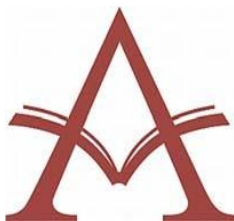


UNIVERSIDAD PERUANA DE LAS AMÉRICAS



ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN

**Implementación de medios digitales para la formalización
de contratos de financiamiento bancario con intervención
notarial**

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

AUTOR:

CALLE CALDERON JOSE AMADEO

CODIGO ORCID: 0000-0002-9555-5871

ASESOR: Dr.

BORCIC SANTOS ANDRÉS JOSÉ

CODIGO ORCID: 0000-0003-1464-8759

**LÍNEA DE INVESTIGACIÓN: DERECHO PENAL, CIVIL Y
CORPORATIVO.**

**LIMA, PERÚ
Diciembre, 2021**

DEDICATORIA

A Dios, a quien acudí y refugié en los momentos más difíciles que tuve que afrontar. A mis padres que me dieron la vida, sus enseñanzas y su apoyo incondicional para triunfar en la vida. A mis hijos, que soy la razón de ser de mi existencia.

A Sandra por haberme demostrado quererme hasta en los últimos momentos de su vida. A Pilar, por haberme brindado su apoyo incondicional. A Victoria por haberme acompañado parte de mi vida.

AGRADECIMIENTO.

A Dios una vez más por ser mi guía, mi refugio y fortaleza. A los docentes de la Universidad Peruana de las Américas, que gracias a sus enseñanzas y consejos, me han guiado con firmeza a seguir adelante y enfrentarme al reto del desempeño de en esta carrera en mi vida profesional.

A mis familiares que me brindaron su apoyo para lograr el cumplimiento de mi meta.

A mis promociones del Colegio, Ejército Peruano, Escuela de Sub Oficiales, "Charcani V", Escuela de Oficiales "Vencedores" y compañeros de aula, con quienes compartí aquellos momentos inquietantes como estudiante. A mis amigos que supieron escucharme y entenderme, cuando más lo necesitaba.

Resumen

La presente investigación tiene como título Implementación de medios digitales para la formalización de contratos de financiamiento bancario con intervención notarial. Esta investigación pretende analizar y determinar los costos de transacción que se ahorraría en los procesos de contratación de financiamiento, realizándolas de manera electrónica. En nuestro país existen estos procesos que son engorrosos, sumados a errores asociados a las firmas manuscritas de documentos (firma en el lugar equivocado, falta de sello de la empresa, falta de facultades del representante), por último, no existe sistema legal unificado que encuentre el procedimiento eficaz de la firma manuscrita de pagare, presentación, traslado y logística para su custodia. Podemos advertir una serie de problemas que superar a efectos de lograr constituir hipotecas sin la necesidad de acudir directamente a un notario público, asimismo existe falta de dinamismo en el otorgamiento de escrituras públicas de los contratos de financiamiento con garantía hipotecaria se recomienda modificar la normativa comercial, transformación a procesos digitales que por estos días son necesarios.

Palabras clave: medios digitales, causales, contratos, financiamiento bancario, notarial, garantía hipotecaria.

Abstract

The title of this research is Implementation of digital media for the formalization of bank financing contracts with notarial intervention. This research aims to analyze and determine the transaction costs that would be saved in the financing contracting processes, doing them electronically. In our country, these processes are cumbersome, added to errors associated with the handwritten signatures of documents (signature in the wrong place, lack of company seal, lack of powers of the representative), finally, there is no unified legal system that can be found the effective procedure of the handwritten signature of the promissory note, presentation, transfer and logistics for safekeeping. We can warn of a series of problems to overcome in order to establish mortgages without the need to go directly to a notary public, there is also a lack of dynamism in the granting of public deeds of financing contracts with mortgage guarantee, it is recommended to modify commercial regulations, transformation to digital processes that these days are necessary.

Keywords: digital media, grounds, contracts, bank financing, notarial, formality.

Tabla de Contenido

| | |
|---|-----|
| Dedicatoria | ii |
| Agradecimiento | iii |
| Resumen | iv |
| Abstract | v |
| Tabla de contenidos | vi |
| Introducción | 1 |
| I. Antecedentes | 3 |
| II. Bases Teóricas | 6 |
| 2.1 Teoría General de los Contratos Bancarios de Financiamiento de Garantía Hipotecaria | 6 |
| 2.1.1 Generalidades de los Contratos | 6 |
| 2.1.2 Contratos Bancarios de Mutuo con Garantía Hipotecaria | 9 |
| 2.1.2.1 Definición | 10 |
| 2.1.2.2 Sujetos intervinientes | 11 |
| 2.1.2.3 Obligaciones y derecho de los sujetos | 12 |
| 2.1.2.4 Clases de Contrato de mutuo | 14 |
| 2.1.3 El Pagaré como Título Valor representativo de deuda | 17 |
| 2.1.4 Procedimiento Operativo de la Formalización del Financiamiento de Mutuo con Garantía Hipotecaria | 19 |
| 2.2 La función notarial | 22 |
| 2.2.1 Definición de notario | 22 |
| 2.2.2 Definición de fe pública notarial | 25 |
| 2.2.3 La función notarial y el uso de nuevas tecnologías | 27 |
| 2.2.4 Formalización de la escritura pública como instrumento protocolar Notarial | 29 |
| 2.2.5 Legislación comparada por el uso de medios tecnológicos en actos | |

| | |
|--|----|
| Notariales | 31 |
| 2.2.6 Problemática con otros países en la seguridad jurídica con el uso de métodos tecnológicos en el ámbito notarial | 33 |
| 2.3 La firma electrónica | 35 |
| 2.3.1 Definición | 35 |
| 2.3.2 Modalidades | 36 |
| 2.3.3 El certificado digital | 37 |
| Conclusiones | 39 |
| Aporte de la investigación | 41 |
| Recomendaciones | 42 |
| Referencias | 44 |

Introducción

Si bien mucho antes de la Pandemia del COVID 19, la era digital nos conducía inevitablemente a la exploración de la contratación digital, que reemplazaría a la contratación tradicional que se realiza con firmas manuscritas en soporte papel (contratos físicos), de los términos y condiciones acordados por las partes por un determinado acto jurídico, la Pandemia nos planteó el reto de manera agresiva e inesperada, por el hecho mismo de entrar en cuarentena absoluta en marzo 2020 y luego de ésta, el cumplimiento de protocolos de aforo, de distanciamiento social obligatoria a fin de resguardar la vida y salud ante los efectos de un eventual contagio.

En buena cuenta, hoy se ha vuelto indispensable contar con mecanismos para poder llevar a cabo la contratación electrónica manteniendo o incluso mejorando la seguridad jurídica que podrían dar a las partes los contratos físicos y las formalidades (ab solemnitate-ab probationem), según correspondan al acto o tipo contrato del que se trate, según lo establecido en la normativa vigente.

A medida que la tecnología reemplaza la "confianza" por confiabilidad y seguridad durante el proceso de intercambio de objetos de valor, la necesidad de muchos intermediarios se reduce en gran medida, si no se elimina. Esto explica cómo los socios comerciales potenciales ya no necesitan depender de la ayuda externa para hacer negocios. Es en este contexto en que analizaremos los problemas que giran en torno al financiamiento bancario con respaldo de garantía notarial por medios digitales.

Se tratan de dos actos y contratos, relacionados y necesarios ambos para que el prestamista pueda acceder al otorgamiento del préstamo bancario. El contrato de préstamo/mutuo, habitualmente se firma mediante documento privado (la ley no establece una formalidad, dando prevalencia al que conste por escrito), sin embargo, el contrato de Hipoteca se perfecciona por escritura pública otorgada ante notario público.

Esta diferencia de formalidades entre un documento y otro, es relevante ya que si bien la entidad financiera como prestamista pudiera prever mecanismos de firmas que sustituyan la firma física en soporte papel mediante, como pueden ser las firmas electrónicas en ambiente digital u otro medio de contratación no escrito para el contrato de préstamo/mutuo, necesariamente para el caso de la hipoteca deberá acudir a notario público para formalizar el contrato (la hipoteca constituye por escritura pública art. 1098) y suscribir con firma manuscrita el mencionado instrumento público.

Implementación de medios digitales para la formalización de contratos de financiamiento bancario con intervención notarial

I. Antecedentes

1.1 Antecedentes nacionales

Guzmán (2017) en su investigación titulada “*Aportes de la tecnología al notariado y a la seguridad jurídica, 2017*”, afirma que el Estado por medio del notario da respuesta a la seguridad jurídica, esta herramienta que dispone el notariado, afronta como reto las nuevas tecnologías a un auténtico instrumento, es el notario quien garantiza la seguridad jurídica. La autora incide que como servicio público de autenticación tiene a garantizar la seguridad jurídica usando los medios digitales para ejercer su profesión. La autenticidad es una respuesta que causa expectativa a la sociedad que solo puede ser brindada y garantizada por el notario como imparcial y responsable designado por el Estado, esta seguridad, tanto legal como técnica debe estar garantizada por notarios. En el auge tecnológico el soporte no modifica nada sino es ejecutada con los principios notariales adaptados a la realidad peruana.

Acevedo (2017) en su tesis para optar el grado de Magíster en Derecho Bancario y Financiero titulada “*La regulación de la libertad de elección en contratos accesorios de mutuo hipotecario entre el consumidor bancario y la notaria generan ineficiencia al mercado*”, concluye que el hallazgo del estudio es preocupante, parece indicar que los consumidores no están muy informados sobre la los contratos accesorios a suscribir. Así, en las instituciones financieras la información proporcionada sobre la naturaleza y el alcance de las

obligaciones del consumidor es parcial, inexacta o inexistente. Esto confirma la hipótesis según la cual es en el momento de la visita al notario varios consumidores están informados de la naturaleza de la garantía tomada por la entidad financiera, es durante la reunión con el notario que desisten de la firma de la escritura especialmente basadas en las condiciones del mercado hipotecarios que se tornan difíciles en encontrar financiamiento hipotecario. Afirma, que por estos motivos se necesita un mayor control sobre este tipo de garantía. Sin embargo, será necesario agregar una condición adicional según la cual este nuevo consentimiento debe darse de manera específica, distinta y explícita y no simplemente deslizarse, entre una multitud de cláusulas de un contrato al mismo tiempo que el préstamo se encuentre garantizado por contrato de mutuo hipotecario.

1.2. Antecedentes internacionales.

Castillo (2018) en su Tesis para la obtención del título de abogado de los Tribunales y Juzgados titulada “*Propuesta de normativa para regular los procesos notariales usando las tecnologías de la información y comunicación*” propone la aplicación de normativa que contenga la utilización de elementos tecnológicos en las notarías ecuatorianas como complemento o como alternativa de identidad digital segura garantizada por el Estado, definido como tecnologías y transmisión de almacenamiento de información, permitiendo la formación de registros replicados y administrados por los notarios para el bien público y de acceso al ciudadano, permitiéndole utilizar protocolos descentralizados que les otorgue acceso directo a sus datos, así como una visión global de cómo los comparten y reutilizan terceros,

ofreciendo así una red estable y segura sin intervención estatal, pero con una normativa que gestione una base de datos centralizada. El autor considera fundamental el uso de estas tecnológicas por cuanto crearía sistemas de certificación descentralizado sin intermediario, que podría atraer a un público cauteloso o en busca de soluciones muy seguras y autónomas de índole protocolar.

Ixtlapale (2015), en su artículo titulado “El reto de la firma electrónica notarial: su posible uso para autorizar todos los instrumentos notariales”, expresa que muchos notarios de hoy en día ven el reto de la firma electrónica como un requisito legal clave en muchas transacciones comerciales y de consumidores de alto valor que por medio de internet y la tecnología actual pueden ofrecer. Sin embargo, muchos notarios consideran la falta de estándares normativos internacionales que haga esta tecnología eficaz en México. La firma electrónica notarial y los productos y servicios asociados sigue siendo un impedimento importante para en la profesión notarial. Al igual que los procesos tradicionales en papel, la firma electrónica debe cumplir con una serie de requisitos técnicos y legales antes que pueda ser considerada válida y vinculante. Desafortunadamente, el lado negativo sobre esta temática es la ausencia de reconocimiento de tecnología notarial electrónica inadecuada que pondría en peligro la integridad de todo proceso.

II. Bases Teóricas.

2.1 Teoría General de los Contratos Bancarios de Financiamiento de Garantía Hipotecaria

2.1.1 Generalidades de los Contratos.

Realizar una definición del término contrato es muy amplia y conforme a lo señalado por Muro (2016), para la doctrina el concepto de contrato tiene distintas dimensiones, tales como: un acto jurídico, operación económica, reglamento de intereses privado y documento.

Sin embargo, para el presente trabajo nos centraremos en la definición de contrato como acto jurídico¹, por lo que nos remitimos a lo definido en nuestra legislación nacional. En el artículo 1351 del Código Civil² se describe al contrato como un acuerdo de dos o más partes para crear regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.

Bajo esta acepción, y de acuerdo con lo señalado por Torres (2012) se concuerda con la presencia de los siguientes elementos: “(a) Es un acuerdo entre las partes intervinientes, por lo tanto, es un acto consensual; (b) Se lleva a cabo entre dos o más partes intervinientes. Es decir, la presencia de los sujetos intervinientes puede ser bilateral o plurilateral. Ello dependerá del negocio jurídico que desee celebrar; (c) Asimismo, el contrato tiene como efecto el crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial. Por ello, es necesario la presencia de voluntades de los intervinientes para que decidan conforme

¹ Es un hecho jurídico voluntario, siendo importante su exteriorización por la trascendencia en mundo jurídico.

² Aprobado por el Decreto Legislativo N° 295, publicado el 25 de julio de 1984.

a su libre voluntad, sin tener ninguna coacción; (d) La relación jurídica es de naturaleza patrimonial, es decir, tiene una naturaleza económica, en palabras simples, que se pueda valorizar económicamente” (p. 122).

Todos estos elementos deben de concurrir de manera simultánea para que un acto jurídico sea considerado un contrato.

Es importante precisar que en el mundo contractual se presentan múltiples tipos de contratos (contratos típicos³ o atípicos⁴) y cada uno de ellos presentan particulares, los cuales los distinguen de otros. Sin embargo, la definición anteriormente desarrollada es amplia aplicable a todo tipo contrato en general. Por ello concordamos con lo manifestado por Muro (2016) al referir que adicionalmente a los elementos esenciales que todo contrato posee, “también se tiene que considerar los elementos esenciales y particulares de un contrato en específico” (p. 7).

Cabe precisar que, para que un acto jurídico tenga validez⁵ se debe de cumplir los siguientes requisitos, de conformidad con el artículo 140 de nuestro Código Civil: “(a) Los sujetos intervinientes deben de tener plena capacidad⁶ de ejercicio, salvo las restricciones contempladas en la ley; (b) El objeto⁷ tiene que ser física y jurídicamente posible; (c) Su fin debe

³ Son aquellos contratos que tienen un tratamiento específico en el Código Civil.

⁴ Son aquellos contratos que no tienen un tratamiento específico en el Código Civil.

⁵ Entiendo el término validez de los actos jurídicos como requisitos esenciales o necesarios que todo acto jurídico surta efectos frente a terceros.

⁶ El sujeto interviniente debe de contar con aptitud de ejercicio para disponer de sus derechos y bienes.

⁷ Es el contenido propio de la prestación, sea dar, hacer o no hacer.

ser lícito⁸, y finalmente; (d) Se tiene que realizar dentro de la observancia de la forma prescrita⁹, caso contrario estará bajo sanción de nulidad” (p. 5).

Queda claro que, en el ordenamiento jurídico peruano, el soporte basal normativo de la contratación radica en el inciso 14 del artículo 2 de la Constitución Política, en que se reconoce el derecho fundamental a contratar con fines lícitos, el cual se concibe como el acuerdo entre dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial, esto según la definición legal del artículo 1351 del Código Civil; sin embargo, dicho pacto, en tanto manifestación máxima de la autonomía privada, no debe contravenir las leyes de orden público.

Este derecho garantiza: a) Autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir a la contraparte; y b) Autodeterminación para decidir, de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual. Siendo también que, en concordancia con los principios orientadores de la economía social de mercado que rige el sistema económico peruano, la Constitución impone al Estado el deber de actuar en las áreas de promoción de la infraestructura y los servicios públicos, tal cual resulta del artículo 58 de la Constitución; sin embargo, ello no implica que su actuación se lleve a cabo necesariamente de manera directa; de ahí que en el ordenamiento jurídico nacional, existe

⁸ La finalidad debe ser expresa y no debe ser contraria a la ley.

⁹ Se hace referencia a la formalidad en la que se expresa la voluntad.

todo un conglomerado de normas destinadas a regular la participación de los sectores público y privado en estos ámbitos.

Entonces, podríamos decir que la finalidad del contrato es el cumplimiento de determinada prestación de dar, hacer o no hacer, la misma que debe ser cumplida por la parte deudora, caso contrario se autoriza al acreedor a tomar las medidas legales pertinentes (artículo 1219.1 CC. Pero, pese a estas evidentes directrices sobre obligatoriedad del contrato, esto es muy distinto en la práctica porque un gran número de contratos finalmente serán incumplidos o lo serán de forma parcial, tardía o defectuosa (que en todos los tres supuestos se traduce en incumplimiento). Y ello se podría deber a tres razones: por culpa del acreedor, por culpa del deudor o finalmente por causa no imputable a ninguna de las partes. Es importante precisar que nuestro Código Civil parte de la premisa de que este incumplimiento se debe a causa imputable al deudor, imponiéndole la carga de probar lo contrario conforme lo señala el artículo 1139. Dicho artículo recoge la figura de la teoría del riesgo y nos brinda salidas cuando el incumplimiento se deba a causa imputable al acreedor o deudor; también lo es que, para los fines de este trabajo, únicamente me ocuparé de reseñar la postura que adopta el Código cuando este incumplimiento se origine por causa no imputable a ninguna de las partes.

2.1.2 Contratos Bancarios de Mutuo con Garantía Hipotecaria.

El sistema financiero en el Perú oferta diversos productos bancarios,

entre los que se encuentran los productos de activo, que representan una opción importante de financiamiento para el sector empresarial. Sin duda, la contratación bancaria en los últimos años ha permitido que muchas empresas puedan crecer gracias al acceso de diversos “productos”.

De acuerdo con lo descrito anteriormente sobre la definición de contrato y conforme a lo señalado por Rodríguez (1995) se puede manifestar que los contratos bancarios: “Son acuerdos que se dan entre una empresa bancaria y sus clientes cuyo objeto es regular, modificar o extinguir las obligaciones patrimoniales que nacen de las operaciones propias de su objeto social.” (p. 2). Naciendo de esta manera derecho y obligaciones para las partes intervinientes, es decir de la empresa bancaria hacia los clientes, y viceversa.

Es así, que dentro de los contratos bancarios (de manera enunciativa) se tiene al contrato de cuenta bancaria, contrato de emisión de bonos, contrato de depósito de ahorros, contrato de mutuo bancario, contrato de descuento, contrato de fidecomiso, contrato de tarjeta de crédito, contratos de créditos hipotecarios, contratos de joint venture o riesgos compartidos, contratos de underwriting, contratos de franchising, contratos de factoring, contratos de Leasing, entre otros.

2.1.2.1 Definición.

El artículo 1648 del Código Civil define al mutuo como aquella

relación en la cual *el* “mutuante se obliga a entregar al mutuuario una determinada cantidad de dinero o de bienes consumibles, a cambio de que se le devuelvan otros de la misma especie, calidad o cantidad”.

Por ende, dentro de mundo bancario, el contrato de mutuo bancario o comúnmente llamado de préstamo bancario es un contrato de crédito, en el cual la empresa bancaria otorga una cantidad determinada de dinero a un cliente en específico, luego de haber pasado por los filtros de su capacidad crediticia. Para lo cual, el banco se obliga a transfiere una cantidad de dinero a favor de su cliente, y este, se compromete a devolverle en un plazo establecido, más el pago de una tasa de interés por el tiempo transcurrido. Por lo tanto, estamos frente a prestaciones reciprocas de derechos y obligaciones entre las partes (Castillo M. , 2002).

2.1.2.2 Sujetos intervinientes.

Existe una relación bilateral de sujetos intervinientes, siendo estos: “Por un lado, se tiene, al mutuante: Personificado por la empresa bancaria, quien es que otorgar el préstamo de dinero al cliente, previa calificación crediticia y cumplimiento de condiciones establecidas; y por otro lado, al mutuuario: quien es el cliente, que puede ser una persona natural o jurídica”¹⁰.

¹⁰ Se entiende por personas jurídicas a los entes colectivos a las que la ley atribuye la capacidad de ejercer sus derechos y el de soportar sus obligaciones.

2.1.2.3 Obligaciones y derecho de los sujetos.

El mutuante:

Obligación

- Realizar el desembolso (transferencia) del dinero ofrecido a favor del mutuario.

Derecho

- Recibir por parte del mutuario el pago del importe entregado más lo interés acordados, dentro del plazo establecido.

El mutuario:

Obligación

- Pago de los intereses compensatorio o moratorio¹¹ convenidos a favor del mutuante. Es importante señalar que la tasa máxima del interés compensatorio o moratorio son establecidas por la tasa de interés legal¹².
- Devolver el dinero recibido por parte del mutuante en el monto y moneda acordado.
- Realizar el pago en el plazo acordado.
- Realizar el pago en el lugar establecido.

¹¹ De acuerdo con el artículo 1242 del Código Civil, existen dos tipos de intereses: el compensatorio y el moratorio. Siendo el interés compensatorio aquel que se constituye por la contraprestación por el uso del dinero o de otro bien en el tiempo. Mientras que el interés moratorio, es aquel interés que tiene como finalidad indemnizar la mora en el pago.

¹² De conformidad con el artículo 1244 del Código Civil la tasa de interés legal es establecida por el Banco Central de Reserva del Perú.

- Asumir los gastos que los pagos puedan generar.

Derecho

- Recibir el desembolso (transferencia) del dinero ofrecido por el mutuante.

No es ningún secreto cierta tendencia, muy arraigada, que apunta hacia la protección de la actividad bancaria, argumentando que es socialmente “útil” en aras de limitar su responsabilidad, tampoco lo es la “autodefensa” que esgrime el sistema bancario, haciendo uso de su propio y asimétrico poder contractual para imponer al cliente, contratante débil, cláusulas de transferencia del riesgo y de exoneración de responsabilidad que colocan al banco a buen recaudo ante eventuales acciones de resarcimiento (Alpa, 2006, pág. 927)

En este orden de ideas, tanto a nivel de la doctrina como de la jurisprudencia se ha sostenido, defendido e intentado limitar la responsabilidad civil de los bancos mediante dos técnicas de argumentación (Alpa, 2006, pág. 945):

- a) La asociación de la responsabilidad con la llamada “función bancaria”;
- b) La preferencia por la imputación de la

responsabilidad sobre la base de la culpa en lugar de apelar al riesgo de la empresa.

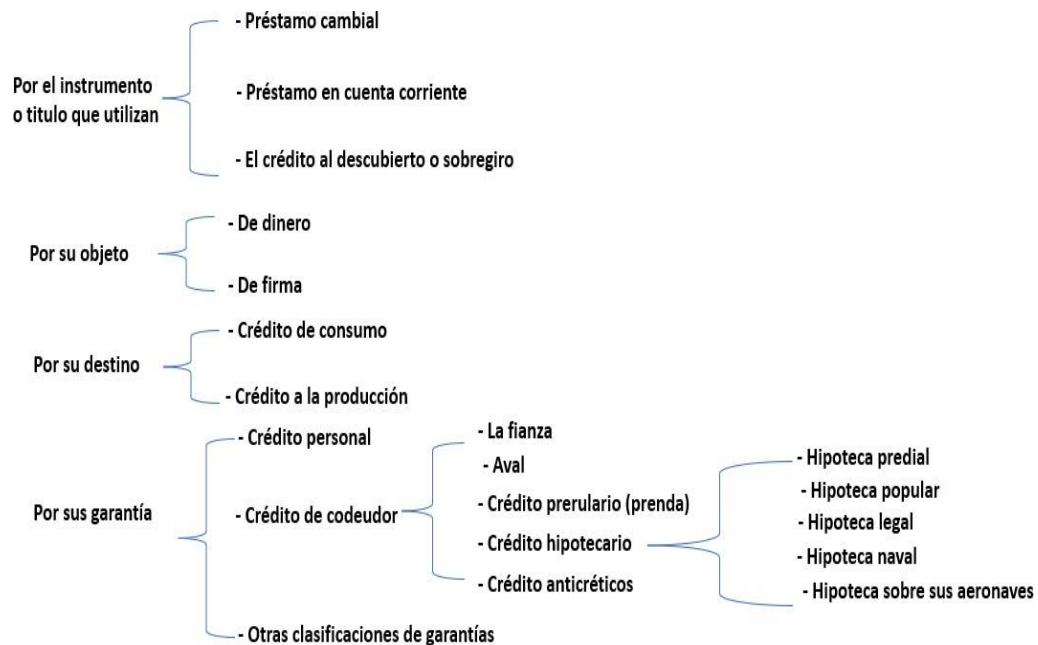
En el primer caso, la noción de la llamada “función bancaria” se funda en dos aspectos que concurren: una que se relaciona con la concepción del ordenamiento bancario como un ordenamiento seccional, regido por reglas sistemáticas internas, a cuyo tenor, la actividad económica de esta particular persona jurídica apunta, no solo a la realización de intereses privados, sino también de intereses públicos, como es el crédito (Alpa, 2006, pág. 245).

En otras palabras, lo que se sostiene es la idea de que la estabilidad del sistema crediticio supuestamente no debe ser afectada para dar atención o satisfacer intereses privados que han sido dañados, lo que justificaría sacrificarlos para no incidir negativamente en la estabilidad del banco, porque de lo contrario supuestamente se provocaría un resultado excesivamente dañoso al afectar intereses colectivos, es decir, los de todos los ahorristas.

2.1.2.4 Clases de Contrato de mutuo.

Dentro del universo de contratos de mutuo, conforme a lo

establecido por Rodríguez (1994, p. 2) existen varias clases de contratos de préstamo, los mismos que se dividen en:



Cabe precisar que para el presente trabajo es relevante conocer los contratos de préstamos con garantía hipotecaria, siendo por ello necesario establecer que se entiende por garantía. Se puede definir a la garantía, de manera general, como aquel mecanismo jurídico sobre el cual se busca asegurar el cumplimiento de una obligación acordada.

Tal y como señala Varsi (2020) que: “afirma que la garantía asegura el cumplimiento de una obligación brindando seguridad al acreedor” (p. 11).

Mientras que para Canelo (2012) define las garantías como

“instrumentos que aseguran al acreedor al respectivo pago de su deuda, además, de permitir al deudor el acceso al crédito” (p. 2).

Asimismo, Varsi (2020) precisa que:

“Garantizar significa asegurar el cumplimiento de una obligación, de lo que desprende dos observaciones: (i) no es indispensable, pues hay muchas obligaciones que no son respaldadas por una garantía específica; y (ii) es un derecho accesorio a uno principal, puesto que lo principal es la obligación y la garantía solo existe para asegurar el cumplimiento de esta” (p. 11).

Por otro lado, se tiene a la figura jurídica de la hipoteca, la cual se encuentra regulada en nuestro Código Civil, en Título III¹³. En el artículo 1097 del Código Civil se precisa que la “hipoteca afecta a un inmueble en garantía del cumplimiento de cualquier obligación, propia o de un tercero. La garantía no determina la desposesión y otorga al acreedor los derechos de persecución, preferencia y venta judicial del bien hipotecado.”

Este tipo de contratos debe de cumplir cierta formalidad como constituirlos por escritura pública. Asimismo, es necesario que una hipoteca cumpla con ciertos requisitos para ser considerada válida, los cuales son:

¹³ Se encuentra regulado desde el artículo 1097 al 1121 del Código Civil.

- Que afecte el bien el propietario o quien esté autorizado para ese efecto conforme a ley.
- Que asegure el cumplimiento de una obligación determinada o determinable.
- Que el gravamen sea de cantidad determinada o determinable y se inscriba en el Registro de la Propiedad Inmueble de SUNARP.

Un aspecto esencial, que no se puede dejar de precisar, es con referente al carácter inmobiliario de la hipoteca, es decir la hipoteca recae sobre bienes inmuebles específicos.

Por consiguiente, un contrato de préstamo con garantía hipotecaria es aquella figura por el cual una entidad bancaria se obliga a entregar cierta cantidad de dinero a su cliente a cambio de la devolución del dinero (capital más los intereses acordados) en un determinado plazo y lugar, para lo cual el cliente establecerá una garantía hipotecaria a favor de la entidad bancaria, cuya finalidad es asegurar que el cliente cumpla con su obligación principal de devolución del dinero más los interés pactados.

2.1.3 El Pagaré como Título Valor representativo de deuda.

De acuerdo lo definido por Torres (2016), “Los títulos valores son aquellos instrumentos que permiten agilizar el tráfico comercial,

materializados en documentos que representan o incorporan derechos patrimoniales, que están destinados a la circulación y reúnen los requisitos formales exigidos por la ley” (p. 9).

En nuestra legislación nacional se cuenta con la Ley de Títulos Valores¹⁴, la cual regula los distintos títulos valores, siendo uno de ellos el pagaré, que a su vez puede ser bancario.

El pagaré, de manera general, se encuentra regulado en los artículos 158 al 162 de la Ley de Títulos Valores, mientras que al pagaré bancario se encuentra regulado en el artículo 273 del mismo cuerpo normativo.

Conforme a lo señalado por Torres (2016): “el pagaré es el título valor utilizado frecuentemente en las operaciones de crédito, en la cual una persona (denominada emitente o librador), se obliga a pagar a otra (tomador o beneficiario) una cantidad de dinero en una o unas fechas determinadas. A diferencia de la letra de cambio, es el emitente del pagaré quien asume la condición del obligado principal, es decir quien debe de pagar el importe al tomador” (p. 99).

Asimismo, conforme a lo establecido en el artículo 158° de la Ley de Títulos Valores es esencial que el pagaré tenga el siguiente contenido: “(a) La denominación de Pagaré; (b) La indicación del lugar y fecha de su emisión; (c) La promesa incondicional de pagar una cantidad

¹⁴ Ley 27287, Ley de Títulos Valores, promulgada el 17 de junio del 2000.

determinada de dinero o una cantidad determinable de éste, conforme a los sistemas de actualización o reajuste de capital legalmente admitidos; (d) El nombre de la persona a quien o a la orden de quien debe hacerse el pago; (e) La indicación de su vencimiento único o de los vencimientos parciales en los casos señalados en el siguiente párrafo; (f) La indicación del lugar de pago y/o, en los casos previstos por el artículo 53, la forma como ha de efectuarse éste; (g) El nombre, el número del documento oficial de identidad y la firma del emitente, quien tiene la calidad de obligado principal.” (p. 27).

En las operaciones de mutuo bancario, adicional a la garantía hipotecaria se solicita a los clientes que firmen un pagaré, en el cual el girador (el cliente) se obliga frente al tenedor (entidad bancaria), a que esta última pueda exigir la prestación contenida en dicho título valor. Es usual que adicionalmente al emitente, se solicite la presencia de uno o más garantes - que puede ser cualquier persona menos el emitente- y tal como su nombre señala, garantice de manera parcial o total el pago del pagaré. Por lo tanto, el pagaré resulta ser un título valor que representa una deuda, que se utiliza a fin de beneficiarse de ser utilizado en un proceso judicial ejecutivo, que a diferencia de otros procesos judiciales es en un plazo menor.

2.1.4 Procedimiento Operativo de la Formalización del Financiamiento de Mutuo con Garantía Hipotecaria.

Aprobación comercial de otorgamiento de préstamo

El procedimiento operativo se inicia con la solicitud de crédito por parte del cliente a la entidad bancaria, y luego de haber pasado los filtros de aprobación del crédito, conforme a las políticas de otorgamiento de crédito de cada banco. Para el caso en concreto se precisa que el contrato de préstamo con garantía hipotecaria. Por lo tanto, se pasa a los siguientes escenarios que se dan de manera paralela, con la finalidad de agilizar la operación de préstamo.

Negociación de las condiciones y suscripción del contrato de préstamo

El cliente y la entidad bancaria negociación las cláusulas del contrato de préstamo y una vez que estén de acuerdo, firman el contrato de mutuo. La entidad bancaria realiza de manera interna la validación de los poderes y/o de las firmas de los clientes, para ello verifican si la persona que suscribe el contrato, en caso sea una persona jurídica tienes los poderes suficientes para ello. Por lo que, dentro del sistema de registro de firmas de la entidad bancaria, verifican si la firma suscrita en el contrato de mutuo es igual a la firma que tienen registrado en su sistema.

Suscripción del pagaré

Luego de acordar las condiciones del contrato de préstamo, el cliente suscribe a favor de la entidad bancaria el pagaré convenido por las partes. El cual es un formato que va detrás del contrato de préstamo. Al igual que el contrato de préstamo pasa por una evaluación de

verificación de firmas y poderes.

Suscripción de la minuta y escritura pública del contrato de garantía

De manera paralela, la entidad bancaria realiza el estudio de títulos del bien objeto en garantía. Para ello, a solicitud del banco, el cliente entrega la documentación requerida.

Usualmente, la entidad bancaria terceriza (a un staff de abogados) el estudio de los títulos a fin de agilizar el procedimiento y así, dicha función sea realizada por personal calificado obteniendo seguridad operativa y jurídica en la tarea encomendada.

Luego que el staff de abogados tercerizado emita un informe señalando que no hay observación al estudio de títulos, se elabora una minuta de garantía.

Al ser una garantía hipotecaria esta debe ser constituida por escritura pública, por ello se envía la versión final de la minuta al cliente para que luego de su aprobación y en coordinación con la notaría (en la cual se realizará la escritura pública) para las tomas de firmas correspondiente. Es aquí donde se desarrolla el principal problema, ya que la toma de firma se tiene que hacer de manera presencial, lo cual demanda tiempo y dinero, al ser varios sujetos (representantes del cliente y de la entidad bancaria) los que participan en esta operación.

Ocasionando trabas para el desarrollo de la operación. Siendo un claro ejemplo lo desencadenado dentro del periodo de confinamiento que se realizó por la pandemia del COVID-19, donde no se pudo suscribir la escritura pública de los contratos de garantías hipotecarias.

Luego de las tomas de firmas de la escritura pública de constitución de garantía se inscribe la garantía hipotecaria en los Registros Públicos.

Desembolso del dinero objeto contrato de mutuo

Con la firma de minuta/escritura del contrato de garantía hipotecaria y anotación del bloqueo registral en registros públicos se desembolsa el dinero a favor del cliente.

2.2 La función notarial

Cuando hablamos de función notarial, nos referimos a la actividad que recae sobre el notario público, respecto de aquellos actos de carácter públicos que requieren de su intervención, para efectos de generar legitimidad de los mismos y seguridad jurídica a favor las partes intervinientes.

2.2.1 Definición de notario.

Es importante partir del concepto de notario, ya que podremos identificar cual son sus funciones como autoridad.

En el Perú, la regulación de la función notarial al inicio de la República,

luego de la independencia, siguió siendo regida por las normas propias de la Colonia hasta la promulgación del Código Civil y el Código de Enjuiciamientos en Materia Civil del 29 de julio de 1852. Este Código regulaba la función de los escribanos y la forma en que debían extenderse las escrituras públicas; sin embargo, dichas normas hacían referencia a la fe de capacidad, libertad y conocimiento con que deben obrar los otorgantes, mas no a la fe de conocimiento (Becerra, 2015. pp. 78-80).

Es con la Ley N° 1510, Ley del Notariado, que se regula de manera específica la función del notario y con ello el cambio de denominación de escribano público a notario, sin el calificativo de público. Dicha norma, promulgada el 15 de diciembre de 1911, es la que introduce en su articulado la fe de conocimiento que debe expresar el notario respecto de los otorgantes del instrumento público, en razón de la relación de cercanía del notario con los miembros de su comunidad sobre la base del trato o fama y por la declaración de los testigos instrumentales que actuaban como testigos de conocimiento para reforzar la declaración del notario.

La Ley N° 1510 tuvo ochenta años de vigencia y resultaba imposible que el notario pudiera dar fe de conocer a los miles y millones de habitantes de las ciudades y de la capital de la república, respectivamente, por lo que al entrar en vigencia el Decreto Ley N° 26002 se introduce, en su artículo 55, en forma alternativa a la fe de

conocimiento, la fe de identificación, siendo esta forma la más utilizada en la función notarial desde esa fecha, básicamente por la responsabilidad que asume el notario en los casos de suplantación de identidad de los otorgantes.

Por ello, de acuerdo al Texto Único Ordenado del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1049, Decreto Legislativo del Notariado, señala en su artículo 4 lo siguiente, respecto de la definición del notario como: “El profesional del derecho encargado por delegación del Estado de una función pública consistente en recibir y dar forma a la voluntad de las partes, redacta los instrumentos adecuados a ese fin, les confiere autenticidad, conserva los originales y expide traslados que dan fe de su contenido. Su función también comprende la comprobación de hechos y la tramitación de asuntos no contenciosos previstos en las leyes de la materia” (p. 2).

De acuerdo a lo mencionado precedentemente, también se puede concluir que el notario desempeña un rol importante, ya que es quien se encarga de dar fe de aquellos actos y documentos que se pongan a su disposición para poder generar legitimidad y autenticidad sobre ellos.

Asimismo, dentro de sus funciones podremos encontrar las mencionadas en el artículo 2 de la Ley del Notariado, aprobado por el Decreto Legislativo N° 1049, el cual señala lo siguiente:

“El notariado de la República se integra por los notarios con las funciones, atribuciones y obligaciones que la presente ley y su reglamento señalan. Las autoridades deberán prestar las facilidades y garantías para el cumplimiento de la función notarial.”¹⁵.

Por otro lado, cabe mencionar que, en el último párrafo del artículo 4 del Reglamento de la Ley del notariado, el cual señala que “el notario no es funcionario público para ningún efecto legal¹⁶” esta precisión no es del todo cierta, ya que el notario, por las funciones que ejerce, de naturaleza pública, se encuentra relacionada al ámbito administrativo, ejerciendo conforme lo señalada el artículo 144 de la Ley del notariado, responsabilidad administrativa durante el ejercicio de sus funciones.

2.2.2 Definición de fe pública notarial.

En nuestra realidad nacional es conocido que la función notarial es una pieza importante en el desarrollo de la economía, sobre todo en el dinamismo de esta. Ya sea en el flujo de las transferencias de bienes, tanto de muebles o inmuebles, o para dar fe de la validez de cualquier acto jurídico.

Conforme explicamos en el numeral anterior, el notario cumple la función de dar fe de aquellos actos y documentos que son puestos a su disposición; sin embargo, existen ciertos protocolos que se deben cumplir para que el notario de cumplimiento de ello, por ello, estamos de acuerdo con la definición dada por Meneses (2018), quien señala que:

¹⁵ Decreto Legislativo del Notariado 1049. Diario Oficial El Peruano, Lima, 25 de junio del 2008.

¹⁶ Decreto Supremo N° 10-2010-JUS. Diario Oficial El Peruano, Lima, 27 de julio del 2010.

“La fe pública que brindan los notarios conforme al Decreto Legislativo N° 1049, que establece al Notario como profesional del derecho que está autorizado para dar fe de los actos y contratos que ante él se celebren” (p. 48).

Esta denominación de la ley sirve instrumento auténtico a la fe pública como forma escrita calificada regulada a nivel nacional. El Decreto Legislativo N° 1049 establece los principios y determina qué actos deben autenticarse. El notario está sujeto al secreto profesional y la más estricta confidencialidad, además estos documentos redactados generalmente se conservan en la notaría.

Asimismo, consideramos asertiva la definición general de fe pública explicada por Chaname (2016), ya que precisa que es: “La fe pública significa que el notario ejerce una función al ciudadano, delegada por el Estado” (p. 389).

Adicionalmente, (Ixtlapale, 2015) define a la fe pública notarial como: "Los notarios son funcionarios públicos constituidos en recibir todo acto y/o contratos que las partes deban o quieran dar carácter de autenticidad adscrito a los actos de poder público" (p. 304).

Finalmente, la RAE define a la fe pública notarial como “la facultad de los notarios para autenticar documentos otorgándoles especial eficacia jurídica”¹⁷.

¹⁷ Real Academia Española (RAE).

2.2.3 La función notarial y el uso de nuevas tecnologías.

Con el transcurso del tiempo y debido a los avances tecnológicos que se vienen dando, de lo cual la función notarial no es ajena en su aplicación, ya que de acuerdo al artículo 24 de la Ley del Notariado (aprobado por Decreto Legislativo N° 1049), en su segundo párrafo que señala lo siguiente sobre el uso de nuevas tecnologías en el ámbito notarial: “asimismo, producen fe aquellos que autoriza el notario utilizando la tecnología de firmas y certificados digitales de acuerdo a la ley de la materia” (p. 2)¹⁸.

En efecto, consideramos que el rol del notario con el uso de las nuevas tecnologías debe incentivarse, de tal manera que esto genere dinamismo con la participación de las partes, así como en beneficio de la humanidad en cuanto al cuidado del medio ambiente, salud, entre otros factores, esto, siempre y cuando se preserve la seguridad jurídica en la realización de los actos que se den a través de estos nuevos medios tecnológicos.

Por otro lado, Falbo (2019), señala lo siguiente sobre el uso de nuevas tecnologías en el ámbito notarial:

“El notario se encuentra, como cualquier actor económico, ante el desafío de las tecnologías de la información y las comunicaciones. Brindar el mejor servicio, de la manera más rápida y eficiente posible, requiere herramientas efectivas y eficientes. La profesión notarial no ha escapado a este desarrollo y las herramientas informáticas son ahora el día a día de los despachos notariales, permitiendo así un aumento de la productividad y una calidad de

¹⁸ Decreto Legislativo 1049. Diario Oficial El Peruano, Lima, 25 de junio del 2008.

servicio aún lo más sólida posible. Por tanto, el tratamiento de datos debe ser ahora la herramienta de trabajo habitual del notario y sus colaboradores.” (p. 269).

Asimismo, es preciso mencionar que, en la actualidad el uso de nuevas tecnologías es un tema polémico, debido a lo expresado por Rodríguez (2016), el cual señala lo siguiente:

“A diferencia de muchas otras actividades, la informatización de la profesión notarial solo puede realizarse respetando las obligaciones derivadas de la condición de notario: confidencialidad, seguridad, etc., sin embargo, muy a menudo en el campo de las tecnologías de información y comunicación, la velocidad triunfa sobre la confidencialidad y la seguridad. Debido a que los notarios son funcionarios públicos, sus reglas relativa a sus funciones se deben fijar mediante regulaciones que especifiquen que procedimientos deban llevarse en forma digitalizada que pueda garantizar el cumplimiento de las funciones notariales y facilitar la fe pública del profesional.”(p. 233).

Sin embargo, con la implementación del uso de estas nuevas medidas tecnológicas, como por ejemplo el uso de las firmas y certificados digitales, Guzmán (2017), señala lo siguiente:

“Respecto al sistema de intermediación digital, según Ley N° 27269 autoriza la ley de firmas y certificados digitales en el Perú que implica a estas firmas digitales como un subconjunto de datos electrónicos que cumplen con criterios específicos, un tipo especial de firma electrónica que brinda seguridad adicional” (pág. 153.).

Finalmente, concluimos que así como otras instituciones como por ejemplo la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos-SUNARP, ya vienen aplicando el uso de estas nuevas tecnologías, como el funcionamiento de un método muy importante y novedoso como la plataforma de servicios conocida como “Sistema de Intermediación Digital” (SID-Sunarp), siendo muy valiosa y fundamental para efectuar el parte notarial de manera virtual, “firmado digitalmente por el mismo y de esta manera siendo más beneficiosas y con grandes resultados para los usuarios en agilizar los trámites que van a ser celebrados ante el notario” (Acevedo, 2017), debería ser usada también por el notario público en ciertos actos.

2.2.4 Formalización de la escritura pública como instrumento protocolar notarial.

Para poder llevar a cabo un acto protocolar, como es la elevación de la escritura pública, se debe previamente cumplir con ciertos requisitos de formalidad, debiendo realizarse la celebración de la minuta correspondiente, conforme lo señala Cornejo (2017): *“la minuta es parte primordial de la escritura pública dado que en ella consta la manifestación de voluntades de los comparecientes, la cual debe estar suscrita por abogado para luego ser insertada de forma literal”* (p. 28).

Dentro de esas formalidades, estamos de acuerdo con lo señalado por (Cornejo, 2017), que menciona lo siguiente sobre los requisitos para la formalidad de instrumentos públicos notariales:

“Los requisitos para la formalidad de los actos públicos notariales se encuentran en Decreto Legislativo N° 1049 (artículos 23), cuya escritura está redactada en un solo original denominado "minuta" y conservada por el notario que a partir de esta acta, el representante notarial elabora copias auténticas de los actos que entrega a las partes” (p. 39).

Estos actos protocolares producen los siguientes efectos:

- **Fecha determinada:** el documento público es prueba completa de su fecha, lo que simplifica el documento.
- **Fuerza probatoria:** el acto autentico es prueba de su contenido, respecto de los elementos anotados y comprobados por el notario. La prueba en contrario sólo puede presentarse mediante un procedimiento complejo, equivalente al de impugnar una decisión judicial ante un juez.
- **Exigibilidad:** cuando el deudor no cumple con sus obligaciones pecuniarias, el documento público evita la acreedor tener que obtener una sentencia, si quiere demandarlo en pago de su deuda, esencial para el acto acuerdo privado.

Una vez cumplido con las formalidades previas, el notario dará fe de ello, otorgando la escritura pública que, conforme lo señala Etchegaray (2019): “su formalismo preserva la libertad individual. Su eficacia asegura la protección de los intereses económicos. Su transparencia permite que el Estado esté informado.” (p. 83).

Para el procedimiento para la elaboración de una escritura pública. Mallqui (2015), manifiesta que:

“(1) Se da inicio con la solicitud oral o escrita del otorgamiento de escritura pública, acompañada de la minuta según corresponda; (2) Luego se procede a la calificación notarial, lo que permite la verificación de los requisitos para su recepción; (3) El notario proceda a la identificación de los otorgantes, dando fe de ello; (4) Se realiza la formalización de la voluntad de los contratantes elaborando el proyecto de la escritura, que debe contener la introducción, el cuerpo y la conclusión. (5) Extensión de la escritura en el registro correspondiente; (6) Lectura del instrumento, toma de firmas e impresiones dactilares del otorgante y autorización por el notario; (7) Ingreso en el índice cronológico y alfabético; (8) Expedición de traslados de los instrumentos (testimonios, partes); (9) Presentación del parte a los registros públicos. Seguimiento del título hasta obtener la inscripción; (10) Entrega del testimonio al solicitante; (11) Archivo notarial de la escritura pública en el registro” (p. 154).

2.2.5 Legislación comparada por el uso de medios tecnológicos en actos notariales.

El uso de medios tecnológicos en actos notariales hoy en día es de aplicación en diversos países; sin embargo, existen limitaciones en cuanto a su aplicación debido a que algunos notarios consideran que no generan seguridad jurídica.

Por ello, consideramos pertinente, mencionar como el uso de medios tecnológicos en actos notariales se ha venido aplicado en otros países, siendo así que, Santizo (2015), indica para el ámbito notarial en Guatemala:

“Actualmente en el país de Guatemala existe una Ley llamada “Ley para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firma Electrónica”, principalmente nos señala a la declaración o celebración de voluntades, en la cual la persona se propone conseguir un resultado jurídico, que el ordenamiento jurídico investiga y resguarda. Cabe señalar que la mayor cantidad de notarios tienen idea sobre la utilización de los avances de la tecnología a través del Internet, u otros medios de comunicación; y no se han quedado en los tiempos de usos antiguos como herramientas de escribir” (p. 264).

Por otro lado, Rodríguez (2011) menciona sobre el uso de nuevas tecnologías para el ámbito notarial en Italia, lo siguiente:

“Ley Italiana de Firma Digital el de 1998, establece el reconocimiento de los documentos digitales y de la firma digital, así como la validez del documento informático sin firma digital; el documento informático con la firma digital; los certificadores; los certificados; autenticación de la firma digital; el “cybernotary”; los actos públicos notariales; la validación temporal; la caducidad, revocación y suspensión de las claves; la firma digital falsa; la duplicidad, copia y extractos del documento; y la transmisión del documento. Está basada esta normativa en soluciones extranjeras y supranacionales” (p. 185).

Brancós (2020) menciona lo siguiente sobre el uso de la firma electrónica en

actos que requieren escritura pública en España:

“En España, dos años más tarde, el 1 de enero de 2002, entró en vigor una importante reforma de la Ley del Notariado para implantar el instrumento público electrónico bajo un principio básico: la técnica debe servir a la esencia jurídica del documento público y no al revés. El soporte electrónico no supone negación del valor de instrumento público. El documento notarial en soporte electrónico goza de fe pública, al igual que el soporte papel. La técnica de firma electrónica no altera la esencia del documento. El notario debe identificar, dar fe de conocimiento, juzgar la capacidad y legitimación, informar el consentimiento y controlar la legalidad” (p. 14).

2.2.6 Problemática con otros países en la seguridad jurídica con el uso de métodos tecnológicos en el ámbito notarial

Conforme a lo señalado precedentemente, el uso de métodos tecnológicos en el ámbito notarial es un tema polémico. El panorama principal al que asiste la garantía de la tutela jurisdiccional electrónica toma como punto de partida o de remisión principal al principio de comunicación, es decir, a la conjunción normativo-estructural del derecho a comunicarse, que es traducción de la libertad en la interacción social del individuo, con la garantía del respeto (obrar negativo estatal) a la comunicación libre de los ciudadanos; sin embargo, no se debe olvidar que este derecho a más de tener una manifestación horizontal, que es precisamente la referida, tiene otra vertical, que implica la comunicación en la interacción del ciudadano con el poder estatal.

En este último aspecto, en la sociedad de la información, el derecho a comunicarse con el Estado se configura como derecho de acceso a la administración electrónica pública, siendo la garantía que lo posibilita una ineludible atención y respuesta del Estado (obrar positivo estatal) al ciudadano, entendida como administración pública electrónica, es decir, no solo como gobierno electrónico, sino como garantía del gobierno electrónico.

Siendo así, en la vinculación vertical ciudadano-Estado, que implica el servicio de impartición de justicia, el derecho al uso de tecnología que se traduce por su fundamento en el derecho a comunicarse electrónicamente con el Estado o, mejor, a litigar tecnológicamente o, mejor todavía, a litigar electrónicamente asegura su efectividad con la garantía de justicia ágil y tecnológicamente avanzada, mejor entendida como tutela jurisdiccional electrónica, que no es sino la manifestación conjunta de las garantías de la tutela jurisdiccional y del gobierno electrónico en el servicio de justicia pública.

Se advierte que la garantía fundamental de la tutela jurisdiccional electrónica es un sub contenido principal que discurre en el ámbito fundamental del Derecho y que se irradia en él con un contenido principal de eficiencia o técnico, conformado por las garantías de disponibilidad electrónica (porque su producción y su funcionalidad es a través de dispositivos y procedimientos electrónicos, flujos inmateriales o soportes digitales).

Conectividad (amplio enlazamiento funcional reticular o en red abierta, permanente e interoperabilizable); intermedialidad (la interacción es una sola

con la intervención de todos los sujetos que la ley permite, por tanto, se propicia la conjunción, la interacción y la contaminación recíproca entre los medios electrónicos empleados); hiperrealidad (datos electrónicos de imagen y audio en tiempo real y de memoria electrónica, la grabación de audiencias, videoconferencias, entre otros, que fortalecen la oralidad en el proceso); instantaneidad (los tiempos del proceso se optimizan de diversas maneras, verbigracia, disponibilidad absoluta o permanente y continua del proceso, es decir, de veinticuatro horas al día, contactos en tiempo real, transacciones automáticas como pagos en línea, entre otros); y desterritorialización (no existen limitaciones geográficas de la efectividad de las actuaciones judiciales). Seguramente se identifican e identificarán más garantías, más aun atendiendo a las bondades de las cada vez más nuevas TIC en el proceso.

2.3 La firma electrónica

2.3.1 Definición

Se define comúnmente como “un mecanismo que asegura la integridad del documento electrónico por medio de firma que autentica a su autor por analogía con la firma manuscrita de un documento en papel. Tiene el mismo valor legal que una firma manuscrita, diferenciándose de la firma escrita que no es visual sino que corresponde a una secuencia de caracteres contraria a la firma digital (dibujada por el firmante o la inserción de una imagen) o firma escaneada que no tienen la misma fuerza probatoria, no permitiendo acreditar el consentimiento” (Falbo, 2019). Esto es aplicable según la definición consagrada en el Decreto Supremo N° 052-2008-PCM (Reglamento de la Ley de Firmas y Certificados Digitales) que expresa a “la firma electrónica simple

como un dato de anexo a otros datos electrónicos o asociado de manera lógica con ellos, que utiliza un firmante para firmar” (Guzmán, 2017).

Como veremos a continuación, dado que la firma electrónica es el género dentro de las que se encuentran modalidades de ésta, nos parece acertada la definición genérica de la firma electrónica prescrita en la Ley de Certificados y Firmas Digitales.

2.3.2 Modalidades

De acuerdo al Decreto Supremo N° 052-2008-PCM, Reglamento de la Ley de Firmas y Certificados Digitales, se reconocen las siguientes modalidades de firmas electrónicas:

La firma electrónica simple: Dato en formato electrónico que se adjuntan o se asocian lógicamente con otros datos electrónicos en formato electrónico y que el firmante utiliza para firmar.

La firma electrónica avanzada: Es la firma electrónica que cumple los requisitos establecidos por ley siendo los siguientes: “(a) está asociada al firmante de manera inequívoca; (b) permite se identifique al firmante; (c) son creados utilizando datos de creación de firma electrónica que el firmante puede con un alto nivel de confianza utilizar exclusivamente bajo su control; y (d) está vinculado a datos asociados a esta firma para que cualquier modificación posterior de estas sea detectable.”

La firma electrónica cualificada o firma digital: Una firma electrónica avanzada que se crea utilizando un dispositivo de creación de firma electrónica calificado y que se basa en un certificado de firma electrónica calificado. Este tipo de firma ofrece mayor nivel de seguridad, sin embargo su uso es más restrictivo. De hecho, el firmante debe tener un certificado de firma electrónica calificado para poder firmar lo que requiere haber firmado y certificada la firma previamente. En la práctica, significa que para la firma, la identidad debe ser verificada previamente cara a cara (física o virtual) por autoridad de certificación, después se le entregará un certificado cualificado en un dispositivo seguro de creación de firma electrónica (tarjeta inteligente, llave USB, etc.) que le permitirá firmar. Esta complejidad operativa convierte una opción recomendada para usuarios que necesiten firmar contratos con personas ajenas a su organización.

Esta evidencia radica en el hecho de que el certificado de firma electrónica es emitido por autoridad de certificación que también es un tercero de confianza. Este último se compromete en cuanto a la identidad del titular del certificado electrónico, efectivamente, realiza numerosos controles sobre la existencia de la persona jurídica.

2.3.3 El certificado digital

Según establece la Ley N° 26497, Ley de Firmas y Certificados Digitales en su artículo 6: “el certificado digital es el documento electrónico generado y firmado digitalmente por una entidad de certificación, la cual vincula un par de

claves con una persona determinada confirmando su identidad” (Mallqui, 2015).

Los certificados digitales permiten la identificación única de un entidad; estas son tarjetas de identidad electrónicas emitidas por partes de confianza. Certificados digitales permitir que un usuario verifique la identidad de la persona que se emite el certificado, así como la identidad del emisor del certificado.

Este es un mecanismo de compromiso confiable que utiliza técnicas criptográficas. El documento firmado electrónicamente se vuelve inalterable. No se puede cambiar. La integridad del documento está plenamente justificada. El certificado de firma electrónica garantiza la identidad del firmante y hace que su compromiso sea irrevocable (es decir, definitivo y no cuestionable).

Como explicamos anteriormente, la validez de la firma electrónica descansa sobre todo en el nivel de confianza que aporta en la identidad del firmante y en la prueba de que efectivamente el documento ha sido firmado por éste. La importancia del certificado digital es doble: establece la identidad del propietario por un lado, y hace que la clave pública del propietario disponible por otro lado. Un certificado digital es emitido por una autoridad confiable.

Conclusiones

- 1.- La contratación digital es un mecanismo idóneo para la formalización del otorgamiento de crédito de hipoteca, estos contratos de financiamiento bancarios al ser digitales se convierten en descentralizados y automatizados que reducen estos costos al mínimo al mismo tiempo que brindan muchos beneficios.
- 2.- El uso de medios digitales es utilizado para la suscripción de pagarés y el procedimiento de anotación en cuenta en el Registro Central de Valores y Liquidaciones (CAVALI). Si bien brindan a los clientes una selección más amplia de oportunidades de inversión, generalmente tienen que contribuir no solo con su inversión personal, sino también con el pago de honorarios de administración y salarios de gestión, que con el sistema de medios digitales para la contratación, se verían beneficiadas todas las partes involucradas.
- 3.- Se demostró que la interacción entre los intermediarios y el consumidor bancario cambiará drásticamente en los próximos años. Si bien las obvias reducciones en las imperfecciones del mercado pueden caracterizarse como un detonante de estos desarrollos, un fenómeno subyacente más importante surgió durante el desarrollo de la pandemia desde el 2020.
- 4.- La capacidad de realizar transacciones directamente sin necesidad de intermediarios no solo reduce el riesgo para ambas partes, sino que también permite la transferencia internacional de activos a través de contrataciones

bancarias por medios digitales con respaldo notarial en y desde nuestro país.

- 5.- La formalización por sistemas electrónicos beneficiara el financiamiento bancario, donde aplicando estos contratos digitales acelerarán las transacciones, unirán las diferentes cadenas de valor de los activos: consumidores, bancos, proveedores externos, notarias y agentes económicos, lo que generará menos dependencia de los procedimientos manuales y de intermediarios.

Aporte de la investigación

- 1.- El presente trabajo aporta al mundo jurídico el uso de ciertos mecanismos para poder llevar a cabo la contratación digital, manteniendo o incluso mejorando la seguridad jurídica que podrían dar a las partes los contratos físicos y las formalidades (ab solemnitate-ab probationem), según correspondan al acto o tipo contrato del que se trate, según lo establecido en la normativa vigente.

- 2.- La investigación aporta el uso de ciertos mecanismos digitales para la celebración de contratos y de su formalización ante notarios públicos, puede generar un beneficio, no solo a las empresas sino también a la humanidad, contribuyendo al cuidado del medio ambiente, evitando la propagación del virus que, ha hoy en día ha generado muertes a millones de personas.

- 3.- Respecto del beneficio a las personas jurídicas, contribuye a generar dinamismo y al mejoramiento de sus operaciones diarias, que de alguna forma se ven obstaculizadas cuando se trata de gestionar ante las notarías, las tomas de firmas para la formalidad de ciertos actos.

Recomendaciones

- 1.- Se recomienda realizar cambios normativos que implementarían para solucionar a los problemas de la formalización de un contrato de financiamiento con intervención de los Notarios públicos, pero con sistemas digitales o electrónicos que sean de alcance nacional.
- 2.- Proponer solucionar la problemática existente dentro de la formalización de un financiamiento con garantía que reconozca las ganancias de eficiencia y posibilidades de automatización que ofrece la tecnología.
- 3.- Plantear la formalización de un financiamiento con garantía hipotecaria que sugiere la implementación de medios digitales en las contrataciones financieras, que incluye un cambio fundamental en la naturaleza de cómo interactúan los consumidores en la sociedad.
- 4.- Es necesario la implementación y mantenimiento de servidores digitales propios o de una empresa proveedora que realice la custodia electrónica principal de la constancia emitidas por el Registro Central de Valores y Liquidaciones. Estas transacciones automatizadas de bajo costo conducirán a una mayor competencia y obligarán a los fondos administrados activamente a adaptar sus estrategias y precios a los consumidores de productos financieros.
- 5.- Bajo la aplicación de un sistema digital integrado de contratación de

financiamiento bancario, los contratistas potenciales ya no dependerán de ayuda externa para hacer negocios, firmar acuerdos o intercambiar activos (objetos de valor), las normas y los mecanismos de contratación deberán abordar esta ambigüedad, de lo contrario, podrían surgir nuevas asimetrías de información sobre contenidos de los contratos bancarios, reduciendo así la practicidad de la innovación.

Referencias

- Acevedo, E. (2017). La regulación de la libertad de elección en contratos accesorios de mutuo hipotecario entre el consumidor bancario y la notaria generan ineficiencia al mercado. *Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho Bancario y Financiero*. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Alpa, G. (2006). *Nuevo tratado de la responsabilidad civil*. Lima: Jurista Editores.
- Canelo, R. (2012). *Manual de Derecho de garantías*. Arequipa: Adrus.
- Castillo, A. (2018). Propuesta de normativa para regular los procesos notariales usando las tecnologías de la información y comunicación. *Tesis para la obtención del título de abogado de los Tribunales y Juzgados*. Universidad Internacional del Ecuador, Quito.
- Castillo, M. (2002). *Tratado de los contratos típicos. El contrato de mutuo. El contrato de arrendamiento* (Vol. XIX). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Chanamé, R. (2016). *Diccionario Jurídico Moderno*. Lima: Lex & Iuris.
- Cornejo, I. (2017). Fe pública notarial y la seguridad jurídica en los contratos de compraventa inmobiliaria, Breña-2017. *Tesis para obtener el título profesional de abogada*. Universidad Cesar Vallejo, Lima.
- Etchegaray, N. (2019). *Escrituras y Actas Notariales*. Buenos Aires: Astrea.
- Falbo, S. (2019). *Nuevas tecnologías aplicadas a la función Notarial*. Buenos Aires: Di Lalla.
- Guzmán, R. (2017). Aportes de la tecnología al notariado y a la seguridad jurídica. *Centro de Investigación en Derecho Registral y Notarial*. Universidad de San Martín de Porres.

- Ixtlapale, C. (2015). El reto de la firma electrónica notarial: su posible uso para autorizar todos los instrumentos notariales. *Revista IUS*, 9(36), 303-329. Obtenido de <https://bit.ly/3qkm1f0>
- Mallqui, M. (2015). Consideraciones generales sobre la importancia del derecho notarial en el Perú. *IUS*, 1(9), 1-18. Obtenido de <https://cutt.ly/yUuKerA>
- Meneses, C. (2018). Significado de la fe pública en la prueba por medio de documentos públicos. *Revista de derecho Coquimbo*, 25(1), 181-230. Obtenido de <https://cutt.ly/uUuFwRx>
- Muro, M. (2016). *Contratos civiles y obligaciones: temas claves*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Rodríguez-Cadilla, C. (2016). Los Retos del Derecho Notarial frente al Avance de las Nuevas Tecnologías. *Revista Iberoamericana de Informática y Derecho*, 1, 143-167. Obtenido de <https://cutt.ly/iUuG2qW>
- Torres, M. (2016). *Manual práctico de Títulos Valores*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Varsi, E. (2020). *Tratado de derechos reales*. Lima: Fondo Editorial de la Universidad de Lima.
- Vásquez, A. T. (2012). *Teoría general del contrato*. Lima: Instituto Pacífico.
- Velarde, J. R. (1995). *Los contratos bancarios modernos*. Lima: Grijley.