



EDITORIAL EL CONSENTIMIENTO

POR MEDIOS ELECTRÓNICOS EN EL CÓDIGO CIVIL Y EL USO DE MEDIOS ELECTRÓNICOS
Y LA TECNOLOGÍA EN EL ÁMBITO NOTARIAL

<http://dx.doi.org/10.20983/reij.2020.2.0>

JAVIER IGNACIO CAMARGO NASSAR¹

Primera parte: el Consentimiento por medios electrónicos en el Código Civil

El Código Civil del Estado de Chihuahua reconoce la posibilidad de que el consentimiento, además de las formas tradicionales que ya conocemos, sea expresado por medios electrónicos, ópticos o mediante cualquier otro tipo de tecnología.

Dice así el artículo 1697 recientemente adicionado a nuestra legislación:

Artículo 1697. El consentimiento puede ser expreso o tácito. Es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito, por signos inequívocos, por medios electrónicos, ópticos o cualquier otro tipo de tecnología. 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.

El consentimiento, como sabemos, se forma por dos elementos: el primero, la oferta o propuesta, en la que una persona hace saber a otra los términos de un acto jurídico que pretende celebrar y el segundo, la aceptación, que en palabras del maestro Carlos Silveyra Saito,

¹ México, abril 2020. Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, Profesor de Derecho Procesal, Firma Digital y Contratos Electrónicos en la Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, Notario Público en Ciudad Juárez, Chihuahua.

en su curso de Obligaciones (1978), implica la adhesión a una oferta o policitación. (De esta manera acostumbraba pronunciar las palabras para acentuar su importancia).

Así, para el propósito de esta breve reflexión, centraremos el tema en dos personas que pretenden celebrar entre sí un acto jurídico, en el ejemplo nos vamos a referir a un contrato, sin especificar aún cuál.

El medio tradicional de celebrar este acto jurídico es en forma verbal en el caso de los contratos consensuales, o por escrito, en los contratos formales o solemnes.

En este momento es importante tener presente la clasificación de los contratos de acuerdo con sus requisitos de forma; la forma, como sabemos, es la manera como debe plasmarse, asentarse o hacer constar la voluntad de quienes celebran en un acto jurídico.

Los contratos se clasifican en consensuales, formales y solemnes. Los primeros se perfeccionan con el mero acuerdo de voluntades, es decir, con la sola oferta y aceptación en forma verbal sin que se requiera que tal acto jurídico conste por escrito, ni de ninguna otra formalidad. Tenemos como ejemplo la compraventa de bienes muebles, que como indica el Código Civil, no requiere de formalidad alguna:

Artículo 2186. El contrato de compraventa no requiere para su validez formali-

dad alguna especial, sino cuando recae sobre un inmueble.

Sin embargo, al celebrar un acto jurídico sobre un bien mueble, las partes que intervienen suelen hacerlo por escrito, con la firma autógrafa de los interesados, sin importar si esto es un requisito de forma o no. Su intención es contar con un documento que sirva de prueba y les proporcione certeza y seguridad del acto jurídico celebrado.

Pues bien, esta clase de contratos puede celebrarse válidamente por medios electrónicos a partir del contenido del artículo 1697 del Código Civil ya transcrito, que claramente dispone que la expresión de la voluntad de una persona para celebrar un acto jurídico puede expresarse “por escrito, mediante signos inequívocos, por medios electrónicos, ópticos o cualquier otro tipo de tecnología”.

Es necesario precisar que de acuerdo con las normas de nuestro Código Civil solo es posible celebrar por medio electrónicos actos jurídicos de carácter consensual, pues aquellos que requieren constar por escrito deben esperar una adición al Código que permitirá hacerlo del mismo modo.

También dispone el Código Civil en el artículo 1705, que:

La propuesta y aceptación hechas por medios electrónicos, ópticos o por cualquier otro tipo de tecnología, tendrán

EL CONSENTIMIENTO

POR MEDIOS ELECTRÓNICOS EN EL CÓDIGO CIVIL Y EL USO DE MEDIOS ELECTRÓNICOS
Y LA TECNOLOGÍA EN EL ÁMBITO NOTARIAL

plena validez legal y producirán todos sus efectos sin haber mediado una estipulación por escrito de las partes, en los términos previstos en el Código de Comercio, en su artículo 89 bis.

Por su parte, el artículo 89 bis del Código de Comercio a que se refiere el artículo anterior, previene lo siguiente:

- No se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a cualquier tipo de información por la sola razón de que esté contenida en un Mensaje de Datos.²
- Dichos mensajes podrán ser utilizados como medio probatorio en cualquier diligencia ante autoridad legalmente reconocida, y surtirán los mismos efectos jurídicos que la documentación impresa.
- Siempre y cuando los mensajes de datos se ajusten a las disposiciones de este Código y a los lineamientos normativos correspondientes.

Aclaro que el Código de Comercio cuenta con un capítulo que regula tanto el comercio como la firma electrónica y permite celebra actos jurídicos por este medio, pero solo es aplicable a los actos de comercio, no a los contratos regulados por el derecho común, salvo por la remisión de nuestro Código al artículo 89 bis del Código de Comercio.

La pregunta que deja sin respuesta el último apartado del artículo 89 bis es si los actos celebrados a la luz del artículo 1697 y 1705 del Código Civil, para ser válidos necesariamente deben ajustarse como dice el artículo 89 bis a “las disposiciones de este Código [el de Comercio] y

² Un mensaje de datos es toda información que ha sido generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, ópticos o mediante cualquier otra tecnología.

a los lineamientos normativos correspondientes”, lo que si bien parece interesante, resulta complicado, pues implica la necesidad de aplicar al conjunto de disposiciones que regulan el consentimiento en materia civil, todas aquellas contenidas en el Código de Comercio.

Pero no creo que sea necesario agotar esa discusión si lo que tratamos es de encontrar un método que nos permita utilizar la tecnología como medio de comunicación, así que, con el ánimo de contribuir a ese propósito, estimo que con la inclusión en el Código Civil de los dos artículos que he mencionado, podemos celebrar actos jurídicos, particularmente un contrato consensual por medios electrónicos, por ejemplo, un contrato de compraventa de un bien mueble, atendiendo a las siguientes consideraciones:

1^a. El artículo 1697 del Código Civil acepta la posibilidad de expresar el consentimiento por medios electrónicos, ópticos o mediante cualquier otra tecnología, y con eso otorga validez y forma legal a los actos que se celebren por este medio, p. ej. correo electrónico o e-mail, WhatsApp, mensaje de texto o USB, inclusive algunas aplicaciones electrónicas que brindan esta facilidad. (Anteriormente tendría que ser expresado en forma verbal, por escrito o mediante signo inequívocos).

2^a. El artículo 1705 se refiere a validez legal de la oferta y aceptación a través de los medios a que nos hemos referido y remite al Código de Comercio para reafirmar la idea de que no se puede negar validez o fuerza probatoria a un acto jurídico por el solo hecho de estar consignado en un mensaje de datos. Este artículo reafirma la fuerza probatoria y la validez en juicio de los actos consignados en un mensaje de datos, cuando se desconoce por no encontrarse impreso, con la firma autógrafa de los interesados.

El contenido del artículo 1705 tiene sentido porque habitualmente se objeta la validez de los actos consignados en medios electrónicos, por dos razones: (1) la dificultad de acreditar la integridad de un mensaje de datos, en caso de que la persona a la que se le atribuye reclame que el texto de un documento redactado en forma electrónica fue alterado, p. ej. un correo electrónico, y (2) la necesidad de probar que un documento electrónico fue enviado por determinada persona y en consecuencia reconoce como suyo el contenido del documento, en caso de que a quien se le atribuya, niegue haberlo hecho.

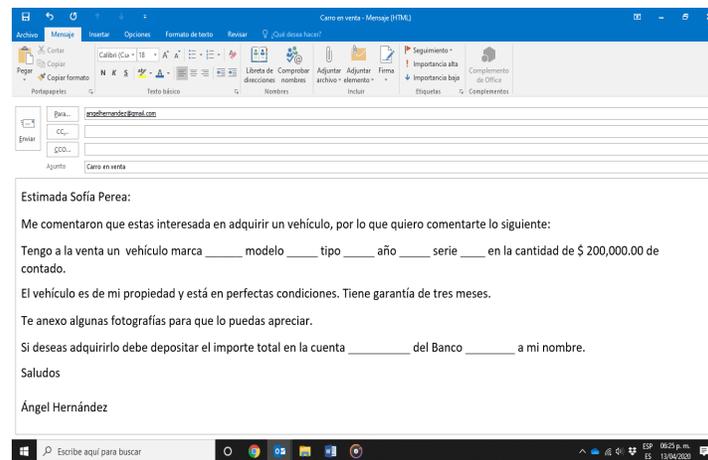
Pues bien, para evitar discusiones de esa naturaleza, el artículo 1705 que hemos citado, y el 89 bis al que remite, establecen la fuerza probatoria de los documentos redactados en forma electrónica o mediante cualquier otro tipo de tecnología.

El Código de Comercio contiene, como dije, una serie de disposiciones legales apoyadas por dispositivos electrónicos (como la firma electrónica avanzada) que permiten resolver los dos problemas a que nos hemos referido anteriormente (la integridad del documento y que le sea atribuible a una persona) pero aún no están recono-

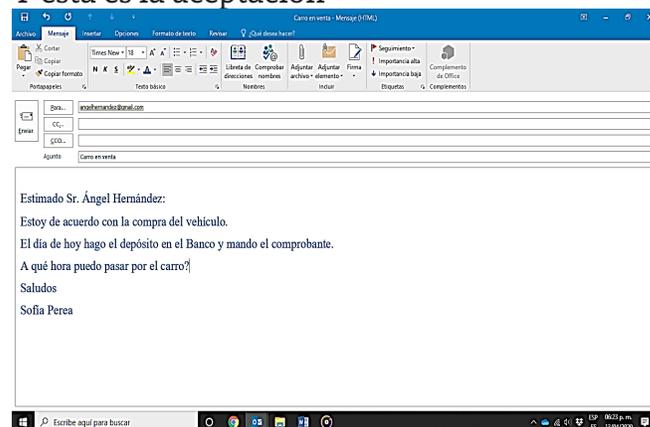
cidas por nuestro Derecho Civil y muchas personas no cuentan con ese dispositivo, lo que obliga a buscar una solución sencilla y funcional a este inconveniente.

Volviendo al caso que tomamos como ejemplo para este estudio (la compraventa de un bien mueble), una vez que la oferta y la aceptación se expresan por medios electrónicos o mediante cualquier otra tecnología, el contrato queda perfeccionado, pues el consentimiento ha sido expresado válidamente y el contrato no requiere redactarse por escrito.

Esta es la oferta:



Y esta es la aceptación



De acuerdo al artículo 1701 del Código Civil el contrato se perfecciona una vez que el oferente recibe la aceptación.³

En el caso que tomamos como ejemplo, tratamos de resolver solamente la cuestión de la forma como elemento de validez y el consentimiento como elemento de existencia, asumiendo que reúne los demás elementos de existencia (consentimiento, objeto y solemnidad) y validez (ausencia de vicios del consentimiento, capacidad, objeto, motivo o fin lícito y forma).

La prueba del acto

No pasa desapercibida la pregunta que muchos debemos hacernos acerca de ¿Cómo vamos a probar la validez de un acto celebrado mediante un correo electrónico o un WhatsApp cuando alguna de las partes niegue su integridad o se rehúse a aceptar ese mensaje como propio, si no está redactado por escrito y firmado por las partes?

Antes de abordar este punto en el párrafo siguiente, convengamos que este problema se puede presentar en cualquier contrato que celebremos en forma verbal, incluso en algunos redactados por escrito, por lo que no es algo inherente a los celebrados por medios electrónicos y que el incumplimiento de un contrato es ajeno a su perfeccionamiento.

³ Artículo 1701. El contrato se forma en el momento en que el proponente recibe la aceptación, estando ligado por su oferta según los artículos precedentes.

Ahora bien, si el contrato ya se ha perfeccionado, nos queda pendiente por resolver la posibilidad de probar por una parte la integridad del contenido de los documentos electrónicos que contienen la oferta y su aceptación, y por la otra, que le sea atribuible a las personas que intervinieron en la celebración de este acto (vendedor y comprador), para el caso de que uno o el otro niegue su autenticidad.

Debemos tener presente que el Código de Procedimientos Civiles reconoce como prueba todos aquellos elementos aportados por los descubrimientos de la ciencia y la tecnología y particularmente establece respecto de los mensajes de datos que, para valorar su fuerza probatoria, se estimará primordialmente a la fiabilidad del método en que haya sido generada, archivada, comunicada o conservada (Artículo 354).

Esto significa que para establecer el valor de un mensaje de datos debemos atender fundamentalmente al grado de confianza y seguridad que ofrece el procedimiento utilizado para generar, archivar, comunicar o conservar ese mensaje de datos. Este objetivo se puede lograr con el uso de una firma electrónica avanzada, pero por ahora debemos encontrar otra solución más sencilla que no requiera del uso de ese dispositivo electrónico.

La solución más sencilla es el uso de una videoconferencia o videollamada, en donde se confirmen los términos del contrato

celebrado. Esto es únicamente como un elemento de prueba, no para el perfeccionamiento del contrato.

Mediante cualquier sistema que nos permita grabar sonido e imagen, como WhatsApp, Zoom, Teams, Skype, que son aplicaciones gratuitas y de fácil acceso, podemos grabar una videoconferencia en la que ambas partes interactúen y confirmen los elementos del contrato celebrado, así como la integridad de los mensajes de datos y que fueron enviados y recibidos por cada uno de ellos. El archivo que contiene la operación debe almacenarse al igual que los documentos electrónicos originales.

Desde luego que si optamos por realizar toda la operación por medio de la videoconferencia, el acto es legal y cumple con el requisito de forma y de la expresión del consentimiento como elemento de existencia.

Antes de terminar, quiero tratar de resolver otra pregunta que quizá se haga alguna persona que lee este artículo: ¿Qué pasa si uno de los contratantes se encuentra en otro estado de la República? ¿El acto será válido a pesar de que en el otro Estado no se reconoce la expresión del consentimiento por medios electrónicos? La respuesta la encontramos en el artículo 8 del Código Civil del Estado que establece:

Artículo 8. Los actos jurídicos, en todo lo relativo a su forma se sujetarán a las le-

yes del lugar donde se celebren. Los residentes fuera del Estado, sean mexicanos o extranjeros, que celebren actos cuya ejecución o efectos se produzcan dentro del territorio del Estado, podrán sujetarlos a las formalidades prescritas por este Código; por ese sólo hecho, se entienden sometidos a las disposiciones del mismo y a las demás leyes locales relativas.

La solución consiste entonces en incluir dentro del mensaje de datos y del video mencionado, la voluntad de las partes de sujetar el acto a “las formalidades prescritas por el Código Civil del Estado de Chihuahua”.

Con esto concluyo la primera parte de este artículo, espero que el planteamiento sea el adecuado y sirva de base para que otras personas hagan mejores aportaciones al conocimiento del tema.

Segunda parte: El uso de medios electrónicos y la tecnología en el ámbito notarial

Otro tema que deseo abordar es una propuesta sobre el uso de los medios electrónicos y la tecnología en el ámbito notarial; lo hago aquí porque tiene relación con el uso de sistemas electrónicos de videoconferencia a que me refiero en la primera parte de este artículo.

El planteamiento inicia a partir del contenido del artículo 6 de la Ley del Nota-

riado del estado de Chihuahua que dice lo siguiente:

Artículo 6. La Notaría o Notario Público podrá hacer uso de los medios electrónicos y de la tecnología para el ejercicio de su función y la transferencia de información tanto a la Dirección como a las demás dependencias gubernamentales con las que interactúe.

Esta ley, publicada en enero de 2020, contiene varias disposiciones importantes relacionadas con el uso de medios electrónicos y tecnología en la función notarial, pero por ahora me voy a enfocar en la aplicación de este artículo para la firma de instrumentos notariales fuera de la oficina del notario, a través de una videoconferencia.

Para ello, adicionalmente voy a retomar el contenido de los artículos 85 y 105 de la misma ley. El primero de los artículos citados en la parte que nos interesa, dispone:

Artículo 85. Por ningún motivo podrán sacarse de la Notaría los libros del Protocolo, ni en su caso, los folios ... si no es por la Notaría o Notario o por la o las personas autorizadas conforme a este mismo artículo. ... Los libros del Protocolo y los folios que no hayan sido empastados, podrán sacarse: ...

IV. Dentro del Distrito Judicial que corresponda a la Notaría o Notario Público, solamente para que se obtengan las firmas

de las personas comparecientes, siempre y cuando estas no puedan asistir a la Notaría, o la Notaría o Notario Público esté en plena disposición de que se levanten fuera de la misma.

Cuando exista la necesidad de sacar los libros de la Notaría lo hará la Notaría o Notario Público, o, bajo su responsabilidad, a quien éste designe.

Por otra parte, dentro de los hechos que debe hacer constar el notario “bajo su fe” al momento de autorizar una escritura, encontramos en el artículo 105 de la ley, entre algunos otros, los siguientes cinco que son importantes para este planteamiento:

1. Que conoce o no a los comparecientes.⁴
2. Que los comparecientes a su juicio tienen capacidad legal.⁵
3. Que leyó la escritura pública a los comparecientes, o que la leyeron por sí mismas.
4. Que explicó a los comparecientes, cuando proceda, el valor y las consecuencias legales del contenido de la escritura pública.
5. Que los comparecientes manifestaron su conformidad con la escritura pública y firmaron esta, o no lo hicieron por de-

⁴ En caso de que no conozca a alguna persona, debe hacer constar su identidad agregando al apéndice copia certificada del documento público que la acredite.

⁵ Basta que no observe en ella manifestaciones patentes de incapacidad natural y que no tenga aviso fehaciente de autoridad competente de que está sujetas a interdicción.

clarar que no saben o que no pueden firmar.

Finalmente, para completar el marco teórico legal, solamente quiero hacer referencia a las atribuciones que según la propia ley corresponden a los notarios (artículo 5):

están investidos de fe pública, para hacer constar los hechos y actos jurídicos a los que las partes interesadas deban o quieran dar autenticidad conforme a las leyes, y cuentan con autorización para intervenir en tales actos o hechos, revisiéndolos de solemnidad y formas legales...

Siendo así, del texto de la Ley no se desprende que el Notario deba estar físicamente presente al momento de la firma de una escritura, en sí, el artículo 85 citado implícitamente permite que la firma de los instrumentos notariales se obtenga fuera de la notaría,⁶ sin la presencia del notario público que los autoriza, siempre que lo haga la persona que el propio notario designe bajo su responsabilidad, lo cual debe hacer constar el notario.

El instrumento notarial firmado en esas condiciones es plenamente válido, a pesar, insisto, que el notario no se encuen-

⁶ La Notaría es el domicilio en el que el Notario realiza en forma permanente la función notarial. Ahí se encuentra su sello de autorizar y sus libros de protocolo.

tre presente al momento de firmarse. Esta disposición ya se encontraba en la anterior Ley del Notariado, y por ello era posible recurrir a este procedimiento para obtener la firma de los comparecientes fuera de la notaría, pero no contemplaba el uso de medios electrónicos como lo hace la ley actual.

Por esa razón, la propuesta de aprovechar la gran oportunidad de introducir paulatinamente al ejercicio profesional el uso de medios electrónicos, iniciando por reconocer con naturalidad la legalidad de un instrumento notarial firmado [con firma autógrafa⁷ por una persona que se encuentra fuera de la notaría,⁸ interconectada por medio de una videoconferencia con el notario, con quien interactúa en tiempo real y en ese momento, en presencia del notario estampa la firma en el documento. El notario debe hacer constar bajo su fe, de la forma que siempre lo hace, lo dispuesto por el artículo 105 que ya mencioné:

...el conocimiento del firmante⁹ o la forma en que se ha identificado; su capacidad legal; la lectura de la escritura, que puede hacer el interesado o el propio

⁷ La firma autógrafa significa que está firmada de mano de su propio autor.

⁸ Desde luego que el notario debe autorizar que los folios se remitan al lugar en donde se encuentra la persona que va a firmar el documento.

⁹ Este procedimiento resulta muy accesible en los casos en que el notario conoce al compareciente, pues ya no se requiere acreditar su identidad con documentos públicos.

notario en la videoconferencia; la explicación y la conformidad del o los comparecientes, y desde luego que fue firmado en su presencia.

Efectivamente, el documento fue firmado en presencia de notario porque este presenció personalmente el acto de la firma autógrafa en el documento, aun cuando lo haya hecho a través de un medio electrónico que la ley le permite ahora utilizar.

El notario debe plasmar por escrito en el propio instrumento notarial los hechos que he mencionado tal y como siempre los asienta; lo que sucede ahora es que materialmente fueron realizados interactuando por medio de una videoconferencia con el compareciente y no de manera presencial. No hay razón para menospreciar la comunicación que logramos así entre el notario y el firmante, pues es de la misma calidad que cuando el interesado acude a la notaría a firmar el documento.

Adicionalmente el notario puede, si lo considera necesario, hacer constar bajo su fe que la comunicación fue por medio de videoconferencia.



Esta comunicación puede lograrse a través de aplicaciones tan sencillas como WhatsApp, Skype, Zoom, Teams de Microsoft, Hangouts de Google, Whereby, o cualquier otra a su alcance; no requiere ser grabada, porque el notario hace constar bajo su fe los hechos a que me refiero de la misma manera como la hace cuando se firma de manera presencial. Es la fe pública de la que se encuentra investido el notario lo que da certeza al acto que autoriza, no la grabación.

Así doy por terminado este planteamiento.

Es necesario contar con nuevas propuestas que nos permitan iniciar el camino para introducir en el ejercicio profesional el uso de tecnologías. Si no hacemos el intento, perderemos la oportunidad de desarrollar con mayor amplitud este campo.