

Consideraciones procesales sobre documentos electrónicos y firma electrónica (*)

1. Estas consideraciones se articulan en torno al análisis de dos leyes: la Ley 34/2002, de 11 de julio, «de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico» y la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica (en adelante, LFE). Ni que decir tiene que el análisis de los preceptos pertinentes de esos dos textos legales se hará confrontando su tenor con otras normas jurídicas y, desde luego, con la realidad técnica de los documentos y de las firmas calificables de electrónicos.

2. Comenzaremos por la Ley 34/2002, de 11 de julio. Su artículo 24 se ocupa de la «prueba de los contratos celebrados por vía electrónica», en los siguientes términos:

«1. La prueba de la celebración de un contrato por vía electrónica y la de las obligaciones que tienen su origen en él se sujetará a las reglas generales del ordenamiento jurídico y, en su caso, a lo establecido en la legislación sobre firma electrónica».

«2. En todo caso, el soporte electrónico en que conste un contrato celebrado por vía electrónica será admisible en juicio como prueba documental».

3. Es éste, nos parece, un precepto polifacéticamente erróneo. En primer lugar, y aunque se trate de un detalle menor, resulta tan obvia como inútil la disposición que afirma la sujeción de la prueba de la celebración de un contrato a las «reglas generales del ordenamiento». Esto necesariamente ha de ser

(*) Ponencia presentada el día 19 de octubre de 2004, por invitación del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, al 2.º Congreso Nacional de Registradores de España, celebrado en Santiago de Compostela, del 18 al 20 de octubre de 2004.

así, se celebre el contrato por vía electrónica o por medio de señales luminosas o de humo, o mediante exhibición y movimiento de diversas banderas, o por transmisión de ciertos ruidos, etc.

En segundo término es de señalar que si se consideran los más frecuentes contratos celebrados hoy por «por vía electrónica», se advertirá que, en caso de incumplimiento o de otras vicisitudes que hayan de ventilarse judicialmente, lo más fácil e incluso lo único posible, al menos para una de las partes, es aportar un papel, que sin duda es un documento convencional, aunque materialice una transacción llevada a cabo por conexión electrónica.

Así le ocurre al comprador, en no pocos casos de compraventas llevadas a cabo por conexión electrónica: compraventas a través de «internet» o redes semejantes, disposición de dinero mediante tarjeta en los denominados «cajeros electrónicos», etc.

En estos casos, la parte compradora difícilmente podrá disponer del soporte electrónico mismo y lo mismo hay que decir de las operaciones de retirada de fondos en cajeros electrónicos, sea a crédito o por disposición del dinero depositado en cuentas bancarias o cartillas. Los papeles correspondientes a esos negocios jurídicos son, sin duda, una posible prueba documental, pero no son «soportes electrónicos», que, si acaso, podría aportar la parte vendedora o la entidad de crédito.

4. Es de notar, por lo demás, que si se dispone de un soporte electrónico, éste se puede aportar al proceso sin ninguna necesidad de considerarlo prueba documental, porque se trata de un medio de prueba distinto, expresamente previsto en el apartado 2 del artículo 299 LEC: «instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras», etc.

Esta precisión no es doctrinaria pero irrelevante. Porque si bien la discusión sobre el encaje del «soporte electrónico» en los tipos de medios de prueba carece de consecuencias prácticas respecto del momento de aportación, sí tiene esas consecuencias en cuanto al modo de examinar y apreciar el instrumento probatorio. Tanto los documentos como los soportes electrónicos han de aportarse al tiempo de realizar los principales actos de alegaciones (demanda, contestación...), pero el soporte electrónico, a diferencia del documento, en vez de examinarse directamente por las partes y el tribunal, ha de ser tratado conforme a lo previsto en el artículo 384 LEC (1).

(1) Que reproducimos para comodidad del lector: «1. Los instrumentos que permitan archivar, conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, que, por ser relevantes para el proceso, hayan sido admitidos como prueba, serán examinados por el tribunal por los medios que la parte proponente aporte o que el tribunal disponga utilizar y de modo que las demás partes del proceso puedan, con idéntico conocimiento que el tribunal, alegar y proponer lo que a su derecho convenga».

5. En cuanto a la LFE, son de importancia, ante todo, las normas, verdaderamente básicas, del artículo 3, por las que se define la firma electrónica y dos especies de ella, la firma electrónica *avanzada* (o «simple», cabría añadir) y la firma electrónica *reconocida*, que es una especial firma electrónica avanzada.

Los tres primeros apartados del citado precepto legal disponen lo siguiente:

«1. La *firma electrónica* es el conjunto de datos en forma electrónica, consignados junto a otros o asociados con ellos, que pueden ser utilizados como medio de identificación del firmante».

«2. La firma electrónica *avanzada* es la firma electrónica que permite identificar al firmante y detectar cualquier cambio ulterior de los datos firmados, que está vinculada al firmante de manera única y a los datos a que se refiere y que ha sido creada por medios que el firmante puede mantener bajo su exclusivo control».

«3. Se considera *firma electrónica reconocida* la firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido y generada mediante un dispositivo seguro de creación de firma».

La diferencia entre la firma electrónica avanzada «simple» y la firma electrónica «reconocida» estriba en dos elementos de esta última:

1.º La intervención de un *dispositivo seguro de creación de firma electrónica* (no manipulable ni alterable por otra persona distinta del firmante: cfr. art. 24 LFE).

2.º La existencia de un *certificado reconocido*.

6. Conforme al artículo 11 LFE, los certificados reconocidos son certificados electrónicos expedidos por un «prestador de servicios de certificación» (personas físicas y, sobre todo, jurídicas) que garantizan la comprobación de la identidad del firmante, la autenticidad e integridad del texto firmado, así como la confidencialidad en la creación, almacenamiento y comunicación del texto.

Cabe decir —en una simplificación necesaria— que la firma electrónica reconocida consiste en dos claves, relacionadas entre sí, propias de cada firmante: la privada y la denominada pública, creadas mediante algoritmos mate-

«2. Será de aplicación a los instrumentos previstos en el apartado anterior lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 382. La documentación en autos se hará del modo más apropiado a la naturaleza del instrumento, bajo la fe del Secretario Judicial, que, en su caso, adoptará también las medidas de custodia que resulten necesarias».

«3. El tribunal valorará los instrumentos a que se refiere el apartado primero de este artículo conforme a las reglas de sana crítica aplicables a aquéllos según su naturaleza».

El apartado 2 del artículo 382 LEC es del siguiente tenor literal: «2. La parte que proponga este medio de prueba podrá aportar los dictámenes y medios de prueba instrumentales que considere convenientes. También las otras partes podrán aportar dictámenes y medios de prueba cuando cuestionen la autenticidad y exactitud de lo reproducido».

máticos. La primera sólo es conocida por el titular de la firma y se vincula inseparablemente al documento firmado (a todo él), mientras que la segunda descripta o descifra el documento o mensaje y, pese a su equívoca denominación, es conocida por aquellos que se relacionarán con el titular de la firma electrónica. Cuando un documento es firmado electrónicamente con la clave privada, puede ser reconocido como auténtico (es decir, como realmente procedente de quien aparece como autor) mediante la aplicación de un programa informático. Los prestadores de servicios de certificación o *entidades de certificación* son, precisamente, quienes emiten los certificados tras comprobar previamente la identidad y establecer que un par de claves pertenecen, en efecto, a quien aparece como autor del documento.

Para usar la firma electrónica se ha de disponer de un ordenador con conexión a internet (o, eventualmente, a redes similares). La firma electrónica se almacena en una tarjeta (será necesario, entonces, un dispositivo lector de tarjetas) o en el mismo ordenador. Es necesario, además, que un «prestador de servicios de certificación» o «entidad de certificación» proceda a la identificación del titular de la firma. Este «prestador» o «entidad de certificación» generará las antedichas claves y proporcionará la clave privada y la aplicación informática o programa que se requiere y que se ha de instalar en el ordenador. Así, se está ya en condiciones para utilizar la firma electrónica, incorporándola a documentos electrónicos que se envían por correo de la misma naturaleza, junto con el certificado expedido por el «prestador de servicios de certificación» o «entidad de certificación».

Como resultado de esos elementos, la *firma electrónica reconocida*, que se utiliza para remitir y recibir documentos mediante «internet» (o, eventualmente, redes similares), cumple, según la LFE, las siguientes funciones:

- 1.^a Identificar a las partes: la firma garantiza que los intervinientes son quienes dicen ser.
- 2.^a Autenticar el contenido del documento firmado: se garantiza que el documento se recibe íntegramente y sin ningún cambio.
- 3.^a Garantizar la confidencialidad, pues el contenido del documento, al estar éste encriptado o cifrado, sólo puede ser conocido por las partes.
- 4.^a Garantizar la efectividad de la comunicación, pues el sistema entero excluye que cualquier de las partes pueda negar haber enviado o recibido el documento suscrito con firma electrónica reconocida.

7. Sentado todo lo anterior, veamos otros apartados del artículo 3 LFE, aunque sin seguir el orden, poco acertado, de dicho precepto, al que, por cierto, remite en bloque un nuevo apartado 3 del artículo 326 LEC, introducido por la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, para referirse en la Ley Procesal Civil y Común a todo tipo de documentos electrónicos (2).

(2) Es de notar que el artículo 326 LEC se refiere, como señala su leyenda, a la «fuerza probatoria de los documentos privados». Como se ve, a los errores procesales y

El apartado 5 del artículo 3 LFE establece que «se considera documento electrónico el redactado en soporte electrónico que incorpore datos *que estén firmados electrónicamente*».

La verdad es que el concepto cierto (esto es, no falso o erróneo) y propio (es decir, estrictamente científico-técnico) de «documento electrónico» no tiene por qué vincularse a la «firma electrónica»: puede haber y hay innumerables «documentos electrónicos» sin firma electrónica (ni de otra clase). Por tanto, el artículo 3.5 LFE, en vez de asumir el concepto cierto y propio de documento electrónico, produce, sin justificación, un concepto *legal* de «documento electrónico», que vendría a diferenciarse, por la firma electrónica, del «documento informático».

8. Apartándose de nuevo del significado de los términos en su ámbito propio (en este caso, el científico-técnico), el apartado 6 del mismo artículo 3 LFE presenta el documento electrónico como «soporte» de distintos documentos, que son definidos en los siguientes términos:

«a) Documentos públicos, por estar firmados electrónicamente por funcionarios que tengan legalmente atribuida la facultad de dar fe pública, judicial, notarial o administrativa, siempre que actúen en el ámbito de sus competencias con los requisitos exigidos por la Ley en cada caso».

Se ha de recordar que la firma electrónica del fedatario implica necesariamente que estamos ante un documento electrónico. Si éste incorpora una declaración de conocimiento o de voluntad (unilateral o multilateral) de otra u otras personas, éstas habrán de utilizar necesariamente firma electrónica para suscribir el documento electrónico.

«b) Documentos expedidos y firmados electrónicamente por funcionarios o empleados públicos en el ejercicio de sus funciones públicas, conforme a su legislación específica». Se trata, a nuestro entender, de los denominados documentos oficiales.

«c) Documentos privados».

Según el apartado 7 del artículo 3 LFE, esos documentos «tendrán el valor y la eficacia jurídica que corresponda a su respectiva naturaleza, de conformidad con la legislación que les resulte aplicable».

Puede observarse, ante todo, que este apartado 7 no constituye un precepto en que el legislador muestre haberse esforzado en su función normativa, sino más bien de un ejemplo de comodidad o ahorro de esfuerzo, con la consiguiente vaciedad de la norma (algo que nos atrevemos a considerar característico de ciertos preceptos de la LFE).

a las incoherencias de la LFE, se añade este otro yerro, con incoherencia, de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre. No es de extrañar porque el impulso legislativo correspondía a idénticos promotores.

9. Pero es que, además y sobre todo, se trata de un precepto gravemente equivocado. En primer lugar, no es razonable que un documento electrónico suscrito con firma electrónica reconocida (una firma que cumpla las cuatro funciones ya expuestas) haya de recibir, a efectos probatorios, la consideración de simple documento «privado». Si dos sujetos jurídicos acuerdan una compraventa y la documentan con firma electrónica reconocida, las garantías de que quienes aparecen como vendedor y comprador efectivamente son quien vende y quien compra, y de que ellos, y no otros sujetos, convienen en la descripción del objeto de la compraventa, en el precio y en los restantes pactos habituales son garantías incomparablemente superiores a las de un documento privado (firmado, añadiremos, pues no se olvide que hay innumerales documentos privados no firmados) y son garantías parejas a las de una compraventa ante Notario.

Decimos que las garantías son «parejas» y no iguales, porque aquí, evidentemente, no se trata de identidad. Comprador y vendedor (o sus representantes) comparecen ante Notario, que lee, ve, escucha y firma. Esas presencias personales no se dan en la comunicación de comprador y vendedor por internet (o red similar), suscribiendo un documento con firmas electrónicas reconocidas. Pero, descontada la honradez, existe la posibilidad de, por ejemplo, engañar al Notario —no es una mera hipótesis académica— y esa posibilidad resulta equivalente al muy problemático, pero no imposible, uso de la firma electrónica reconocida por quien no sea su titular.

En segundo término, que el documento «soportado» en documento electrónico sea calificado como «público» a causa de la firma electrónica de algún fedatario que obre dentro de sus funciones legales, no añade autenticidad al documento electrónico con firma electrónica reconocida cuando, como ocurre infinidad de veces, otro u otros sujetos, además del fedatario, han suscrito también el documento, no con firma manuscrita, claro es, sino mediante firma electrónica reconocida.

Además, la letra a) del apartado 6 del artículo 3 LFE habla de documentos «firmados electrónicamente» por un fedatario, sin especificar (lo que resulta asombroso) la clase de firma electrónica, con lo que parece estar admitiendo la firma electrónica no avanzada y la simplemente avanzada pero no reconocida. Frente a esa inconcreción, bastará ahora decir que ninguna garantía de autenticidad presentaría un documento electrónico en que la firma del fedatario fuese una firma electrónica común o simple. Y hay que añadir que si el fedatario utilizase firma electrónica avanzada, pero no reconocida (hipótesis para la que no logramos hallar justificación), las garantías de autenticidad serían innegablemente inferiores a las del documento público tradicional o no informático. Con esa real inferioridad de garantías, la disposición que pretende imponer siempre la fuerza de un documento público se revela irracional. Es de prever y de desear que ningún órgano jurisdiccional acepte la natura-

leza de documento público de un documento electrónico si no aparece suscrito por todos los intervinientes con firma electrónica reconocida.

10. Resulta inevitable preguntarse por la causa de que los apartados 6 y 7 del artículo 3 LFE estén redactados en los términos que han quedado transcritos, tan sumamente aporéticos. Dejando a un lado una inútil inquisición sobre motivos de personas, lo que parece haber sucedido es que la LFE no se plantea el documento electrónico con firma electrónica avanzada (simple o reconocida) como lo que es, una nueva especie de documento, junto a los clásicos o tradicionales documentos públicos, privados y oficiales. Timoratamente, la LFE opta, en cambio, por considerar los documentos electrónicos con la referida firma electrónica como mero «soporte» de los diversos tipos tradicionales de documentos. Pero los documentos con firma electrónica reconocida no son sólo eso: no es esa su realidad, que, por añadidura, la misma LFE reconoce.

Buena demostración del error de considerar que un documento electrónico con firma electrónica avanzada es un simple «soporte» de los documentos tradicionales podría ser tratar de imaginar cómo uno de esos documentos tradicionales se incorporaría al electrónico suscrito con firma electrónica avanzada, cosa que debiera ser posible si este documento simplemente *soportase* a aquéllos. Si pensamos en una compraventa ante Notario en escritura pública (clásico documento público) o en un documento privado de compraventa, ¿en qué consistiría que estos dos documentos fuesen *soportados* por un documento electrónico con firma electrónica reconocida?

En primer término habría que plantear cómo pasa el *texto* del documento tradicional de compraventa (sea público o privado) a convertirse en texto de un documento electrónico. En esto no habría especial dificultad, por la diversidad de sistemas para lograrlo, pero ¿acaso las firmas manuscritas del documento tradicional (sea escritura pública o documento privado) pueden convertirse en firmas electrónicas avanzadas? La respuesta ha de ser negativa. El contenido del documento electrónico puede incorporar las imágenes (escaneadas, por ejemplo) de las firmas manuscritas (3), pero las firmas electrónicas del documento electrónico requieren un nuevo y muy diverso acto de firma, con garantías y virtualidad propias. De manera que el documento electrónico suscrito con firma electrónica avanzada acredita y prueba con total independencia del documento tradicional que presuntamente *soporte*.

(3) Las de la escritura pública original habrían de escanearse y, desde luego, no valdrían en absoluto como las de la escritura original sin un fedatario que certificase el escaneo. ¿Acaso el fedatario también produciría un acta notarial electrónica consistente en un documento electrónico con firma electrónica avanzada simple o reconocida? Es patente el enrevesamiento, sin sentido, de esta hipótesis.

Así, pues, la LFE incurre en una gruesa incoherencia interna y se sitúa de espaldas a la realidad, no sólo de los documentos suscritos con firma electrónica reconocida, sino de todos los tipos de documentos.

No podemos extendernos ahora en una quizá innecesaria explicación de este parecer y, además, tal explicación tampoco resulta imprescindible para abordar seguidamente la última cuestión de la eficacia probatoria.

11. A este respecto, es de considerar, en primer término, el apartado 4 del artículo 3 LFE: «la firma electrónica reconocida tendrá respecto de los datos consignados en forma electrónica el mismo valor que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel».

Esta norma también resulta deficiente, por diversas razones (4). En primer término, esa atribución de valor a la firma electrónica reconocida viene a contradecir las propiedades y funciones que a esa «firma» atribuye la misma LFE: es innegable, por ejemplo, que, conforme a lo que prevé y dispone la LFE, resulta más difícil de «falsificar» la firma electrónica reconocida que la firma manuscrita.

En segundo lugar, atribuir el mismo valor a la firma electrónica reconocida y a la firma manuscrita tradicional es tan erróneo como equiparar dos realidades sumamente diferentes: la firma electrónica reconocida es inaccesible a los sentidos, a diferencia de la manuscrita, que se ve y que, en original, es susceptible de apreciaciones diversas (composición de los materiales empleados para dejar la impronta, intensidad variable de los trazos, etc.). Enseguida veremos que, en cuanto se afronta la impugnación de la autenticidad, la equiparación entre firma electrónica y firma tradicional resulta inservible.

12. El apartado 8 del artículo 3 LFE es también norma de gran interés desde el punto de vista jurídico-procesal. En ese apartado 8 se trata primero, en general, del documento electrónico electrónicamente firmado, y se afirma que «el soporte en que se hallen los datos firmados electrónicamente será admisible como prueba documental en juicio». Sobre la consideración de ese soporte como documento, no podemos sino reiterar lo que ya hemos dicho acerca de la aportación, como «prueba documental», del «soporte electrónico en que conste un contrato celebrado por vía electrónica» (cfr. *supra*, núm. 4). Parece como si el legislador de la LFE desconociese la preexistencia y vigencia de la LEC.

(4) Ante todo, cabe lamentar que un precepto legal sobre el valor jurídico de un nuevo tipo de documento no refleje de modo más claro y certero que este apartado 4 del artículo 3 LFE la posible *diversidad de contenido* de cualquier documento, elemento de primordial relevancia: en todo documento, no es lo mismo que éste incorpore declaraciones de hechos o meros datos o que, en su lugar o además, exprese declaraciones de voluntad.

13. Veamos ya la impugnación de la autenticidad de la firma electrónica, según su clase. El apartado 8 del artículo 3 LFE se refiere a la firma electrónica *reconocida*, y afirma lo siguiente:

«si se impugna la autenticidad de la firma electrónica reconocida, con la que se hayan firmado los datos incorporados al documento electrónico, se procederá a comprobar que por el prestador de servicios de certificación, que expide los certificados electrónicos, se cumplen todos los requisitos establecidos en la Ley en cuanto a la garantía de los servicios que presta en la comprobación de la eficacia de la firma electrónica, y en especial, las obligaciones de garantizar la confidencialidad del proceso, así como la autenticidad, conservación e integridad de la información generada y la identidad de los firmantes».

Así, pues, cuando se impugna la autenticidad de la firma electrónica reconocida en un determinado caso, el prestador de los servicios de certificación ha de demostrar que está actuando conforme a la ley, pero se diría, según el tenor literal de ésta, que la comprobación correspondiente no se ciñe a la actuación en el caso concreto de que se trate, sino que se refiere a la habitual del prestador de los servicios o «entidad de certificación».

14. Si esto es así (o mientras lo sea), los tribunales, en caso de impugnación, no pueden atribuir razonablemente a la comprobación y, consiguientemente, al documento con firma electrónica reconocida, otro valor probatorio que el que estimen apropiado conforme a las «reglas de la sana crítica» (cfr. arts. 326.2 y 348 LEC).

Verdad es que el documento con firma electrónica reconocida puede ser, según el artículo 3.6 LFE, un documento público, porque exista dación de fe de un Notario u otro fedatario público, pero como esa dación de fe se manifiesta también mediante una firma electrónica del fedatario, si se impugna esa concreta firma, ha de llevarse a cabo la comprobación prevista en el artículo 3.8 LFE y nada hay en esta ley ni en ninguna otra que permita concluir que el documento con firma electrónica reconocida hace prueba plena si de la comprobación sólo se desprende que, en general, el «prestador de servicios de certificación» actúa conforme a la LFE.

Lo mismo cabe decir de los documentos de la letra *b)* del apartado 6 del artículo 3 LFE, esto es, de los «expedidos y firmados electrónicamente por funcionarios o empleados públicos en el ejercicio de sus funciones públicas, conforme a su legislación específica». Esa firma electrónica es tan impugnabile como la de cualquier clase de fedatario.

15. En cambio, si el prestador de los servicios de certificación comprobare el funcionamiento perfecto de todos los mecanismos de firma electrónica reconocida *en el concreto caso de que trate la impugnación*, el documento en

cuestión habría de considerarse *auténtico*, aunque, como ha quedado dicho, no esté legalmente equiparado al documento público a efectos de eficacia probatoria. Pues, por un lado, las «reglas de la sana crítica» conducen a esa conclusión si el prestador de servicios de certificación muestra que, en el caso, la firma electrónica reconocida ha cumplido las funciones antes expresadas. Y, por otro lado, los «prestadores de servicios de *certificación*» (o «entidades de *certificación*») no son sino fedatarios especiales: *dar fe* y *certificar* no se diferencian en nada, desde el punto de vista de la prueba.

El apartado 2 de la Disposición Adicional primera LFE dispone, bajo la rúbrica «Fe pública y uso de firma electrónica», que «en el ámbito de la documentación electrónica corresponderá a las entidades prestadoras de servicios de certificación acreditar la existencia de los servicios prestados en el ejercicio de su actividad de certificación electrónica, a solicitud del usuario, o de una autoridad judicial o administrativa».

La STS 3.ª, de 12 de febrero de 2002, considera razonable que la Administración del Estado exija firma electrónica avanzada en presentación de documentos por vía telemática o soporte magnético (*sic*) porque, así, «no resulta desproporcionada la exigencia de autenticidad que disipe cualquier duda sobre la identidad del remitente» (Fundamento Jurídico decimotercero).

16. Finalmente, el apartado 8 del artículo 3 LFE aborda el fenómeno de los documentos suscritos con firma electrónica avanzada «simple» (esto es, la no reconocida) y dispone que «si se impugna la autenticidad de la firma electrónica *avanzada*, con la que se hayan firmado los datos incorporados al documento electrónico, se estará a lo establecido en el apartado 2 del artículo 326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

Ésta es también una disposición legal muy defectuosa, porque, por un lado, el artículo 326.2 LEC habla del «cotejo pericial de letras», a todas luces inaplicable a un documento electrónico y, por otro lado, remite a «cualquier otro medio de prueba que resulte útil y pertinente al efecto», expresión razonable en la LEC, pero poco reveladora en cuanto al documento suscrito con firma electrónica avanzada. Se tratará, en todo caso, nos parece, de una prueba pericial. Ésta debe valorarse probatoriamente conforme a las reglas de la sana crítica y, a su vez, el documento electrónico mismo sólo podrá valorarse según dichas reglas.

El artículo 3 LFE finaliza con dos apartados de notable oscuridad. Según el apartado 9, «no se negarán efectos jurídicos a una firma electrónica que no reúna los requisitos de firma electrónica reconocida en relación a los datos a los que esté asociada por el mero hecho de presentarse en forma electrónica». La redacción es enrevesada, de manera que salvo para quien esté en el secreto de las intenciones del escribidor del precepto, no está claro qué es lo que se presenta «en forma electrónica» y que, por ese «mero hecho» de tal presentación, no carece de eficacia jurídica. Con todo, se puede apreciar que estamos ante una norma puramente negativa, que prescinde del posible valor de lo

suscrito con firma electrónica no reconocida y se limita a decir algo absolutamente obvio, como es la improcedencia de no otorgarle, nunca, ningún valor.

Conforme al apartado 10, «a los efectos de lo dispuesto en este artículo, cuando una firma electrónica se utilice conforme a las condiciones acordadas por las partes para relacionarse entre sí, se tendrá en cuenta lo estipulado entre ellas». Otra disposición de problemática utilidad, porque «tener en cuenta», en principio, lo que pactan dos sujetos jurídicos es norma jurídica general. Lo relevante es la cuestión de los límites de la eficacia de lo pactado, según los distintos ámbitos posibles de eficacia. En todo caso, las normas legales de valoración de la prueba no pueden quedar sin efecto por un pacto intersubjetivo.

17. En conclusión:

1.º Las disposiciones legales sobre «contratos electrónicos» y, más en concreto, sobre la «firma electrónica», dejan mucho que desear: son vacuas algunas, incoherentes y contrarias a la realidad otras y, las decisivas, enveadas e inútiles.

2.º La posible y deseable eficacia procesal de los documentos electrónicos con firma electrónica avanzada y, en especial, los suscritos con firma electrónica reconocida, se deberá a la fuerza de sus características reales y no a las disposiciones de la LFE: más bien existirá aquella eficacia a pesar de esas disposiciones.

3.º Si la LFE hubiese sido coherente con las funciones que asigna a una firma electrónica avanzada reconocida, en la que interviene una autoridad certificadora (es decir, un fedatario), hubiese debido atreverse a introducir, en el artículo 317 LEC, los documentos suscritos con tal firma electrónica entre los documentos que, a efectos procesales, se consideran públicos.

ANDRÉS DE LA OLIVA SANTOS
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad Complutense. Madrid