

La contratacion electrónica: La firma y el documento electrónico

DEDICADO A DON ANTONIO IPIENS LLORCA

SUMARIO.—I. INTRODUCCION.—II. MEMORANDIUM DE LA DELEGACION FRANCESA SOBRE EL COMERCIO ELECTRONICO.—III. ANALISIS DE LA PROPOSICION DE DIRECTIVA POR LA QUE SE ESTABLECE UN MARCO COMUN PARA LA FIRMA ELECTRONICA: 1. Los CONSIDERANDOS BÁSICOS DE LA DIRECTIVA. 2. ESTUDIO CONCRETO DE LA PROPOSICIÓN DE DIRECTIVA. 3. PROBLEMAS QUE SE PLANTEAN EN EL COMERCIO ELECTRÓNICO, LA FIRMA DIGITAL, FIRMA ELECTRÓNICA, DOCUMENTO ELECTRÓNICO, DERIVADOS DEL ARTICULADO DE LA DIRECTIVA.—IV. ALGUNOS COMENTARIOS SOBRE LA FUNDACION «FESTE».—V. INFORME GENERAL EN RELACION CON EL DOCUMENTO ELECTRONICO Y EL COMERCIO ELECTRONICO.—VI. ALGUNOS COMENTARIOS SOBRE LAS LEYES ALEMANA E ITALIANA SOBRE FIRMA ELECTRONICA: 1. LEGISLACIÓN ALEMANA. 2. LEGISLACIÓN ITALIANA. 3. EL PROYECTO DEL NOTARIO TTP DE LA CORPORACIÓN REAL DE NOTARIOS DE LOS PAÍSES BAJOS (KNB).—VII. LA INTERVENCION DEL NOTARIO CARA A LA FIRMA ELECTRONICA, EL DOCUMENTO ELECTRONICO Y EL COMERCIO ELECTRONICO.

I. INTRODUCCION (1)

Como indica la Exposición de Motivos de la Proposición de Directiva COM (1998/297/2), sobre la firma electrónica, las redes abiertas como *Inter-*

(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». *Cuadernos de Derecho y Comercio del Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio*, núm. 13, abril 1994.

net, 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, por supuesto en el jurídico. Dentro de este mecanismo en el Comercio Internacional uno de los elementos claves 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.

En el presente trabajo vamos a ir analizando los diferentes problemas que se plantean en la contratación electrónica, en relación con el documento electrónico a través de esta Proposición de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre un marco común para las firmas electrónicas. Esta Propo-

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

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

— GALINDO, FERNANDO, «LOS proveedores de servicios de certificación», *La Ley*, núm. 4.566, de 19 de junio de 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». *Revista General de Derecho*, núm. 606, marzo 1995.

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

sición de Directiva, tiene como veremos una importancia capital porque a través de ella van a surgir muchas cuestiones en esta novedosa situación del comercio electrónico y de la contratación electrónica; asimismo iremos viendo la evolución que hasta el momento actual está teniendo la elaboración de la misma así como la participación especial de la Delegación española, en los trabajos que se están realizando bajo la Presidencia austríaca.

II. MEMORANDUM DE LA DELEGACION FRANCESA SOBRE EL COMERCIO ELECTRONICO

Se presentó por la Delegación del Gobierno francés el 9 de marzo con ocasión del Consejo ECOFIN, en el que se precisan las orientaciones y medidas que se consideran adecuadas para el desarrollo del comercio electrónico. En dicho documento se establece «que el comercio electrónico es una oportunidad que han de aprovechar las empresas, los consumidores, la economía y las culturas europeas. Si bien el comercio electrónico no es un fenómeno nuevo, se está transformando rápidamente, bajo el impulso de Internet, en una trama de actividades comerciales mundializadas entre un número creciente de participantes... El comercio electrónico, un incentivo para la consecución del mercado interior europeo y para la introducción del euro... La capacidad de practicar el comercio electrónico con una moneda única, el euro, en el mayor mercado único del mundo, aportará en el plano de la competitividad a las empresas europeas ventajas considerables... Pero para que las esperanzas despertadas por el comercio electrónico sean una realidad, es preciso crear las condiciones para que los operadores (clientes y prestatarios) puedan intervenir con toda confianza... En la actualidad el comercio electrónico es objeto de una intensa actividad internacional, pero fragmentada en una multitud de foros bilaterales y multilaterales... Varios textos adoptados a escala comunitaria (por ejemplo la Directiva sobre la protección de la intimidad y de los datos personales o la Directiva sobre los contratos negociados a distancia), así como las conclusiones de la Conferencia ministerial de Bonn de julio de 1997, plantean las primeras bases de un marco armonizado para el desarrollo del comercio electrónico y el fundamento de una posición internacional de la Unión Europea... Así parece urgente determinar a escala comunitaria, no solo una doctrina para crear un marco normativo que estimule el comercio electrónico europeo sino también una estrategia europea para el planteamiento de los debates internacionales que se están sucediendo muy rápidamente... Facilitar la celebración de contratos por vía electrónica y dar seguridad a las transacciones... Consiste pues en ayudar a establecer la confianza en los instrumentos y redes de comercio electrónico... Estas preocupaciones se refieren en particular a la identidad y solvencia de los proveedores,

su ubicación física, la integridad de la información, la protección de datos de carácter personal, la ejecución del contrato, la fiabilidad de los pagos, etc... Además, el recurso sistemático a la firma electrónica para las transacciones comerciales obliga a una compatibilidad de las infraestructuras de claves públicas dentro de la Unión Europea. Resulta pues necesario disponer lo antes posible de una Directiva del reconocimiento mutuo de las autoridades de certificación de dichas claves... Por lo tanto la Unión Europea ha de concluir pronto sus esfuerzos tanto en las instancias internacionales competentes como en el marco de sus relaciones con sus socios comerciales más importantes a fin de establecer marcos normativos coherentes a escala planetaria...»

Este es uno de los numerosos documentos que aparecen en el seno de la Unión Europea, y que he reflejado a modo de ejemplo, para indicar la existencia de este nuevo tema y como se ve la necesidad, muchas veces bajo diferentes enfoques de dar solución a un hecho que existe y que en los albores del siglo XXI, plantea y debe plantearnos desde el punto de vista jurídico cuestiones que deben ser resueltas, adelantándonos a los acontecimientos.

III. ANALISIS DE LA PROPOSICION DE DIRECTIVA POR LA QUE SE ESTABLECE UN MARCO COMUN PARA LA FIRMA ELECTRONICA

1. *Los considerandos básicos de la Directiva* parten de «... que las comunicaciones y el comercio electrónico necesitan de las firmas electrónicas y de los servicios conexos, que es necesario promover la interoperatividad de los productos de firma electrónica, y que entre los sistemas más avanzados están las firmas numéricas sobre la base de la criptografía; considerando que la presente Directiva tiende a promover la utilización y el reconocimiento jurídico de las firmas electrónicas en la Comunidad Europea, así como que la validez de una firma electrónica no pueda ser rehusada por el solo motivo de que tenga esta forma, y que estas firmas tengan el mismo efecto jurídico que las manuscritas y que puedan tener fuerza como prueba en los procedimientos judiciales en todos los Estados Miembros de la Comunidad; que los prestarios de servicios sean sometidos a la legislación nacional en materia de responsabilidad, así como que éstos deban previamente informar a los Estados Miembros en lo referente a la utilización de sus certificados y los límites de su responsabilidad y que éstos sean en un lenguaje fácilmente comprensible y por un medio de comunicación duradero...». Estos son los Considerandos básicos de la Directiva, junto con el de establecer un Comité Consultivo para ayudar a la Comisión a aplicar de manera armónica las disposiciones que responden a las necesidades del Mercado y del público en general creando un marco jurídico homogéneo.

2. *Estudio concreto del articulado de la proposición de Directiva.* Hay que tener en cuenta a la hora de realizar este trabajo, que aun no ha surgido 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 las 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 introducir el término destino, efectos, o formas de los documentos. Pero quizás con esta redacción pueda ser viable el tener amplitud y movilidad a la hora de hacer la transposición de la Directiva. El párrafo 2.º del artículo 1 tiene la siguiente redacción, refiriéndose al uso de la firma electrónica: «Ello no cubre los aspectos relativos, a la conclusión y validez de los contratos o de otras obligaciones legales, donde hay requisitos prescritos por la ley nacional o comunitaria, ni afecta a las reglas y límites que presiden (o gobiernan) el uso de los documentos, y que están contenidos en la ley nacional o comunitaria». 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 que 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 define la *firma electrónica*, como la firma en *formadigital* integrada en unos datos, anexa a los mismos o asociados con ellos que utiliza un signatario para expresar conformidad con su contenido, y cumpliendo 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. Así mismo se designa *signatario* a la persona que crea una firma electrónica; se define el *dispositivo de creación de firma*, el dispositivo de verificación de firma, el certificado reconocido que es el certificado digital que vincula un dispositivo de firma a una persona y confirma su identidad y que cumple los requisitos establecidos en el Anexo 1.º, asimismo el *proveedor de servicios de certificación* que es la persona física o jurídica que expide certificados o presta otros servicios públicos. Posteriormente se ha modificado el texto introduciendo el concepto de firma segura electrónica, para después cambiarlo al de firma avanzada electrónica, al que se le concede los efectos que antes se daban a las firmas electrónicas, y que parece que es la que determina el nivel más cualificado en cuanto a esta firma.

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 certificante según los anexos de la certificación de Directiva se les atribuía 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 servicios de certificación. La contrapropuesta era introducir un mecanismo de control, como por ejemplo, que los Estados Miembros establecieran los mecanismos legales que demandara la vigilancia del mercado.

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 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 de muestra 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 servicio de certificación no se imponga sólo para el caso de culpa o negligencia, sino que responda al principio de la responsabilidad objetiva. Así mismo es criticable, la posibilidad de limitar esa responsabilidad en operaciones que rebasen una determinada cantidad, esta debería darse en todo caso.

Estas circunstancias han ido cambiando, y alguna de estas cuestiones se han podido ir introduciendo en el sentido de ir quitando esos límites, no sabiendo como quedará el texto definitivo.

El artículo 7.º hace referencia a los aspectos internacionales, el artículo 8.º a la protección de datos, y el artículo 9.º al Comité. En relación a este Comité creemos que debería dársele una importancia mayor, que la que tiene en la redacción dada en la Directiva, en el sentido de que para poder aclarar muchos términos ambiguos que no van a poder ser consensuados, este Comité tenga un carácter mayor que el simple consultivo, y pueda emitir los informes a la Comisión, pero en forma vinculante. Ello sería de vital importancia.

En cuanto a los Anexos I y II, y un posterior III, relativo a los requisitos para la creación de firmas electrónicas, hacen referencia a los requisitos para los certificados garantizados así como también a los proveedores de servicios de estos certificados o autoridades certificantes. El mismo comentario que realizamos con carácter general de que se están dando facultades de identificación y de calificación jurídica a personas, que en el ámbito por ejemplo del derecho interno no tienen. También deberían concretarse las cifras de capital mínimo para las Sociedades que se dedican a la emisión de esas certificaciones, a los efectos de la seguridad de los consumidores y de su responsabilidad.

Hasta aquí una visión genérica de lo que la Directiva está elaborando y como podemos observar existen muchos condicionamientos y puntos que aun quedan en el aire y que son esenciales, analizando algunos de los puntos que merecen una especial consideración en otras partes de este trabajo.

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 Proposición de 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 C.E. 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 aun 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.

Ello engarza con lo que indicábamos de excluir del ámbito de aplicación del Proyecto de Directiva de firma electrónica a determinados contratos, pues ambas Directivas están íntimamente relacionadas. Incluso esta Directiva de contratos a distancia intenta garantizar mucho más los derechos del consumidor que la Directiva de firma electrónica, que parece preocuparle únicamente el que no se ponga ningún impedimento u obstáculo al desarrollo del comercio electrónico. La prueba es que la Directiva de contratos a distancia impone una serie de requisitos que deben establecerse previamente a la celebración del contrato acerca de la identidad del proveedor, de su domicilio, las características del bien o servicio, el precio, gastos y modalidades de pago entre otros.

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 (2): «... 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».

Otro punto a tener en cuenta es que en la Directiva puede llevarse en determinados momentos a entender, que se privatizan o despublican importantes funciones públicas, como por ejemplo, la fe pública notarial, judicial

(2) Siguiendo a DÍAZ FRAILE, JUAN MARÍA, en uno de los Informes elaborado para el grupo de trabajo, sobre firma electrónica.

y administrativa, desde el momento en que se atribuyen a las autoridades certificantes el papel de notarios electrónicos.

Con posterioridad en otro apartado de este trabajo, haremos referencia a estas autoridades certificantes, y al papel, por ejemplo, del notariado en este problema, como posible Autoridad Certificante, significando la importancia del mismo.

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

Así por ejemplo, siguiendo a DÍAZ FRAILE (3):

— La Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, sobre regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter general, 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 Propuesta 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, del Mercado de Valores.

— La Ley 30/1992, de 21 de noviembre, de Régimen Jurídico de Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

— 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

(3) DÍAZ FRAILE, JUAN MARÍA, en el Informe reseñado.

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 cuanto al factor tiempo, como circunstancia modificativa de los actos jurídicos, en la Propuesta de Directiva, no se incorpora el «time stamping» o certificado de la fecha de declaración de voluntad realizada por vía electrónica, surgiendo así multitud de problemas de resolución insoluble salvo porque se haya ejercitado en el plazo la opción de compra.

— 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 la ámbito de la Contratación Privada: la Ley 7/98 de 13 de abril de Condiciones Generales de Contratación, en especial su artículo 5.3.

— 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 determine, 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:

- *Ambito 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.
- *Destinatarios:* 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 terceros 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 Pro-

puesta de Directiva es compleja, por cuanto en ésta 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».

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 Sentencia de 3 de octubre de 1997 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 (4).

IV. ALGUNOS COMENTARIOS SOBRE LA FUNDACION «FESTE»

«FESTE» es una Fundación entre cuyos objetivos está el de constituir una infraestructura que combine la seguridad tecnológica con la jurídica, y facilite la intervención de los fedatarios en el modelo de confianza, de modo semejante a como hoy éstos desempeñan su función en la sociedad española. Así se define por JULIÁN INZA, Director-gerente de FESTE, Fundación para el estudio de la seguridad de las telecomunicaciones, en un trabajo denominado la Función del fedatario en las nuevas tecnologías. Asimismo indica que «igualmente aspira a contribuir al desarrollo de una normativa adaptada a las

(4) Es este sentido DÍAZ FRAILE, JUAN MARÍA, en el Informe citado.

peculiaridades de nuestro país y al desarrollo de la tecnología, de forma que se desarrolle la situación competitiva de nuestras empresas en los entornos europeo e internacional.

La implantación de FESTE corresponde a la necesidad sentida por los integrantes de la misma (Colegio Nacional de Notarios, Colegio Nacional de Corredores de Comercio, La Universidad de Zaragoza y la Empresa Intercomputer, S. A), de que hace falta fomentar activamente el conjunto de investigaciones de carácter jurídico que está requerido por el fenómeno de la seguridad de las telecomunicaciones electrónicas, estableciendo que notarios y corredores sean fedatarios de las comunicaciones electrónicas, contituyéndose como servicio de certificación, mediante la publicación de la clave pública de sus usuarios como en el ejercicio de la salvaguarda de la seguridad y garantía de las comunicaciones electrónicas. Lo último, especialmente mediante la conservación en depósito por parte de los notarios que así lo decidan por encargo de sus propietarios de la clave privada de éstos. De ahí que se quieran establecer una serie de mecanismos de seguridad en el uso del comercio y contratación electrónica y de las técnicas de cifrado por ejemplo, a través de los contratos de certificación de firma electrónica que garantiza al usuario que lo concierne con el servicio de certificación, que los datos manifestados por el usuario al fedatario (notario, corredor de comercio o registro habilitado) identifican al usuario con respecto a las peticiones hechas al servicio de certificación por un tercero, que quiere comprobar la autenticidad de la firma de un mensaje emitido por el usuario. También, a través del contrato de notarización, de contrataciones electrónicas, por ejemplo la notarización de la identificación de los comunicantes, de sus claves, de la fecha y hora de los mensajes, del contenido cifrado de los mensajes, del contenido en claro de los mensajes, etc.

V. INFORME GENERAL EN RELACION CON EL DOCUMENTO ELECTRONICO Y EL COMERCIO ELECTRONICO

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, aún 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 line* 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 line*...». 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 del 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, este 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 Certificantes, Juzgados, Notarías y Registros, 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...».

VI. ALGUNOS COMENTARIOS SOBRE LAS LEYES ALEMANA E ITALIANA SOBRE FIRMA ELECTRONICA

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, quién 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 artículo 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 estos 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 **Area 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 aun 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, 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 5 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 la cual se garantiza la correspondencia biunívoca entre la llave pública y el sujeto titular a la que esta pertenece, se identifica a éste 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 2712 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 2703 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 este 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 2703 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.

3. EL PROYECTO DEL NOTARIO TTP DE LA CORPORACIÓN REAL DE NOTARIOS DE LOS PAÍSES BAJOS (KNB)

En un informe elaborado por la Corporación Real de los Notarios de los Países Bajos, se establece una serie de consideraciones en torno a la comu-

nicación informática y al comercio jurídico electrónico, así como al papel que debe jugar el notario en estos avances tecnológicos, y su implicación cara a la sociedad. En este informe se indica que ha existido una evolución desde que en otoño de 1995, el Consejo de Administración de la Corporación Real de Notarios de los Países Bajos decidió empezar un estudio para ver, en que medida de los servicios en el marco de la Comunicación Informática, deberían ser elaborados en beneficio del notariado holandés.

Teniendo en cuenta que tres años antes con ocasión del Congreso de la Unión Internacional del Notariado Latino que tuvo lugar en Cartagena de Indias (Colombia), se consideró que, el notario no tenía ningún papel a desarrollar en el campo del comercio jurídico electrónico. Pero la modificación o cambio de actitud en el seno de la KNB, pueden explicarse en el hecho del entendimiento de las posibilidades e implicaciones de la revolución electrónica, teniendo en cuenta que la técnica moderna no constituye una amenaza para el acto auténtico. Asimismo habrá una necesidad de funciones notariales en el campo de los documentos electrónicos, habiendo por tanto suficientes argumentos estratégicos para comenzar el estudio con energía.

Un argumento importante utilizado por los notarios holandeses para tomar en serio este nuevo campo de actuación, era que los Países Bajos han sido muy progresistas en el campo de la comunicación electrónica así los contactos del notario con el Catastro, el Fisco, las Cámaras de Comercio, se desarrollarán cada vez más en un campo electrónico.

En septiembre de 1996, la KNB, ha presentado, con ocasión de su Asamblea Científica un libro titulado *el Notario y el Comercio Jurídico Electrónico*. En el mismo, se aborda con detalle las funciones de la firma en el comercio jurídico sobre el papel y las posibilidades de la firma electrónica para la comunicación informática.

En noviembre de 1996, la Comisión de Estudios «Notario TTP», ha publicado los primeros resultados de su estudio y una de las más importantes conclusiones fue que la legalización de la firma electrónica y el establecimiento del Derecho del usuario podría ser realizada de manera simple en breve tiempo. Se trataba de la presentación de servicios donde la firma electrónica con la que un emisor de un mensaje envía éste por Internet está reforzado por un certificado electrónico. La identidad del usuario de la firma electrónica está mejor garantizada y el Consejo de Administración de la KNB ha pedido a la Comisión el estudio de elaborar el servicio TTP (TRUSTED THIRD PARTY).

En base a estas circunstancias se han creado varios grupos de trabajo para determinar las prescripciones precisas sobre la manera en que el notario deberá expedir sus certificados, así como proyectos para adaptar la legislación y especializar a los notarios como notarios TTP.

4. COMENTARIO GENERAL

De una u otra forma, existe una preocupación en el notariado europeo sobre la problemática de la firma electrónica del documento electrónico y del comercio electrónico, con países como Italia y Alemania que tienen una legislación sobre estas firmas digitales, y en especial la legislación italiana que prevee expresamente la intervención del notario en la contratación telemática. En una reciente visita, que realicé a Bruselas, en el contacto con el notariado belga también se veía una tendencia a que el notariado estudiase en esta nueva era de la informática, siendo el notariado francés el más cauteloso sobre esta cuestión. El sentido general es el que hay necesidad de establecer los marcos de estudio adecuados, para ver cual puede y debe ser el papel del notario en toda esta revolución informática, acercándose al planteamiento de los problemas, y no quedándose atrás.

VII. LA INTERVENCION DEL NOTARIO CARA A LA FIRMA
ELECTRONICA, EL DOCUMENTO ELECTRONICO
Y EL COMERCIO ELECTRONICO

Hemos tenido ocasión de analizar desde la Proposición de Directiva de firma electrónica con los problemas que de ella se derivan, así como las posiciones del Consejo General del Notariado Español y el estado de la cuestión en las legislaciones extranjeras, y en el seno de algunos notariados de la Unión Europea. Debemos partir de la base de que la realidad de las redes informáticas, y los avances en la tecnología deparan un nuevo campo de actuación en la que el notario debe tener un protagonismo importante, cumpliendo su labor de servicio público notarial. No se nos escapan las dificultades que toda revolución tecnológica implica en un sistema asentado a través de los tiempos, y basado por una parte en el documento en soporte papel y en la firma manuscrita como bases fundamentales de la documentación. Documento en soporte papel y firma manuscrita que han dado, no cabe duda, una permanencia al soporte material, y una fiabilidad más o menos segura en el contenido, así como en la autoría de las personas que firman o suscriben el documento.

En la actual elaboración de la Directiva Comunitaria sobre firma electrónica, ya hemos hecho los análisis correspondientes al ámbito de aplicación que debe tener la misma siendo competencia de las legislaciones nacionales el uso, destino, formalidades y efectos de los documentos en general y de los documentos electrónicos, relativos a entre otros aspectos las consideraciones sobre la validez de los contratos y de las obligaciones en general, teniendo en cuenta que determinados actos o contratos, pueden y deben ser excluidos de

esta firma electrónica, por razón de la diferente significación de los sistemas jurídicos que coexisten en cada uno de los Estados Miembros de la Unión Europea. Esta cuestión podrá ser discutible en cuanto al ámbito de exclusión de determinados contratos sobre bienes inmuebles, negocios de derecho de familia, contratos societarios, etc., pero hay que partir de una base, y sobre todo de nuestra legislación interna, ratificándonos en este momento en lo que indicamos a la hora de hablar de los contratos excluidos, o del ámbito de exclusión de la firma electrónica de determinados negocios jurídicos, que en este momento distorsionarían el esquema general dentro del concepto básico de seguridad jurídica preventiva. No obstante, podemos establecer en el sistema notarial de tipo latino, un ámbito de actuación del Notario en cuanto al documento electrónico o documento informático, y sobre todo en relación con las Autoridades certificantes que van a cumplir un papel esencial a la hora de identificar a la persona que emite un mensaje, asegurándose que es ella realmente, así como del contenido e incluso de la representación que aduce tener. Partiendo de la idea de que la Directiva de firma electrónica puede estar determinada con relación al documento privado electrónico, para plantearnos en una situación de futuro y de *lege ferenda*, la creación de la categoría del documento público electrónico.

En cuanto al documento privado electrónico creo que efectivamente el notariado, y en este caso con 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...» (5).

(5) DE PRADA GUAITA, VICENTE, «El Documento Informático: su encaje en el Sistema de Notariado Latino». Septiembre de 1997.

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 (6), en relación con la intervención notarial en el documento 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 (C.N.U.E.) ha 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 infor-

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

marión, 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 aparcarse 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 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 (7), 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. Quizás debería reducirse a la expedición de copias simples.

Todo este campo, esta 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 (8), que: «... LA PROTOCOLIZACION DE DOCUMENTOS EXTENDIDOS EN SOPORTE INFORMATICO ... 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 ... EXPEDICION DE COPIAS POR PROCEDIMIENTOS INFORMATICOS ... 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 ... LEGITIMACION DE FIRMAS INFORMATICAS: En este punto se regula la forma de hacer la legitimación ... AUTORIZACION NOTARIAL INFORMATICA ... REQUERIMIENTOS HECHOS POR CORREO ELECTRONICO ... La posi-

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

(8) 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».

bilidad 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. Como siempre la cuestión del espacio-tiempo y la inmediatez 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 quizás, 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.

Carlos Marín (9), 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 Última 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.

FRANCISCO JAVIER GARCÍA MÁS
Notario de Cuéllar
Letrado Adscrito a la Dirección General
de los Registros y del Notariado

(9) MARÍN CALERO, CARLOS, en el Informe, «Conexión Telemática de los Notarios con Catastros y Registros Públicos».