

16 de marzo de 2020

PJD-3-2020

Señor
Álvaro Ramos Chaves
Superintendente
Superintendencia de Pensiones

Estimado señor:

Por medio del oficio BAC-OPC-004-2020, recibido el 8 de enero de 2020, BAC San José Pensiones OPC nos solicitó emitir un criterio legal, sobre si es posible que los formularios que utiliza la operadora en el giro ordinario de sus actividades sean suscritos por los afiliados y clientes en proceso de afiliación, mediante firma digital no certificada en dispositivos electrónicos como iPad, almohadillas digitales o tabletas. Al respecto, esta División de Asesoría Jurídica emitió el siguiente criterio:

I. Consulta

El oficio citado no venía acompañado del criterio jurídico requerido para atender este tipo de consultas. El 20 de febrero pasado, y a requerimiento de la Superintendencia, la Operadora remitió el oficio BAC-OPC-025-2020 al cual se adjuntó el criterio jurídico del señor Álvaro Monge Paniagua, Gerente Legal de BAC Credomatic, en el que se concluye:

2. La existencia del principio de equivalencia funcional, según el cual, cualquier manifestación con carácter representativo o declarativo, expresada o transmitida por medio electrónico o informático, se tendrá por jurídicamente equivalente a los documentos que se otorguen, residan o transmitan por medio físicos (art. 3 de la Ley).

4. La firma digital no certificada es válida para la emisión de cualquier tipo de documento, como podrían ser los Formularios (art. 5 inciso d) de la Ley). Asimismo su utilización no se encuentra en ninguna de las excepciones o prohibiciones establecidas en el art 5 de la Ley.

[...]

6. Los documentos y las comunicaciones suscritos mediante firma digital, tienen el mismo valor y la eficacia probatoria de su equivalente firmado en manuscrito (art. 9 de la Ley). Así, un formulario con soporte en papel firmado por un afiliado de su puño y letra, tendrá el mismo valor y eficacia probatoria que un Formulario con electrónico firmado en un ipad o almohadilla digital.

PJD-3-2020

Página 2

II. Análisis de la consulta

A. Documento electrónico y firma digital

La Ley de certificados, firmas digitales y documentos electrónicos, Ley N°8454, autoriza tanto **la emisión documentos electrónicos como el uso de certificados de firma digital**. Con el fin de dar respuesta al planteamiento realizado por la operadora de pensiones, de seguido se analizan ambos conceptos.

En este sentido, el artículo 2 del Reglamento a la Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documentos Electrónicos, Decreto Ejecutivo N°33018 (en adelante Reglamento a la Ley 8454) contiene las siguientes definiciones:

21) DOCUMENTO ELECTRÓNICO: Cualquier manifestación con carácter representativo o declarativo, expresada o transmitida por un medio electrónico o informático.

[...]

24) FIRMA DIGITAL: Conjunto de datos adjunto o lógicamente asociado a un documento electrónico, que permita verificar su integridad, así como identificar en forma unívoca y vincular jurídicamente al autor con el documento.

25) FIRMA DIGITAL CERTIFICADA: Una firma digital que haya sido emitida al amparo de un certificado digital válido y vigente, expedido por un certificador registrado.

De acuerdo con estas definiciones, nos encontramos frente a conceptos estrechamente relacionados, pero que no pueden ser asimilados en sus efectos (como lo hace la Operadora consultante). La firma digital va unida o asociada a un documento electrónico y su objetivo es **verificar su integridad, identificando jurídicamente al autor del documento**.

B. Principio de equivalencia funcional

Un punto medular en este análisis es el alcance del **principio de equivalencia funcional**, que equipara los documentos y firmas electrónicas a los realizados en soporte papel y con firma manuscrita. En lo que aquí interesa, se toma como referencia la Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil (CNUDMI) sobre documentos transmisibles electrónicos¹ que dispone:

Artículo 7. Reconocimiento jurídico de un documento transmisible electrónico

1. No se negarán efectos jurídicos, validez ni fuerza ejecutoria a un documento transmisible electrónico por la sola razón de que esté en forma electrónica.

2. Nada de lo dispuesto en la presente Ley obligará a persona alguna a utilizar un documento transmisible electrónico sin su consentimiento.

¹ Tomado el 24 de febrero de 2020 de: http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/MLETR_ebook_S.pdf

PJD-3-2020

Página 3

3. El consentimiento de una persona para que se utilice un documento transmisible electrónico podrá inferirse de su conducta.

Capítulo II. Disposiciones sobre equivalencia funcional

Artículo 8. Constancia por escrito

Cuando la ley requiera que la información conste por escrito, ese requisito se dará por cumplido respecto de un documento transmisible electrónico si la información contenida en él es accesible para su ulterior consulta.

Artículo 9. Firma

Cuando la ley requiera o permita la firma de una persona, ese requisito se dará por cumplido en relación con un documento transmisible electrónico si se utiliza un método fiable para determinar la identidad de esa persona y para indicar la voluntad que tiene esa persona respecto de la información contenida en el documento transmisible electrónico. [Lo resaltado no es el original].

Respecto al artículo 7, esta Ley Modelo también aclara lo siguiente:

60. Al afirmar que “[n]o se negarán efectos jurídicos, validez ni fuerza ejecutoria a un documento transmisible electrónico por la sola razón de que esté en forma electrónica”, el párrafo 1 indica simplemente que la forma en que se presente o se conserve un documento transmisible electrónico no puede aducirse como único motivo para negarle efectos jurídicos, validez o fuerza ejecutoria. Sin embargo, la disposición no debe interpretarse en el sentido de que determina la validez jurídica de un documento transmisible electrónico o de la información contenida en él. [Lo resaltado no es del original].

En la legislación costarricense, el principio de equivalencia de los **documentos electrónicos** está contemplado en el numeral 3 de la Ley N°8454, que dispone:

Artículo 3°-Reconocimiento de la equivalencia funcional. Cualquier manifestación con carácter representativo o declarativo, expresada o transmitida por un medio electrónico o informático, se tendrá por jurídicamente equivalente a los documentos que se otorguen, residan o transmitan por medios físicos.

Por su parte, para la **firma digital** el principio de equivalencia dispone:

Artículo 8°—Alcance del concepto. Entiéndese por firma digital cualquier conjunto de datos adjunto o lógicamente asociado a un documento electrónico, que permita verificar su integridad, así como identificar en forma unívoca y vincular jurídicamente al autor con el documento electrónico.

Una firma digital se considerará certificada cuando sea emitida al amparo de un certificado digital vigente, expedido por un certificador registrado.

PJD-3-2020

Página 4

*Artículo 9º—**Valor equivalente.** Los documentos y las comunicaciones suscritos mediante firma digital tendrán el mismo valor y la eficacia probatoria de su equivalente firmado en manuscrito. En cualquier norma jurídica que se exija la presencia de una firma, se reconocerá de igual manera tanto la digital como la manuscrita.*

Los documentos públicos electrónicos deberán llevar la firma digital certificada.

Artículo 10.—Presunción de autoría y responsabilidad. Todo documento, mensaje electrónico o archivo digital asociado a una firma digital certificada se presumirá, salvo prueba en contrario, de la autoría y responsabilidad del titular del correspondiente certificado digital, vigente en el momento de su emisión.

No obstante, esta presunción no dispensa el cumplimiento de las formalidades adicionales de autenticación, certificación o registro que, desde el punto de vista jurídico, exija la ley para un acto o negocio determinado. [Lo resaltado no es del original].

C. Efectos jurídicos

En relación con estos conceptos, la Procuraduría General de la República ha dicho:

La firma electrónica constituye la expresión de una manifestación de voluntad que se da a conocer por un medio distinto del manuscrito, esto es, a través de una herramienta tecnológica que es manipulada por el titular del derecho para declarar su voluntad de una manera y en un sitio distinto del que físicamente podría encontrarse ubicado aquél. Se trata sobre todo de un instrumento electrónico elaborado mediante tecnología segura y no susceptible de manipulación externa cuya función es primordialmente identificadora de la persona que utiliza un sistema de comunicación remoto y desea certificar que es ella, y no otro individuo, quien está enviando un mensaje o documentos ciertos, o bien, que desea manifestar su voluntad y obligarse en cierta relación contractual. Tal es la analogía con la noción de “firma” manuscrita, dado que ésta cumple precisamente la función de identificar a la persona que la imprime en un documento que tendrá efectos legales relevantes. Es el único contexto donde ambos conceptos tienen similitud. Por demás, los procedimientos para hacer valer una u otra son diametralmente distintos. [Dictamen C-006-2004].

*La función de la firma digital es identificar al remitente de un mensaje y de los documentos electrónicos que se adjuntan. **La firma permite la producción de los efectos jurídicos propios de los actos que así se plasman.***

La regulación de la firma nos conduce a otro concepto que regula la citada Ley: la certificación. Esta otorga seguridad al uso de los medios electrónicos e informáticos. De acuerdo con el artículo 11 de esa Ley, el certificado digital es el mecanismo electrónico que garantiza, confirma o valida:

- a) **La vinculación jurídica entre un documento, una firma digital y una persona.***
- b) La integridad, autenticidad y no alteración en general del documento, así como la firma digital asociada.*
- c) La autenticación o certificación del documento y la firma digital asociada, únicamente en el supuesto del ejercicio de potestades públicas certificadoras.*
- d) Las demás que establezca esta Ley y su Reglamento. [Lo resaltado no es del original, Dictamen CJ-358-2007].*

PJD-3-2020

Página 5

De acuerdo con lo expuesto por la Procuraduría General de la República, el soporte electrónico no excluye el cumplimiento de los requisitos y las formalidades que la ley exija para cada acto o negocio jurídico en particular. En el caso de aquellos documentos que deban ser suscritos para generar derechos y obligaciones (como es el caso de los contratos que se suscriban con las operadoras de pensiones) el documento electrónico no firmado digitalmente no tiene el mismo valor que uno que si lo está.

Respecto del artículo 9 de la Ley N°8454, la Procuraduría General de la República ha señalado:

*Por otra parte, la Equivalencia Funcional también se manifiesta en el uso de firmas electrónicas, herramienta que permite una identificación de la persona en forma plena e irrefutable, lo cual es de suma importancia a la hora de que una persona decida **someterse a obligaciones civiles o llevar a cabo transacciones comerciales**. En este caso, la firma electrónica tiene la misma validez que una firma manuscrita, con la ventaja adicional de que es prácticamente imposible de reproducir o falsificar... [Lo resaltado no es del original, OJ-14-2019].*

En este mismo sentido, el artículo 10 del Reglamento a la Ley N°8454 establece:

Artículo 10.-Reconocimiento jurídico. Solo tendrán pleno efecto legal frente a terceros, así como respecto del Estado y sus instituciones, los certificados digitales expedidos por certificadores registrados ante la Dirección de Certificadores de Firma Digital.

*Las firmas y certificados emitidos dentro o fuera del país que no cumplan con esa exigencia no surtirán efectos por sí solos, pero **podrán ser empleados como elemento de convicción complementario** para establecer la existencia y alcances de un determinado acto o negocio. [Lo resaltado no es del original].*

D. Elementos de convicción complementarios de los documentos no suscritos mediante firma digital

De acuerdo con nuestra legislación nacional, no es posible sostener, como se indica en la consulta, que la *equivalencia funcional* les otorga a los documentos electrónicos sin firma digital certificada los mismos efectos que tiene un documento en soporte papel y firmado en forma manuscrita.

Si bien el artículo 5 de la Ley N°8454 dispone que la utilización de documentos electrónicos es válida para la formación, formalización y ejecución de los contratos, al igual que ocurriría con el documento en soporte papel, esos documentos no vinculan en forma automática a las partes, en tanto no estén **debidamente** suscritos.

De manera que la afiliación a una operadora de pensiones, que requiere un formulario o un contrato suscrito entre partes, no puede ser equivalente en sus efectos a un documento

PJD-3-2020

Página 6

electrónico con una firma digital no certificada, la cual, tal y como se explicó, no vincula jurídicamente al documento con el cliente y la firma.

En este caso, con fundamento en el principio de equivalencia funcional, el documento electrónico tendría el mismo valor que un documento en soporte papel, **pero sin firmas**, es decir, no surte efectos ni vincula a las partes. Un documento en tales condiciones puede ser tomado como un *elemento de convicción complementario* para establecer la existencia del contrato y, por ende, sus obligaciones, pero no tiene los mismos efectos que la firma manuscrita.

Al respecto el Tribunal de Apelación Civil y Trabajo de Alajuela, en resolución de las trece horas y veintiséis minutos del quince de enero del dos mil diecinueve, indicó:

No obstante, el pagaré que se presenta al cobro judicial en este proceso, no cumple con los requisitos formales que la citada ley y su reglamento exigen. La empresa Evidencias Certificadas S.L., en su condición de tercera de confianza, certificó que el ejecutado consintió en firmar el pagaré puesto al cobro. Para tales efectos, describió el procedimiento de firma que habría consistido en el envío de un enlace URL al correo electrónico de la ejecutada con el contenido a firmar. A través del código único, temporal y aleatorio que se le habría facilitado, la deudora habría accedido al documento enviado -a saber, el pagaré- que habría tenido a su disposición para leerlo, descargarlo, imprimirlo, etc. Posteriormente, desde su dirección IP y su navegador, habría marcado las casillas de "aceptar" y "firmar". Conforme se aprecia, la empresa aludida habría certificado la firma digital de la ejecutada. A través de ese procedimiento, para los efectos del artículo 11 de la referida ley, habría garantizado, confirmado o validado técnicamente aspectos esenciales como la vinculación jurídica entre el documento, la firma digital y la deudora, así como la integridad, autenticidad y no alteración en general del documento, en este caso el pagaré, al igual que la firma digital asociada.

*Ahora bien, según los artículos 18 y 19 de la misma ley y el 23 de su reglamento, los certificadores deben ser autorizados por la Dirección de Certificadores de Firma Digital, adscrita al Ministerio de Ciencia, Tecnología y Telecomunicaciones, órgano que se encarga de administrar y supervisar el sistema nacional de certificación digital. El artículo 10 del reglamento aludido, Decreto Ejecutivo 33018-MICIT, dispone que solo tendrán pleno efecto legal frente a terceros, así como respecto del Estado y sus instituciones, **los certificados digitales expedidos por certificadores registrados ante esa Dirección, y las firmas y certificados emitidos dentro o fuera del país que no cumplan con esa exigencia no surtirán efectos por sí solos, pero podrán ser empleados como elemento de convicción complementario para establecer la existencia y alcances de un determinado negocio.***

En el asunto que nos ocupa, no hay pruebas de que Evidencias Certificadas S.L. se encuentre autorizada y registrada ante la Dirección de Certificadores de Firma Digital. En consecuencia, al documento aportado con la demanda no se le pueden atribuir los efectos propios de una firma digital certificada, a lo sumo, se le podría tener como un documento probatorio complementario, en los términos señalados en el párrafo segundo del artículo 10 del reglamento indicado. [Lo resaltado no es el original].

PJD-3-2020

Página 7

En consecuencia, el mecanismo propuesto por la Operadora no se ajusta al ordenamiento jurídico vigente.

III. Conclusión

De conformidad con lo expuesto no es posible que los formularios que utiliza la Operadora en el giro ordinario de sus actividades “*sean suscritos*” por los afiliados y clientes en el proceso de afiliación, mediante firma digital no certificada, porque esta no tiene la capacidad de producir los efectos jurídicos de la firma digital certificada.

Atentamente,



Realizado por:
Jenory Díaz Molina, Coordinadora



Aprobado por:
Nelly Vargas Hernández, Directora

División de Asesoría Jurídica