identidad y capacidad de la parte que no comparece ante él haga el Notario "B", procediendo a autorizar el acto otorgado, y en caso de existir requisitos previos a su autorización definitiva, procederá a cubrirlos para autorizar definitivamente el instrumento y, de ser necesario y recibir la expensas para ello, proceder a su inscripción en los Registros Públicos que corresponda.

Los procedimientos descritos con anterioridad, deben regularse en las legislaciones civiles federal y de las Entidades Federativas, para hacer plena la posibilidad de celebrar contratos civiles por medios electrónicos; en la legislación

federal porque es supletoria no sólo del Código de Comercio, sino porque es supletoria de otras leyes de carácter federal que en su texto establecen dicha supletoriedad; en los Códigos Civiles de las Entidades Federativas, para que se reconozca validez a los actos otorgados entre habitantes de diversos Estados y para que los Notarios tengan sustento legal para actuar, en el caso de que se trate de contratos civiles, en virtud de que la regulación de éstos corresponde a las legislaturas estatales; por ello sería conveniente, considerar pasar a la competencia del Poder Legislativo Federal, la facultad de legislar en materia de Obligaciones y Contratos, con lo cual se unificaría el régimen jurídico de éstos, facilitando y agilizando la celebración de operaciones.

4.2.- Posible reforma al Código Civil Federal y a los Códigos Civiles locales sobre la contratación por medios electrónicos.

Con base en lo anterior, consideramos que la posible reforma al Código Civil Federal para reconocer la actividad de los Agentes Certificadores o Prestadores de Servicios de Certificación para crear la Firma Digital y la formación del consentimiento por medios electrónicos podría consistir en la adición de un artículo 1803 bis, que disponga el uso de la Firma Electrónica para manifestar la voluntad por medios electrónicos ante fedatario público, asimismo, modificar el segundo párrafo del artículo 1834 bis, en materia de actos jurídicos otorgados en instrumento público, adicionar un artículo 1834 ter, que regule la actuación del fedatario en materia de creación de la Firma Electrónica y un artículo 1834 quáter respecto de la intervención de un segundo fedatario cuando el acto se deba otorgar en escritura pública, la reforma sugerida es:

Artículo 1803 bis.- *En el caso de manifestación de la voluntad por medios electrónicos, ópticos o de cualquier tecnología, los mensajes de datos en los cuales*

ésta se manifieste, deberán incluir al Firma Electrónica Avanzada del emisor, si la voluntad se emite ante fedatario público, se deberá incluir además la Firma Electrónica Avanzada de éste, así como su sello de autorizar digital.

Artículo 1834 bis.- ...

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 y las partes contratantes incluirán en los mensajes de datos que intercambien, su Firma Electrónica Avanzada, obtenida con la intervención de un Prestador de Servicios de Certificación autorizado por la autoridad que defina la Ley que los regule.

El fedatario, deberá hacer constar en el instrumento que al efecto levante, los elementos de convicción, que le lleven a atribuir los mensajes de datos a las partes contratantes, el fedatario conservará bajo su resguardo una versión íntegra de los mismos para su ulterior consulta, tanto en medios electrónicos, ópticos o de cualquier tecnología, como en forma impresa, lo que agregará al apéndice del instrumento público, haciendo esto último de conformidad con la legislación aplicable que lo rige.

Artículo 1834 ter.- *Cuando el acto jurídico deba otorgarse en escritura pública, la voluntad de la persona que no comparezca ante el Notario ante quien se otorgue el instrumento correspondiente, deberá comparecer ante otro Fedatario, quien actuará en auxilio del primero sólo para el efecto de que quede acreditada la manifestación de la voluntad, la identidad y la capacidad del co-contratante; el fedatario auxiliar, deberá levantar un acta en la que conste lo anterior, remitiendo testimonio digital de la misma al Notario ante quien se otorgue el acto, el cual ostentará su Firma Electrónica Avanzada y su sello de autorizar digital, además deberá expedir testimonio en soporte escrito, para el efecto de agregarlo al apéndice del instrumento en el que conste el acto jurídico, teniendo por ciertas las certificaciones del notario auxiliar en virtud de la fe pública en él depositada.*

Artículo 1834 quáter.- *Para la creación de la Firma Electrónica, los prestadores de servicios de certificación, deberán cerciorarse de la identidad y capacidad de los solicitantes de sus servicios, así como de que cuentan con las facultades necesarias en el caso de que actúen en representación de personas morales, asimismo, deberán proporcionar a los solicitantes los equipos y sistemas electrónicos necesarios para crear la Firma Electrónica y emitir el certificado que corresponda; las normas técnicas, validez y vigencia de los certificados, así como la regulación de la actividad certificadora se regularán por la ley que al efecto expida el Congreso de la Unión.*

Las anteriores propuestas, tratan de recoger las reflexiones vertidas en el presente trabajo, con el fin de adecuar nuestro derecho federal común a varios

ordenamientos, entre otros el Código de Comercio, el Código Fiscal de la Federación y la Ley Aduanera, prevén la actuación de Prestadores de Servicios de Certificación en términos del Derecho Federal Común, que es el contenido en el Código Civil Federal, siendo que a la fecha la regulación se ha hecho en el Código de Comercio, por lo que se hace necesaria esa reforma; a mayor abundamiento, se pretende incluir en la contratación electrónica los contratos regulados por el Código Civil, pero para hacer posible esto no basta con reformar la legislación civil federal, también se deben reformar las legislaciones civiles estatales, o bien, federalizar el régimen de las obligaciones y los contratos, de manera que se unifique esta materia y evite criterios localistas en la aplicación del derecho en materia contractual, al efecto sería necesaria una reforma al artículo 73 constitucional, que facultara al Congreso de la Unión para legislar sobre esta materia, lo que consideramos sería muy conveniente para agilizar tanto el tráfico jurídico como el acceso al crédito.

Aun cuando el título de este apartado se refiere a una reforma a los Códigos Civiles locales, no se hará mención de la propuesta para cada legislación, pero consideramos que deben ceñirse a la propuesta que se hace en materia federal, lo que si debería considerar cada legislatura, es reformar los sistemas registrales de la propiedad, que permitan la inscripción de contratos celebrados por medios electrónicos y otorgados en instrumento público, como lo prevé para actos de comercio nuestra legislación mercantil y el Registro Público de Comercio, que ha sido estudiado de forma somera en los capítulos precedentes.

4.3.- Los fedatarios públicos, deben ser los únicos agentes certificadores en la contratación por medios electrónicos.

Dos de las más grandes preocupaciones causadas por la irrupción de los medios electrónicos de comunicación en la vida jurídica, son la certeza en la autoría del documento y la identidad y capacidad de quien emite un mensaje de datos con el fin de contratar; consideramos que estas inquietudes son válidas en un medio en el cual, el documento soportado en papel y con la firma autógrafa del autor del mismo, significan certeza del contenido y de la autoría, por cuanto que el estampar la firma es signo de que la voluntad se ha manifestado en los términos de lo escrito, la inquietud es mayor, cuando ciertas normas, como las contenidas en el Código Fiscal de la Federación, prevén la notificación de actuaciones por medio de correo electrónico, considerando que ello sería inconstitucional al no contar dicho documento con la firma autógrafa del funcionario que lo emita.

Para lograr un ambiente de seguridad en la transmisión de mensajes de datos que incidan en la esfera jurídica de cada uno de nosotros, es que consideramos conveniente, que sólo los fedatarios públicos -Notarios y Corredores Públicos- sean los facultados para expedir los certificados digitales que contengan Firmas Electrónicas Simples o Avanzadas, y que dicha actividad la realicen en ejercicio de la fe pública en ellos depositada, levantando un instrumento cuando expidan un certificado o cuando se les solicite la revocación del mismo; el instrumento que se levantaría, sería un acta, en la que se haría constar el hecho jurídico de crear un certificado digital a partir de los datos de creación de firma que permitan su verificación en el uso de medios electrónicos y en la manifestación por parte del solicitante de utilizar dichos datos para

autenticar los mensajes de datos que emita para obligarse en términos de su contenido.

En algunos países, de tradición jurídica romano germánica y de notariado latino, se ha planteado la inquietud respecto de que los Prestadores de Servicios de Certificación sean Notarios; por ejemplo en Italia, se plantea la posibilidad de que el Notario certifique la inclusión de la Firma Electrónica en un documento digital, lo cual da autenticidad a la manifestación de la voluntad; actualmente los Notarios españoles pueden emitir certificados digitales, cuentan con una autoridad certificadora que es el Consejo General del Notariado, equivalente a la Asociación Nacional del Notariado Mexicano, y los Colegios Notariales locales actúan como autoridades certificadoras locales, dicha autoridad certificadora les emite el certificado de Firma Electrónica Avanzada Notarial, con la cual autentican tanto los certificados que emiten a rogación de parte, como las copias autorizadas de los instrumentos otorgados ante su fe, aun cuando se encuentre la matriz del mismo en papel³⁶.

Los Notarios se han manifestado en el seno de la Unión Internacional del Notariado Latino, en el sentido de instar a los gobiernos de los Notariados que forman parte de ella para que se reconozca en sus legislaciones, la participación de estos peritos en Derecho en la actividad certificadora electrónica, lo cual han hecho en los siguientes términos:

³⁶ Cfr. GOMÁ LANZÓN, Fernando y Carlos García Viada; *Libro Blanco de la Firma Electrónica Notarial*; Consejo General del Notariado. Comisión de Control de Sistemas de Información, Madrid, 2001, p. 34

El Notario como Agente Certificador en la Contratación Electrónica y en la creación de la Firma Digital.

“los notarios..., no vemos en la contratación electrónica un peligro que pueda convertirnos en instrumentos obsoletos del sistema de seguridad jurídica, sino un nuevo campo en el que podemos seguir prestando, como desde hace siglos, importantes dosis de seguridad y confianza”³⁷

Con lo anterior se manifiesta que el notarial, es un gremio siempre dispuesto a ajustarse a los cambios, máxime en una época en que al contratar se exige celeridad y seguridad como elementos de un todo indisoluble, la seguridad jurídica contractual.

Por cuanto hace a la actividad notarial para certificar la manifestación de la voluntad por medios electrónicos, esta se puede externar ante tantos notarios como partes intervengan en la formación del contrato, los fedatarios se interconectarían a través de sus ordenadores vía Internet, intercambiando las propuestas y respuestas de las partes, firmadas electrónicamente por ellas y por el Notario, esto puede parecer ciencia ficción, sin embargo ocurre en zonas como Québec, lugar en el que se ejerce el Notariado Latino, aun cuando Canadá es un Estado de tradición jurídica anglosajona³⁸.

Considerando que nuestros principales socios comerciales han incluido en sus legislaciones la figura del Agente Certificador o Prestador de Servicios de Certificación, aun cuando no tengamos sistemas jurídicos similares, no podemos prestar oídos sordos a la necesidad de adecuar nuestro sistema de fe pública para garantizar la

³⁷ Declaración de la Unión Internacional del Notariado Latino de 2 de Octubre de 1998, tomado de: BARREIROS FERNÁNDEZ, Francisco Javier; *El papel del Notariado en el uso de la Firma Digital*; Notariado y Contratación Electrónica; Consejo General del Notariado, Madrid, 2000. p. 24

³⁸ Cfr. Ídem.

seguridad en el uso de medios electrónicos, la tecnología no puede rebasar a las instituciones, por ello nos permitiremos hacer una propuesta de reforma a nuestra Ley del Notariado para reconocer a este importante profesional del Derecho, la facultad de hacer constar en su protocolo actos jurídicos otorgados en un soporte diverso del papel, como lo ha hecho por siglos.

Pero, ¿por qué reservar a los fedatarios públicos la actividad certificadora en la contratación electrónica?, porque el hecho de encomendar esa función a personas no calificadas no garantiza que se cumpla la Ley, las normas que actualmente regulan a los Prestadores de Servicios de Certificación, no prevén las características del personal que las integren en el caso de personas morales (artículo 100 del Código de Comercio), las Reglas que se supone regularan esta actividad, sólo indican que en el caso de personal especializado en Derecho de los Medios Electrónicos debe contar con la experiencia necesaria, sin precisar quien y como los evaluará, además como sostiene Francisco Javier Barreiros Fernández, por el manejo de datos personales y por la identificación que implica prestar el servicio de certificación (recordemos que la Firma Electrónica vincula al autor con el mensaje de datos, lo que significa que el Agente Certificador identificó al titular del certificado), significaría privatizar la actividad del Estado de identificar a las partes para dar autenticidad a los actos jurídicos de los gobernados, lo cual es una actividad pública que el Estado ejerce a través de las personas en que delegue esa función, como son los Notarios, si esa actividad se *privatiza*, habrá detrimento de la seguridad en la contratación, con un claro perjuicio para los consumidores de bienes y servicios que utilicen medios electrónicos.³⁹

³⁹ Ibid. p. 18

La mención de los consumidores, nos lleva a reflexionar sobre la pertinencia de certificar el contenido de los sitios de Internet a través de los cuales diversas empresas realizan actos de comercio, dicha certificación consistiría en integrar a dicho sitio un archivo que contenga una certificación notarial que indique que la empresa está constituida conforme a las leyes del lugar de su domicilio, que puede realizar actos de comercio en el país en el que se solicita la certificación y que su representante, cuyo certificado digital se encontrará en el sitio, cuenta con las facultades necesarias para obligar a la empresa, lo cual daría a los consumidores la certeza de que contratan con una persona moral plenamente identificada y que quien firma digitalmente en su nombre cuenta con facultades para ello, adicionalmente, se puede contar en dichos sitios con una función que expida automáticamente facturas firmadas digitalmente gracias al certificado digital instalado en el sitio, documento que conforme a las recientes reformas al Código Fiscal de la Federación, contaría con los requisitos de un comprobante fiscal.

Finalmente, la existencia de estos Agentes Certificadores, permitirá realizar diversos actos jurídicos fuera de la esfera contractual, como la presentación de declaraciones fiscales, realizar notificaciones a través de correo electrónico e inscribir testimonios de instrumentos públicos en los Registros correspondientes, desde luego habría actos que quedarían fuera de la contratación electrónica, tales como los actos del estado civil de la persona y actos de Derecho Familiar y Hereditario, muchos se han pronunciado porque deben quedar fuera de ésta forma de celebrar actos jurídicos, los que se refieran a inmuebles y los derechos reales que sobre ellos se constituyan, es comprensible que exista esa inquietud, sobre todo cuando se cuestiona sobre que Notario, de los varios que puedan participar en la formación del consentimiento, haría

constar la operación en su protocolo, la inscripción del Primer Aviso Preventivo y el pago de los impuestos que se causen por la operación, lo que se agrava si consideramos que nuestro sistema registral de la propiedad sigue operando con soportes escritos y que la digitalización se está dando sólo en el Registro Público de Comercio.

En otro apartado hemos propuesto un procedimiento para realizar la contratación por medios electrónicos, pero para hacer posible esto, es necesario modernizar los sistemas registrales y, sobre todo abrimos a otras posibilidades de hacer constar actos fuera de la manifestación por escrito de un acto jurídico.

4.4.- La Ley del Notariado para el Distrito Federal debe contener un apartado para regular la manera de hacer constar contratos por medios electrónicos.

Considerando que en el Derecho mexicano los Notarios son garantes de la seguridad jurídica contractual al ejercer el derecho desde la óptica de la imparcialidad preventiva, es preciso que nuestras legislaciones notariales contemplen la actividad de estos profesionales dentro de la contratación electrónica, deben incluir entre otras la mención de que la actividad notarial además de ejercerse en el protocolo tal como lo conocemos hoy, incluya la posibilidad de ejercer la función fedataria en documentos digitales, que además del sello de autorizar y la firma autógrafa, la facultad autenticadora se ejerza a través de la Firma Electrónica Avanzada Notarial y del Sello de Autorizar Digital, que dentro del concepto de escritura, se incluya la noción de instrumento público notarial electrónico, que la creación de la Firma Electrónica y la expedición del certificado correspondiente, se haga constar en acta, adicionando el artículo que a ellas se refiere y, que los testimonios, copias certificadas y

certificaciones se puedan expedir en soporte digital firmadas digitalmente por el Notario, con el mismo valor que los que consten en papel⁴⁰.

Adicionalmente, con el fin de que tengan reconocimiento pleno, sería muy conveniente reformar diversas disposiciones de los Códigos de Procedimientos Civiles, para que tengan el valor de prueba plena, los instrumentos públicos notariales otorgados por medios electrónicos, así como sus testimonios y copias certificadas.

Por lo anterior, nos permitimos formular las siguientes propuestas de reformas (mismas que en el caso de adición se indican con negritas para distinguirlas del texto actualmente vigente) a la Ley del Notariado para el Distrito Federal, tomamos esta ley como modelo, en virtud de ser esta la Entidad Federativa más importante económica y socialmente hablando, sin perjuicio de que en las legislaciones estatales sobre esta materia, se contemplen las reformas convenientes para armonizar el ejercicio de la fe pública notarial por medios electrónicos en toda la República.

Propuesta de reforma:

“Artículo 42.- 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.

El notario conserva los instrumentos en el protocolo a su cargo, los reproduce y da fe de ellos; asimismo, puede dar fe de actos jurídicos otorgados a través de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, en términos de la legislación civil común y federal.

⁴⁰ Cfr. ORTIZ URTIZ, María Antonieta: *El otorgamiento del consentimiento por medios electrónicos ante Notario*: Edición del Autor, Universidad Nacional Autónoma de México, Posgrado de Derecho, México, 2003, p. 167 y ss.

Actúa también como auxiliar de la administración de justicia, como consejero, árbitro o asesor internacional, en los términos que señalen las disposiciones legales relativas.

La razón por la que proponemos esta redacción, estriba en la necesidad de que el Notario sepa utilizar las nuevas tecnologías de la información para ejercer cabalmente su función y, reconociendo que su actividad la puede desarrollar en ese ámbito y que, por tanto, los instrumentos que contengan actos jurídicos celebrados por esos medios y que extienda en su protocolo, tendrán el carácter de instrumento público.

Propuesta de reforma:

"Artículo 67.- Para que el notario del Distrito Federal pueda actuar, debe:

I.- ...

II.- Proveerse a su costa de protocolo, sello, certificado de Firma Electrónica Avanzada y Sello de Autorizar Digital, registrar dichos elementos, ante la autoridad competente, el Registro Público, el Archivo y el colegio, previo pago de los derechos que señale el Código Financiero del Distrito Federal...;

III.- ...

IV.- ..., y

V.- ...

La propuesta de reforma al artículo 67, fracción II, tiene como finalidad que el Notario para iniciar su actividad, debe contar con los elementos materiales necesarios para ejercer su facultad autenticadora, si proponemos que además de actuar en el protocolo de papel, lo pueda hacer en sistemas electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, es menester, contar con los elementos de esa naturaleza que permitan ejercer la fe pública, así proponemos adicionar un artículo 69 bis, que disponga el

deber del Notario de contar con Firma Electrónica Avanzada y Sello de Autorizar Digital, a continuación transcribimos el artículo 69 que define que es el Sello de Autorizar, para hacer más comprensible al propuesta de artículo 69 bis.

Ley del Notariado para el Distrito Federal:

"Artículo 69.- El sello del notario es el medio por el cual éste ejerce su facultad fedataria con la impresión del símbolo del Estado en los documentos que autorice. Cada sello será metálico, tendrá forma circular, con un diámetro de cuatro centímetros, reproducirá en el centro el escudo nacional y deberá tener escrito alrededor de éste, la inscripción "Distrito Federal, México" el nombre y apellidos del notario y su número dentro de los de la Entidad. El número de la notaría deberá grabarse con guarismos y el nombre y apellidos del notario podrán abreviarse. El sello podrá incluir un signo.

El sello expresa el poder autenticador del notario y lo público de su función."

Propuesta de adición:

Artículo 69 bis.- Además del sello a que se refiere el artículo anterior, el Notario contará con un Certificado Digital que contenga su Firma Electrónica Avanzada y su Sello de Autorizar Digital, elementos que deberán contener las medidas de seguridad que a través de reglas generales que al efecto emita la autoridad que regule a los Prestadores de Servicios de Certificación.

Los Certificados Digitales y Sellos de Autorizar señalados en el párrafo anterior, deberán renovarse con la periodicidad que al efecto determine la autoridad competente.

La propuesta de adicionar un artículo 69 bis a la Ley del Notariado para el Distrito Federal, responde a la necesidad de contar con los elementos tecnológicos que permitan ejercer la facultad autenticadora en documentos cuyo soporte sea digital, fundándonos para ello en el principio de equivalencia funcional, que consiste en otorgar al documento digital y sus elementos de autenticidad, la misma validez de que actualmente gozan los documentos en papel.

Propuesta de adición:

Artículo 71 bis.- En el caso de expedición de copias certificadas, testimonios o documentación para efectos de trámite que el notario expida en formato digital, deberá incluir en los mensajes de datos que los contengan su Firma Electrónica Avanzada y su Sello de Autorizar Digital, con lo cual tendrán el mismo valor que los documentos expedidos en términos de los dos artículos precedentes

Con esta propuesta se hace posible cumplir con las recientes reformas a ordenamientos como el Código Fiscal de la Federación, que en diversos artículos impone a los contribuyentes el deber de incluir los testimonios de escrituras públicas en los documentos electrónicos que contengan promociones dirigidas a las autoridades fiscales, disponiendo que dichos instrumentos deben cumplir los requisitos señalados en el artículo 1834 bis del Código Civil Federal, para efectos de precisión, transcribimos los siguientes artículos del primer ordenamientos citado:

Código Fiscal de la Federación:

“Artículo 18.- Toda promoción dirigida a las autoridades fiscales, deberá presentarse mediante documento digital que contenga firma electrónica avanzada. Los contribuyentes que exclusivamente se dediquen a las actividades agrícolas, ganaderas, pesqueras o silvícolas que no queden comprendidos en el tercer párrafo del artículo 31 de este Código, podrán no utilizar firma electrónica avanzada. El Servicio de Administración Tributaria, mediante reglas de carácter general, podrá determinar las promociones que se presentarán mediante documento impreso. Las promociones deberán enviarse por los medios electrónicos que autorice el Servicio de Administración Tributaria mediante reglas de carácter general, a las direcciones electrónicas que al efecto apruebe dicho órgano. Los documentos digitales deberán tener por lo menos los siguientes requisitos:

I. El nombre, la denominación o razón social, y el domicilio fiscal manifestado al registro federal de contribuyentes, para el efecto de fijar la competencia de la autoridad, y la clave que le correspondió en dicho registro.

II. Señalar la autoridad a la que se dirige y el propósito de la promoción.

III. La dirección de correo electrónico para recibir notificaciones.

Cuando no se cumplan los requisitos a que se refieren las fracciones I y II de este artículo, las autoridades fiscales requerirán al promovente a fin de que en un plazo de 10 días cumpla con el requisito omitido. En caso de no subsanarse la omisión en dicho plazo, la promoción se tendrá por no presentada, así como cuando se omita señalar la dirección de correo electrónico.

Los contribuyentes a que se refiere el tercer párrafo del artículo 31 de este Código no estarán obligados a utilizar los documentos digitales previstos en este artículo. En estos casos, las promociones deberán presentarse en documento impreso y estar firmadas por el interesado o por quien esté legalmente autorizado para ello, a menos que el promovente no sepa o no pueda firmar, caso en el que imprimirá su huella dactilar. Las promociones deberán presentarse en las formas que al efecto apruebe el Servicio de Administración Tributaria. Cuando no existan formas aprobadas, la promoción deberá reunir los requisitos que establece este artículo, con excepción del formato y dirección de correo electrónicos. Además deberán señalar el domicilio para oír y recibir notificaciones y, en su caso, el nombre de la persona autorizada para recibirlas.

*Cuando el promovente que cuente con un certificado de firma electrónica avanzada, acompañe documentos distintos a escrituras o poderes notariales, y éstos no sean digitalizados, la promoción deberá presentarla en forma impresa, cumpliendo los requisitos a que se refiere el párrafo anterior, debiendo incluir su dirección de correo electrónico. **Las escrituras o poderes notariales deberán presentarse en forma digitalizada, cuando se acompañen a un documento digital.***

Cuando no se cumplan los requisitos a que se refieren los párrafos cuarto y quinto de este artículo, las autoridades fiscales requerirán al promovente a fin de que en un plazo de 10 días cumpla con el requisito omitido. En caso de no subsanarse la omisión en dicho plazo, la promoción se tendrá por no presentada, si la omisión consiste en no haber usado la forma oficial aprobada, las autoridades fiscales deberán especificar en el requerimiento la forma respectiva.

Lo dispuesto en este artículo no es aplicable a las declaraciones, solicitudes de inscripción o avisos al registro federal de contribuyentes a que se refiere el artículo 31 de este Código”.

“Artículo 19. *En ningún trámite administrativo se admitirá la gestión de negocios. La representación de las personas físicas o morales ante las autoridades fiscales se hará mediante escritura pública, mediante carta poder firmada ante dos testigos y ratificadas las firmas del otorgante, aceptante y testigos ante las autoridades fiscales. notario o fedatario público.*

El otorgante de la representación podrá solicitar a las autoridades fiscales la inscripción de dicha representación en el registro de representantes legales de las autoridades fiscales y ésta expedirá la constancia de inscripción correspondiente. Con dicha constancia, se podrá acreditar la representación en los trámites que se realicen ante dichas autoridades.

La solicitud de inscripción se hará mediante escrito libre debidamente firmado por quien otorga el poder y por el aceptante del mismo, acompañando el documento en el que conste la representación correspondiente, así como los demás documentos que mediante reglas de carácter general establezca el Servicio de Administración Tributaria. Es responsabilidad del contribuyente que hubiese otorgado la representación y la hubiese inscrito, el solicitar la cancelación de la misma en el registro citado en los casos en que se revoque el poder correspondiente. Para estos efectos, se deberá dar aviso a las autoridades fiscales dentro de los 5 días siguientes a aquél en que se presente tal circunstancia; de no hacerlo, los actos que realice la persona a la que se le revocó la citada representación surtirán plenos efectos jurídicos.

.....

Para los efectos de este artículo, las escrituras públicas que se contengan en documentos digitales en los términos de lo dispuesto por el artículo 1834-Bis del Código Civil Federal, deberán contener firma electrónica avanzada del fedatario público.

Cuando las promociones deban ser presentadas en documentos digitales por los representantes o los autorizados, el documento digital correspondiente deberá contener firma electrónica avanzada de dichas personas.

Los dos dispositivos señalados, demuestran la necesidad de que los fedatarios públicos y, en particular, los Notarios, cuenten con los elementos que les permitan cumplir con la alta función de dar fe y testimonio de los actos jurídicos de los particulares que permitan a estos cumplir con sus deberes frente a otros particulares y frente al Estado.

Propuesta de reforma:

"Artículo 72.- *En caso de pérdida o alteración del sello, el notario, so pena de incurrir en responsabilidad por omisión, deberá dar aviso en el primer día hábil siguiente al descubrimiento del hecho a la autoridad competente y con el acuse de dicho aviso, levantará acta circunstanciada ante el Ministerio Público. Dentro del mismo término deberá dar también aviso al Archivo, al Registro y al colegio. Cumplido lo anterior, con los acuses respectivos y la constancia que al efecto le expida el Ministerio Público, tramitará ante la autoridad competente la autorización para la reposición, a su costa del sello, el cual registrará en términos del artículo 67 fracción II de esta ley. El nuevo sello contendrá un signo especial que lo diferencie del anterior. La marca especial deberá estar visible en la impresión del sello.*

Deberán observarse las reglas anteriores en caso de extravío, del Certificado Digital que contenga la Firma Electrónica Avanzada o el Sello de Autorizar Digital del Notario; en el caso de caducidad de los certificados, el notario deberá proveerse a su costa de uno nuevo.

La anterior propuesta tiene por objeto que los certificados que contengan los elementos materiales de autenticación para que el Notario ejerza su ministerio en medios electrónicos, no sean utilizados con malicia y garantizar una adecuada prestación del servicio y la seguridad que conlleva la actuación del fedatario.

Propuesta de reforma:

“Artículo 102.-

El Notario redactará las escrituras en español, sin perjuicio de que pueda asentar palabras en otro idioma, que sean generalmente usadas como términos de ciencia o arte determinados, y observará las reglas siguientes:

I.- a XIX.-, y

XX.- Hará constar bajo su fe:

- a) Su conocimiento, en caso de tenerlo o que se aseguró de la identidad de los otorgantes, y que a su juicio tienen capacidad;*
- b) Que hizo saber a los otorgantes el derecho que tienen de leer personalmente la escritura y de que su contenido les sea explicado por el Notario.*
- c) Que les fue leída la escritura a los otorgantes y a los testigos e intérpretes, o que ellos la leyeron, manifestaron todos y cada uno su comprensión plena;*
- d) Que ilustró a los otorgantes acerca del valor, las consecuencias y alcance legales del contenido de la escritura cuando a su juicio así proceda, o de que fue relevado expresamente por ellos de dar esa ilustración, declaración que asentará;*
- e) Que quien o quienes otorgaron la escritura, mediante la manifestación de su conformidad, así como mediante su firma; en defecto de ésta, por la impresión de su huella digital al haber manifestado no saber o no poder firmar. En sustitución del*

otorgante que no firme por los supuestos indicados, firmará a su ruego quien aquél elija;

f) La fecha o fechas en que se firme la escritura por los otorgantes o por la persona o personas elegidas por ellos y por los testigos e intérpretes si los hubiere, y

g) Los hechos que el Notario presencie y que guarden relación con el acto que autorice, como la entrega de dinero o de títulos y otros.

Para cumplir con lo dispuesto por los incisos anteriores, cuando el Notario haga constar un acto jurídico en el cual la voluntad de una o más partes se exprese por medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, o bien actúe como auxiliar en la recepción de la voluntad respecto de un acto que consigne otro Notario, bastará en el primer caso, con agregar al apéndice el testimonio del acta expedida por el Notario que actúe en su auxilio para el otorgamiento de la voluntad; en el segundo caso, el Notario recibirá a través de medios electrónicos, debidamente encriptado, el instrumento que contenga el acto a celebrar y agregará una versión impresa del mismo al apéndice del instrumento en que conste la manifestación de la voluntad, en ambos casos las certificaciones de identidad y capacidad, se tendrán por ciertas en virtud de la fe pública depositada en el Notario.

Por cuanto hace a las disposiciones de los incisos b, c, d, y e; el Notario ante quien se otorgue el acto, deberá remitir al Notario auxiliar a través de medios electrónicos debidamente encriptado con su Firma Electrónica Avanzada, el instrumento que contenga el acto a celebrar, debiendo el Notario auxiliar dar lectura del mismo a la parte que ante él comparece, hecho lo cual si ésta manifiesta su comprensión y conformidad, firmará digitalmente el documento en unión del Notario, quien además incluirá su sello de autorizar digital, con lo que quedará perfeccionado el consentimiento; una versión impresa del mismo deberá agregarse al apéndice del instrumento que consigne el acto principal.

La reforma propuesta a tan importante disposición, referente a la forma de extender una escritura y de las certificaciones de la misma, que son la actividad del Notario como fedatario, la consideramos necesaria porque la manifestación de la voluntad por medios electrónicos reviste formalidades específicas que no son necesarias cuando todos los otorgantes comparecen a otorgar el acto.

“Artículo 128.- Entre los hechos por los que el Notario debe asentar un acta, se encuentran los siguientes:

I.- Notificaciones, interpelaciones, requerimientos, protestos y entrega de documentos y otras diligencias en las que el Notario intervenga conforme a otras leyes;

II.- La existencia, identidad, capacidad legal, reconocimiento y puesta de firmas en documentos de personas identificadas por el Notario;

III.- Hechos materiales;

IV.- La existencia de planos, fotografías y otros documentos;

V.- Protocolización de documentos;

VI.- Declaraciones que hagan una o más personas respecto de hechos que les consten, sean propios o de quien solicite la diligencia,

VII.- La diligencia en la que un particular solicite al Notario la expedición de un certificado digital que contenga su Firma Electrónica, ya sea simple o Avanzada, y;

VIII.- En general, toda clase de hechos positivos o negativos, estados y situaciones, sean lícitos o no, que guarden las personas y cosas que puedan ser apreciados objetivamente y relacionados por el Notario.

En todos los casos señalados en las fracciones anteriores, el acta relativa podrá ser levantada por el Notario en las oficinas de la Notaría a su cargo, con posterioridad a que los hechos tuvieron lugar, aún, en su caso, en los dos días siguientes a ello, siempre y cuando con esta dilación no perjudique los derechos de los interesados, o se violen disposiciones legales de orden público.

La propuesta de adicionar una fracción VII y recorrer la que actualmente se contiene en ese numeral y convertirla en VIII, tiene por finalidad que la creación de la Firma Electrónica, tenga sustento en instrumento público, que permita en primer lugar dejar constancia del hecho de proporcionar al Notario las claves para la Firma Electrónica del particular que ante él comparece, la expedición del certificado correspondiente, la validación por la autoridad certificadora aplicativa, que reiteramos serían los Colegios de Notarios y la Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A.C. y la inscripción del mismo en el Registro que al efecto lleve la autoridad registradora, en nuestro caso, la Secretaría de Economía.

Propuesta de reforma:

“Artículo 143.- Testimonio es la copia en la que se transcribe íntegramente una escritura o un acta, y se transcriben, o se incluyen reproducidos, los documentos anexos que obran en el apéndice, con excepción de los que ya se hayan insertado en el instrumento y que por la fe del Notario y la matricidad de su protocolo tiene el valor de instrumento público.

Se podrá expedir testimonio en soportes digitales, electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, debiendo el Notario incluir en el mismo, su firma Electrónica Avanzada y su Sello de Autorizar Digital, dicho documento, tendrá el mismo valor que el testimonio hecho en papel.

La presente propuesta, tiene su fuente en las recientes reformas al Código Fiscal de la Federación, que en sus artículos 18 y 19, citados anteriormente, imponen a los contribuyentes el deber incluir en las promociones presentadas ante las autoridades por medios electrónicos, los instrumentos que contengan poderes, documentos que deberán ostentar la Firma Electrónica Avanzada del Fedatario, pero evidentemente, nuestra propuesta no se limita a las escrituras que contengan poderes, sino a cualquier instrumento que el Notario haga constar en el protocolo, en derecho comparado la Ley Orgánica del Notariado de España incluye en su artículo 17 bis esta posibilidad, transcribimos para mayor claridad el dispositivo de referencia:

Ley Orgánica del Notariado (España)

“Artículo 17 bis.

1. Los instrumentos públicos a que se refiere el artículo 17 de esta Ley, no perderán dicho carácter por el sólo hecho de estar redactados en soporte electrónico con la firma electrónica avanzada del notario y, en su caso, de los otorgantes o intervinientes, obtenida la de aquel de conformidad con la Ley reguladora del uso de firma electrónica por parte de notarios y demás normas complementarias.

2. Reglamentariamente se regularán los requisitos indispensables para la autorización o intervención y conservación del instrumento público electrónico en lo no previsto en este artículo.

En todo caso, la autorización o intervención notarial del documento público electrónico ha de estar sujeta a las mismas garantías y requisitos que la de todo documento público notarial y producirá los mismos efectos. En consecuencia:

- a. Con independencia del soporte electrónico, informático o digital en que se contenga el documento público notarial, el notario deberá dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes.*
 - b. Los documentos públicos autorizados por Notario en soporte electrónico, al igual que los autorizados sobre papel, gozan de fe pública y su contenido se presume veraz e íntegro de acuerdo con lo dispuesto en esta u otras leyes.*
- 3. Las copias autorizadas de las matrices podrán expedirse y remitirse electrónicamente, con firma electrónica avanzada, por el notario autorizante de la matriz o por quien le sustituya legalmente. Dichas copias sólo podrán expedirse para su remisión a otro notario o a un registrador o a cualquier órgano de las Administraciones públicas o jurisdiccional, siempre en el ámbito de su respectiva competencia y por razón de su oficio. Las copias simples electrónicas podrán remitirse a cualquier interesado cuando su identidad e interés legítimo le consten fehacientemente al notario.*
- 4. Si las copias autorizadas, expedidas electrónicamente, se trasladan a papel, para que conserven la autenticidad y garantía notarial, dicho traslado deberá hacerlo el notario al que se le hubiesen remitido.*
- 5. Las copias electrónicas se entenderán siempre expedidas por el notario autorizante del documento matriz y no perderán su carácter, valor y efectos por el hecho de que su traslado a papel lo realice el notario al que se le hubiese enviado, el cual signará, firmará y rubricará el documento haciendo constar su carácter y procedencia.*
- 6. También podrán los registradores de la propiedad y mercantiles, así como los órganos de las Administraciones públicas y jurisdiccionales, trasladar a soporte papel las copias autorizadas electrónicas que hubiesen recibido, a los únicos y exclusivos efectos de incorporarlas a los expedientes o archivos que correspondan por razón de su oficio en el ámbito de su respectiva competencia.*
- 7. Las copias electrónicas sólo serán válidas para la concreta finalidad para la que fueron solicitadas, lo que deberá hacerse constar expresamente en cada copia indicando dicha finalidad.*
- 8. En lo no previsto en esta norma, la expedición de copia electrónica queda sujeta a lo previsto para las copias autorizadas en la Ley notarial y en su Reglamento⁴¹.*

⁴¹ Ley de 28 de Mayo de 1862, Del Notariado (España).

Propuesta de reforma:

“Artículo 162.- El instrumento o registro notarial sólo será nulo:

I.- ...;

II.- ...;

III.- ...;

IV .- Si fuere firmado por las partes o autorizado por el Notario fuera del Distrito Federal;

No será aplicable lo dispuesto en esta fracción, cuando la voluntad se manifieste por medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, en términos de lo dispuesto por el artículo 102 de esta Ley y de la legislación civil federal;

V.- ...;

VI.- ...;

VII.- ...;

VIII.-

Finalmente proponemos la presente reforma, en virtud de que el instrumento que contenga actos celebrados por medios electrónicos, no sea afectado de nulidad por firmarse fuera del Distrito Federal, en razón del ámbito de competencia del Notario, pues la voluntad se expresa con la firma y si consideramos el principio de equivalencia funcional, la Firma Electrónica Avanzada tiene los mismos efectos que la firma autógrafa, estaríamos en el supuesto de que el instrumento se firmó fuera del Distrito Federal, pero ésta sería una excepción que tendría como finalidad agilizar la celebración de actos jurídicos que permitan un mayor desarrollo económico de los particulares y de la Nación.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Frente a los avances que experimentan las tecnologías de la información, la figura jurídica contrato, experimenta cambios respecto al elemento voluntad, pues hoy es factible manifestar ésta por medios electrónicos, lo cual representa una nueva forma de manifestación de la misma que requiere reglas especiales.

SEGUNDA.- La Internet al ser la red de información más grande del mundo, representa el medio para acceder al comercio electrónico, pero al ser una red abierta, es necesario reglamentarla a nivel tanto local como mundial, y establecer los instrumentos que garanticen seguridad, agilidad en las operaciones y protección de datos personales.

TERCERA.- La Firma Digital o Electrónica Avanzada, es el conjunto de datos creados de forma electrónica que se contienen o adjuntan a un mensaje de datos, con el fin de identificar al mensaje con su autor, que es el titular de la Firma Electrónica, misma que en virtud del principio de "Equivalencia Funcional", tiene el mismo efecto y valor de la firma autógrafa, pues ambas vinculan al firmante con el contenido del documento ya sea en papel o en soporte digital.

CUARTA.- Frente a los avances tecnológicos, la actividad autenticadora del Notario, no ha sido modificada, a pesar de que el artículo 1834-bis del Código Civil Federal, dispone que los actos jurídicos que deban constar en instrumento público, pueden otorgarse expresando la voluntad por medios electrónicos; por ello nos permitimos proponer que la legislación notarial del Distrito Federal, como la más avanzada en su

género en la República Mexicana, sea reformada para que pueda constar en escritura pública un acto jurídico celebrado por medios electrónicos.

Particularmente, se propone reformar el artículo 102, fracción XX de la Ley del Notariado para el Distrito Federal para quedar como sigue:

“Artículo 102.-

El Notario redactará las escrituras en español, sin perjuicio de que pueda asentar palabras en otro idioma, que sean generalmente usadas como términos de ciencia o arte determinados, y observará las reglas siguientes:

I.- a XIX.-, y

XX.- Hará constar bajo su fe:

- a) Su conocimiento, en caso de tenerlo o que se aseguró de la identidad de los otorgantes, y que a su juicio tienen capacidad;*
- b) Que hizo saber a los otorgantes el derecho que tienen de leer personalmente la escritura y de que su contenido les sea explicado por el Notario.*
- c) Que les fue leída la escritura a los otorgantes y a los testigos e intérpretes, o que ellos la leyeron, manifestaron todos y cada uno su comprensión plena;*
- d) Que ilustró a los otorgantes acerca del valor, las consecuencias y alcance legales del contenido de la escritura cuando a su juicio así proceda, o de que fue relevado expresamente por ellos de dar esa ilustración, declaración que asentarán;*
- e) Que quien o quienes otorgaron la escritura, mediante la manifestación de su conformidad, así como mediante su firma; en defecto de ésta, por la impresión de su huella digital al haber manifestado no saber o no poder firmar. En sustitución del otorgante que no firme por los supuestos indicados, firmará a su ruego quien aquél elija;*
- f) La fecha o fechas en que se firme la escritura por los otorgantes o por la persona o personas elegidas por ellos y por los testigos e intérpretes si los hubiere, y*
- g) Los hechos que el Notario presencie y que guarden relación con el acto que autorice, como la entrega de dinero o de títulos y otros.*

Diccionarios y Enciclopedias.

1.- Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española, 21ª. Edición. Ed. Espasa, Madrid, 2001.

2.- Diccionario Jurídico Mexicano. 4 tomos. 13ª. Edición. Porrúa – Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1999.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**