

La firma electrónica: Directiva 1.999/93/CE, de 13 de diciembre de 1999, y Real Decreto-ley 14/1999, de 17 de septiembre

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ANÁLISIS DE LA DIRECTIVA POR LA QUE SE ESTABLECE UN MARCO COMÚN PARA LA FIRMA ELECTRÓNICA.—III. INFORME GENERAL EN RELACIÓN CON EL DOCUMENTO Y EL COMERCIO ELECTRÓNICOS.—IV. ALGUNOS COMENTARIOS SOBRE LAS LEYES ALEMANA E ITALIANA SOBRE FIRMA ELECTRÓNICA: 1. LEGISLACIÓN ALEMANA. 2. LEGISLACIÓN ITALIANA.—V. LA NORMA ESPAÑOLA: EXEGESIS DEL REAL DECRETO-LEY 14/1999, DE 17 DE SEPTIEMBRE, SOBRE FIRMA ELECTRÓNICA: 1. INTRODUCCIÓN. 2. ÁMBITO DE APLICACIÓN. 3. DEFINICIONES. 4. EFECTOS JURÍDICOS DE LA FIRMA ELECTRÓNICA. 5. LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE CERTIFICACIÓN. 6. CUESTIONES DE NATURALEZA TÉCNICA. 7. RÉGIMEN DE INFRACCIONES Y SANCIONES. 8. OTRAS CUESTIONES.

I. INTRODUCCIÓN (1)

El objeto del presente trabajo es el de analizar el texto definitivo de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica, Directiva, que ha sido aprobada

(1) Además de la BIBLIOGRAFÍA específica, citada en la exposición del presente trabajo, pueden consultarse:

— ALCOVER GARAU, GUILLERMO, «La firma electrónica como medio de prueba: Valoración jurídica de los criptosistemas de claves asimétricas», en *Cuadernos de Derecho y Comercio del Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio*, núm. 13, abril 1994.

— ALVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, JOSÉ MARÍA, «Las obligaciones concertadas por medios informáticos y la documentación electrónica de los actos jurídicos», en *Revista La Ley*, vol. 4, 1992.

— ANDREU MARTÍ, MARÍA DEL MAR, «Consideraciones en torno al pago con tarjetas electrónicas», en *Revista del Instituto Nacional del Consumo*, núm. 33, junio 1995.

recientemente, en concreto, el 30 de noviembre del año en curso, es decir, de 1999. Ya en su momento realicé un análisis y una primera aproximación a esta Directiva (2), que se encontraba, obviamente, en otra fase y momento de elaboración; por ello, he creído conveniente el reflejar, desde aquel tiempo, como ha quedado el texto definitivo, para así establecer los puntos de comparación necesarios a los efectos de poder mejor entender la evolución en su tramitación, y analizar con mejor perspectiva, los problemas que plantea esta Directiva.

Por otro lado, durante la tramitación de la Directiva, se aprobó el Real Decreto-ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica; Real Decreto que después fue convalidado, y que en la actualidad se encuentra en vigor; no obstante, en el Parlamento se está tramitando un Proyecto de Ley sobre firma electrónica, que tiene como base el citado Real Decreto-ley, por lo que la Ley definitiva, en su caso, modificará el contenido del citado Real Decreto-ley ahora en vigor. Como ya indicaremos posteriormente, esta norma española surge antes de la aprobación definitiva de la Directiva, por considerarse de importancia básica el crear un marco jurídico, que regulara el tema de la firma electrónica, no esperando a la transposición, en definitiva, a que existiera una Directiva ya aprobada definitivamente.

Parece, pues, interesante el centrarnos en este trabajo, en los dos textos, a efectos de su comparación y de la mejor comprensión de la norma española; todo ello con independencia de que volvamos a insistir sobre algunos aspectos ya tratados en el anterior trabajo citado, sobre Derecho comparado, en relación con las leyes alemana e italiana sobre firma electrónica.

Como indicaba la Exposición de Motivos de la Proposición de Directiva COM (1998/297/2), sobre la firma electrónica, las redes abiertas,

— BARRIUSO RUIZ, CARLOS, *La contratación electrónica*, Dykinson 1998.

— GALINDO, FERNANDO, «LOS proveedores de Servicios de Certificación», en *La Ley*, núm. 4.566, de 19 de junio de 1998.

— MARTÍNEZ NADAL, APOLONIA, «Comentarios de urgencia al urgentemente aprobado Real Decreto-ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica», en *La Ley*, núms. 4.939 y 4.940, 1 y 2 de diciembre de 1999.

— *Comercio electrónico, firma digital y autoridades de certificación*, Estudios de Derecho Mercantil, Civitas, Madrid, 1998.

— RECALDE CASTELLS, ANDRÉS, «La firma de las partes del contrato en la Carta de Porte (firma manual y firma impresa, mecánica o electrónica). El Régimen del Código de Comercio y del Convenio Internacional sobre Transporte por Carretera», en *Revista General de Derecho*, núm. 606, marzo 1995.

— RIBAS ALEJANDRO, JAVIER, *Aspectos jurídicos del comercio electrónico en Internet*, Editorial Aranzadi, 1999.

— ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, GUILLERMO, «El valor probatorio del documento signado en forma digital», en *Revista La Llei de Catalunya*, núm. 216, julio 1998.

(2) GARCÍA MÁZ, FRANCISCO JAVIER, *La contratación electrónica: la firma y el documento electrónico*, Boletín de Información del Colegio Notarial de Granada, núm. 210, octubre de 1998, págs. 2593 y sigs.

como Internet, son cada vez más importantes para la comunicación, y a través de ellas se permite que personas que no han mantenido ninguna relación previamente puedan tener una comunicación interactiva. A partir de este marco técnico, las aplicaciones de estas nuevas tecnologías son muy amplias, y en concreto en las relaciones económicas, donde las empresas bien con otras, así como con los consumidores, pueden utilizar el comercio electrónico consiguiendo un abaratamiento de costes y una mayor rapidez. Pero esta rapidez debe de ir acompañada de un principio general de seguridad en todos los órdenes y, por supuesto, en el jurídico. Dentro de este mecanismo, en el comercio internacional uno de los elementos clave es el de la firma electrónica, y sobre todo la autenticación electrónica, con los diferentes métodos de firmar un documento electrónicamente, desde los más simples como, por ejemplo, mediante la inserción de una imagen escaneada de una firma hecha a mano en un documento, realizada por tratamiento de textos, a métodos más avanzados, como las firmas numéricas denominadas de clave, criptográfica pública. Pero dentro de este proceso existen algunos elementos esenciales que aparecen en la propuesta de Directiva en los que, además de constatar la integridad y autenticidad de los informes y datos emitidos, el punto esencial es el de la identidad de la firma del remitente y, como consecuencia de ello, la seguridad que debe tener el destinatario de que la persona con quien contrata es realmente ella, así como que su firma pertenece efectivamente al mismo. Esta información, podría ser suministrada por el propio firmante, mediante pruebas que satisfagan al destinatario, pero también por otros medios consistentes en recibir esa confirmación por un tercero, a través de una persona o una institución que tenga la mutua confianza de ambas partes, y esos terceros son denominados en la Proposición de Directiva como prestatarios de servicios de certificación.

No cabe la menor duda de que la Directiva sobre firma electrónica está en íntima relación con otra Proposición de Directiva que se está elaborando sobre el comercio electrónico, y que está en posición común, ya que para desarrollar éste es indudable que debe existir un soporte técnico y jurídico como es el de la firma electrónica, ya que la única manera de que el comercio electrónico pueda desarrollarse es consiguiendo que todos los que en él participan tengan confianza en el mismo, y eso sólo se puede conseguir si existe un soporte articulado y unos mecanismos de seguridad y fiabilidad mínimamente imprescindibles para conseguirlo. Estos mecanismos deben articularse a través de la firma electrónica. El estudio de la Proposición de Directiva de comercio electrónico será objeto por nuestra parte de otro trabajo, para así completar las dos caras de una misma moneda, que se encuentran dentro del concepto amplio y general de los llamados Servicios de la Sociedad de la Información.

II. ANÁLISIS DE LA DIRECTIVA POR LA QUE SE ESTABLECE UN MARCO COMUNITARIO PARA LA FIRMA ELECTRÓNICA

1. **Los considerandos básicos de la Directiva.** «...Considerando lo siguiente: ... la comunicación y el comercio electrónicos requieren firmas electrónicas y servicios conexos de autenticación de datos... Por otro lado, un marco claro comunitario sobre las condiciones aplicables a la firma electrónica aumentará la confianza en las nuevas tecnologías y la aceptación general de las mismas...; el mercado interior permite a los proveedores de servicios de certificación llevar a cabo sus actividades transfronterizas para acrecentar su competitividad y, de ese modo, ofrecer a los consumidores y a las empresas nuevas posibilidades de intercambiar información y comerciar electrónicamente de una forma segura con independencia de las fronteras... los sistemas voluntarios de acreditación... pueden aportar a los proveedores de servicios de certificación un marco apropiado para aproximarse a los niveles de confianza, seguridad y calidad exigidos por un mercado en evolución... los rápidos avances tecnológicos y la dimensión mundial de Internet hacen necesario el planteamiento abierto a diferentes tecnologías y servicios de autenticación electrónica de datos... la presente Directiva contribuye al uso y al reconocimiento legal de la firma electrónica en la Comunidad... que, no obstante, deben reconocerse legalmente las firmas electrónicas que cumplan los requisitos establecidos en la presente Directiva... que la presente Directiva no pretende armonizar las legislaciones nacionales sobre contratos, en particular por lo que respecta al perfeccionamiento y eficacia de los mismos, ni tampoco otras formalidades de naturaleza no contractual relativas a la firma; que, por dicho motivo, las disposiciones sobre los efectos legales de la firma electrónica deberán entenderse sin perjuicio de los requisitos de forma establecidos por las legislaciones nacionales en materia de celebración de contratos... las firmas electrónicas avanzadas basadas en certificados reconocidos se pueden utilizar para confirmar la identidad de la persona que firma electrónicamente; que las firmas electrónicas avanzadas basadas en certificados reconocidos pretenden lograr un mayor nivel de seguridad... debe garantizarse la admisibilidad de la firma electrónica como prueba en procedimientos judiciales en todos los Estados miembros... los proveedores de servicios de certificación al público están sujetos a la normativa nacional en materia de responsabilidad... las disposiciones relativas al uso de seudónimos en los certificados no deben impedir a los Estados miembros exigir la identificación de las personas de conformidad con el Derecho comunitario nacional...para la aplicación de la presente Directiva, conviene que la Comisión esté asistida por un comité de gestión.

Estos son algunos de los Considerandos básicos de la Directiva, que nos pueden dar una idea aproximada del contenido y de la esencia de la misma, que después queda plasmada en el articulado correspondiente.

2. Estudio concreto del articulado de la Directiva. Hay que tener en cuenta a la hora de realizar este trabajo, que ya se ha aprobado el texto definitivo de la Directiva, y que las variaciones que se han ido produciendo lo son teniendo en cuenta las distintas concepciones y sistemas jurídicos que operan en el seno de la Unión Europea en relación con los Estados miembros.

En el primer documento presentado, el artículo 1, al definir el ámbito de aplicación, establecía que tenía por finalidad facilitar el uso de la firma electrónica y establecer su reconocimiento legal; por otra parte, el artículo indicaba que la Directiva no regula otros aspectos en relación con la conclusión o validez de los contratos u otras formalidades no contractuales que precisen firma. Desde un primer momento en los informes que surgen de la Dirección General de los Registros y del Notariado a través del Ministerio de Justicia se indicó la necesidad de delimitar campos de exclusión en la aplicación de la Directiva, en el sentido de excluir determinados tipos de contratos o negocios jurídicos, ajenos a la necesidad de agilidad y celeridad que preside la contratación mercantil como pueden ser los contratos societarios, los de carácter sucesorio, los contratos sobre bienes e inmuebles y los derechos reales sobre ellos constituidos, los contratos de relaciones familiares, los matrimoniales, etc.

En las distintas redacciones del artículo, hasta el momento presente no se hizo esa exclusión, por ello se intentó que fuera la Legislación nacional la que a la hora de hacer la transposición estableciera esos ámbitos de exclusión por razón de la legislación específica. De ahí que en los siguientes informes se quisiera introducir con claridad que la Legislación nacional de cada Estado es la que determinaría, el destino, forma y efectos de los documentos electrónicos, consiguiéndose posteriormente el que desapareciera la palabra electrónicos y quedara únicamente la palabra documentos, aunque no se ha conseguido el introducir el término destino, efectos o formas de los documentos. Pero quizá con esta redacción pueda ser viable el tener amplitud y movilidad a la hora de hacer la transposición de la Directiva.

El artículo 1." de la Directiva, relativa al ámbito de aplicación, establece que: «La presente Directiva tiene por finalidad facilitar el uso de la firma electrónica y contribuir a su reconocimiento jurídico. La presente Directiva crea un marco jurídico para la firma electrónica y para determinados servicios de certificación con el fin de garantizar el correcto funcionamiento del Mercado interior ... La presente Directiva no regula otros aspectos relacionados con la celebración y validez de los contratos u otras obligaciones legales cuando existan requisitos de forma establecidos en las legislaciones nacionales o comunitarias, ni afectan a las normas y límites contenidos en las legislaciones nacionales o comunitaria, que rigen el uso de documentos». Ya que no debemos olvidar que debe dejarse a los Estados miembros, el remitirse a sus respectivas legislaciones en los ámbitos o campos, sobre todo el relativo

a los actos o contratos en los que el Notario, por ejemplo, interviene, siendo esta intervención necesaria, bien con el valor constitutivo del negocio que se contiene bajo la forma pública, bien con su eficacia (necesaria, por ejemplo, para la inscripción en un Registro Público), bien por su fuerza ejecutiva. De ahí, ya se verá si se debe o no, y en qué grado, realizar las modificaciones necesarias en aspectos como, en su caso, el llamado documento público electrónico, sus consecuencias y requisitos, las garantías basadas en la intervención de los Notarios, etc., o incluso en una ley específica, como en el caso de Italia y Alemania, que también serán objeto de estudio en este trabajo.

El artículo 2.º Hace referencia a las definiciones que después aparecen en la Directiva, así se definen la **firma electrónica**, como los datos en forma electrónica anejos a otros datos electrónicos o asociados de manera lógica con ellos, utilizados como medio de autenticación. La firma electrónica avanzada es aquella firma electrónica que cumple los requisitos de estar vinculada al signatario de manera única, de permitir la identificación del signatario, de haber sido creada por medios que el signatario pueda mantener bajo su exclusivo control y estar vinculada a los datos firmados de modo que se detecte cualquier modificación ulterior de los mismos. Asimismo se designa **signatario** a la persona que está en posesión de un dispositivo de creación de firma y que actúa en su propio nombre o en el de la entidad o persona a la que representa; se define el **dispositivo de creación de firma**, dispositivo de verificación de firma, el certificado reconocido que es el certificado que cumple los requisitos establecidos en el anexo I y que deberán de contener la identificación del proveedor de servicios de certificación y el Estado en que está establecido, el nombre del firmante o un seudónimo que conste como tal, un atributo específico del firmante, en caso de que fuera significativo en función de la finalidad del certificado; los datos de verificación de firma que correspondan a los datos de creación de firma bajo control del firmante, una indicación relativa al comienzo y al fin del período de validez del certificado, y el código identificativo del certificado; asimismo el **proveedor de servicios de certificación** que es la persona física o jurídica que expide certificados o presta otros servicios públicos. El anexo II de la Directiva regula los requisitos de los proveedores de servicios de certificación que expiden certificados reconocidos. El anexo III hace referencia a los requisitos de los dispositivos seguros de creación de firma electrónica, y, por último, el anexo IV, relativo a las recomendaciones para la verificación segura de firma. A la firma electrónica avanzada se le conceden determinados efectos, que no tienen las firmas electrónicas no avanzadas. En este artículo 2 se establece otro conjunto de definiciones como los relativos a los datos de creación de firma, datos de verificación de firma, dispositivo seguro de creación de firma, producto de firma electrónica, acreditación voluntaria. En cuanto a la cuestión de la acreditación voluntaria, es un tema esencial, ya que, como luego veremos, no

puede existir ningún tipo de autorización previa para los prestadores de los servicios de certificación, ello, no obstante, se permite a través de la ya citada acreditación voluntaria el establecer un permiso que determine los derechos y obligaciones específicas para la prestación de servicios de certificación, que se concederían, a petición del proveedor de servicios de certificación interesado, por el organismo público o privado encargado del establecimiento y supervisión del cumplimiento de dichos derechos y obligaciones.

A los efectos de clarificar un poco el significado de esta **terminología**, se ha de indicar que las firmas electrónicas son unos mecanismos o instrumentos utilizados para conseguir en esas redes informáticas, abiertas, la seguridad de la identidad del sujeto que emite un mensaje y el contenido del mismo. Ello parte de la ayuda de la «criptografía», de la encriptación de un mensaje, en definitiva, de enmascarar ese mensaje. Existen, además, en el proceso una clave pública y otra privada. Uno de los medios es la llamada firma digital, que es una firma electrónica, que resuelve el tema de la identificación de la persona que envía el mensaje, con el sistema de claves asimétricas. **El proceso sería el siguiente:** el emisor encripta su mensaje (lo cifra) a través de una clave privada y secreta que sólo él conoce, y la clave pública es la que descifra ese mensaje por el receptor, una vez que se le da a conocer a éste la misma, por el emisor. Para determinar, pues, la autoría del documento, basta aplicar esa clave pública de esa persona, a la firma electrónica. Si ello da un resultado positivo, se consigue identificar al firmante del documento electrónico y la de asegurarnos que el contenido del texto firmado no ha sido modificado.

En el artículo 3.º se ha mantenido el texto continuadamente, en el sentido de que los Estados miembros no condicionarán la prestación de servicios de certificación a la actuación de autorización previa. En este sentido, los informes de Justicia establecieron desde un primer momento la necesidad de este requisito de la autorización previa, por creerlo esencial a la hora de que por parte de los Estados existiera un control previo de autorización o licencia, debido a la importancia que tenían estos proveedores de servicio de certificación, ya que las entidades certificantes, según los anexos de la certificación de Directiva, se les atribuían facultades de identificación y de calificación jurídica, de capacidad de obrar y de legalidad, así como de suficiencia de las facultades de sus apoderados sin exigirles una específica titulación, salvo que se diera esta facultad a aquellos que sí la tienen en nuestro sistema jurídico, como, por ejemplo, los Notarios.

Esto no se ha conseguido, aunque se ha introducido un párrafo relativo a que los Estados miembros establecerán un sistema apropiado que les permita la supervisión de los proveedores de servicio de certificación, establecidos en su territorio que expidan al público certificados reconocidos. Asimismo en el número 2 de este artículo se permite que los Estados miembros puedan esta-

blecer o mantener sistemas voluntarios de acreditación destinados a mejorar los niveles de provisión de servicios de certificación.

En cuanto al **artículo 4.º**, se establecen los principios del mercado interior, en el sentido que los Estados miembros no podrán restringir la prestación de servicios de certificación en los ámbitos regulados por la presente Directiva que procedan de otro Estado miembro, garantizando que los productos de firma electrónica que se ajusten a lo dispuesto en la Directiva puedan circular libremente en el mercado interior. Como puede observarse, principio básico en esta Directiva, que está en conexión con el de libertad de establecimiento y de competencia. Ello con independencia de que los Estados miembros aplicarán las disposiciones nacionales que adopten en cumplimiento de la Directiva, a los proveedores de servicios de certificación establecidos en su territorio y a los servicios prestados por ellos.

En cuanto al **artículo 5.º referente a los efectos legales de las firmas electrónicas** en un primer momento se hablaba de que éstas tendrán fuerza ejecutiva. Ello planteaba muchísimos problemas desde el punto de vista de la legislación interna, en cuanto a la consideración de medio de prueba de este documento electrónico bajo firma electrónica, en relación con el sistema jurídico español. Hay que tener en cuenta que, en principio, la redacción genérica que establecía que los Estados miembros velarán para que no se niegue efecto legal, validez, ni obligatoriedad a una firma electrónica por el hecho de que ésta se presente en forma electrónica, no era incongruente con nuestro propio Derecho interno, donde existe este reconocimiento en diversas leyes y también por nuestro Tribunal Supremo, siempre que se cumplieran una serie de requisitos.

Para que estas firmas electrónicas, o firmas seguras electrónicas, o firmas avanzadas, en la última redacción, fueran admisibles como prueba en los procedimientos legales, requieren que estén basados en un certificado acreditado, que cumpla una serie de requisitos.

Lo que ocurre que en el punto 2.º de este artículo se derrumbaba este aparente principio de seguridad al hablar de otras firmas electrónicas, dejando en el aire toda la problemática, ya que en este caso no se requerían los requisitos de los certificados acreditados.

En la última redacción se distingue de una manera más clara en relación a estos efectos jurídicos de la firma electrónica, por una parte el relativo a que la firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido y creada por un dispositivo seguro de creación de firma, en este supuesto los Estados miembros procurarán que este tipo de firma satisfaga el requisito jurídico de una firma en relación con los datos en forma electrónica, del mismo modo que una firma manuscrita satisface dichos requisitos en relación con los datos en papel, y además sea admisible como prueba en procedimientos judiciales.

Asimismo, en el apartado 2 al hablar de las otras firmas electrónicas implica a los Estados miembros para que éstos controlen de que no se niegue eficacia jurídica ni su admisibilidad como prueba en procedimientos judiciales.

Posteriormente analizaremos este contenido del artículo, muy especialmente cuando hablemos de la norma española sobre firma electrónica, llegando a la conclusión de que ciertamente será la firma electrónica avanzada la que efectivamente pueda tener auténticos efectos jurídicos.

También hay que hacer hincapié en el sentido de que cuando se equiparan firma electrónica avanzada y firma manuscrita se pretende equiparar documento electrónico con documento privado en soporte papel, aunque esta asimilación ni mucho menos es tan clara y rotunda.

En cuanto al **artículo 6.º referente a la responsabilidad de los proveedores de servicios o entidades certificantes**, el texto de la Directiva siempre ha sido demasiado ambiguo con términos poco claros, como, por ejemplo, estableciendo demasiados límites y salvaguardias a dicha responsabilidad, como, por el ejemplo, para el supuesto de que el prestador de servicios demuestra que ha adoptado todas las medidas razonables.

Por ello es imprescindible para garantizar y asegurar la confianza de los consumidores en la contratación electrónica que la responsabilidad de los proveedores de servicios de certificación quede claramente establecida y nunca en perjuicio del usuario. Como después veremos, en el Real Decreto-ley sobre firma electrónica, se consagra con carácter general la responsabilidad por culpa o negligencia, pero invirtiendo la carga de la prueba.

El texto definitivo de la Directiva, ciertamente, ha sido mucho más positivo que el que se establecía en un primer momento. Y durante el proceso de elaboración de la misma se ha introducido el concepto de la negligencia como uno de los puntos esenciales a la hora de determinar esa posible responsabilidad. Se permite que el proveedor de servicios de certificación pueda consignar en un certificado reconocido, límites en cuanto a sus posibles usos, siempre y cuando los límites sean reconocibles para terceros, no siendo responsable de los daños y perjuicios causados por el uso de un certificado reconocido, que exceda de esos límites. Asimismo, se establece que «... los Estados miembros velarán por que el proveedor de servicios de certificación pueda consignar en el certificado reconocido un valor límite de las transacciones que puedan realizarse con el mismo, siempre y cuando los límites sean reconocibles para terceros.

El **artículo 7.º** hace referencia a los aspectos internacionales relativos, al reconocimiento jurídico de los certificados reconocidos, por un proveedor de servicios de certificación establecido en un tercer país, y, como consecuencia, su equivalencia jurídicamente reconocida, a los expedidos por un proveedor de servicios de certificación establecido en la Comunidad, pero siempre que cumplan determinadas condiciones: entre otras, la de los requisitos estableci-

dos en la propia Directiva, así como que el certificado o el proveedor de servicios de certificación estén reconocidos en virtud de un acuerdo bilateral o multilateral entre la Comunidad y terceros países u Organizaciones Internacionales.

El artículo 8.º hace referencia a la protección de datos, en el marco de esta Directiva, debiéndose cumplir los requisitos de otras Directivas que regulan esta cuestión, es decir, a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de los datos personales y a la libre circulación de estos datos, todo ello en relación con los requisitos establecidos en la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995. También se permite la utilización de seudónimos por parte del signatario o firmante, pero sin perjuicio de los efectos jurídicos concedidos a los seudónimos con arreglo al derecho nacional. La problemática de los seudónimos también se contempla en la actual elaboración de la Directiva sobre comercio electrónico.

El artículo 9.º se refiere al Comité de Firma Electrónica, compuesto por representantes de los Estados miembros y presidido por el representante de la Comisión, que someterá al Comité un proyecto de las medidas que deban adoptarse, fijándose las funciones del Comité en el artículo 10, en el sentido de clarificar los requisitos establecidos en los respectivos anexos, así como los sistemas de supervisión de los proveedores y las normas para los productos de firma electrónica que gocen de reconocimiento general.

En el artículo 11 se establece el sistema de notificación por parte de los Estados miembros a la Comisión, y a los demás Estados miembros, lo relativo a la información, entre otras circunstancias, acerca de los sistemas voluntarios de acreditación de ámbito nacional, el nombre y dirección de los organismos nacionales competentes en materia de acreditación y supervisión, etc.

En el artículo 12 se establece el mecanismo de revisión, ya que la Comisión procederá al examen de la aplicación de la Directiva, presentando el oportuno informe al Parlamento Europeo y al Consejo, y dicho examen podrá permitir determinar si conviene o no modificar el ámbito de aplicación de la Directiva en vista de la evolución tecnológica y del contexto jurídico. No hay que olvidar que todo lo relacionado con la firma electrónica está en un proceso de avance continuado, y las novedades tecnológicas, que pueden ir apareciendo son impredecibles, por ello es lógico este mecanismo de revisión.

En cuanto a los Anexos I, II, III y IV, ya hicimos referencia anteriormente a su contenido.

3. Problemas que se plantean en el comercio electrónico, la firma digital, firma electrónica, documento electrónico, derivados del articulado de la Directiva. No cabe duda que esta Directiva, aunque hable de la firma electrónica, está en íntima relación con la contratación electrónica.

Aunque ciertamente no quiere meterse en el tema de la validez del documento electrónico, indirectamente su conexión es clara y rotunda. Un primer aspecto es que la contratación electrónica está incardinada dentro de los llamados contratos entre ausentes o contratos a distancia, y ello plantea entre otras circunstancias la determinación del momento en que se entienda perfeccionado este contrato.

Existe una Directiva 97/7 CE. del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo del 97 relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, que aún no ha sido traspuesta a la legislación interna, y en donde en su artículo 3.º establece un ámbito de exclusión, entre otros, a los contratos celebrados para la construcción y venta de bienes inmuebles y a los contratos que se refieran a otros derechos relativos a bienes inmuebles con excepción del arrendamiento.

En la contratación electrónica es importante tener en cuenta el momento en que se pueda entender perfeccionado el contrato, bien por el sistema del Código Civil, que es el momento del conocimiento de la **aceptación de la oferta, artículo 1.262**, o bien en el sistema mercantil que es el momento de la emisión de aquella, contemplado en el artículo 54 del Código de Comercio.

En este sentido (3): «... Aunque ciertamente la contratación electrónica la diferencia práctica es casi irrelevante, ya que lo que se ha llamado el diálogo entre ordenadores se realiza en tiempo real, pero sí que es importante la diferenciación no entre el momento de emisión y de recepción de la oferta, sino el del momento de emisión y de su conocimiento por el oferente, ya que en la comunicación electrónica el mensaje enviado se graba en un ordenador que no es del destinatario, de modo que el conocimiento de la aceptación por el oferente no se produce hasta que no abre esa correspondencia, por ello al depender sólo de la voluntad de su destinatario, cabe entender como perfectamente lógico el sistema de perfección de los contratos previstos en el Código de Comercio. Este criterio del artículo 51 del Código del Comercio podría ser aplicado en el supuesto de la contratación electrónica, y ello en conexión con el Real Decreto 263/1996, de 16 de febrero, relativo a la utilización de técnicas electrónicas en las Comunicaciones entre Administración y particulares en el sentido de que esos medios o soportes electrónicos sólo gozarán de validez y eficacia jurídica en caso de que hayan sido previamente aceptados de forma expresa».

Con posterioridad, en otro apartado de este trabajo haremos referencia a estas autoridades certificadoras y al papel del notariado en esta cuestión de la firma electrónica y la problemática que se puede plantear, así como la posibilidad de que se pueda ser Entidad de Certificación.

(3) DÍAZ FRAILE, JUAN MARÍA, «Estudio de la regulación de la firma electrónica en la Directiva Europea», en *Revista La Ley*, vol. 6, 1998, págs. 2149 a 2162.

En nuestro Derecho interno existen normas que regulan determinados aspectos de la comunicación electrónica.

Así, por ejemplo:

— La Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, dictada en desarrollo del artículo 18.4 de la Constitución («la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos»), de singular importancia por la debilidad de la posición no sólo contractual, sino, sobre todo, técnica en que se encuentran los usuarios de sistemas de certificación de firmas electrónicas. La mera remisión que hace el artículo 8.º de la Directiva sobre firma electrónica a la regulación contenida en las Directivas sobre protección de datos, Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 95/46/CEE y 97/66/CEE, no despeja todas las dudas en este aspecto. Así, por ejemplo, la autorización del uso de pseudónimos en la contratación electrónica pone de manifiesto la escasa confianza que merecen las transacciones electrónicas desde el punto de vista de su confidencialidad, sobre lo que no hay garantías plenas.

Igualmente problemático es el tema de las transacciones de información electrónica con terceros países no vinculados por la normativa europea (especialmente grave es el problema de las comunicaciones con los Estados Unidos, que cuenta con una legislación muy permisiva y, con los llamados «paraísos informáticos» —países y territorios sin restricciones en el uso de la información—).

— La Ley 24/1988, de 28 de julio, de Mercado de Valores.

— La Ley 30/1992, de 21 de noviembre, de Régimen Jurídico de Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. En este sentido, de los artículos 45 y 46 se deriva que «Los documentos emitidos, cualquiera sea su soporte, por medios electrónicos, informáticos o telemáticos por las Administraciones Públicas, o los que éstas emitan como copias de originales almacenados por estos mismos medios, gozarán de la validez y eficacia de documento original, siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y conservación y, en su caso, la recepción por el interesado, así como el cumplimiento de las garantías y requisitos exigidos por esta u otras leyes.

— El Real Decreto 263/1996, de 16 de febrero, dictado en desarrollo de la Ley 30/ 1992.

Igualmente en el ámbito de las notificaciones se establece un sistema netamente garantista para el particular por cuanto la validez de las cursadas por procedimientos electrónicos o telemáticos se condiciona a que exista constancia de la recepción, de la fecha y del contenido íntegro, que se identifique

«fidedignamente» al remitente y destinatario, y que el particular haya no sólo autorizado la utilización del soporte o medio de comunicación empleado, sino que lo haya señalado como medio de comunicación preferente (artículo 6.2).

En el ámbito fiscal cabe destacar entre otras:

— La Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto del Valor Añadido.

— El Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, de desarrollo del Texto Refundido de 24 de septiembre de 1993 sobre el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Pues bien, un problema no resuelto en este ámbito es el las contrataciones electrónicas, que por estar amparadas por el principio de la confidencialidad son fiscalmente opacas.

— Incluso en el ámbito de la Contratación Privada: la Ley 7/98, de 13 de abril, de Condiciones Generales de Contratación, en especial su artículo 5.3, establece como requisito de incorporación de las cláusulas que contengan condiciones generales en los supuestos de contratación telefónica o electrónica el que «conste en los términos que reglamentariamente se establezcan la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma convencional. En este supuesto, se enviará inmediatamente al consumidor justificación escrita de la contratación efectuada, donde constarán todos los términos de la misma». Como podemos apreciar, el requisito que se exige, sobre la justificación escrita posterior, supone una mayor protección al consumidor, y en ningún caso se opone a los principios de la Directiva sobre firma electrónica, en relación de la Directiva sobre cláusulas abusivas. Teniendo en cuenta que en todo caso esta Directiva no puede ni debe alterar otras Directivas relativas a la protección de los consumidores, del mismo modo que ocurre en la Propuesta de Directiva sobre comercio electrónico. En este sentido, con fecha 31 de diciembre de 1999 se publicó en el *BOE* el Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del artículo 5.3 de la Ley 7/98, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación. Como indica el artículo 1 de la norma citada, se aplicará a los contratos a distancia, o sin presencia física simultánea de los contratantes, realizados por vía telefónica, electrónica o telemática, que contengan condiciones generales de la contratación. No será de aplicación, a los contratos administrativos, los contratos de trabajo, los de constitución de sociedades, los que regulan relaciones familiares, los contratos sucesorios, los contratos referidos a servicios financieros consistentes en servicios de inversión, instituciones de inversión colectiva, los relativos a la construcción y venta de bienes inmuebles y demás relativos a derechos reales sobre los mismos, entre otros. El artículo 3 regula el importante aspecto de la confirmación documental de la contratación efectuada, ya que una vez celebrado el contrato, el predisponente deberá enviar al adherente inmediatamente y, a más tardar, en

el momento de la entrega de la cosa o comienzo de la ejecución del contrato, justificación por escrito o, a propuesta del mismo, en cualquier otro soporte duradero adecuado al medio de comunicación empleado y en su propio idioma o en el utilizado por el predisponente para hacer la oferta, relativa a la contratación efectuada donde deberán constar todos los términos de la misma. A los efectos de lo indicado en este apartado, el predisponente deberá indicar en la información previa a que se refiere el artículo anterior, los distintos tipos de soportes entre los que podrá elegir el adherente como medio de recepción de la justificación de la contratación efectuada. El importante artículo 5 de este Real Decreto se refiere a la atribución de la carga de la prueba en el sentido de que esta carga de la prueba, sobre la existencia y contenido entre otras circunstancias, de la información previa de las cláusulas del contrato, de la entrega de las condiciones generales, de la justificación documental de la contratación, de la renuncia expresa al derecho de resolución, así como de la correspondencia entre la información, entrega y justificación documental y el momento de sus respectivos envíos, corresponde al predisponente.

— La Ley 66/ 1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, atribuyendo a la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre el carácter de proveedor de servicios de certificación de comunicaciones electrónicas de las Administraciones Públicas entre sí y de éstas con particulares. Así, el artículo 81 faculta a la citada FNMT para la prestación de los servicios técnicos y administrativos necesarios para garantizar la seguridad, la validez y la eficacia de la emisión y recepción de comunicaciones y documentos a través de técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos (EIT) en las citadas relaciones. Se prevé la extensión de tales servicios, mediante convenios, a las Comunidades Autónomas, Entidades Locales y demás Entes de Derecho Público, y sus requisitos serán los establecidos por el Consejo Superior de Informática. Entre tales requisitos parece que se incorporará un Registro de Usuarios, ya que por un lado la utilización de los procedimientos EIT tendrá carácter voluntario para los usuarios (ejerciendo tal voluntad a través de solicitudes de alta y baja en el Registro) y, por otro, la utilización del sistema se sujeta a la previa aceptación de las condiciones generales que se determinen, que habrán de ser objeto de publicación oficial, por parte del propio usuario, quien quedará obligado por las mismas.

Pues bien, nada dice la Propuesta de Directiva sobre requisitos de utilización de los sistemas de firma electrónica por los usuarios, carencia denunciada por diversas Delegaciones de Estados miembros en el Consejo de Telecomunicaciones, aspecto sobre el que la situación de la tramitación del proyecto es muy abierta.

— El Acuerdo de 11 de marzo de 1998, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, para la implantación del sistema de Cifrado/CNMV (Sistema de Intercambio de Información a través de línea telemática).

Los elementos básicos de esta regulación son:

- **Ámbito de aplicación:** se extiende a la tramitación prevista por la Ley 24/ 1988, de 24 de julio, del Mercado de Valores, recepción de las informaciones que periódicamente deben enviar a la CNMV las entidades supervisadas, atención de reclamaciones y consultas y cualquier otro intercambio de información.
- **Medios** a través de los que se realiza el intercambio de información. Red Internet y Boletín Informático (BBS); en todo caso la CNMV adaptará su sistema de cifrado al previsto en el artículo 81 de la citada Ley 66/1997, cuando esté operativo.
- **Destinatario:** las entidades sujetas a supervisión y las demás personas físicas o jurídicas en cuanto estén afectadas por la Ley 24/1988, de 24 de julio, del Mercado de Valores.
- **Régimen jurídico de la autorización:** las personas físicas o jurídicas que pretendan utilizar el sistema deben solicitar una autorización a la CNMV, que deberá ir acompañada de una aceptación del mismo en documento que será objeto de registro; la autorización podrá ser denegada por falta de medios técnicos del administrado o por cualquier otra causa fundada.
- **Uso del soporte de papel:** la CNMV podrá realizar la impresión de los documentos emitidos, recibidos y almacenados, considerándose como copia fiel del original tramitado, de acuerdo con lo señalado por el artículo 6 del Real Decreto 263/ 1996, pudiendo ser solicitada en todo momento por el remitente, las autoridades o a instancia de un tercero interesado, gozando de la misma validez y eficacia que el documento original.
- El titular de la autorización garantizará el uso exclusivo por las personas físicas incluidas en la relación nominal de operadores contenida en el documento de aplicación.

En todo caso, la compatibilidad de este sistema de cifrado, así como el previsto por el artículo 81 de la Ley de Acompañamiento a los Presupuestos de 1998 respecto de la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre y, en definitiva, el marco general diseñado por el Real Decreto 263/1996, respecto de la Propuesta de Directiva es compleja, por cuanto en esta última se parte del principio de libre establecimiento y acceso al mercado por parte de cualquier operador de servicios de certificación electrónica, sin que éstos estén sujetos siquiera a trámite alguno de autorización administrativa previa.

Existen otras normas que se refieren expresamente a la firma electrónica u otros medios de autenticación electrónica, y que se han utilizado de una manera práctica, así, por ejemplo, dentro del ámbito tributario, pueden citarse

las Circulares 8/1993, de 30 de septiembre, y 4/1996, de 9 de diciembre, del Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, relativas a la presentación telemática del Documento Único Administrativo, que permiten la sustitución de la firma manuscrita por otros medios de identificación electrónica, incluida la firma digital, y la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda del 13 de abril de 1999, por la que se establecen las condiciones generales y el procedimiento para la presentación telemática de declaraciones del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. La Orden de 30 de septiembre de 1999, por la que se establecen las condiciones generales y el procedimiento para la presentación telemática de las declaraciones-liquidaciones, correspondientes a los modelos 110, 130, 300 y 330.

En el campo de los Registros Mercantiles hay que tener en cuenta la Instrucción de 30 de diciembre de 1999 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, relativa a la presentación de cuentas anuales, a través de medios telemáticos, con la aplicación de la firma electrónica, teniendo en cuenta el Real Decreto-ley 14/1999, de 17 de septiembre; asimismo, la Instrucción de 31 de diciembre de 1999 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre legalización de libros en los Registros Mercantiles a través de procedimientos telemáticos.

En el ámbito de la Seguridad Social cabe mencionar la Resolución de 23 de mayo de 1996, de la Dirección General de la Tesorería General de la Seguridad Social, por la que se desarrolla la Orden de 3 de abril de 1995, sobre uso de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en relación con la inscripción de empresas, afiliación, altas y bajas y trabajadores, cotización y recaudación en el ámbito de la Seguridad Social, y la Resolución de 17 de enero de 1996, de la Secretaría General para la Seguridad Social, por la que se establecen nuevas medidas de mejora en la gestión de la Seguridad Social y de la atención e información prestada al ciudadano, que introduce, como novedad, una nueva tarjeta personal de la Seguridad Social basada en la huella digital como método de autenticación.

Asimismo, en regulaciones más generales sobre el empleo de medios telemáticos, además de todas las que anteriormente se han ido indicando, cabe destacar el artículo 230 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y el Reglamento de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, aprobado por Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial de 7 de junio de 1995.

Otro problema importante es el de la eficacia jurídica de los documentos firmados electrónicamente, ya que la propia Directiva parte del principio de que toda firma electrónica certificada tiene el mismo valor ejecutivo y probatorio que la firma manuscrita. En este sentido el problema es

ver qué tipo de prueba de los admitidos en nuestro Derecho es asimilable a la firma electrónica; por ejemplo, el documento privado, el reconocimiento judicial y o pericial o confesión extrajudicial. Por ello dada la complejidad de asimilar plenamente el documento privado al electrónico parece preferible su reconducción a la categoría de prueba de reconocimiento judicial y pericial. Pero ello debe dejarse a las propias leyes procedimentales de los Estados miembros, que determinen su eficacia y alcance. Otro tema sería, el de la necesidad de incorporar en nuestro Ordenamiento el valor probatorio de esos documentos electrónicos, ya que de la propia Jurisprudencia del Tribunal Supremo en Sentencias de 3 de octubre y noviembre del 97 establece esa efectividad, indicando que el documento electrónico es firmable, en el sentido de que el requisito de la firma autógrafa o equivalente puede ser sustituida por el lado de la criptografía por medio de cifras, signos, códigos, barras u otros atributos numéricos que permitan asegurar la procedencia y veracidad de su auditoría y la autenticidad de su contenido. Lo que ocurre es que aquel certificado de autenticidad, veracidad y fidelidad difícilmente se verá suplido por las certificaciones expedidas por unas entidades certificantes tan carentes de controles como las previstas en aquélla, ante cuya ausencia será preciso acudir a la vía del reconocimiento judicial.

El Tribunal Supremo ha tenido ocasión en varios momentos de referirse al valor de estas firmas electrónicas, por supuesto, antes de la aparición de la Directiva de firma electrónica, y del Real Decreto-ley. En este sentido, el Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, de desarrollo del texto refundido de 24 de septiembre de 1993, sobre el Impuesto de Transmisiones y Actos Jurídicos Documentados, a la hora de establecer la lista de los hechos imponibles, hace referencia, al libramiento de cualquier documento de giro mercantil «en cualquier soporte escrito, incluidos los informáticos, por los que se pruebe, acredite o haga constar alguna cosa» (art. 76.3). Este artículo introducía de manera explícita la posibilidad de que el soporte por medio informático, por ejemplo el magnético, podía servir de base para el libramiento de documentos de giro mercantiles, como la letra, el cheque, el pagaré, etc. La Asociación Española de la Banca Privada interpuso un recurso, basado en la imposibilidad de que pudieran existir este tipo de documentos, por ejemplo, de naturaleza cambiaría en un soporte magnético, considerando la esencialidad de la firma escrita. El Tribunal Supremo, en las sentencias de 3 de octubre y 3 de noviembre de 1997, admite explícitamente esa posibilidad del soporte magnético, para la existencia de un documento de naturaleza cambiaría. Claro está esta determinación y declaración de principios ha ido acorde con otras sentencias, en el sentido de que para ese reconocimiento se deben establecer una serie de requisitos y garantías que ineludiblemente determinen y permitan establecer claramente la autenticidad de autoría, y como consecuencia, la firma de quien asume esa autoría y su contenido, y por supuesto,

en relación al documento electrónico con función de giro mercantil, establece que es firmable, pudiendo el requisito de la firma autógrafa o equivalente ser sustituida por el lado de la criptografía, por medio de cifras, signos, códigos, barras u otros atributos numéricos que permitan asegurar la procedencia y veracidad de su autoría y la autenticidad de su contenido. En otras ocasiones anteriores, y en relación al posible encaje de estos otros medios, diferentes al soporte papel y a la firma manuscrita, el Tribunal Supremo se decantó no a través de la prueba documental, sino a través del reconocimiento judicial, y en este sentido, la sentencia de 30 de noviembre de 1992, que hacía referencia a las cintas de vídeo, magnetofónicas y otros medios de reproducción, el Alto Tribunal está exigiendo, para que puedan ser utilizados como pruebas, debe exigirse en todo caso la previa adveración, certificación de autenticidad, veracidad y fidelidad, y cuyo cauce adecuado será mediante el reconocimiento judicial.

Como luego tendremos ocasión de analizar, a la hora de analizar el Real Decreto-ley sobre firma electrónica en mayor profundidad, la Directiva de Firma electrónica en su artículo 5 regula los efectos jurídicos de la firma electrónica.

Este artículo está haciendo referencia a dos tipos de firmas: el párrafo 1.º a la llamada firma electrónica avanzada, que es la que está basada en un certificado reconocido y que está creada por un dispositivo seguro de creación de firma, y la firma electrónica simple, que no está basada en un certificado reconocido, o no está basada en un certificado expedido por un proveedor de servicios de certificación acreditado, o no esté creada por un dispositivo seguro de creación de firma. El principio general es que en el supuesto de la firma electrónica simple o no avanzada, los Estados miembros velarán por que no se niegue eficacia jurídica, ni la admisibilidad como prueba en procedimientos judiciales, a la firma electrónica simple. En relación a la avanzada, se establece que los Estados miembros procurarán que en este caso, esta firma satisfaga el requisito jurídico de una firma en relación con los datos en forma electrónica, del mismo modo que una firma manuscrita satisface dichos requisitos en relación con los datos en papel. En este caso, parecen correlacionarse la firma electrónica avanzada con la firma manuscrita, así como el documento en soporte papel con el documento electrónico.

Ya hemos indicado el criterio tanto legislativo como jurisprudencial en España sobre los medios telemáticos, su utilización y su posible eficacia, que incluso estaban de forma directa o indirecta reconocidos, con anterioridad a las normas, por ejemplo de firma electrónica, en el Real Decreto-ley que analizaremos e incluso en la propia Directiva, y la asimilación de estos documentos electrónicos, de manera más coherente, en la llamada prueba de reconocimiento judicial y/o pericial. Incluso, como luego estudiaremos al analizar la ley de firma digital del Derecho alemán, y en concreto en la

jurisprudencia y en la doctrina, la tesis más ampliamente aceptada, de que el documento electrónico, su valor probatorio, a los efectos de su admisión, debe reconducirse a la prueba del reconocimiento judicial.

En la Ley 1/2000, de 7 de enero de 2000, de Enjuiciamiento Civil, *BOE* 8 de enero de 2000, con entrada en vigor al año de su publicación, establece esta orientación, partiendo de la base del artículo 812, con la posibilidad de la ejecución de créditos, que se acrediten mediante cualquier documento, incluso cualquiera que sea su forma o el soporte físico en que se encuentren y que aparezcan firmados por el deudor, incluso por cualquier señal física o electrónica. Por otro lado, también se prevé la posibilidad de los medios de reproducción de la palabra como medio de prueba, incluidos en su caso los medios de grabación informática, y cerrando el círculo, las partes procesales que quieran y propongan este medio de prueba, podrán aportar los dictámenes y medios de prueba instrumentales que consideren convenientes, conforme a lo establecido en los artículos 382 y 384 de la citada Ley.

III. INFORME GENERAL EN RELACIÓN CON EL DOCUMENTO Y EL COMERCIO ELECTRÓNICOS

En un informe, en el seno del Consejo General del Notariado, sobre este balance de investigación y de orientación, se indica que «el notariado español está muy sensible en materia de comercio electrónico... algunos de sus miembros asisten a coloquios, organizados por otros notariados en materia de tráfico jurídico electrónico... y siendo miembros permanentes en comisiones organizadas por la Unión Internacional del Notariado Latino... ejemplos de la utilización de la vía telemática son los de la conexión vía fax entre los notarios y el Registro de la Propiedad... el Registro Mercantil Central, aun sin eficacia jurídica sólo informativa... el mismo Registro de Actos de Última Voluntad que se crea por vía telemática... la Intranet creada por el Consejo General... se está estudiando el deseo ampliamente sentido por notarios, asesores jurídicos... de que exista una conexión *on Une* con los Registros Públicos, concretamente con el de la Propiedad y el Mercantil... que en la pantalla del notario en cuestión aparezcan los datos registrales necesarios para asegurar en tiempo real la existencia de la representación de las sociedades mercantiles, el ámbito de los poderes y la titularidad, descripción y cargas de los asientos del Registro de la Propiedad, así como la posibilidad de que el asiento de representación... sea también realizado *on Une*...». Asimismo en este informe se parte de unas ideas básicas que el notariado cree imprescindibles para este tráfico jurídico electrónico, exigencias de carácter técnico y exigencias de carácter jurídico. En las exigencias técnicas, entre otras cuestiones para establecer la similitud entre el documento electrónico y el de

papel, se han de exigir unos requisitos: «... debe ser susceptible de ser guardado en un almacén... esto es, no se permite ningún cambio. El cambio sin autorización debe ser impedido... Las copias sin autorización deben ser impedidas... Dado que no hay posibilidad de firma autógrafa, la digitalizada dada su copiabilidad no sirve, por tanto se exige una función equivalente a una firma manual, o sea la firma electrónica. El autor debe ser indubitadamente identificado... En la transmisión... hay que guardar también una serie de medidas encaminadas a: evitar escuchas... la manipulación... el autor de la comunicación ha de ser claro. La integridad y autenticidad del origen de los datos debe poder ser demostrada. El documento debe ser fechado...».

También en este informe se determinan una serie de exigencias de tipo jurídico en el sentido de que la manifestación y su soporte tienen que reunir una serie de requisitos jurídicos para que estos efectos se produzcan. En este sentido se indica que «ha de ser una manifestación de voluntad vinculante... ha de emanar de una persona con capacidad... creado el documento, éste ha de reunir... los requisitos de auditoría, esto es que ha sido creado por el declarante, que su contenido es el mismo que ha expresado su autor... y se ha fijado en un soporte, esto es que ha sido grabado. El documento debe también ser impreso en papel... que ha de ser firmado por el oferente o parte y el propio notario, quien asegura la identidad, la capacidad, la voluntad y la auditoría. Creado el documento, éste es transportado... el receptor, teniendo a la vista el documento manifestará su voluntad y consentimiento mediante los mismos procedimientos... el documento recibido tendría que ser trasladado a papel y el asentimiento debería ser al igual que el del emisor, constatado no sólo electrónicamente, sino reflejado en el papel, mediante la firma de la otra parte junto con el notario que daría fe de la identidad, capacidad, firma y auditoría... admitiendo la posibilidad de los negocios entre ausentes, el notariado sólo puede concebir estas posibilidades con la presencia de una de las partes ante el notario, quien debe poseer una clave privada y pública para acceder a través del sistema notarial a la red propia y enviar su documento electrónico al centro receptor de otro notario... Por tanto, este código que identifica a una persona dentro de esa red, por el momento sólo puede ser creado de manera privada y producido por alguien que pertenezca a la red, sea su propietario, gestor o entidad encargada de certificar ese correo electrónico; en definitiva, lo que los técnicos han llamado la notaría electrónica, esto es, la entidad que se encarga de certificar que ese tráfico electrónico se ha realizado. Esta es la que asignaría la clave privada a cada emisor. Por tanto, sería un tercero ajeno a las partes el encargado de certificar que la clave pertenece a una determinada persona... los problemas técnicos en cuanto a seguridad podrían quedar resueltos si la gestión de la firma electrónica no quedase encomendada a una entidad privada, sino al Ministerio de Justicia... a través de sus distintos servicios, autoridades certificadoras, Juzgados, Notarías y Re-

gistros, Civil, de la Propiedad y Mercantiles. La red sería la pública o la privada, y el centro gestor, a través del organismo creado al efecto dentro del Ministerio o utilizando los existentes, tales como la propia organización notarial...».

Asimismo, en la Asamblea de Notariados miembros de la Unión Internacional del Notariado Latino, celebrada en Buenos Aires el 2 de octubre de 1998, se declara: «...1. La necesidad de promover la promulgación de leyes que reconozcan la intervención del Notariado de tipo latino, asegurando la legalidad, autenticidad y conservación de los documentos electrónicos que sirvan de base a la relaciones jurídicas entre las personas físicas y jurídicas de todo el mundo.

2. Las organizaciones notariales nacionales aportarán su apoyo técnico a los respectivos poderes estatales, para materializar normas que regulen esta nueva forma documental para que mantenga las mismas garantías que ofrece el documento público notarial. Las organizaciones notariales nacionales sostengan a sus notarios afiliados creando las infraestructuras que sean necesarias.

3. La U.N.I.L., a través de su Comisión de Informática y de Seguridad Jurídica, colaborará en la solicitud de apoyo que demanden los Notariados miembros.....

IV. ALGUNOS COMENTARIOS SOBRE LAS LEYES ALEMANA E ITALIANA SOBRE FIRMA ELECTRÓNICA

1. LEGISLACIÓN ALEMANA

La legislación alemana está compuesta por la Ley de Firmas Digitales aprobada por el *Bundestag* el día 13 de junio de 1997. Esta Ley forma parte integrante de una Ley más amplia denominada Ley Multimedia, que regula con carácter general las condiciones de los servicios de información y documentación.

La Ley de firmas digitales debe ser objeto de desarrollo mediante un Reglamento del que existen ya varios anteproyectos. Esta Ley empieza por hacer cuatro definiciones.

Define la firma digital como un sello de datos digitales creado por una llave privada que permite determinar a través de la llave pública asociada a ella y determinada en un certificado, quien es el titular de la firma y que los datos firmados no han sido alterados.

Define al certificador como a la persona física o jurídica que atestigua la atribución de una llave pública a una persona física, disponiendo para ello de la correspondiente licencia.

Define dos tipos de certificados: el certificado de firma digital es un testimonio relativo a la atribución de una llave pública a una persona física, a la que se asocia una firma digital. El certificado de atributos es un testimonio especial digital en el que se contienen datos adicionales sobre el mismo. Y define finalmente el sello temporal como un testimonio digital expedido por un certificador, que tiene unida una firma digital. La Ley establece un marco formal para la utilización de las firmas digitales. La utilización de una firma digital, con arreglo a la Ley exige la previa obtención de un certificado de firma digital. Estos certificados los expiden los certificadores y para ser certificados, hay que obtener una licencia. En la cúpula del sistema, la Ley coloca a la denominada autoridad, la autoridad es el organismo encargado de conceder la licencia. Regula la Ley la emisión de los certificados, el certificador tiene que identificar al solicitante de una forma fiable. La Ley impone al certificador un cierto deber de información y de asesoramiento al solicitante del certificado.

El artículo 6 de la Ley establece un deber de asesoramiento en el sentido de que el certificador deberá advertir al solicitante, de acuerdo con el artículo 5, párrafo 1, en relación a las medidas necesarias para contribuir a dar seguridad a las firmas digitales y a su verificación fiable. El artículo 7 regula el contenido de los certificados que deberán tener como mínimo el nombre del titular de la firma llave pública, al que deberán añadirse una anotación adicional si hay posibilidades de confusión, una llave pública atribuida, un algoritmo con el que la llave pública del titular, así como la llave pública del certificador, puede usarse, el número del certificado, el inicio y final de la validez del certificado, el nombre del certificador y la información sobre si el uso de la firma digital está limitado a aplicaciones determinadas. Asimismo en este artículo 7 se establece la información relativa al poder de representación de un tercero, o a la profesión u otra titulación. El artículo¹ 8 hace referencia a la suspensión de los certificados, en el sentido de que la autoridad podrá suspender certificados por ella expedidos, si un certificador ha cesado en sus actividades. Los artículos 9, 10 y 11 hacen referencia, respectivamente, a los sellos temporales, a la documentación relativa a las medidas de seguridad tomadas por el certificador, así como el fin de actividades, en el sentido de que al cesar en sus actividades, el certificador deberá notificarlo a la autoridad tan pronto como sea posible. El artículo 12, relativo a la protección de datos, intenta establecer los mecanismos para esa protección de los datos personales de la persona afectada. El artículo 13 regula el control y exigencia de responsabilidades, en el sentido de que la autoridad podrá tomar las medidas en relación a los certificadores para asegurar el cumplimiento de esta Ley y de su Reglamento, permitiendo éstos a la autoridad el acceso a sus establecimientos y locales, teniendo en cuenta que en el supuesto de incumplimiento de las

obligaciones derivadas de la Ley, la autoridad deberá revocar tal licencia. El artículo 14 hace referencia a los componentes técnicos que se utilizan en todo el procedimiento, teniendo en cuenta que éstos deberán estar suficientemente verificados, mediante las técnicas más modernas y el cumplimiento de los requisitos, deberá ser notificado por un organismo reconocido por la autoridad. Por último, hace referencia la Ley a los certificados extranjeros en conexión con las firmas digitales que puedan ser comprobadas con una llave pública que haya sido certificada por otro Estado miembro de la Unión Europea o por otro Estado firmante del Tratado del Área Económica, previendo la Ley la autorización al Gobierno Federal para promulgar, mediante Reglamento, las disposiciones necesarias para desarrollar los artículos de la misma. Como podemos observar, uno de los puntos más importantes de esta Ley es el control de la autoridad con respecto a los certificadores, en el sentido de que será necesaria una concesión de licencia por parte de la autoridad, así como la supervisión del cumplimiento de la Ley.

Esta licencia o autorización previa ha sido el caballo de batalla en la negociación que se está llevando a cabo para la ya tan comentada Directiva sobre firma electrónica, donde justamente la posición alemana era la de la exigencia de esa autorización previa, y esta fue la posición mantenida también en los informes del Ministerio de Justicia, para que existiese un control del Estado que exigiera la autorización previa para los certificadores, o como dice la Directiva aún en elaboración, los proveedores de servicio de certificación. Esta idea fue bastante rechazada por la mayoría de los Miembros del Grupo de Trabajo bajo la Presidencia Austríaca, y como hemos indicado anteriormente a la hora de hablar de la elaboración de esta Directiva, el texto ha ido cambiando mediante diversas transacciones. En nuestra opinión es ciertamente este uno de los puntos esenciales, que se escapan de la Directiva, en el sentido de que parece lógico, de que en un tema tan esencial los Estados Miembros de la Unión pudieran tener un control previo mediante la autorización o licencia, debido a la importancia que tienen esos proveedores de servicios de certificación, así como un control en la extensión de los certificados que se expidan, en cuanto al cumplimiento de los requisitos. Aunque esta opinión no está tan generalizada.

El proyecto de Reglamento de firmas digitales de la Ley alemana de dichas firmas establece un desarrollo más pormenorizado de los principios generales determinados en la propia Ley. Es de resaltar el artículo 3, relativo al procedimiento de solicitud para la obtención de certificados; el artículo 5, sobre la creación y custodia de llaves de firmas y claves de identificación; el artículo 7, sobre validez de los certificados que no podrá ser superior a cinco años; el artículo 8, sobre los Registros Públicos de certificados; el artículo 15, sobre el control de los certificados, en el sentido de que un certificador deberá

sufrir un examen, en conexión con el artículo 4, párrafo tercero, frase tercera, de las firmas digitales, pudiendo la autoridad llevar a cabo exámenes en intervalos razonables.

2. LEGISLACIÓN ITALIANA

La legislación italiana en esta materia está conformada por el Reglamento de actos, documentos y contratos en forma electrónica aprobado el 5 de agosto de 1997. El capítulo 1 hace referencia a los principios generales, dando en su artículo 1 un conjunto de definiciones de lo que debe entenderse por documento informático, que es la representación informática de actos hechos o datos jurídicamente relevantes; por firma digital, el resultado del proceso informático basado en un sistema de claves o llaves asimétricas, una pública y otra privada, que permite al firmante, a través de la llave privada, y al destinatario, a través de la llave pública, respectivamente, hacer manifiesta y verificar la proveniencia y la integridad de un documento informático o de un conjunto de documentos informáticos. Asimismo define lo que debe entenderse por llave privada, por llave pública, por certificación, mediante el cual se garantiza la correspondencia biunívoca entre la llave pública y el sujeto titular a la que ésta pertenece, se identifica a este último y se declara el período de validez de la citada llave; por certificador, el sujeto público privado que efectúa la certificación. Existe un importante artículo 5 de este Reglamento acerca de la eficacia probatoria del documento informático, en el sentido de que el documento informático firmado con firmas digitales tiene la eficacia de documento privado y que el documento informático revestido de los requisitos previstos en el presente Reglamento tiene la eficacia prevista en el artículo 2.712 del Código Civil. El artículo 10 habla en general de la firma digital y el artículo 16 hace una especial referencia a la intervención del notario, en el sentido de hablar de firma digital autenticada, teniendo por reconocida a los efectos del artículo 2.703 del Código Civil, la firma digital cuya aposición sea autenticada por notario u otro oficial público autorizado. El propio artículo 16 define lo que debe entenderse por la autenticación de la firma digital, que consistirá en la declaración por parte del oficial público de que la firma digital ha sido puesta en su presencia por el titular, previo el aseguramiento de su identidad personal, de la validez de la llave pública y del hecho de que el documento firmado responde a la voluntad de la parte, y no es contrario a Ordenamiento Jurídico. Por su parte el artículo 9 hace referencia a la responsabilidad civil, con las obligaciones que asume el certificador, el artículo 12 referente a la transmisión del documento por vía telemática; se entiende enviado y recibido al destinatario, si se transmite a la dirección electrónica por éste declarada, teniendo en cuenta que la fecha y hora de formación, de

transmisión o de recepción de un documento informático redactado de conformidad con las disposiciones del Reglamento, será oponible a terceros y que la transmisión del documento informático por vía telemática con modalidad que asegura la futura recepción, equivale a la notificación por medio de correo en los casos permitidos por la Ley. También se hace una especial consideración, a los documentos informáticos de las Administraciones Públicas, así como la firma de esos documentos informáticos.

En este Reglamento de la Legislación Italiana, se hace referencia específica a la actuación del notario, en relación a los actos, documentos y contratos en forma electrónica. Del comentario resumen de esta normativa italiana en la propia documentación del Consejo General del Notariado, se revela, las referencias que se hacen con respecto a los notarios: «...en primer lugar, el artículo 6 establece que las copias sobre soporte informático de los documentos formados en origen sobre soporte papel o de cualquier modo no informático, sustituyen a todos los efectos legales, a sus originales si su conformidad con el original está autenticada por un notario u otro funcionario público autorizado, con declaración escrita en el documento informático... En segundo lugar, el artículo 7 establece que el titular de la copia de llaves asimétricas podrá obtener el depósito en forma secreta de la llave privada en la oficina de un notario u otro depositario público autorizado... Y acaba haciendo una revisión al artículo 605 del Código Civil... El artículo a que se remite es precisamente el que regula el testamento cerrado... Así, por aplicación de dicho artículo, el sobre que sirva de envoltorio a la llave privada que se deposite, deberá ser sellado de tal manera que no pueda ser abierto ni extraerse sin rotura o alteración. En el mismo envoltorio se firma el acta de recepción, en la que se indicará el hecho del depósito y de la declaración del titular de la llave privada... tal acta debe ser suscrita por el titular de la firma digital por los testigos y por el notario... Finalmente el artículo 16 regula la firma digital autenticada estableciendo que se tendrá por reconocida a los efectos del artículo 2.703 del Código Civil, la firma digital cuya aposición sea autenticada por notario u otro oficial público autorizado... Lo siguiente que hace este artículo constituye una novedad, ya que establece que la aposición de la firma digital por parte del oficial público integra y sustituye a todos los fines de las leyes, la aposición de los sellos, punzones, timbres, contraseñas y marcas de cualquier modo previsto. Con ello los notarios italianos entran en la era digital, al poder firmar, al menos este tipo de legitimaciones de firmas con su firma digital, sustituyendo a la tradicional, y a los sellos y otras marcas que la acompañan». Como podemos observar en este punto la Legislación italiana es mucho más específica que la alemana en relación a la eficacia de la firma digital autenticada, al carácter del documento informático, y sobre todo a la intervención de los notarios en cuanto al documento electrónico y sus efectos.

V. LA NORMA ESPAÑOLA: EXEGESIS DEL REAL DECRETO-LEY 14/1999, DE 17 DE SEPTIEMBRE, SOBRE FIRMA ELECTRÓNICA

1. INTRODUCCIÓN

En el proceso de redacción de la Directiva sobre firma electrónica, el Estado español ha tenido una participación muy esencial y sobre todo activa, tanto en las diversas lecturas, que se fueron haciendo en las discusiones de trabajo como en la posición común a la que se llegó, estando pendiente en estos momentos la aprobación definitiva de esta Directiva Comunitaria.

Como se ha reseñado anteriormente, la legislación española ya contenía una serie de normas que preveen la posibilidad de comunicación con la administración a través de medios telemáticos. No obstante era fundamental e imprescindible el sacar una norma general y marco que estableciera los principios generales sobre la utilización de nuevos sistemas de comunicación que tuviesen la seguridad, validez y eficacia de los sistemas tradicionales. La Sociedad de los Servicios de la Información es un nuevo concepto acuñado en la Unión Europea, que implica en definitiva todo el panorama que se nos presenta a través de las nuevas redes de comunicación, redes abiertas y que suponen un nuevo reto de carácter político, tecnológico, jurídico y social, que no ha hecho más que empezar un camino con unas perspectivas de futuro que aún no pueden ser aquilatadas en su totalidad, pero que es necesario ir fijando las bases desde un primer momento para conseguir que el camino esté lo mejor planificado posible.

En este marco se incardina, y de manera muy especial, la nueva norma española sobre firma electrónica, que como hemos indicado anteriormente respeta esencialmente el contenido que tenía la posición común respecto al Proyecto de Directiva sobre firma electrónica, y de ahí surge el Real Decreto-ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica. El preámbulo de esta norma justifica la urgencia de sacar esta disposición, incluso antes de que fuera aprobada definitivamente la Directiva, cosa que ha ocurrido el 30 de noviembre del año en curso. En este sentido se indica que «...Se considera que debe introducirse, cuanto antes, la disciplina que permita utilizar, con la adecuada seguridad jurídica, este medio tecnológico que contribuye al desarrollo de lo que se ha venido en denominar, en la Unión Europea, la Sociedad de la Información. La urgencia de la aprobación de esta norma deriva, también, del deseo de dar a los usuarios de los nuevos servicios, elementos de confianza en los sistemas, permitiendo su introducción y rápida difusión».

La norma tiene varias partes fundamentales perfectamente delimitadas, partiendo de su ámbito de aplicación, dejando bien claro la no intromisión en campos relativos a los principios generales de la formalización, validez y eficacia de los contratos, ni al régimen jurídico aplicable a las obligaciones

como después analizaremos, ni a otras normas relativas a la función de aquellas personas que por delegación del Estado tienen atribuida la fe pública. Se establece un conjunto de definiciones, basadas en el propio Proyecto de Directiva, así como los efectos jurídicos de la firma electrónica. Un segundo apartado fundamental se encuentra en los principios generales de la prestación de servicios de certificación, tanto en lo relativo a los llamados prestadores de los servicios de certificación como a los propios certificados que estos emiten y a los sistemas de acreditación y de certificación. Se crea un Registro Especial de Prestadores de Servicios de Certificación, así como la regulación de las obligaciones que tienen estos prestadores y su responsabilidad, punto esencial de todo el sistema jurídico, y un régimen de inspección y de control de la actividad de los prestadores, así como un conjunto de infracciones y sanciones para el caso de incumplimiento de las normas reguladoras de la firma electrónica. Desde el punto de vista tecnológico se establecen los principios básicos de los dispositivos de la firma electrónica y de la evaluación de su conformidad con la normativa aplicable, así como las normas técnicas para efectuar esa evaluación, estableciéndose por último desde el punto de vista fiscal, una tasa por el reconocimiento de acreditaciones y certificaciones.

En definitiva, se intenta fijar y establecer con carácter general estos mecanismos que permitan partir de una norma a la que deben acogerse todos aquellos que quieran estar dentro de los principios enmarcados en la Sociedad de la Información, definidos por la Unión Europea. No olvidando, por último, el importante campo de aplicación de esta norma, relativo al empleo de la firma electrónica por las Administraciones públicas. Por ello se da un primer paso esencial que posteriormente tendrá que ser desarrollado, entre otros aspectos, el relativo al Registro de Prestadores de Servicios de Certificación, que como prevé el propio artículo 7 será desarrollado por Real Decreto. A la hora de estudiar el texto, hay que tener en cuenta todo lo que se ha indicado anteriormente en relación a la Directiva sobre firma electrónica, y para evitar repeticiones innecesarias, nos remitiremos a los comentarios allí expuestos, pues no olvidemos que el texto de esta norma española de firma electrónica respeta los parámetros y el contenido de la posición común respecto a la Directiva sobre firma electrónica.

En la actualidad, esta Norma sobre firma electrónica se está tramitando en el Parlamento español, como un Proyecto de Ley sobre la base del articulado del ya citado Real Decreto-ley, es decir, en la actualidad la norma vigente es este Real Decreto-ley, convalidado en el Parlamento, y cuando se apruebe el Proyecto de Ley, lo será en su caso con las modificaciones que haya sufrido el texto en el iter parlamentario. Se han presentado en este momento cuarenta y cinco enmiendas en el Congreso provenientes de los Grupos Parlamentarios Vasco, del Catalán, de Izquierda Unida y del Grupo Socialista, a la mayor

parte del articulado, pero sobre todo dirigidas al ámbito de aplicación, a las definiciones, a aspectos relacionados sobre competencias de las Comunidades Autónomas, a la responsabilidad y obligaciones de los prestadores de servicios de certificación, entre otras cuestiones.

2. ÁMBITO DE APLICACIÓN

El artículo 1, relativo al ámbito de aplicación, establece dos apartados muy importantes para saber cuál es el marco de actuación y los límites que el legislador ha querido dar a la firma electrónica. Por un lado, se quiere regular el uso de la firma electrónica, el reconocimiento de su eficacia jurídica y la prestación al público de los servicios de certificación, teniendo en cuenta que la aplicación se va a realizar con relación a los prestadores de servicios establecidos en España.

Este artículo 1.º parte de la entonces Proposición de Directiva de Firma Electrónica, y en concreto de la Posición Común aprobada por el Consejo, ya que en el artículo 1.º de esta Directiva, se indica que la finalidad de la misma es facilitar el uso de la firma electrónica y contribuir a su reconocimiento jurídico, creando un marco jurídico para esta firma y para determinados servicios de certificación. El artículo 1 del Real Decreto-ley especifica que las normas sobre la actividad de la prestación al público de los servicios de certificación son de aplicación a los prestadores de servicios establecidos en España, ello en concordancia y conexión con el artículo 4.1 de Directiva de firma electrónica.

El número 2 párrafo primero del Real Decreto-ley, es también consecuencia de la propia Directiva en el sentido de que no se alterarán las normas relativas a la celebración, la formalización, la validez y la eficacia de los contratos y otros actos jurídicos, ni al régimen jurídico aplicable a las obligaciones. Podría haber sido más correcto el introducir también el término conclusión, a los efectos de fijar todo el proceso evolutivo del contrato, introduciendo también, además de la palabra contratos y actos jurídicos, el de documentos, que no entran dentro del término específico contrato como, por ejemplo un testamento, e incluso, por ejemplo, el propio negocio jurídico de donación que no puede calificarse estrictamente como contrato, existiendo al respecto divergencias de carácter doctrinal. Incluso la utilización de la palabra documento se encuentra así reflejada en el propio artículo 1 de la entonces Proposición de Directiva, hoy ya texto definitivo. Con este apartado se establece la no ingerencia o intromisión en las legislaciones nacionales o comunitaria que rijan estos aspectos, siendo éste uno de los elementos esenciales que se tuvieron en cuenta, y que se tienen en cuenta en la discusión de la Directiva, como sabemos aún pendiente de su aprobación definitiva.

Relacionado con lo anterior, parecía conveniente el que en la norma española sobre firma electrónica se especificara, con carácter expreso, un apartado esencial, relativo a la delegación que el Estado realiza en aspectos de su soberanía en cuanto a la fe pública, de ahí que el texto de la norma establezca que lo relativo a la prestación de servicios de certificación de firma electrónica no sustituye ni modifica, en cuanto a sus normas, las que regulan las funciones que corresponde realizar a las personas facultadas con arreglo a derecho, para dar fe de la firma en documentos, o para intervenir en su elevación a públicos. Quizá, aunque el fondo del párrafo está queriendo establecer la no interferencia en esas competencias, atribuidas a determinadas personas, se podría haber logrado un texto más concreto y específico que hiciera más hincapié en la esencia del problema. Por ello, en ese artículo 1.2 párrafo 2.º, y a los efectos de evitar cualquier duda de que, por ejemplo, la categoría del documento público electrónico, únicamente existe cuando interviene un sujeto, especialmente facultado por el Estado, es cuando se puede hablar de documento público, y no cuando cualquier entidad de certificación emita un certificado reconocido, con firma electrónica avanzada, se debería cambiar el texto por el siguiente: «las normas sobre la prestación de servicios de certificación de firma electrónica que recoge este Real Decreto-ley no sustituyen ni modifican las que regulan las funciones que corresponde realizar a las personas facultadas con arreglo a derecho, para dar fe de la firma en documentos, **autorizarlos, intervenirlos o elevarlos a públicos, incluso en su propio ámbito**».

Es necesario dejar bien aclarada esta cuestión, ya que queda bien especificado y concretado por el artículo 1.216 del Código Civil, el concepto de documento público, que lo define como los documentos autorizados por un Notario o empleado público competente con las solemnidades requeridas por la Ley. Por ello, únicamente tendrán la categoría de públicos cuando en su autorización haya intervenido el Notario o un empleado público.

Si el Notario autoriza un documento electrónico, está claro que surgirá la categoría de documento público notarial electrónico, y más en concreto afinando la terminología se podría hablar como subcategoría del instrumento público electrónico, ya que este concepto de instrumento público sólo es predicable cuando el sujeto que lo autoriza es un Notario, no ya solamente por la terminología acuñada por la Doctrina, sino también por la Ley y el Reglamento Notarial.

Estas matizaciones al artículo 2 son muy importantes, ya que el Notariado español, y en general, el Notariado latino, no se comporta como un simple legitimador de firmas, aunque entre sus funciones pueda estar la de legitimación de firmas, sino que, muy al contrario, su actuación es de carácter activo, asesorando a las partes, redactando el documento, dando un juicio de capacidad, de identidad, estableciendo en definitiva un control de legalidad; por

ello, cuando a veces escucho la palabra Notario cibernético o Notario electrónico, me echo a temblar, ya que ello implica un desconocimiento absoluto del significado, esencia y función del Notario español y de nuestro sistema notarial. Incluso en la proposición de Directiva de comercio electrónico, en su artículo 1 se establece el ámbito de exclusión de esta Directiva de las actividades de los notarios y de otras profesiones que participan de una autoridad pública, como podrían ser, por ejemplo, los corredores de comercio o los Registradores de la Propiedad y Mercantiles. Esta exclusión no significa en absoluto, el apartar a los Notarios, por ejemplo, del mundo del comercio electrónico, de la firma electrónica, etc. Lo que significa es que en esta Directiva de comercio electrónico no puede establecerse una armonización en materia de la fe pública, que es competencia exclusiva de los Estados miembros, al tratarse de una delegación de la soberanía en determinadas personas, y nos estamos refiriendo a aquellas profesiones que se encuentran, dentro del actual artículo 45 del Tratado, anteriormente artículo 55.

En este sentido, la propia Conferencia Permanente de Notarios de la Unión Europea (CNUE), en la Asamblea de los Presidentes, recientemente celebrada en Valencia en octubre de 1999, se orientan sus resoluciones en este sentido, incardinando el ámbito de exclusión en aquellas profesiones oficiales del artículo 45 del Tratado, y por otra parte, dejando bien clara la actitud positiva del notariado en intervenir en el proceso del comercio electrónico, instando cada uno de los Notariados de dicha conferencia a sus Estados miembros para que realicen las adaptaciones normativas que sean necesarias para esta participación del Notariado en el comercio electrónico.

Otro punto de discusión estaría en ver la conveniencia o no que en este texto de firma electrónica español se definieran algunos conceptos como los de documento público electrónico, instrumento público, etc. Una postura sería la de considerar conveniente estas definiciones para evitar que puedan surgir malentendidos de base, en el sentido de que no se comprendiera que existe, o que puede existir la categoría del documento público electrónico, que será documento público por razón del sujeto que lo autoriza, y así evitar posibles malentendidos de dar una consideración especialmente cualificada que pudiera rozar estos conceptos para aquellos documentos electrónicos amparados en una firma electrónica avanzada con un certificado reconocido. Otra postura es la de pensar que con una buena definición del ámbito de aplicación de esta Ley de firma electrónica, en relación con el propio enunciado de la Directiva de firma electrónica que establece en su artículo 1 párrafo 2º que «la presente Directiva no regula otros aspectos relacionados con la celebración y validez de los contratos u otras obligaciones legales cuando existan requisitos de forma establecidos en las legislaciones nacionales o comunitaria, ni afectan a las normas o límites contenidos en las legislaciones nacionales o comunitaria que rigen el uso de documentos», con estos antecedentes queda bien claro que

la regulación de los documentos públicos electrónicos deben ser contemplados en la legislación, en la ley y los reglamentos del propio sector, como ocurre en el caso de los documentos administrativos en la Ley de Administraciones Públicas de 1992, ya citada en este trabajo, y en su artículo 45, o por ejemplo, en relación a los documentos judiciales, en este sentido el artículo 230 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y el Reglamento de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, aprobado por Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial de 7 de junio de 1995.

En cuanto **al documento privado electrónico** creo que efectivamente el notariado, y en este caso estoy especial mención al notariado español puede tener un papel esencial como autoridad certificante, ya que la propia Directiva establece los requisitos del certificado que emite el proveedor de servicios de certificación, que implica en muchos casos la exigencia desde el punto de vista material y práctico de tener unos conocimientos especiales para poder actuar con seriedad. En este campo la Organización Notarial puede aportar toda una base organizativa, técnica y de conocimientos esencial. En este sentido se ha indicado que «el papel de tales autoridades de certificación consiste en recoger la certificación de voluntad del titular de una firma digital, asumiendo la obligación de quedar obligado por aquellos documentos cuya firma pueda ser comprobada mediante el uso de una llave pública determinada. Esta declaración... tiene como medio ideal de su expresión el documento público notarial y, dentro de éste, siguiendo la distinción entre Actas y Escrituras públicas que establece la legislación notarial, el de la escritura pública... Además, puesto que la firma podrá servir no sólo para obligar a una persona física, sino también para obligar a una persona jurídica a través de sus órganos de administración o de sus apoderados, el notario deberá juzgar si la persona que ostenta la representación de tal persona jurídica tiene o no la legitimación adecuada para autorizar el uso de una firma digital...» (4).

Otro avance más sería el plantearse si los notarios actúan como Autoridades Certificantes, convendría en su caso conservar, en lo que podríamos llamar «protocolo electrónico», esos certificados, con el carácter y significado que tiene en nuestro Sistema Notarial dicho Protocolo. Hemos reseñado en otra parte de este trabajo uno de los Informes del Consejo General del notariado sobre la Contratación Electrónica y el papel del Notario, incluso en cuanto a la consideración de que determinados certificados puedan tener el carácter de documento público, si reúnen determinados requisitos y exigencias. En este sentido (5), en relación con la intervención notarial en el docu-

(4) DE PRADA GUAITA, VICENTE, *El documento informático: su encaje en el sistema de Notariado latino*, septiembre de 1997.

(5) SIMO SEVILLA, DIEGO, en el estudio sobre el «Papel del Notariado en la criptografía de clave pública».

mentó privado, referido a la firma electrónica, y al documento privado electrónico, entiende la importancia de estar presentes en este ámbito. La actuación notarial, indica, puede suministrar como valor añadido distintivo, un asesoramiento jurídico imparcial y un especial rigor en la comprobación del contenido de los certificados, teniendo en cuenta que la presencia notarial en este campo debe ir acompañada de una idea esencial: la necesidad de una gradación jurídica en la labor de certificación, no debiendo admitirse que las «autoridades de certificación» privadas se conviertan en fedatarios. Esta idea ha sido apuntada cuando hicimos referencia al análisis de la Proposición de Directiva sobre firma electrónica y los efectos jurídicos de la firma electrónica. También las cuestiones que se plantean en torno a las Autoridades Certificantes, las del Registro, lo que el notario determina como identidad, juicio de capacidad, poder de representación, etc., quienes han de ser Autoridades de Certificación, etc.. Otro punto a debatir sería la posibilidad del depósito de claves privadas en el notario.

También la Conferencia de los Notariados de la Unión Europea (CNUE), han mostrado su preocupación por el tema en diversas reuniones y comunicaciones a la Comisión Europea y con distintas perspectivas según los países.

A continuación vamos a intentar analizar el problema en relación **con el documento público notarial y el documento electrónico con firma electrónica, yendo a la posibilidad del documento público notarial electrónico.**

Las opiniones han sido variadas, en el sentido de la oportunidad o no, del momento de hablar del documento público electrónico, en definitiva de la autorización, por ejemplo, de escrituras públicas electrónicas como tipo emblemático de documento público; ello conllevaría la desaparición, por ejemplo, de la unidad de acto documental, incardinándose dentro de la contratación a distancia, entre ausentes, que ya analizamos al hacer el comentario sobre la Proposición de Directiva. También arrastraría los nuevos mecanismos de la oferta y de la aceptación del contrato con la presencia física de un notario en cada uno de esos momentos, con la utilización de la telemática en las redes de información para su elaboración; los cambios normativos, tanto en Derecho Público como en Privado, por ejemplo, la contratación entre ausentes, la forma, la fuerza y los medios probatorios, y un largo etc., además de las reformas correspondientes en la Legislación Notarial en cuanto al Protocolo, expedición de copias, etc. En mi opinión, en este momento, esta cuestión específica debe quedar en suspenso, debiendo ser prudentes, aunque no apartar el estudio del tema, y ello no es contrario a que pueda haber algunos casos en sectores muy específicos y en ámbitos muy concretos donde puede existir la introducción de algún documento público notarial informático, pero no con carácter general, y menos aún ahora, por lo que entendemos por la escritura pública, sin desechar algunos supuestos de aplicación como los poderes.

Se puede plantear **la expedición de copias en documento electrónico**, de matrices que están realizadas en soporte papel. En este sentido, se ha indicado (6), que: «...la idea no me parece descabellada, siempre que se arbitren los medios técnicos necesarios para garantizar el sistema de firmas digitales que hagan inviable la utilización de la firma del notario por otra persona ... en este punto, la admisión de este tipo de copias chocará con algún precepto...». Ello plantea, en nuestra opinión, muchos problemas, en cuanto a la libre circulación de esas copias en las redes informáticas con los problemas de su numeración a efectos ejecutivos, asimismo en las copias de poderes en cuanto a la legitimación que el Reglamento Notarial exige para poder solicitar una copia del mismo, y si se enviara por vía telemática se podrían duplicar las mismas con facilidad, sin existir control en principio para su utilización. Quizá debería reducirse a la expedición de copias simples.

Todo este campo está inmerso en el uso, y la regulación del uso de la informática en la actuación notarial. En el marco de este último apartado se ha indicado (7), que: «**...LA PROTOCOLIZACIÓN DE DOCUMENTOS EXTENDIDOS EN SOPORTE INFORMÁTICO...** la incorporación al protocolo tanto puede hacerse por medio de un acta, específica, como por consecuencia de que el documento en cuestión deba quedar unido a una escritura o a cualquier tipo de acta ... **EXPEDICIÓN DE COPIAS POR PROCEDIMIENTOS INFORMÁTICOS...** se propone también que los notarios puedan expedir copias simples de los documentos extendidos en papel... se trata de una opción del notario y no de una facultad del peticionario ... **LEGITIMACIÓN DE FIRMAS INFORMÁTICAS:** En este punto se regula la forma de hacer la legitimación ... **AUTORIZACIÓN NOTARIAL INFORMÁTICA ... REQUERIMIENTOS HECHOS POR CORREO ELECTRÓNICO ...** La posibilidad reglamentaria de requerir la actuación del notario por medio de escrito enviado por correo ... deberá permitir en el futuro que los notarios puedan usar también el correo electrónico para el envío de cédulas de notificación y otros documentos ... de que una persona requiera específicamente del notario, que envíe una carta por medio de correo electrónico... **Sistema de comunicaciones propio y exclusivo para notarios...**».

También la utilización de la telemática, en el campo específico, con determinados Registros Públicos es muy interesante. Los Reales Decretos del 92 y del 94, sobre Coordinación entre Notarías y Registros de la Propiedad, han dado hasta el momento, en mi opinión, buenos frutos y contribuido a conseguir un elemento más en el principio de la seguridad jurídica preventiva.

(6) DE PRADA GUAITA, VICENTE, *ob. cit.*

(7) MARÍN CALERO, CARLOS, en *Informe al Consejo General del Notariado sobre propuesta de regulación del uso de la informática en la actuación notarial*. Asimismo, el *Informe a la Comisión Especial del Senado sobre el uso de redes informáticas*.

Como siempre, la cuestión del espacio tiempo y la inmediatividad de la información hacen aconsejable la utilización de los medios telemáticos para solucionar estos temas, tanto en la fase de la información registral que se solicita, como en la posterior comunicación al Registro para practicar el correspondiente asiento de presentación. Ello nos llevaría, quizá, a que en el momento inmediatamente anterior a la firma de una escritura de compraventa de un piso, por ejemplo, el notario pueda tener e informar en ese mismo instante, de la situación jurídico-registral de la finca objeto de la compraventa, así como una vez autorizada la escritura comunicarla al Registro de la Propiedad por los mismos medios, sin entrar ahora en los mecanismos que se pueden utilizar desde el punto de vista jurídico entre la reserva de rango y el cierre registral, aunque ya me decanté en su momento por la reserva de rango.

CARLOS MARÍN (8), además, se plantea la posibilidad de este procedimiento telemático en otros Registros, tanto en el aspecto de consulta al mismo como en el de la información notarial a cada uno de los Registros Públicos, con distinto alcance, posibilidad y necesidad; así, con el Registro de Actos de Ultima Voluntad, Registro de la Propiedad, Registro Mercantil Central, Registro Mercantil Provincial, Catastro; la posibilidad de creación de un Registro de Revocación de Poderes, de Testimonio de Poderes, incluso de Prohibiciones Judiciales de Contratar.

Por último, otras aplicaciones notariales se darían en el campo de las legitimaciones de firmas electrónicas.

En definitiva, las espadas están en alto; no hay que cerrar los ojos a los nuevos tiempos, pero es necesario analizar con sosiego cada paso que se vaya dando.

En un inmejorable trabajo de RODRÍGUEZ ADRADOS (9), relativo al documento negocial informático, analiza todas las cuestiones relativas al papel del Notariado, y más en concreto, del Notariado español en relación con esta nueva forma negocial informática, y en este sentido ha indicado que «...Autoridad de certificación y Notario en manera alguna se identifican, aunque tengan algunas tareas comunes; el Notario tiene otras funciones más amplias de determinación de la voluntad de los otorgantes, información y consejo, redacción y adecuación, ajenas totalmente a esas autoridades de certificación nacidas, no se olvide, en el ámbito del Derecho norteamericano; pero la Autoridad de Certificación tiene también funciones que actualmente no competen al Notario latino, algunas de las cuales quizá, no les sea posible asumir

(8) MARÍN CALERO, CARLOS, en el Informe *Conexión telemática de los Notarios con Catastros y Registros Públicos*.

(9) RODRÍGUEZ ADRADOS, ANTONIO, *El documento negocial informático*. Comunicación leída el 25 de mayo de 1998 en el Pleno de los Excmos. Señores Académicos de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

... Pero prefiero mantenerme, y más en esta casa, en términos generales, y sin perder de vista que los Notarios estaríamos sirviendo de soporte a la documentación privada, y por tanto fomentándola, cuando nuestra misión es redactar y autorizar documentos públicos; recordemos que el documento informático es un documento privado; y que también es documento privado el certificado expedido por una Autoridad de Certificación que no sea un funcionario público (art. 1.216 del Código Civil) ... una situación intermedia entre el documento privado y el documento público, en alguna medida análoga a la que pretende el certificado de la Autoridad de Certificación, es el de la legitimación de firmas que ha intentado el Reglamento italiano de 1997 ... El citado Reglamento de 1997 ... dispone en su artículo 16 que «se tiene por reconocida, en los sentidos del artículo 2.703 del Código Civil, la firma digital cuya aposición está autenticada por Notario o por otro oficial público autorizado... y que la autenticación de la firma digital consiste en la atestación, por parte del oficial público, de que la firma digital ha sido puesta en su presencia por el titular, previo accertamiento de su identidad personal, de la validez de la clave pública y del hecho de que el documento suscrito responde a la voluntad de la parte y no está en contraste con el ordenamiento jurídico» ... esto es, de la Ley Italiana del Notariado; con este último inciso, el precepto entiende salvar los dos pilares del Ordenamiento notarial italiano, y de todo el Notariado latino ... Una disposición semejante no sería admisible entre nosotros al faltarle su base en el Código; según hemos visto, el reconocimiento legal del documento privado, conforme al artículo 1.225 de nuestro Código Civil, es exclusivamente judicial, y al Notario sólo le están abiertos dos caminos, la elevación a público del documento privado conforme al artículo 1.218, o la escritura de reconocimiento con arreglo al artículo 1.224, no la simple legitimación de firmas. Pero tampoco creemos pueda tener aplicación en Italia ... porque la firma digital no se lleva a cabo mediante la clave pública, sino mediante la clave privada del signante, y ésta es secreta, desconocida también para el Notario ante quien se aplica ... la posibilidad del otorgamiento informático de la escritura pública ha sido defendida recientemente por el Notario chileno, GAETE ... Hay afirmaciones que no puedo compartir ... «lo que se requiere es la visión física de la persona que hable a la vista del Notario, que manifieste su consentimiento delante de él; pero éste delante de él, hoy es posible realizarlo sin que el interesado esté materialmente presente...» No parece, sin embargo, que se pueda dar fe de una realidad virtual, que será lo que quiera, pero que no es una realidad. Pero la cuestión tiene todavía más profundidad, porque si cada una de las partes tiene que comparecer personalmente ante el Notario, parece que se habrán esfumado las principales ventajas del documento informático concebido para la contratación a distancia, sin perjuicio de la confección informática de otros documentos notariales...

3. DEFINICIONES

El artículo 2 del Real Decreto-ley establece un conjunto de definiciones basados en el propio artículo 2 del entonces texto de la Proposición de Directiva en la redacción dada en la Posición Común. Como ya indicamos a la hora de analizar la Directiva, la evolución, en los diferentes textos, llegó a distinguir dos tipos de firma electrónica, la llamada simplemente firma electrónica, y la llamada firma electrónica avanzada, que como luego veremos van a tener unos efectos jurídicos distintos en relación con su papel a los efectos de su valor jurídico. En este sentido, se define la firma electrónica como el conjunto de datos, en forma electrónica, anejos a otros datos electrónicos o asociados funcionalmente con ellos, utilizados como medio para identificar formalmente al autor o a los autores del documento que la recoge. Por su parte, la firma electrónica avanzada es la firma electrónica que permite la identificación del signatario y ha sido creada por medios que éste mantiene bajo su exclusivo control, de manera que está vinculada únicamente al mismo y a los datos a los que se refiere, lo que permite que sea detectable cualquier modificación ulterior de éstos. En definitiva, esta firma avanzada debe estar basada en un certificado reconocido. El concepto de firma avanzada, contenido en la norma española, es bastante similar a la Directiva, y el concepto de firma electrónica en la norma española intenta desarrollar o explicar el concepto de la Directiva, ya que esta última establece que ese conjunto de datos en forma electrónica son utilizados como método de autenticación. Las diferencias entre ambos tipos de firma son claras, ya que la firma electrónica avanzada debe cumplir esos requisitos que aseguran de manera clara e inequívoca, la vinculación al signatario o firmante de manera única, permitiendo su identificación, que los medios por los que ha sido creada, el propio firmante pueda mantener bajo su exclusivo control, y además debe estar vinculada a los datos a que se refiere, de modo que cualquier cambio ulterior de los mismos sea detectable. Todos esos requisitos de manera conjunta, no los cubre ni protege la firma electrónica simple.

Hay que tener en cuenta que la Directiva de firma electrónica, no podía, ni en nuestra opinión debía, decantarse por ningún medio o tecnología específica, entre otras consideraciones porque los cambios que se producen en este campo van a una velocidad vertiginosa, e incluso en la propia negociación de la Directiva, éste fue uno de los argumentos, en algún punto conflictivo, entre las Delegaciones, pero en todo caso estando claro que no podía haber una decantación tecnológica, sino crear un espacio o marco jurídico general, sobre el cual debía operar la firma electrónica. Como ya indicamos líneas arriba, uno de los medios técnicos de este proceso de firma electrónica era el de la firma digital, a través del sistema de encriptación, y por el método de unas claves asimétricas, existiendo una clave privada sólo conocida por la

persona que envía el mensaje, y que a través de esa clave se produce la encriptación del mensaje y de la existencia de una clave pública, que conoce el receptor del mensaje, y que utilizando esa clave pública por un proceso matemático de combinaciones, se puede llegar a descifrar el mensaje encriptado del transmitente. Este es uno de los métodos que se están utilizando, y en concreto en España en la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre a través del proyecto CERES.

En este artículo 2 de la norma española, se definen toda una serie de conceptos como los de firmante o signatario, los de datos de creación de firma, dispositivo de creación de firma, dispositivo seguro de creación de firma, datos de verificación de firma, dispositivo de verificación de firma, certificado, certificado reconocido, prestador de servicios de certificación, producto de firma electrónica, y acreditación voluntaria del prestador de servicios de certificación.

A los efectos de evitar repetir los conceptos que están en la propia norma, nos fijaremos en algunos de ellos que son esenciales en todo este proceso. El signatario, según la norma española, es la persona física que cuenta con un dispositivo de creación de firma y que actúa en nombre propio o en el de una persona física o jurídica a la que representa. Por ello, siempre el signatario es una persona física, con independencia de que pueda actuar en su propio nombre o bien en el de otro, que puede ser a su vez una persona física o jurídica. El artículo 2 de la Directiva define al firmante como la persona que está en posesión de un dispositivo de creación de firma y que actúa en su propio nombre o en el de la entidad o persona física o jurídica a la que representa.

El certificado es la certificación electrónica que vincula unos datos de verificación de firma a un signatario y que confirma su identidad, y el certificado reconocido es un certificado, por decirlo de alguna manera, de superior categoría, que contiene unos datos e informaciones específicas y que, además, es expedido por un prestador de servicios de certificación que cumple unos determinados requisitos. En cuanto a la información específica y los requisitos, los analizaremos más adelante, ya que se encuentran en el propio articulado. El prestador de servicios de certificación es la persona física o jurídica que expide certificados, pudiendo prestar, además, otros servicios en relación con la firma electrónica. Esta definición es transcripción literal de la propia Directiva. Por último, se hace referencia a la acreditación voluntaria del prestador de servicios de certificación, que consiste en una resolución que se dicta a petición del prestador de servicios de certificación, en la que se establecen los derechos y obligaciones específicos para la prestación de servicios de certificación por el organismo público encargado de su supervisión. En el texto de la Directiva se hace referencia al organismo público o privado, en el texto español del Real Decreto-ley se habla sólo del organismo público.

4. EFECTOS JURÍDICOS DE LA FIRMA ELECTRÓNICA

El artículo 3 de la norma española y su correspondiente artículo 5 en la Directiva, establecen lo que desde el punto de vista jurídico puede tener una de las mayores consecuencias en la introducción de esta norma de firma electrónica.

Ya tuvimos ocasión de analizar los sucesivos avatares que se produjeron en los diferentes textos de la Directiva, y las distintas posturas que se podían tener en cuanto a este sistema de la eficacia jurídica de la firma electrónica. El artículo 3 del Real Decreto-ley distingue entre la llamada firma electrónica avanzada que esté basada en un certificado reconocido y que haya sido producida por un dispositivo seguro de creación de firma, tendrá respecto de los datos consignados en forma electrónica, el mismo valor jurídico que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel y que será admisible como prueba en juicio, valorándose ésta según los criterios de apreciación establecidos en las normas procesales. El artículo 5 de la Directiva, con un texto similar, establece que esta firma electrónica avanzada sea admisible como prueba en procedimientos judiciales. De otro lado, a la firma electrónica que no reúna los requisitos de firma avanzada no se le negará efectos jurídicos, ni será excluida como prueba en juicio por el mero hecho de presentarse en forma electrónica. Nos remitimos, para evitar innecesarias repeticiones, a lo que indicamos a la hora de interpretar y analizar los artículos de la Directiva en relación a los diferentes medios de prueba establecidos en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil. La redacción podría haber sido técnicamente más perfecta, incluso más clara en el sentido de que, efectivamente, la firma electrónica avanzada va a tener el mismo valor jurídico respecto de los datos consignados en forma electrónica, que la firma manuscrita, en relación con los consignados en papel, pero debería haberse matizado que todo ello, sin perjuicio en su caso de los requisitos de forma establecidos en las leyes, y que sea admisible como prueba a efectos procesales, también en los términos previstos en las leyes, en relación con el comentario que ya hicimos al hablar del artículo correspondiente en la Directiva. En cuanto a la firma electrónica no avanzada no se le niega efecto jurídico, ni su admisibilidad como prueba a efectos procesales, pero debería de haberse establecido para los dos tipos de firma, el que la valoración de la prueba en ambos casos se realizará por el órgano jurisdiccional, según los criterios de apreciación establecidos en las leyes.

La matización que hemos hecho en relación a que en todo caso, sin perjuicio de los requisitos de forma establecidos en las leyes, lo era para dejar a salvo y preservar, en su caso, las normas nacionales y comunitarias que pueden poner requisitos especiales a distintos negocios, contratos o actos jurídicos en los que se determinan tanto la validez como, en su caso, la

eficacia de los mismos por tener que autorizarse ante una determinada autoridad o funcionario público.

5. LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE CERTIFICACIÓN

El Título Segundo de la norma española hace referencia al concepto genérico de la prestación de los servicios de certificación. Bajo este epígrafe aparecen normas que incorporan a nuestro Derecho el contenido del entonces Proyecto de Directiva Comunitaria sobre la materia; así, los relativos a las que determinan la prestación de servicios de certificación en régimen de libre competencia, y ordenan el reconocimiento de los certificados emitidos en países pertenecientes o no a la Comunidad Europea (arts. 4 y 10), las relativas a la utilización de la firma electrónica en el ámbito de las Administraciones Públicas (art. 5), las referentes a la responsabilidad de los prestadores de servicios de certificación y a la protección de datos personales (arts. 14 y 15), así como todas aquellas relativas a los requisitos que han de cumplir los certificados reconocidos, los prestadores que los expidan y los dispositivos de creación y verificación de firmas, introduciendo en todo caso modulaciones para adaptar la normativa comunitaria al ordenamiento español.

El artículo 4 parte del principio de régimen de libre competencia, que tiene su conexión con el artículo 3 de la Directiva en el sentido de lo que se vino denominando, el no sometimiento a una autorización previa. Se trata del acceso al mercado, lo que provoca que los Estados miembros no condicionarán la prestación de servicios de certificación a la obtención de autorizaciones previas. También hemos explicado con anterioridad la posición de la Delegación española en la Directiva de firma electrónica, y como se pensaba en esa necesidad de establecer una autorización previa como requisito para que el prestador de servicios de certificación pudiera empezar a actuar. Esta postura no tuvo acogida, salvo específicamente por la Delegación alemana, que coincidía en la importancia de esta circunstancia. Vista esta situación, se intentó en todo caso el que se pudieran establecer por los Estados sistemas de vigilancia y de control que estarían englobadas dentro de las leyes o reglas de mercado. En este sentido, el número 2 y 3 del artículo 3 de la Directiva en el texto de la Posición Común, permitía que los Estados miembros puedan establecer o mantener sistemas voluntarios de acreditación destinados a mejorar los niveles de provisión de servicios, así como establecer sistemas adecuados que permitan la supervisión de los proveedores de servicios de certificación establecidos en su territorio, y que expidan al público certificados reconocidos. En este marco, en numerosos informes del Ministerio de Justicia se pensó en que podía existir una forma de control y supervisión de estos prestadores de servicios, a través de la creación de un Registro que

cumpliera unos determinados fines esenciales para este tema, Registro al que haremos mención con posterioridad y que creemos en ningún caso va en contra de los principios del mercado interior, ni mucho menos del acceso al mercado. La norma española sigue fielmente la regulación del entonces proyecto de Directiva, hoy ya Directiva, en lo que se refiere a los requisitos y garantías técnicas de los certificados reconocidos y de los dispositivos de creación y verificación de firma, pero además establece una serie de obligaciones aplicables incluso a aquellos prestadores que no emitan certificados reconocidos, obligaciones fundamentales y esenciales, exigiendo su cumplimiento en todo caso y permitiendo al órgano de control supervisar el cumplimiento por los prestadores de servicios que no expidan certificados reconocidos de las obligaciones que le sean exigibles, a diferencia de lo que ya hemos visto establece la Directiva en su artículo 3.3, en la que sólo se obliga a los Estados a establecer un sistema de supervisión respecto a los prestadores que expidan al público los certificados reconocidos.

El artículo 5 de la norma española hace referencia al empleo de la firma electrónica por las Administraciones Públicas. La Directiva, a pesar del criterio liberalizador relativo al acceso al mercado, en su artículo 3 número 7 parece que da una mayor posibilidad a ese control previo, en el uso de la firma electrónica, cuando se está en el Sector Público, y ello es lógico. El número 7 del artículo 3 de la Directiva prevé la posibilidad de que los Estados miembros podrán supeditar el uso de la firma electrónica en el sector público a posibles prescripciones adicionales para, a continuación, indicar que, por supuesto, tales prescripciones serán objetivas, transparentes, proporcionadas y no discriminatorias, y que en ningún caso podrán obstaculizar los servicios transfronterizos a los ciudadanos. En el campo de las Administraciones Públicas, ciertamente hay apoyo en la norma comunitaria para poder hacer más supeditaciones y condiciones adicionales. En el artículo 5 de la norma española también se reconoce a las Comunidades Autónomas la posibilidad de establecer condiciones adicionales para regular el uso de la firma electrónica en las relaciones con sus respectivas Administraciones, y por supuesto en las relaciones que mantengan estas Administraciones Públicas y sus Entes Públicos con los particulares. De otro lado, las normas estatales que regulen las condiciones adicionales sobre el uso de firma electrónica se tendrán que dictar a propuesta del Ministerio de Administraciones Públicas y previo informe del Consejo Superior de Informática. En todo caso esas condiciones adicionales deben entenderse como parte del procedimiento administrativo común a todas las Administraciones Públicas para garantizar la aplicación y el cumplimiento de lo previsto en el artículo 45 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Común. En concreto, como condición adicional se podrá incluir la prestación de un servicio de consignación de fecha y hora respecto de los documentos

electrónicos integrados en un expediente administrativo, y que consistirá en la acreditación por el prestador de servicios de certificación, o por un tercero de la fecha y hora en que un documento electrónico es enviado por el signatario o recibido por el destinatario. Aunque también debería de haberse incluido el momento en que se produce, porque ese servicio de estampación de día y hora se refiere no sólo al hecho de la recepción o emisión, sino también al momento en que se produce. Por otra parte, indicar que ese servicio de estampación, el denominado «Time Stamping», se ha incorporado en la Directiva como novedad recogida en el apartado c) del anexo segundo, entre los requisitos exigibles a los prestadores de servicios de certificación que expidan certificados reconocidos, consistente en permitir que la certificación pueda recoger la fecha y la hora en que se produce la actuación certificante.

El campo de aplicación en las Administraciones Públicas es esencial en todo el sistema, sobre el cual se basa la Directiva, no solamente en las comunicaciones o relaciones de las distintas Administraciones Públicas entre sí, sino también en las relaciones de éstas con los administrados. Hemos reflejado anteriormente, en otra parte de este trabajo, el conjunto de normas que en Derecho español existían sobre el documento electrónico, así como la práctica jurisprudencial, que se referían a la firma electrónica, u otros medios de autenticación electrónica, además de las regulaciones más generales sobre el empleo de medios telemáticos. Por ejemplo, desde el punto de vista del Ministerio de Justicia, existe un amplio campo de actuación en materia de Registros Civiles, así como, por ejemplo, en relación a los depósitos de cuentas en los Registros Mercantiles, e incluso, el acceso al Registro General de Actos de Ultima Voluntad, a los efectos de conseguir directamente el certificado de dicho Registro, pero en este caso es necesario tener en cuenta que el paso al soporte papel del mismo desde la pantalla requerirá, en todo caso, la intervención de una persona facultada para poder legitimar que lo obtenido en el soporte papel coincide con el original que aparece en la pantalla, ello como elemento esencial de nuestro sistema de legitimación, y por ello creemos que no podrá ser cualquier persona la que directamente pueda obtener esta certificación, por lo anteriormente indicado, sino aquellas personas especialmente facultadas por la Ley para dar fe pública.

Partiendo de lo establecido en el propio artículo 3 del entonces Proyecto de Directiva, como indica la Memoria justificativa del Real Decreto-Ley, se prevé en la norma española, el establecimiento de un sistema de acreditación abierto a todos los prestadores de servicios de certificación, en su artículo 6, además un sistema de supervisión en el Capítulo IV del Título II, y un sistema de evaluación de la conformidad de los dispositivos de creación y de verificación de firma, en el Título III del capítulo citado en el último lugar. Como ya hemos indicado, aunque el Proyecto de Directiva permitía la posibilidad de que fuera el sector privado quien pudiera controlar estas funciones, la norma

española opta por la conveniencia de que sean los organismos encargados de acreditar y supervisar a los prestadores de servicios de certificación, así como de reconocer la conformidad de los dispositivos de firma electrónica con las normas establecidas en la Ley, el que sean los organismos públicos, e incluso el haberse así orientado en otros países de Europa. En este sentido, los únicos órganos cualificados de certificación existentes en Europa, y que han sido reconocidos en el marco del acuerdo mutuo de reconocimiento de certificados de 1997, son un Organismo alemán, otro británico y un tercero francés, que en los tres casos son organismos públicos.

El artículo 6 de la norma española regula los sistemas de acreditación de prestadores de servicios de certificación, así como la propia certificación de productos de firma electrónica, teniendo en cuenta que el Gobierno, por Real Decreto, podrá establecer sistemas voluntarios de acreditación de los prestadores de servicios de certificación de firma electrónica a través de un régimen que permita lograr el adecuado grado de seguridad y proteger, debidamente, los derechos de los usuarios. Las funciones de certificación serán ejercidas por los órganos en cada caso competentes, referidos en la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, en la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria, y en la demás legislación vigente sobre la materia. Siguiendo además los parámetros de la Directiva, el artículo 6 en su número 3 establece que, las normas que regulen los sistemas de acreditación y de certificación deberán ser objetivas, razonables y no discriminatorias, y los prestadores de servicios que se sometan voluntariamente a ellos podrán obtener la correspondiente acreditación de su actividad, o en su caso la certificación del producto de firma electrónica.

El proceso para la acreditación de los prestadores de servicios, que en la norma española se llama homologación, así como la determinación de la conformidad de los dispositivos de firma electrónica, que son denominados certificación de dispositivos de firma electrónica, se prevé la aplicación de un mismo sistema de control, como indica la propia Memoria Justificativa, teniendo en cuenta que la estructura del sistema de control se basa en el modelo existente en Alemania, Francia y Reino Unido, para la evaluación de la seguridad de las tecnologías de la información, y en este modelo, como continúa indicando la Memoria, conocido como Esquema Nacional de Certificación, los sistemas y productos de las tecnologías de la información son evaluados por unas entidades llamadas Entidades de Evaluación, que realizan todas las pruebas pertinentes sobre los mismos, para comprobar que ofrecen un nivel de seguridad declarado por su fabricante o prestador; a su vez las Entidades de Evaluación deben estar acreditadas por un Organismo de Acreditación, que a su vez, verifica que éstas reúnen las condiciones necesarias para llevar a cabo este tipo de evaluaciones, estableciéndose en el vértice de la pirámide del modelo, un Organismo de Certificación, independiente tanto

del Organismo de Acreditación, como de las Entidades de Evaluación, así como de los fabricantes o prestadores.

El artículo 8 de la norma española de firma electrónica prevé la creación del denominado Registro de Prestadores de Servicios de Certificación, que va a depender del Ministerio de Justicia, por ser este Ministerio claramente del que dependen importantes Registros, tanto de carácter administrativo como de carácter jurídico, debiendo solicitar la inscripción todos los prestadores de servicios establecidos en España, con carácter previo al propio inicio de su actividad. De iguales características en la República Italiana, existe un Registro similar y una obligación específica de estos prestadores de notificar el comienzo de su actividad, según se regula en el artículo 8.3 del Decreto Presidencial sobre la creación, almacenamiento y transmisión de documentos por medios informáticos o telemáticos, de 31 de octubre de 1997. Como puede observarse, el ámbito subjetivo de este Registro se extiende a todos los prestadores de servicios, no sólo a los que expidan certificados reconocidos; se trata de un efecto meramente declarativo y de control, y ha sido uno de los puntos claves de la posición de España en la negociación de la Directiva, así como de otros países, en el grupo de trabajo del Consejo. La propia formulación de la solicitud de inscripción es la que les va a permitir iniciar o continuar su actividad. Para conseguir dicha solicitud, reglamentariamente se establecerá la documentación que se debe aportar, pero fundamentalmente dirigida a la identificación del prestador y a la justificación que éste reúne los requisitos necesarios en su caso para ejercer su actividad. El propio artículo 7 de la norma española en su número 3 declara el carácter público de dicho Registro, debiendo mantenerse permanentemente actualizada y a disposición de cualquier persona una relación de los prestadores inscritos, en la que debe figurar su nombre o razón social, la dirección de su página en Internet o de correo electrónico, los datos de verificación de su firma electrónica, y en su caso su condición de acreditado, o de tener la posibilidad de expedir certificados reconocidos y cualesquiera otros datos que se establezcan por Real Decreto. Un punto importante que no se recoge en la Ley, pero que debería haberse hecho, es que los propios prestadores de servicios deberían comunicar al Registro, para que constara en el mismo, toda la información relevante de los certificados que expida con carácter de certificados reconocidos, y ello debido a la importante trascendencia que tiene esta información para los posibles terceros contratantes con el propio signatario, determinada información, así por ejemplo, las limitaciones de los usos, entre otras la limitación de las facultades de los signatarios que actúen por representación, las limitaciones de cuantías, e incluso la fecha de posibles revocaciones o suspensiones temporales de la vigencia o eficacia del certificado. No cabe duda que la labor del Registro de Prestadores es esencial, ya que para el acceso al mismo y a los efectos de establecer que el prestador reúne los requisitos necesarios, debe

haber un control de esos requisitos, muchos de carácter técnico, incluso el propio Registro podrá controlar que se han realizado todas las supervisiones y que incluso, por ejemplo, que la empresa que ha realizado una determinada evaluación se encuentra entre las que legalmente han sido designadas como cualificadas para ello. Por supuesto, como indica el párrafo final del número 3 del artículo 7, los datos inscritos en el Registro podrán ser consultados por vía telemática o a través de una certificación registral.

En cuanto al artículo 8, relativo a los certificados, se regulan los requisitos para la existencia de un certificado reconocido que tiene una equivalencia total en cuanto a su contenido, al del anexo I de la Directiva. Para evitar una exposición demasiado pormenorizada, indicaremos que estos requisitos son esenciales para determinar una especial eficacia a la propia firma electrónica que se basa en un certificado reconocido. Estos habrán de contener la indicación de que se expide como tal el código identificativo, la propia identificación del prestador de servicios de certificación, la firma electrónica avanzada del prestador de servicios de certificación que «pide el certificado, la identificación del signatario en los supuestos de representación, la indicación del documento que acredite las facultades del signatario para actuar en nombre de la persona física o jurídica a la que represente, los datos de verificación de firma que correspondan a los datos de creación de firma que se encuentren bajo el control del signatario, el comienzo y fin del período de validez del certificado, los límites de uso del certificado, si se prevén, y los límites del valor de las transacciones para las que puede utilizarse el certificado, si se establecen. Quizá podría haberse también introducido una mayor especificidad en relación a la persona física o jurídica que debe haber solicitado la expedición del certificado a favor de su titular, o autorizado a éste para su solicitud; con ello se trataría de que nadie puede obligarse en nombre de otro mediante técnicas de firma electrónica sin estar por él autorizado en cuanto al medio empleado para ello. También hubiera sido conveniente el haber hecho referencia en los casos de representación, de una manera clara, a la identificación en cuanto a sus datos de la persona física o jurídica representada por el signatario o titular.

El artículo 9 hace referencia a la vigencia de los certificados, circunstancia ésta no especificada en la Directiva, y que no obstante han sido introducidos en la norma española con la idea de establecer un mecanismo suficiente que cree confianza en el usuario, dentro del mecanismo de la firma electrónica, teniendo en cuenta, en su caso, algunas normas de derecho comparado. Como indica la Memoria Justificativa, en este artículo 9 sobre vigencia de los certificados, se enumeran las causas determinantes de la extinción de la eficacia de los certificados, que tratándose de reconocidos, no podrá ser superior a cuatro años, y enumerándose las causas determinantes de la extinción de la eficacia de los certificados, regulándose la forma en que surtirá efecto frente

a terceros de buena fe la extinción o suspensión de la eficacia de un certificado, no siendo oponible a terceros hasta que dichas circunstancias no hayan sido anotadas por el prestador de servicios en el Registro al que hace referencia el artículo 11 letra e), que consiste en la obligación del prestador de servicios de certificación, de mantener un registro de certificados en el que quedará constancia de los emitidos, figurando las circunstancias que afecten a la suspensión o pérdida de vigencia de sus efectos. Esta no oponibilidad frente a terceros, de lo no anotado, deja de actuar cuando el prestador pruebe que el tercero tenía conocimiento del hecho determinante de la extinción o suspensión antes de su publicación. Asimismo, se regulan obligaciones que deben cumplir los prestadores de servicios de certificación cuando vayan a cesar en su actividad, o se haya iniciado respecto a ellos, un procedimiento de concurso, quiebra o suspensión de pagos, teniendo en cuenta por el artículo 9.1 g) es que los certificados que estén aún dentro de su período de validez no podrán ser transferidos a otro prestador de servicios sin el consentimiento de sus titulares o signatarios, y que asimismo el Ministerio de Justicia deberá hacerse cargo de la información relativa a los certificados, que por no transferirse, se dejen sin efecto, hasta el momento en que, de acuerdo con el artículo 12 h), cese la obligación de conservar dicha información. En conexión con los certificados, el artículo 10 regula la equivalencia de los certificados de prestadores de servicios establecidos en un Estado que no sea miembro de la Unión Europea, y que sea expedido como reconocido por dicho país; en estos casos se considerarán equivalentes a los expedidos por los establecidos en España, siempre que cumplan determinados requisitos tanto en relación al prestador de servicios como al contenido del certificado.

Se establecen un conjunto de obligaciones a los prestadores de servicios de certificación, pero no sólo a aquellos que expidan certificados reconocidos, sino en general a todos, y en ello la norma española va más allá del Proyecto de Directiva que hacía referencia a dichas obligaciones, únicamente a los que emitían certificados reconocidos, por ello el Real Decreto-ley permite al órgano de control supervisar el cumplimiento por los prestadores de servicios que no expidan certificados reconocidos de las obligaciones que les sean exigibles, extendiendo el régimen sancionador también a los que no expiden esos certificados reconocidos.

El artículo 11 regula esas obligaciones generales que van desde la comprobación de la identidad y de las circunstancias personales de los solicitantes, la de poner a disposición del signatario los dispositivos de creación y de verificación de firma electrónica, no almacenar ni copiar los datos de creación de firma de la persona a la que se hayan prestado esos servicios, informar antes de la emisión de un certificado a la persona que solicite esos servicios de su precio de las condiciones de su utilización; mantener un registro de certificados, comunicar en el caso de cese de actividad, a los titulares de los

certificados por ellos emitidos, y si estuvieran inscritos en él al Registro de Prestadores de Servicios del Ministerio de Justicia, teniendo en cuenta que la comunicación, según el artículo 13.1, se llevará a cabo con una antelación mínima de dos meses al cese efectivo de la actividad, solicitar la inscripción en el Registro de Prestadores de Servicios de Certificación, etcétera. El artículo 12 regula, además de todas las obligaciones de los artículos 7 y 11, algunas más específicas para los prestadores de servicios que expidan certificados reconocidos, muchas de ellas provenientes de la Directiva, y que van desde la indicación de la fecha y hora en las que se expidió un certificado o se dejó sin efecto, emplear personal cualificado, utilizar sistemas y productos fiables, tomar medidas contra la falsificación de certificados, la muy importante relativa a la disposición de los recursos económicos suficientes para operar en dicho tráfico, y sobre todo para afrontar el riesgo de la responsabilidad por daños y perjuicios, debiendo constituir una garantía, que bien pueda ser un afianzamiento mercantil o en un seguro de caución, con unas cantidades o tantos por cientos distintos según se limite o no el importe de las transacciones en las que pueda emplearse el conjunto de los certificados, además de conservar registrada toda la información y documentación relativa a un certificado reconocido, durante quince años, así como, por último, entre otras informar a cualesquiera usuarios de sus servicios de los criterios que se comprometen a seguir, con respeto al Real Decreto y a sus disposiciones de desarrollo en el ejercicio de su actividad; de esta forma se da cabida a la autorregulación de los prestadores de servicios de certificación en aquellos aspectos que no estén tasados por la propia norma, por ejemplo, el tema relativo a la forma en que se comprobará la personalidad de los solicitantes de certificado. Este tema está en íntima relación con el de la posibilidad que tienen los prestadores de servicios de delegar en un tercero, la comprobación de la identidad y otras circunstancias personales relevantes, por ejemplo, las facultades de representación del signatario, el cargo que ostente en la entidad, la vigencia del mismo, etcétera. Este punto es esencial, ciertamente, porque nos encontramos en las llamadas Autoridades de Registro, y estos terceros pueden ser personas físicas como los Notarios, a los que la ley les encomienda función pública de dación de fe, a través de una delegación de parte de la soberanía, en este aspecto concreto, y que en ningún caso, estos prestadores de servicios podrán, como dice el párrafo final del artículo 1 de la norma española, sustituir ni modificar las normas que regulan las funciones que corresponde realizar a las personas facultadas, con arreglo a derecho para dar fe de la firma en documentos o para intervenir en su elevación a públicos.

También en cuanto a esas garantías se podría haber permitido la constitución de un derecho de prenda o de hipoteca mobiliaria o inmobiliaria, resultando claramente más económico para el propio prestador de servicios, pero esta circunstancia al final no se incluyó en el texto definitivo. Otra

obligación a la que ya hemos hecho referencia en otro momento de este trabajo, y que no consta en el texto definitivo, es la de comunicación al Registro de Prestadores del Ministerio de Justicia de toda la información relevante de los certificados reconocidos que ellos expidan, por esa posible trascendencia que frente a terceros posibles contratantes con el signatario tiene algunos de dichos datos.

Se recoge también todo el sistema de responsabilidad de los prestadores de servicios de certificación, partiendo el artículo 12 del principio general de que esta responsabilidad será exigible conforme a las normas generales sobre la culpa contractual y extracontractual. El tema de la responsabilidad, como ya analizamos en la Directiva, fue y es uno de los caballos de batalla que se han puesto sobre el tapete a la hora de las distintas posiciones tanto de los Estados miembros como de terceros países, desde los extremos de una responsabilidad objetiva en todo caso, a una responsabilidad de carácter subjetivo. Por ello, se parte de esta responsabilidad por los daños y perjuicios cuando incumpla las obligaciones de la norma o actúen con negligencia, correspondiendo al prestador demostrar que actuó con la debida diligencia. Se especifica también en el artículo 14 esa responsabilidad por los daños causados, por el uso indebido del certificado reconocido, siempre que no haya consignado en él, de forma claramente reconocible por terceros, el límite en cuanto a su posible uso o al importe del valor de las transacciones válidas que pueden realizarse empleándolo.

El artículo 15 regula el tema de la protección de los datos personales, remitiéndose a la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, así como la utilización del pseudónimo y la posible revelación de la identidad de los titulares de certificados cuando lo soliciten los órganos judiciales. Es este un punto especialmente controvertido debido a que justamente se pueden establecer líneas claras de opacidad en toda esta relación de la sociedad de servicios de la información en la que está enmarcada claramente la firma electrónica y los mecanismos del control de la confidencialidad.

6. CUESTIONES DE NATURALEZA TÉCNICA

El Título III contiene un único Capítulo dedicado a los dispositivos seguros de firma electrónica, su correspondiente evaluación de la conformidad con la normativa aplicable, así como los dispositivos de verificación de firma electrónica avanzada, contenido en los artículos 19 a 22, inclusive. Lo que se pretende es crear esa seguridad en el mundo telemático, y en concreto en relación a la firma electrónica. Todo ello en conexión con el artículo 6, relativo a los órganos de certificación y a las normas técnicas cuyos números de referencia hayan sido publicados en el Diario Oficial de

las Comunidades Europeas. En definitiva, lo que se pretende es crear esa confianza tan importante y tan esencial en el usuario a través del mecanismo de la firma electrónica, ya que en las redes abiertas como Internet, las personas que participan en una posible relación comercial, quizá ni siquiera se conocen. Por ello, la Memoria Justificativa establece que «entre todos los instrumentos que se han experimentado para garantizar dicha confianza (claves de paso secretas, identificación biométrica mediante el reconocimiento de la voz o de las huellas digitales, la utilización de una misma clave para encriptar y desencriptar un mensaje...), la firma digital basada en el uso de claves asimétricas o criptografía de clave pública es la que mejor satisface las exigencias de seguridad y confianza que requieren las comunicaciones electrónicas. Ello es así porque la firma digital cumple, en relación con los documentos electrónicos, las dos principales funciones que se atribuyen a la firma manuscrita sobre un documento en papel, a saber, permite identificar al autor del escrito (autenticación) y constatar que el mensaje no ha sido alterado después de su firma (integridad). En realidad, la firma digital no identifica por sí sola al autor de un escrito, ya que sólo confirma que a la clave privada utilizada para firmar el mensaje le corresponde la clave pública que permite descifrarlo, sino mediante el complemento de un certificado electrónico que constata que la clave pública del firmante pertenece a quién dice haberlo hecho. Este certificado es emitido por un tercero, digno de confianza, denominado en el argot, Entidad de Certificación, en el que descansa, en gran medida, la fiabilidad del sistema de autenticación mediante firma electrónica, al tener la misión de comprobar la identidad del signatario antes de expedir un certificado...».

Por todo ello los artículos 19 a 22 inclusive del Texto, hacen referencia a los requisitos, tanto de dispositivos seguros de creación de firma electrónica, como a los dispositivos de verificación de firma, así como la evaluación de la conformidad con la normativa aplicable de los dispositivos seguros de creación de firma electrónica. Estos requisitos son esenciales para que se cumplan los grados de fiabilidad y seguridad que se pretenden, y sobre todo, para que en el caso de la firma electrónica avanzada se reconozcan los efectos contemplados en el artículo 3 de la norma española, y en el 5 de la Proposición de Directiva.

7. RÉGIMEN DE INFRACCIONES Y SANCIONES

El propio Real Decreto-ley contempla en los artículos 24 a 28 inclusive, un conjunto de infracciones que divide en muy graves, graves y leves, en razón al hecho que comporta la misma, y todas ellas son consecuencia de los posibles incumplimientos de las normas reguladoras de la firma electrónica.

Junto a las infracciones se establecen un conjunto de sanciones, previéndose inclusive la anotación en el Registro de Prestadores de Servicios de Certificación de las sanciones impuestas por resolución firme, a los prestadores, por la comisión de cualquier infracción grave o muy grave. Las anotaciones relativas a las sanciones se cancelarán una vez transcurridos los plazos de prescripción de las sanciones administrativas previstos en la Ley reguladora del procedimiento administrativo común, pudiéndose establecer un conjunto de medidas cautelares que se estimen necesarias para asegurar la eficacia de la resolución que definitivamente se dicte, y que podrán consistir en la orden de cese temporal de la actividad del prestador de servicios de certificación, en la suspensión de la vigencia de los certificados por él expedidos o en la adopción de otras cautelas que se estimen precisas, conforme establece el artículo 27 de la norma española. El artículo 28, relativo al procedimiento sancionador, atribuye el ejercicio de la potestad sancionadora a la Secretaría General de Comunicaciones del Ministerio de Fomento, sin perjuicio de que el Ministerio de Justicia y los demás órganos que ejercen competencias con arreglo al Real Decreto-ley podrán instar la incoación de un procedimiento sancionador mediante petición razonada dirigida a la propia Secretaría General de Comunicaciones.

8. OTRAS CUESTIONES

La Disposición Transitoria única prevé que los prestadores de servicios de certificación, ya establecidos en España y cuya actividad se rija por una normativa específica, habrán de adaptarse a lo establecido en la norma, en el plazo de un año desde su entrada en vigor. No obstante, conservarán su validez los certificados ya expedidos que hayan surtido efectos.

FRANCISCO JAVIER GARCÍA MÁ
Notario. Letrado adscrito a la Dirección General
de los Registros y del Notariado