

Firma electrónica cualificada y acceso de documentos privados a los Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles

Qualified electronic signature and access of private documents to Real State Property, Commercial and Movable Property Registries

por

APOL·LÒNIA MARTÍNEZ NADAL
*Catedrática de Derecho mercantil
Universidad de las Islas Baleares*

RESUMEN: En la legislación hipotecaria española existen diversos artículos que exigen que determinados documentos privados vengan con la firma autógrafa del firmante legitimada por un notario público para su presentación y despacho en el Registro. Por ello, analizamos en este trabajo la cuestión de si este requisito de la legitimación notarial de firma debe seguir siendo aplicado cuando un documento electrónico que ha sido firmado con un certificado electrónico cualificado de firma, conforme al Reglamento (UE) núm. 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior, se presenta ante el Registro.

ABSTRACT: *In Spanish mortgage legislation, there are several articles that require certain private documents to come with the signature of the signer, authenticated by a notary public, for presentation and dispatch in the registry. Therefore, we analyze in this work the question of whether this requirement of notarial signature legitimacy should continue to be applied when an electronic document that has been signed with a qualified electronic signature certificate, in accordance with Regulation (EU) núm. 910/2014 of the European Parliament and of the Council, of July 23, 2014, regarding electronic identification and trust services for electronic transactions in the internal market, is presented to the registry.*

PALABRAS CLAVE: Firma electrónica cualificada. Acceso al Registro. Documentos privados.

KEY WORDS: *Qualified electronic signature. Access to Registry. Private documents.*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. LA FIRMA LEGITIMADA NOTARIALMENTE: 1. INTRODUCCIÓN. NOCIÓN, NATURALEZA Y PROCEDIMIENTOS DE LEGITIMACIÓN. 2. EFECTOS DE LA LEGITIMACIÓN NOTARIAL DE FIRMAS. 3. CONCLUSIONES FINALES SOBRE LA NATURALEZA DE LA LEGITIMACIÓN DE FIRMAS: JUICIO DE VALOR SOBRE LA AUTORÍA DE UNA FIRMA O DACIÓN DE FE DE LA AUTENTICIDAD DE LA FIRMA. 4. REFERENCIA A LA LEGITIMACIÓN NOTARIAL DE FIRMAS ELECTRÓNICAS RECONOCIDAS.—III. FIRMA ELECTRÓNICA RECONOCIDA O CUALIFICADA. EQUIVALENCIA FUNCIONAL CON LA LEGITIMACIÓN NOTARIAL: 1. FIRMA ELECTRÓNICA Y FIRMA ELECTRÓNICA RECONOCIDA O CUALIFICADA. CONCEPTO Y VALIDEZ LEGAL. 2. REQUISITOS DE LA FIRMA ELECTRÓNICA RECONOCIDA O CUALIFICADA. ESPECIAL REFERENCIA AL CERTIFICADO RECONOCIDO O CUALIFICADO Y SU CONTRIBUCIÓN A LA FUNCIÓN IDENTIFICATIVA: A) *Sistemas de identificación.* B) *La comprobación de identidad por personación física en caso de expedición de certificados reconocidos y cualificados ex artículo 13 LFE y artículo 24 Reglamento (UE) 910/2014.* 3. SISTEMA DE RESPONSABILIDAD COMO CLÁUSULA DE CIERRE: A) *Responsabilidad de los prestadores de servicios de certificación.* B) *Responsabilidad del titular del certificado por usos indebidos por parte de terceros.*—IV. EQUIVALENCIA FUNCIONAL (O SUSTITUIBILIDAD) ENTRE FIRMA LEGITIMADA NOTARIALMENTE Y FIRMA ELECTRÓNICA RECONOCIDA O CUALIFICADA: 1. EQUIVALENCIA FUNCIONAL. 2. EQUIVALENCIA FORMAL.—V. OTROS ARGUMENTOS PARA EL USO ALTERNATIVO O LA SUSTITUIBILIDAD DE LA FIRMA LEGITIMADA NOTARIALMENTE

POR LA FIRMA ELECTRÓNICA RECONOCIDA O CUALIFICADA:

1. EL AVANCE DE LA ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA. CONSAGRACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO. 2. ACCESO ELECTRÓNICO A LAS ADMINISTRACIONES: EFICACIA Y EFICIENCIA, AGILIDAD Y REDUCCIÓN DE COSTES DE TIEMPO Y ECONÓMICOS. 3. LA LEGITIMACIÓN NOTARIAL DE FIRMA ELECTRÓNICA *EX* ARTÍCULO 261 RN Y EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. 4. EL PRINCIPIO DE INTEROPERABILIDAD; PERSPECTIVA INTERNACIONAL.—VI. CONCLUSIONES.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO

Ante la existencia de diversos artículos en la legislación hipotecaria y, sobre todo con especial trascendencia en la del Registro Mercantil, que exigen para la presentación y despacho de determinados documentos privados que vengan con la firma autógrafa del firmante, legitimada notarialmente, y partiendo de que la razón de tal exigencia ha sido tradicionalmente asegurar la identidad indubitada del firmante del documento, una vez admitida la presentación electrónica en las oficinas públicas, nos planteamos la cuestión de si este requisito estricto de la legitimación notarial debe seguir siendo aplicado cuando el documento electrónico ha sido firmado con firma electrónica reconocida o cualificada que cumple los requisitos legales, entre ellos, la existencia de un certificado reconocido, conforme a la Ley 59/2003 de firma electrónica, o cualificado de firma, conforme al Reglamento (UE) núm. 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por el que se deroga la Directiva 1999/93/CE¹.

En efecto, por una parte, y respecto de la presentación de documentación privada con firma legitimada, cabe mencionar, los artículos 166.11, 208, 216, 238 del Reglamento Hipotecario que de forma general, exigen tal legitimación notarial (o bien una legitimación o ratificación de firma ante el propio registrador). De forma más concreta, a título de ejemplo, el artículo 142 del Reglamento de Registro Mercantil dispone que:

«1. La inscripción del nombramiento de administradores podrá practicarse mediante certificación del acta de la Junta General o, en su caso, del Consejo de Administración en que fueron nombrados, expedida en debida forma y con las firmas legitimadas notarialmente, por testimonio notarial de dicha acta o mediante copia autorizada del acta notarial a que se refieren los artículos 101 y siguientes.

Si el nombramiento y la aceptación no se hubiesen documentado simultáneamente, deberá acreditarse esta última, bien en la forma indicada

en el párrafo anterior, bien mediante escrito del designado con firma notarialmente legitimada».

Por otra parte, no es menos cierto que está admitida la presentación telemática de documentos en los Registros de la Propiedad, Mercantiles o de bienes muebles. Así, de forma general, ha de mencionarse la Ley 39/2015 que, como veremos, regula el acceso electrónico de los ciudadanos a las Administraciones públicas. De forma particular, y para el supuesto concreto de presentación de documentos privados que puedan causar inscripción en los diferentes Registros, dispone el artículo 112.5, apartados 3.º y 4.º, de la Ley 24/2001 («Presentación de títulos por vía telemática en los Registros de la Propiedad, Mercantiles o de bienes muebles») (introducidos por la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso a la productividad) que:

«3.^a Con carácter excepcional y solo en los casos y con los requisitos expresamente previstos en las Leyes y los Reglamentos Hipotecario y del Registro Mercantil para los documentos privados en soporte papel, podrá practicarse la inscripción de documentos electrónicos con firma electrónica reconocida que sean soporte de documentos privados presentados telemáticamente en los Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles.

4.^a Los documentos electrónicos que sean soporte de documentos privados que se presenten deberán estar firmados con firma electrónica reconocida amparada en un certificado reconocido conforme a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica».

Por tanto, se trata de analizar si para la presentación telemática de tales documentos privados sigue siendo necesaria la legitimación notarial exigida respecto de la firma manuscrita cuando tales documentos electrónicos se presentan firmados con firma electrónica reconocida o cualificada conforme a la legislación de firma electrónica.

Para resolver esta cuestión hemos de partir de la finalidad o la razón de ser de la exigencia de legitimación notarial de firma manuscrita, que tradicionalmente se viene considerando que es la de asegurar la identidad del firmante del documento. Para, a continuación, determinar si la firma electrónica reconocida o cualificada cumple por sí misma de forma suficiente tal finalidad identificativa. En cuyo caso, dada la equivalencia funcional, podría ser medio suficiente por sí solo para acceder al registro, de forma sustitutiva o alternativa a la legitimación tradicional de firma.

Por todo ello, realizamos, en primer lugar, un análisis de la legitimación notarial de firmas, y, en especial, su finalidad identificativa y la forma en que se cumple tal finalidad, para, a continuación, analizar la firma electrónica reconocida o cualificada, y sus efectos identificativos, a fin de determinar

su posible equivalencia funcional con la firma con legitimación notarial. Todo ello sin perjuicio de la existencia de otros elementos adicionales que, junto con la eventual equivalencia funcional, han de ser tenidos en cuenta para la resolución de esta cuestión.

II. LA FIRMA LEGITIMADA NOTARIALMENTE

1. INTRODUCCIÓN. NOCIÓN, NATURALEZA Y PROCEDIMIENTOS DE LEGITIMACIÓN

El Reglamento notarial atribuye a los notarios la facultad de autorizar testimonios de distintas clases, entre ellos, la legitimación de firmas en documento privado. La legitimación de firmas es el testimonio o juicio del notario de que una firma pertenece al firmante.

La regulación del testimonio notarial de legitimación de firmas se halla en la sección 3 del capítulo III del título IV, integrada por los artículos 256 a 263, introducida por los números ciento cincuenta y nueve a ciento sesenta y siete del artículo primero del RD 45/2007, de 19 de enero, por el que se modifica el Reglamento de la organización y régimen del Notariado, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944. El núcleo de la regulación reglamentaria notarial es el artículo 256 del Reglamento Notarial, que dispone que:

«La legitimación de firmas es un testimonio que acredita el hecho de que una firma ha sido puesta a presencia del notario, o el juicio de este sobre su pertenencia a persona determinada.

El notario no asumirá responsabilidad por el contenido del documento cuyas firmas legitime».

De la misma redacción del artículo 256 del Reglamento Notarial, se desprende que existen, en principio, dos grandes formas o categorías de legitimación notarial de firma:

a) «testimonio que acredita el hecho de que una firma ha sido puesta a presencia del notario»; esta primera forma es la de mayor seguridad, pues el notario acredita que la firma pertenece al firmante porque ha sido puesta en su presencia, siempre con el presupuesto de que se haya identificado debidamente al firmante, por lo que no son absolutamente excluibles legitimaciones incorrectas o irregulares, incluso pese a la actuación diligente del notario.

b) «o el juicio de este sobre su pertenencia a persona determinada»; en esta segunda forma, no estamos ante un testimonio, porque la firma no se realiza en presencia del notario, sino que estamos ante un juicio o valoración realizado por el notario sobre la pertenencia de una firma ya realizada o puesta previa-

mente (no en presencia notarial) a una persona determinada, el firmante. Por tanto, no es un testimonio sobre algo presenciado sino un juicio u opinión del Notario sin haber presenciado el acto de firma real y concreta (LLOPIS, 2016).

En este mismo sentido, de forma general, y en el ámbito del derecho comparado, se señala también que existen dos posibles formas de legitimación: a) presencialmente, de que tal forma que se acredita y garantiza por el notario (o un tercero autorizado) que la firma es puesta por el firmante en su presencia; b) comparativamente, cuando se acredita la autoría de la firma por comparación con una firma preexistente y generalmente puesta en presencia del legitimador. Mientras en el Derecho español, como estamos viendo, y veremos más concretamente a continuación, se pueden utilizar, en principio, cualquiera de los dos métodos, no ocurre así en otros ordenamientos, en los que es absolutamente necesario que la firma sea puesta en presencia del notario, sin que exista posibilidad de legitimación por comparación, que es considerada una legitimación imperfecta, con mayor riesgo jurídico y económico (LAFFERRIERE, 2008). Por otra parte, en la legislación hipotecaria española existen preceptos ya mencionados (por ejemplo, artículo 166.11, 208, 216, 238 del Reglamento Hipotecario) que, para la presentación registral de documentos privados, exigen en principio la legitimación notarial de firma que, sin embargo, puede ser sustituida por una legitimación o ratificación de firma se exige también que presencial ante el propio registrador.

Pues bien, a partir de estas dos formas o categorías generales de legitimación previstas en el artículo 256 del Reglamento Notarial, la cuestión siguiente es la relativa a los medios o procedimientos que puede utilizar el notario para emitir su testimonio acreditativo o su juicio de pertenencia, cuestión regulada en el artículo 259 del Reglamento Notarial que dispone que:

«El notario podrá basar el testimonio de legitimación en el hecho de haber sido puesta la firma en su presencia, en el reconocimiento hecho en su presencia por el firmante, en su conocimiento personal, en el cotejo con otra firma original legitimada o en el cotejo con otra firma que conste en el protocolo o Libro Registro a su cargo, debiendo reseñar expresamente en la diligencia de testimonio el procedimiento utilizado.

Dentro del ámbito de los documentos susceptibles de testimonio, solo podrán ser legitimadas cuando sean puestas o reconocidas en presencia del notario las firmas de letras de cambio y demás documentos de giro, de pólizas de seguro y reaseguro y, en general, las de los documentos utilizados en la práctica comercial o que contengan declaraciones de voluntad».

Por tanto, el artículo 259 del Reglamento Notarial establece distintos procedimientos para la legitimación notarial de firmas. Obsérvese que, a diferencia del artículo 256, no diferencia entre testimonio y juicio (distinción

que consideramos relevante por su distinto valor a efectos identificativos) sino que establece que el testimonio de legitimación puede basarse en los procedimientos siguientes, sin distinción formal de si se trata de testimonio o juicio (LLOPIS, 2016): 1) Haber sido puesta la firma en presencia del notario. 2) Reconocimiento hecho en presencia del notario por el firmante; en este caso el firmante debe comparecer ante notario y declarar de manera indubitada que la firma es suya y que la reconoce como tal. 3) Conocimiento personal del notario, sin especificación de cómo puede o debe el notario llegar a ese conocimiento personal. 4) Cotejo con otra firma original legitimada, lo que implica que otro notario haya legitimado previamente la firma y el notario no tenga duda de que pertenece a la misma persona. 5) Cotejo con otra firma que conste en el protocolo o Libro Registro a cargo del notario, lo que quiere decir que el mismo notario o sus antecesores en el Protocolo o Libro Registro hayan verificado la identidad del firmante.

En principio, y de forma general, el notario puede utilizar cualquiera de los procedimientos anteriores para la legitimación de firma, pero, en todo caso, con la exigencia reglamentaria de identificar y concretar el procedimiento utilizado (art. 259, pfo. primero, inciso final: «debiendo reseñar expresamente en la diligencia de testimonio el procedimiento utilizado»), exigencia que cabe suponer debida a la mayor o menor seguridad de los distintos procedimientos de legitimación utilizados y a la necesidad de constancia del alcance y eficacia identificativa de la concreta forma de legitimación utilizada. Con lo que con esta exigencia reglamentaria se está admitiendo implícitamente la distinta eficacia identificativa de la legitimación en función del procedimiento utilizado.

Como excepción a la posibilidad de utilizar cualesquiera de las formas de legitimación previstas en el artículo 259, dentro de los documentos susceptibles de testimonio, en el caso de documentos utilizados en la práctica comercial de forma general (entre los que el artículo 259, pfo. segundo, incluye letras de cambio y demás documentos de giro, y pólizas de seguro y reaseguro) o que contengan declaraciones de voluntad, la legitimación notarial de firma se exige que sea puesta o reconocida por el firmante en presencia del notario, no siendo admisibles el resto de procedimientos de legitimación previstos en el artículo 259: «Dentro del ámbito de los documentos susceptibles de testimonio, solo podrán ser legitimadas cuando sean puestas o reconocidas en presencia del notario las firmas de letras de cambio y demás documentos de giro, de pólizas de seguro y reaseguro y, en general, las de los documentos utilizados en la práctica comercial o que contengan declaraciones de voluntad».

La razón de ser de esta exigencia de legitimación presencial del artículo 259, párrafo segundo, y no por comparación, debe relacionarse con la mayor seguridad que ofrece esta forma de legitimación, que es la requerida

de forma expresa por el legislador, dados, p. ej., los efectos procesales de la legitimación notarial (presencial) de documentos cambiarios. Así, en caso de alzamiento del embargo (art. 823 Ley de Enjuiciamiento Civil), si el deudor niega «categóricamente la autenticidad de su firma», podrá el tribunal alzar los embargos; sin embargo, no se levantará el embargo «1.º Cuando el libramiento, la aceptación, el aval o el endoso hayan sido intervenidos, con expresión de la fecha, por corredor de comercio colegiado o las respectivas firmas estén legitimadas en la propia letra por notario». En definitiva, se trata de actos de especial transcendencia jurídica a los que el legislador quiere dotar del sistema más seguro de legitimación notarial de firma (en presencia del notario o por reconocimiento del firmante).

Obsérvese que, nuevamente, con esta excepción y su fundamento, el mismo legislador está admitiendo implícitamente la existencia de distintas formas de legitimación notarial, con distinto nivel de seguridad y distinta eficacia identificativa, aspectos que analizamos a continuación. Como veremos, también en el supuesto de legitimación de firma electrónica reconocida se exige la legitimación notarial presencial con firma electrónica puesta ante el notario. En este caso, como veremos, no entendemos que exista justificación alguna para la exigencia de tal forma de legitimación, que debería también quedar reservada para actos de especial transcendencia, y no aplicarse de forma indiscriminada.

2. EFECTOS DE LA LEGITIMACIÓN NOTARIAL DE FIRMAS

Frente a los amplios efectos de la escritura pública (eficacia constitutiva, eficacia traditoria, eficacia legitimadora, eficacia probatoria y eficacia ejecutiva), el testimonio tiene unos efectos más limitados, «bien magros en comparación con la escritura», como ha señalado la doctrina notarialista (OÑATE, 2008). En efectos, los efectos de la legitimación notarial de firmas serían:

a) En primer lugar, certeza de la fecha de la legitimación y oponibilidad a terceros de esta, pero no del contenido del documento ni de la fecha del documento, sino de la legitimación (art. 1227 CC).

b) Si la firma ha sido puesta en presencia del notario o reconocida ante el mismo, su pertenencia a persona determinada, debidamente identificada; en este caso, como hemos visto en el caso de los documentos cambiarios, se refuerza la eficacia procesal de los documentos privados ejecutivos, pues se impide al deudor oponer la excepción de falsedad de firma.

c) En los demás casos, expresa un simple juicio de valor del notario sobre su pertenencia a una persona determinada.

d) En ningún caso constituye prueba de la conclusión de un negocio jurídico pues el documento privado sigue siendo tal. En efecto, la intervención notarial a efectos de legitimación no modifica su naturaleza jurídica de documento privado: existe una intervención notarial con sus efectos limitados mencionados, pero el documento sigue siendo documento privado. El documento elaborado por un particular o una persona jurídica no es documento público, aunque las firmas estén legitimadas por notario (OÑATE, 2008).

Por tanto, la legitimación de firmas es el testimonio o juicio del notario de que una firma pertenece al firmante. El notario, en la legitimación de firmas, ni asesora, ni redacta el documento, ni es responsable de su contenido, ni de la fecha que en él se incluye, ni siquiera de la capacidad actual del firmante (LLOPIS, 2016). Por ello, como se señala expresamente en el artículo 256, párrafo segundo del Reglamento Notarial, «El notario no asumirá responsabilidad por el contenido del documento cuyas firmas legitime».

Es por todo ello, y la vista de estos efectos limitados, que una parte de la doctrina distingue entre instrumentos públicos o documentos públicos notariales en sentido estricto y los demás documentos notariales, categoría amplia en la que se incluirían los testimonios. Por el contrario, algunos autores sostienen que la regulación sistemática de los testimonios y legalizaciones en el título IV del Reglamento Notarial relativo al instrumento público y la remisión que sus principios reguladores hacen a las copias justifican su inclusión dentro del concepto de instrumento público².

Y es que, como señala la doctrina notarialista, «la intervención notarial logra colocar al instrumento público bajo el amparo de la fe pública, que le confiere una especial eficacia, que bien pudiera calificarse de extraordinaria. Esta premisa no impide, sin embargo, reconocer que el valor y la eficacia de los diferentes tipos de instrumentos públicos no son siempre los mismos. Ni siquiera el valor del contenido de un mismo documento notarial es totalmente homogéneo. La intensidad de la eficacia del contenido documentado guarda una relación muy estrecha con el grado de fe pública que le ampara. Hay una perfecta correlación entre la extensión e intensidad de la actuación notarial y la eficacia del documento.

En los documentos notariales más perfectos y completos (especialmente la escritura pública) que exigen una intervención notarial más amplia y compleja, es cuando la fe pública se despliega con mayor fuerza sobre su contenido y le dota, por ello, de mayor valor. Aquí la fe pública, se proyecta —si bien en distinta graduación— sobre todo lo que tiene reflejo documental, abarcando todo el contenido del instrumento público. En definitiva, la fe pública confiere, con carácter general, al documento una eficacia polivalente y privilegiada por la suma o conjunción de esos dos aspectos básicos de la función notarial, la constatación fáctica y la valoración y control jurídicos, que dotan de seguridad

al tráfico al acreditar hechos y proclamar derechos y situaciones jurídicas como ajustadas a la legalidad. Sin embargo, hay otros supuestos en que la intervención notarial es menos intensa, en ocasiones mínima. Entonces, como es lógico, añade menor valor, lo cual se traduce en una más discreta eficacia jurídica del documento» (PAZ-ARES, 2011, quien señala que es el caso de los testimonios y demás actuaciones notariales no protocolares).

En suma, una intervención notarial más simple y sencilla aporta un menor valor. En estos documentos la fe pública tiene un ámbito de actuación mucho más limitado, en el sentido de que no confiere al documento las altas dosis de eficacia que alcanzan las escrituras. El documento concernido es ajeno al notario, no es de su autoría, y mantiene, por ello, su propia naturaleza, en su caso, privada.

Por ello, en los supuestos de legitimación notarial de firma se produce (en comparación con otros instrumentos públicos) una intervención notarial menos intensa que aporta un valor menor. Y respecto de su función y finalidad identificativa del firmante, tal valor dependerá de la forma de legitimación utilizada (presencial o simplemente por comparación).

3. CONCLUSIONES FINALES SOBRE LA NATURALEZA DE LA LEGITIMACIÓN DE FIRMAS: JUICIO DE VALOR SOBRE LA AUTORÍA DE UNA FIRMA O DACIÓN DE FE DE LA AUTENTICIDAD DE LA FIRMA

Dados estos efectos limitados, la legitimación de firmas ha sido considerada «ajena y acaso contradictoria con la esencia del notariado latino» y calificada como «la forma más primitiva de intervención notarial (OÑATE, 2001). También ha sido considerada el testimonio como «... un documento notarial embrionario, en que la intervención del notario se limita a yuxtaponer una mera diligencia adicional a un documento preexistente en cuya elaboración ha estado totalmente ajeno», aunque «no por ello puede rechazarse, ya que puede ser adecuado a determinados aspectos menores de la compleja vida jurídica» (OÑATE, 2001, siguiendo en este punto a RODRIGUEZ ADRADOS). Y, respecto de su naturaleza, la doctrina se debate sobre su consideración como juicio de valor sobre la autoría de una firma o dación de fe sobre la autenticidad de la firma:

a) Juicio de valor: como señala RIPOLL, cuya posición compartimos, la legitimación de firmas es un testimonio que tiene una peculiaridad: este testimonio supone un juicio de valor, una convicción del funcionario notarial de que la que la firma puesta en un documento pertenece a una persona determinada; en suma, un juicio positivo sobre la autoría de una firma (RIPOLL, 2003).

b) Dación de fe sobre la autenticidad de la firma: otros autores sostienen que el testimonio de legitimación de firmas es aquel en que el notario da fe de la autenticidad de una firma (es decir, haber sido estampada por la persona a la que se atribuye) (ÁVILA, 1990). Frente a ello ha de señalarse, como hace RIPOLL, que ello es competencia de un perito calígrafo y no de un testimonio de legitimidad de firmas: salvo que la firma haya sido puesta a su presencia, el notario no es competente para afirmar la autenticidad de una firma; sí es competente para llegar a la convicción mediante el juicio correspondiente y medios procedentes de que la firma, a su juicio, es análoga a la que normalmente utiliza una persona y por ello, racionalmente, puede y debe ser aceptado en el tráfico jurídico como «buena». Por ello, como dice este autor, es testimonio de que el notario considera como auténticas las firmas y considera este autor que no puede ser de otra forma porque los notarios, salvo que ostenten el título, no son peritos calígrafos. Por tanto, no dan de fe de la autenticidad de la firma sino que la consideran auténtica (RIPOLL, 2003).

Por tanto, la legitimación simplemente es un testimonio o juicio del notario de que una firma pertenece al firmante; y ello es necesario en aquellos casos en los que en un documento se debe acreditar que la firma es de una persona. Ello puede conseguirse, en efecto, con mayor o menor seguridad según el procedimiento utilizado, en caso de legitimación notarial de firmas. Pero ello también puede conseguirse, como veremos incluso con igual si no superior seguridad en algunos casos, con la firma electrónica reconocida o cualificada basada en certificado reconocido o cualificado, en la medida que, precisamente, tiene como finalidad vincular una firma electrónica al titular del certificado correspondiente.

4. REFERENCIA A LA LEGITIMACIÓN NOTARIAL DE FIRMAS ELECTRÓNICAS RECONOCIDAS

Tras la regulación de la tradicional legitimación de firmas manuscritas en soporte papel, el artículo 261 del Reglamento Notarial regula de forma novedosa la legitimación notarial de firmas electrónicas reconocidas (actualmente, cualificadas) puestas en documento electrónico, lo cual podría considerarse, en principio, un argumento en contra de la sustituibilidad de la legitimación notarial por la utilización de sistemas de firma basados en certificado electrónico reconocido o cualificado o, cuanto menos, de su uso alternativo, objeto de este estudio. En concreto, dispone este precepto:

«1. El notario podrá legitimar las firmas electrónicas reconocidas puestas en los documentos en formato electrónico comprendidos en el ámbito

del artículo 258. Esta legitimación notarial tendrá el mismo valor que la que efectúe el notario respecto de documentos en soporte papel. La legitimación notarial de firma electrónica queda sujeta a las siguientes reglas:

1.^a El notario identificará al signatario y comprobará la vigencia del certificado reconocido en que se base la firma electrónica generada por un dispositivo seguro de creación de firma.

2.^a El notario presenciará la firma por el signatario del archivo informático que contenga el documento.

3.^a La legitimación se hará constar mediante diligencia en formato electrónico, extendido por el notario con firma electrónica reconocida.

2. La legitimación a que se refiere el apartado anterior se entenderá sin perjuicio de aquellos otros procedimientos de legitimación, distintos del notarial, previstos en la legislación vigente».

Obsérvese, de entrada, el ámbito de aplicación del artículo 261: se trata de la legitimación de firmas electrónicas cuando han sido puestas en presencia del notario: en tal caso, el notario identificará al signatario y comprobará la vigencia del certificado reconocido en que se base la firma electrónica generada por un dispositivo seguro de creación de firma, presenciará la firma por el signatario del archivo informático que contenga el documento y hará constar la legitimación mediante diligencia en formato electrónico, extendido por el notario con firma electrónica reconocida. Por tanto, se limita el ámbito de aplicación de la legitimación de firmas electrónicas reconocidas exclusivamente para la firma de documentos electrónicos en presencia directa del notario. Quedarían excluidas, dada la literalidad y procedimientos previstos en la norma, la legitimación de firmas electrónicas no realizadas en presencia notarial.

Por todo ello, este sistema de legitimación de firmas electrónicas reconocidas previsto en el artículo 261 nos merece una valoración negativa, por cuanto estas exigencias de presencialidad hacen inoperativo el procedimiento y son contrarias a las exigencias de celeridad y dinamismo propios de las comunicaciones electrónicas. Por lo que, por nuestra parte, consideramos que esta legitimación del artículo 261 del Reglamento Notarial solo será útil, conveniente y proporcionada en aquellos supuestos de operaciones de especial transcendencia económica o jurídica en los que las propias partes, por razones de máxima seguridad, acuerden la utilización de este sistema de legitimación electrónica de firma. O bien podría ser procedente, por equivalencia funcional, en aquellos supuestos excepcionales en que legalmente se exige de forma expresa y excluyente la presencialidad para la legitimación tradicional, supuestos, recuérdese, reservados para actos jurídicos de especial

transcendencia (caso de la legitimación de firma de documentos cambiarios, por sus especiales efectos jurídico-procesales).

Como hemos apuntado, la existencia de este artículo 261, dedicado específicamente a la regulación de la legitimación notarial de firmas electrónicas, podría de entrada ser utilizado como argumento para negar la equivalencia funcional entre la firma electrónica reconocida y la firma legitimada notarialmente, debido a que se aprueba precisamente tras la Ley 59/2003 de firma electrónica y sería el equivalente de la legitimación en papel aplicable a la firma electrónica reconocida. Sin embargo, consideramos que tal argumento contrario a la equivalencia no es válido a tales efectos, por cuanto, en primer lugar, una simple norma reglamentaria no puede alterar el sistema general de firma, su validez y eficacia legal, derivados de las normas con rango de ley derivadas, además, de las correspondientes Directivas comunitarias: en segundo lugar, no puede considerarse que la legitimación de firma electrónica reconocida del artículo 261 sea equivalente a la legitimación tradicional, por cuanto en esta última la presencialidad es solo una de las formas posibles de legitimación.

Asimismo, en tercer lugar, consideramos que tal argumento no es tampoco válido porque, como hemos puesto de manifiesto, el procedimiento de legitimación se caracteriza por su complejidad e inadecuación a las comunicaciones electrónicas dada la exigencia de presencialidad ante el notario a la hora de realizar la firma electrónica y la necesaria existencia de un documento electrónico. Por ello, y teniendo en cuenta que, como veremos, existen mecanismos alternativos que pueden cumplir una función identificativa de forma adecuada (los certificados reconocidos), consideramos que debe presidir la aplicación de este precepto la idea de proporcionalidad. De forma que la legitimación del artículo 261 del Reglamento Notarial debería quedar reservada a actuaciones de especial transcendencia jurídica y económica, cuando las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, deciden utilizar tal recurso, o en supuestos excepcionales en que pueda considerarse que es exigible legalmente (p. ej., aquellos supuestos en que legalmente se exige de forma expresa la legitimación presencial por comparecencia ante notario). Más allá, su exigencia y aplicación sería excesiva y desincentivadora de las comunicaciones electrónicas, por lo que debería aplicarse (o debería poder aplicarse) el mecanismo alternativo, esto es, la firma reconocida o cualificada basada en certificados reconocidos o cualificados que, como veremos, cumplen la función de identificar a los firmantes.

A estos efectos, y en la línea de los argumentos expuestos, ha de tenerse en cuenta la Directiva (UE) 2019/1151 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que respecta a la utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del Derecho de sociedades. En efecto, tal como se explica en el

Considerando (20) de la Directiva, a fin de combatir el fraude y el pirateo empresarial, y de ofrecer garantías sobre la fiabilidad y la credibilidad de los documentos e información contenidos en los registros nacionales, las disposiciones relativas a los procedimientos en línea establecidos en la Directiva deben incluir también controles de la identidad y la capacidad jurídica de las personas que deseen constituir una sociedad o registrar una sucursal, o presentar documentos e información. El desarrollo y la adopción de los medios y los métodos para llevar a cabo esos controles debe dejarse a los Estados miembros, que «deben estar facultados para requerir la participación de notarios o abogados en cualquier fase de los procedimientos en línea». Sin embargo, continúa el Considerando (20) «dicha participación no debe impedir que se complete el procedimiento íntegramente en línea», cosa que si ocurriría con la aplicación generalizada de la exigencia de legitimación notarial de firma electrónica o cualificada actualmente prevista en el artículo 261 del Reglamento Notarial.

A continuación, el Considerando (21) dispone que cuando se justifique por razón de interés público en impedir el uso indebido o la alteración de identidad, o en garantizar el cumplimiento de las normas sobre capacidad jurídica y sobre el poder de los solicitantes para representar a una sociedad, los Estados miembros deben poder adoptar medidas, de conformidad con el Derecho nacional, que podrían exigir la presencia física del solicitante o de cualquier autoridad o persona u organismo habilitado en virtud del Derecho nacional para tratar cualquier aspecto de los procedimientos en línea, del Estado miembro en el que la sociedad vaya a constituirse o una sucursal vaya a registrarse. Sin embargo, señala el considerando a continuación, «tal presencia física no debe exigirse sistemáticamente, sino solo caso por caso cuando existan motivos para sospechar una falsificación de identidad o un incumplimiento de las normas sobre capacidad jurídica y sobre el poder de los solicitantes para representar a una sociedad. Esa sospecha debe basarse en información de que dispongan las autoridades o personas u organismos habilitados en virtud del Derecho nacional para efectuar dichos tipos de controles»³. Por tanto, no de forma sistemática sino puntual, casuística y justificada por razones de interés público puede exigirse la presencia física ante autoridad competente, en línea con nuestra propuesta de utilización del procedimiento de legitimación notarial de firma electrónica o cualificada del artículo 261 del Reglamento de forma proporcionada y para actuaciones de especial transcendencia o, como es el caso, en las que quede debidamente justificada esta exigencia, que, en otro caso, de aplicarse y exigirse de forma generalizada, puede entorpecer las comunicaciones electrónicas.

En suma, la legitimación notarial de firmas está pensada para la verificación de firmas manuscritas pero es totalmente inadecuada para las firmas electrónicas, y por ello su regulación no es obstáculo para la admisión

de la firma electrónica como equivalente funcional de la firma legitimada notarialmente tradicional, debiendo reservarse, si acaso, la legitimación de firma electrónica reconocida del artículo 261 para actos de especial transcendencia o justificación.

III. FIRMA ELECTRÓNICA RECONOCIDA (O CUALIFICADA). EQUIVALENCIA FUNCIONAL CON LA LEGITIMACIÓN NO- TARIAL

1. FIRMA ELECTRÓNICA Y FIRMA ELECTRÓNICA RECONOCIDA O CUALIFICADA. CONCEPTO Y VALIDEZ LEGAL

En estos momentos, en el derecho español, como normativa específica en materia de firma electrónica, es de aplicación la Ley 59/2003 de firma electrónica (en adelante, también, LFE) y junto con el Reglamento (UE) núm. 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por el que se deroga la Directiva 1999/93/CE de firma electrónica.

El artículo 3 LFE, y también el artículo 3 del Reglamento de identificación electrónica, nos sitúa ante el concepto central y objetivo básico de estas normativas: la firma electrónica que sustituye a la firma manuscrita tradicional en las comunicaciones electrónicas. Sin embargo, como es sabido, la Ley de firma electrónica, igual que el Reglamento de identificación electrónica, establece distintos conceptos de firma, con distintas exigencias, y distintos niveles seguridad, en particular, y por lo que ahora nos interesa, respecto de la identificación del firmante.

A) Así, de entrada, el apartado 1 del artículo 3 LFE define de forma general la firma electrónica como «el conjunto de datos en forma electrónica, consignados junto a otros o asociados con ellos, que pueden ser utilizados como medio de identificación del firmante».

Igualmente, el artículo 3, apartado 10 del Reglamento de identificación electrónica define la «firma electrónica», como «los datos en formato electrónico anejos a otros datos electrónicos o asociados de manera lógica con ellos que utiliza el firmante para firmar».

Conforme a estas nociones generales, una firma electrónica sería simplemente cualquier método o símbolo basado en medios electrónicos utilizado o adoptado por una parte con la intención de vincularse o autenticar un documento, cumpliendo todas o algunas de las funciones características de una firma manuscrita. En realidad, de entre estas funciones se exige en el

artículo 3.1 LFE únicamente la de identificación (que ni siquiera es exigida expresamente en el Reglamento); en cambio, no es necesario que la firma electrónica dé integridad al mensaje (y de hecho, en el caso de la firma manuscrita tampoco es siempre así de forma plena; la firma manuscrita de un documento manuscrito sí puede tener tales efectos; pero piénsese en el caso de documentos mecanografiados o impresos). Se trata, además, de un concepto tecnológicamente indefinido, por cuanto no se refiere a tecnología específica alguna (criptografía simétrica o asimétrica, contraseñas, etc.).

B) Junto a esta primera definición general, y probablemente por su excesiva amplitud, hallamos el tercer concepto legal de firma electrónica, el más estricto, y el que centramos nuestra atención en este trabajo: la firma electrónica reconocida, según la Ley 59/2003 de firma electrónica; o la firma electrónica cualificada, según el Reglamento comunitario de identificación electrónica. En efecto, en el artículo 3.3 LFE se define la firma electrónica reconocida como:

«la firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido y generada mediante un dispositivo seguro de creación de firma».

Por su parte, el apartado 12 del artículo 3 del Reglamento de identificación electrónica define la «firma electrónica cualificada» como «una firma electrónica avanzada que se crea mediante un dispositivo cualificado de creación de firmas electrónicas y que se basa en un certificado cualificado de firma electrónica».

Esta nueva noción (firma electrónica reconocida/cualificada) aparece, en principio, como especialmente relevante ya que ambas normativas a efectos de reconocimiento de validez y eficacia a la firma electrónica, equiparan precisamente la firma electrónica reconocida (o cualificada) a la firma manuscrita (siempre que aquella cumpla además otros requisitos). En concreto, el artículo 3.4 LFE dispone que:

«La firma electrónica reconocida tendrá respecto de los datos consignados en forma electrónica el mismo valor jurídico que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel».

Una previsión similar se establece en el Reglamento (UE) núm. 910/2014. En efecto, en el artículo 25 del Reglamento, relativo a la identificación electrónica, dedicado a los efectos jurídicos de las firmas electrónicas, se dispone, en su apartado 2, que «Una firma electrónica cualificada tendrá un efecto jurídico equivalente al de una firma manuscrita» consagrando así la equivalencia funcional entre ambas; y, asimismo, y con el objetivo de interoperabilidad que persigue el Reglamento, el apartado 3 dispone que

«Una firma electrónica cualificada basada en un certificado cualificado emitido en un Estado miembro será reconocida como una firma electrónica cualificada en todos los demás Estados miembros».

De esta forma tanto la normativa española como la comunitaria establecen la regla del equivalente funcional entre firma electrónica reconocida o cualificada y firma manuscrita. Para que se produzca esta equiparación entre firma electrónica reconocida o cualificada y firma manuscrita, en virtud de una interpretación conjunta de los artículos 3.4 y 3.3 LFE, es necesario el cumplimiento de una serie de requisitos:

a) debe tratarse de una firma electrónica avanzada, es decir, aquella que cumple los requisitos establecidos en el artículo 3.2 LFE, y el artículo 26 del Reglamento comunitario de identificación electrónica, relativos, básicamente, a la autenticidad e integridad del mensaje y que nos sitúan hoy día ante la firma digital basada en la criptografía asimétrica. Así, según el artículo 3.2 LFE:

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

Y, conforme al artículo 26 del Reglamento de identificación electrónica, una firma electrónica avanzada cumplirá los requisitos siguientes: «a) estar vinculada al firmante de manera única; b) permitir la identificación del firmante; c) haber sido creada utilizando datos de creación de la firma electrónica que el firmante puede utilizar, con un alto nivel de confianza, bajo su control exclusivo, y d) estar vinculada con los datos firmados por la misma de modo tal que cualquier modificación ulterior de los mismos sea detectable».

Se trata, por tanto, de una firma que debe cumplir una serie de requisitos que se considera que añaden calidad a la firma electrónica, que es así una firma más segura, en la medida que se puede hacer frente a algunos de los riesgos de las comunicaciones electrónicas. En efecto, obsérvese que con las tres primeras exigencias (identificación del signatario, creación por medios bajo su exclusivo control y vinculación única al mismo) lo que se pretende, y es relevante a los efectos de este estudio, es garantizar la autenticación del autor y evitar el rechazo en origen de los mensajes electrónicos (es decir, que sea posible determinar su autoría y que el autor no puede negarla); y que con el último requisito (vinculación a los datos que permite detectar cualquier alteración ulterior) se pretende salvaguardar la integridad de los documentos electrónicos.

b) dicha firma electrónica avanzada ha de estar basada en un certificado reconocido, es decir, aquel que cumple los requisitos de los artículos 11, 12

y 13 LFE (en particular, las exigencias en materia de comprobación de la identidad del solicitante, que se realizará, de forma general, con personación física del mismo ante el prestador de servicios de certificación o entidad delegada) y ha sido expedido por un prestador que cumple los requisitos del artículo 20 LFE. O bien, conforme al Reglamento comunitario, ha de estar basada en un certificado cualificado, que según el artículo 3, apartado 15, es «un certificado de firma electrónica que ha sido expedido por un prestador cualificado de servicios de confianza y que cumple los requisitos establecidos en el anexo I»;

c) dicha firma electrónica avanzada, además, ha de haber sido producida por un dispositivo seguro de creación de firma, que es aquel programa o sistema informático que sirve para aplicar los datos de creación de firma y que cumple las exigencias de seguridad legalmente establecidas en el artículo 24 LFE. Igualmente, el Reglamento (UE) núm. 910/2014 relativo a la identificación electrónica exige la utilización de «dispositivos cualificados de creación de firma electrónica» que son aquellos dispositivos de creación de firmas electrónicas que cumplen los requisitos de seguridad enumerados en el anexo II (apartado 23 del art. 3).

Dada la finalidad de este estudio de analizar la firma electrónica reconocida o cualificada y sus efectos identificativos, a fin de determinar su posible equivalencia funcional con la firma legitimada notarialmente, nos centramos en el principal elemento identificativo de la firma reconocida o cualificada, esto es, el certificado reconocido o cualificado⁴.

2. REQUISITOS DE LA FIRMA ELECTRÓNICA RECONOCIDA O CUALIFICADA. ESPECIAL REFERENCIA AL CERTIFICADO RECONOCIDO O CUALIFICADO Y SU CONTRIBUCIÓN A LA FUNCIÓN IDENTIFICATIVA

Como hemos señalado, la firma electrónica reconocida ha de estar basada en un certificado reconocido, es decir, aquel que cumple los requisitos de los artículos 11, 12 y 13 LFE (en particular, las exigencias en materia de comprobación de la identidad del solicitante, que se realizará, de forma general, con personación física del mismo ante el prestador de servicios de certificación o entidad delegada) y ha sido expedido por un prestador que cumple los requisitos del artículo 20 LFE. Y, conforme al apartado 12 del artículo 3 del Reglamento europeo de identificación electrónica, la firma electrónica cualificada es aquella que se basa en certificado cualificado de firma electrónica,

En el Derecho español, de forma descriptiva, en el apartado II de la exposición de motivos de la Ley 59/2003 de firma electrónica se define la noción de «certificado electrónico» de forma general y remarcando su

función identificativa: «... son documentos electrónicos que relacionan las herramientas de firma electrónica en poder de cada usuario con su identidad personal, dándole así a conocer en el ámbito telemático como firmante».

El texto articulado de la Ley de firma electrónica distingue también dos tipos de certificados. Así, de entrada, el artículo 6 LFE que estamos analizando, ubicado en el capítulo I (disposiciones generales) del título I (Certificados electrónicos), y bajo el título «Certificados electrónicos», define, en su apartado 1, de forma general, y en clave tecnológicamente neutral el certificado electrónico como «... un documento firmado electrónicamente por un prestador de servicios de certificación que vincula unos datos de verificación de firma a un firmante y confirma su identidad».

Igualmente, el Reglamento, en su artículo 3 distingue también entre «certificado de firma electrónica» y «certificado cualificado de firma electrónica»: «14) «certificado de firma electrónica», una declaración electrónica que vincula los datos de validación de una firma con una persona física y confirma, al menos, el nombre o el seudónimo de esa persona; 15) «certificado cualificado de firma electrónica», un certificado de firma electrónica que ha sido expedido por un prestador cualificado de servicios de confianza y que cumple los requisitos establecidos en el anexo I»

En cualquier caso, estas definiciones legales señalan la función básica de los certificados, y el elemento clave de tal función: la comprobación de la identidad del firmante, que plantea la cuestión de la responsabilidad del prestador en caso de emisión de certificados inexactos. Estos dos elementos (comprobación de identidad y responsabilidad del prestador por tal comprobación) son claves para la seguridad del sistema de firma electrónica y la función identificativa de los certificados, y pasamos por ello a analizarlos a continuación.

A) Sistemas de identificación

En la práctica se utilizan distintos sistemas de verificación (personación física ante la autoridad de certificación o una autoridad de registro local delegada, envío de documentos acreditativos, suministro de información «on-line»), de entre los que el único que ofrece seguridad (y no absoluta, pues aun así podrían darse excepcionalmente supuestos de suplantación de personalidad no detectados y ni siquiera detectables por un proveedor diligente) es el de la presencia física.

La Ley 59/2003 de firma electrónica de forma absolutamente novedosa, sin que le venga exigido en aquel momento en el derecho comunitario y sin precedente similar en el Real Decreto Ley 14/1999, establece la obligatoria comprobación de identidad a través de personación física pero no de for-

ma general para todo certificado sino únicamente para una clase especial de certificados: los denominados certificados reconocidos, regulados en el capítulo II de este mismo título. Igualmente, en la misma línea, el artículo 24.1 del Reglamento europeo de identificación electrónica establece que al expedir un certificado cualificado, un prestador cualificado de servicios de confianza verificará, por los medios apropiados y de acuerdo con el Derecho nacional, la identidad y, si procede, cualquier atributo específico de la persona física o jurídica a la que se expide un certificado cualificado, verificación que se realizará «a) en presencia de la persona física o de un representante autorizado de la persona jurídica».

El artículo 11.2 LFE, cuando regula los requisitos de contenido para la existencia de un certificado reconocido, dispone que «Los certificados reconocidos incluirán, al menos, los siguientes:

«e) La identificación del firmante, en el supuesto de personas físicas, por su nombre y apellidos y su número de Documento Nacional de Identidad o a través de un seudónimo que conste como tal de manera inequívoca y, en el supuesto de personas jurídicas, por su denominación o razón social y su Código de Identificación Fiscal».

Obsérvese que no se hace referencia en este artículo 11 LFE a la forma de identificación de los solicitantes de certificados; sin embargo, como veremos posteriormente, a esta cuestión se dedican el artículo 12 y especialmente el artículo 13 de la Ley 59/2003 de firma electrónica que, de forma novedosa en aquel momento, exige, como regla general, la personación física del solicitante ante la autoridad de certificación o entidad delegada para proceder a la comprobación presencial de su identidad; lo cual contribuye a la mayor seguridad del sistema de certificados reconocidos, y, en definitiva, a la de las firmas electrónicas que se basan en los mismos.

En efecto, el artículo 12 LFE establece una serie de obligaciones que deben cumplir los prestadores de servicios de certificación antes de la emisión de un certificado reconocido; entre ellas, de forma particular, tienen la obligación de comprobación de identidad del solicitante como elemento esencial para la seguridad de los certificados y las firmas electrónicas. Con estas exigencias del artículo 12, la Ley 59/2003 refuerza la seguridad de los certificados reconocidos exigiendo una serie de comprobaciones previas a su emisión que darán mayor fiabilidad a este tipo de certificados (de entre ellas destaca la exigencia de comprobación de identidad con personación física, establecida en el artículo 13 al que remite el artículo 12 de la Ley). Igualmente, el Reglamento de identificación electrónica, en su artículo 24, establece que un prestador cualificado de servicios de confianza verificará, por los medios apropiados y de acuerdo con el Derecho nacional, la

identidad de la persona física o jurídica a la que se expide un certificado cualificado; y en cuanto a las formas de verificación de la identidad, se exige que se realice fundamentalmente en presencia de la persona física o a distancia, pero utilizando medios de identificación electrónica para los cuales se haya garantizado la presencia de la persona física.

Muestra de la importancia que el legislador da a estas exigencias para la seguridad del sistema de certificados es la consideración de su incumplimiento como infracción muy grave o grave, según las circunstancias. En efecto, desde el punto de vista administrativo, estas obligaciones del artículo 12 LFE pueden dar lugar, en caso de incumplimiento, a infracciones graves o muy graves según las circunstancias. Así, en primer lugar, conforme al artículo 31.2.b) LFE «La expedición de certificados reconocidos sin realizar todas las comprobaciones previas señaladas en el artículo 12, cuando ello afecte a la mayoría de los certificados reconocidos expedidos en los tres años anteriores al inicio del procedimiento sancionador o desde el inicio de la actividad del prestador si este periodo es menor» es infracción muy grave que, de acuerdo con el artículo 32 LFE implica básicamente multa de 150.001 a 600.000 euros. Y, en segundo lugar, conforme al artículo 31.2.c) LFE «La expedición de certificados reconocidos sin realizar todas las comprobaciones previas indicadas en el artículo 12, en los casos en que no constituya infracción muy grave» es infracción grave que, de acuerdo con el artículo 32 implica la sanción de multa de 30.001 a 150.000 euros.

En cuanto a los métodos de comprobación de la identidad de los solicitantes, en la práctica se utilizan distintos sistemas de verificación de la identidad del solicitante de un certificado, basados en el uso de una o más técnicas, o de la combinación de varias de ellas. De entre estos distintos sistemas de verificación de la identidad del solicitante de un certificado (presencia física, envío de documentos acreditativos y suministro de información en línea, no siempre verificada), el que ofrece mayor seguridad es el de la presencia física. Y es el exigido, precisamente, por el artículo 13 LFE para la emisión de certificados reconocidos, y por el artículo 24.1.a) del Reglamento europeo de identificación electrónica para la emisión de certificados cualificados. Por ello, y por su incidencia en el objeto de este trabajo, pasamos a analizarlo a continuación.

B) La comprobación de identidad por personación física en caso de expedición de certificados reconocidos y cualificados ex artículo 13 LFE y artículo 24 reglamento (UE) 910/2014

Como hemos visto, el artículo 12 LFE, entre las obligaciones previas a la expedición de certificados reconocidos asumidas por el prestador de

servicios de certificación incluye, en su apartado a), la consistente en «Comprobar la identidad y circunstancias personales de los solicitantes de certificados» remitiendo para ello al artículo siguiente («con arreglo a lo dispuesto en el artículo siguiente»). Y, a tales efectos, el artículo 13 LFE se dedica específicamente, como pone de manifiesto su título, a la «Comprobación de la identidad y otras circunstancias personales de los solicitantes de un certificado reconocido».

En concreto, el artículo 13 regula, en su apartado 1, la forma de identificar a la persona física solicitante de un certificado reconocido; en su apartado 2 (modificado por la Ley 56/2007 de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información), las comprobaciones a realizar en caso de certificados reconocidos de persona jurídica⁵; en el apartado 4 se establecen una serie de excepciones a las exigencias generales de comprobación; y, finalmente, el apartado 5 regula la realización de las actuaciones de comprobación por medio de otras personas y la responsabilidad asumida por el prestador en tal caso.

A estas cuestiones nos dedicamos a continuación, analizando, de forma paralela, la regulación sobre esta cuestión realizada en el Reglamento (UE) 910/2014 relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior, que, como hemos señalado, en su artículo 24.1 (Requisitos para los prestadores cualificados de servicios de confianza), dispone que «Al expedir un certificado cualificado para un servicio de confianza, un prestador cualificado de servicios de confianza verificará, por los medios apropiados y de acuerdo con el Derecho nacional, la identidad y, si procede, cualquier atributo específico de la persona física o jurídica a la que se expide un certificado cualificado», verificación que puede realizarse «en presencia de la persona física o de un representante autorizado de la persona jurídica» (apartado a) o bien por otros medios regulados en el apartado b) («a distancia, utilizando medios de identificación electrónica, para los cuales se haya garantizado la presencia de la persona física o de un representante autorizado de la persona jurídica previamente a la expedición del certificado cualificado, y que cumplan los requisitos establecidos con el artículo 8 con respecto a los niveles de seguridad «sustancial» o «alto»), apartado c) («por medio de un certificado de una firma electrónica cualificada o de un sello electrónico cualificado expedido de conformidad con la letra a) o b)», y apartado d) («utilizando otros métodos de identificación reconocidos a escala nacional que aporten una seguridad equivalente en términos de fiabilidad a la presencia física. La seguridad equivalente será confirmada por un organismo de evaluación de la conformidad».

- a) Comprobación de identidad en caso de solicitante persona física. Regla general de personación física (art. 13, apartado 1 LFE y art. 24.1.a. Reglamento europeo de identificación electrónica)

De entrada, debe tenerse presente que, como venimos señalando, todo certificado, sea cual sea su clase o categoría, para ser considerado como tal debe cumplir una función básica, que, de hecho, aparece en las distintas definiciones legales de las que han sido objeto los certificados al hacerse referencia, en todas ellas, al elemento clave de tal función: la comprobación de la identidad del firmante. La función central del certificado es, efectivamente, vincular un dato o elemento de verificación de firma (una clave pública, en el caso de criptografía asimétrica) a una persona determinada. Por ello, es esencial la confirmación y verificación de identidad del titular de tal elemento, tanto en el caso de certificados reconocidos o cualificados como de certificados no reconocidos o no cualificados.

Como hemos visto, en la Ley 59/2003 de firma electrónica, en principio, aun cuando la definición legal de certificado remarca la comprobación de identidad, no se especifica sistema alguno (art. 6 LFE); del mismo modo, al establecer los requisitos de contenido del certificado reconocido, al exigir el relativo a la identidad del solicitante, no existe referencia alguna a la forma de comprobación de tal identidad (art. 11.2 LFE). No obstante, la propia definición de certificado reconocido (art. 11.1 LFE) y la referencia a esta clase de certificados en la exposición de motivos de la Ley de Firma Electrónica (apartado II) parece poner de manifiesto una mayor seguridad de los mismos en materia de comprobación de identidad. Y así lo confirma el artículo 13 que, como veremos a continuación, exige expresamente de forma general en caso de solicitud de un certificado reconocido la personación física del solicitante ante la autoridad de certificación o entidad delegada de la misma a efectos de una comprobación presencial y directa de su identidad; sistema general que puede convivir, en determinadas situaciones y circunstancias con distintos sistemas alternativos (legitimación notarial de firma, certificado basado en certificado previo, etc.).

Igualmente, el artículo 24 del Reglamento europeo de identificación electrónica, dispone, en su apartado 1, que al expedir un certificado cualificado, un prestador cualificado de servicios de confianza, verificará, «por los medios apropiados y de acuerdo con el Derecho nacional», la identidad y, en su caso, cualquier atributo específico de la persona física o jurídica a la que se expide un certificado cualificado; verificación que podrá realizarse por el prestador de servicios de confianza bien directamente o bien por medio de un tercero de conformidad con el Derecho nacional; y como primer medio de verificación se establece, precisamente, la realizada «en presencia de la persona física o de un representante autorizado de la persona jurídica»

(art. 24.1.a), verificación presencial que, como veremos, convive con estos posibles sistemas de verificación.

Este sistema general de verificación presencial, que se contempla tanto en el Derecho español como en el comunitario, es el que pasamos a analizar a continuación. En concreto, el artículo 13.1 LFE dispone que:

«La identificación de la persona física que solicite un certificado reconocido exigirá su personación ante los encargados de verificarla y se acreditará mediante el Documento Nacional de Identidad, pasaporte u otros medios reconocidos en Derecho. Podrá prescindirse de la personación si su firma en la solicitud de expedición de un certificado reconocido ha sido legitimada en presencia notarial.

El régimen de personación en la solicitud de certificados que se expidan previa identificación del solicitante ante las Administraciones públicas se regirá por lo establecido en la normativa administrativa».

Por tanto, en el caso de certificados reconocidos solicitados por persona física, el sistema general de comprobación de identidad del titular (art. 13.1, primer inciso, LFE, en el mismo sentido, art. 24.1.a) del Reglamento europeo de identificación electrónica) exige la personación física y presencial del solicitante de certificados cualificados ante los encargados de verificarla (normalmente la propia autoridad de certificación o una autoridad de registro delegada por cuyas actuaciones responde aquella primera, tal como establece el art. 13.5 LFE), debiéndose acreditar a través de la exhibición y examen del documento nacional de identidad, pasaporte u «otros medios reconocidos en derecho». De esta forma, de entre los distintos sistemas teóricamente posibles, y utilizados en la práctica comercial, se opta por el sistema más seguro de comprobación de identidad no para todo certificado pero sí al menos para los certificados reconocidos o cualificados, que, con esta exigencia de la Ley de firma electrónica y también del Reglamento comunitario de identificación electrónica, incrementan su seguridad y contribuyen a dar mayor fiabilidad a las firmas electrónicas basadas en ellos.

No obstante, como peculiaridad del derecho español (no contemplada expresamente en el Reglamento comunitario, pero cabe entender en principio que admisible, dada la remisión de este a los medios apropiados conforme al Derecho nacional, artículo 24.1, y subsumible en alguna de las previsiones de ese mismo precepto reglamentario), conforme al artículo 13.1, párrafo primero, segundo inciso, podrá prescindirse del sistema general de personación física en el caso de firma de la solicitud de expedición de un certificado reconocido con legitimación notarial. Solo a los efectos de este apartado, y sin perjuicio del análisis más detallado realizado en otros apartados, conforme al artículo 256 del Reglamento Notarial, la legitimación de firmas es «un

testimonio que acredita el hecho de que una firma ha sido puesta a presencia del notario, o el juicio de este sobre su pertenencia a persona determinada» (art. 256, párrafo primero), sin que el notario asuma «responsabilidad alguna por el contenido del documento cuyas firmas legitime» (art. 256, párrafo segundo). Por tanto, la legitimación notarial de la firma de una solicitud de certificado de firma electrónica implica que la firma de tal solicitud ha sido realizada ante un notario, como fedatario público especialmente cualificado; o bien que un notario emite el juicio de que la firma de la solicitud pertenece efectivamente al solicitante. En el caso que analizamos, obsérvese que se permite prescindir de la personación física «si su firma en la solicitud de expedición de un certificado reconocido ha sido legitimada en presencia notarial». Existe, en definitiva, la intervención de un notario, fedatario público especialmente cualificado, con la finalidad de garantizar la pertenencia de la firma al solicitante; pero además el legislador parece optar por la forma de legitimación más segura de entre las distintas posibles, que es la legitimación notarial presencial, lo cual debe valorarse positivamente porque añade más seguridad al procedimiento (esta misma exigencia de legitimación notarial en este supuesto se mantiene en el artículo 7 del Proyecto de Ley Reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza, que sustituirá, en su caso, a la actual Ley 59/2003 de firma electrónica).

Y, precisamente, por esa intervención previa garantista, el legislador, como excepción, parece haber considerado innecesaria la personación física del solicitante, que es el sistema general de comprobación de identidad, ante la autoridad de certificación o entidad delegada. En definitiva, se sustituye la personación física ante el prestador de servicios de certificación (o autoridad de registro delegada) a efectos de solicitud del certificado y comprobación de identidad por, de forma general, una previa personación física ante un notario a efectos de legitimación de la firma de aquella solicitud. Existiría, por tanto, una comprobación previa de identidad realizada por un notario que fundamentaría la excepción. Y cabe plantear ya en este momento esta sustitución legal de la personación física ante el prestador por una solicitud con firma legitimada notarialmente (en este caso, de forma presencial) como un argumento para la equiparación funcional de ambas. Y obsérvese que la equiparación se realiza respecto de la forma de legitimación más segura, la basada en la personación física del solicitante ante el notario.

No obstante, la admisión de esta excepción nos plantea algunas dudas; de entre ellas, la inexistencia de plazo temporal máximo para la admisión de estas solicitudes basadas en la legitimación notarial de la firma del solicitante, de tal forma que podría darse la situación de que un prestador de servicios de certificación admita una solicitud con legitimación notarial de firma, y sin realizar la preceptiva comprobación de identidad por personación física, pese a que la legitimación se produjo muchos años antes; en

esta situación pueden haberse producido cambios tales como la muerte del solicitante y titular del certificado, una variación de sus capacidades, que no puedan ser apreciadas por el prestador dada la inexistencia de personación física. De ahí que, ante la inexistencia de plazo temporal máximo legal, resulte conveniente que las declaraciones de prácticas de certificación (o incluso la propia solicitud) contenga un periodo de vigencia máximo para las solicitudes con legitimación notarial de firma (similar al contenido en el apartado 4 del mismo art. 13 LFE), transcurrido el cual estas no puedan ser aceptadas.

Este problema derivado de la inexistencia de plazo temporal máximo legal podría solventarse con su inclusión en el Proyecto de Ley Reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza (que vendrá a sustituir, en su caso, a la Ley 59/2003). No obstante, no parece haber sido intención del redactor del Proyecto, al menos en esta fase inicial. Así, el artículo 7 del Proyecto (relativo a la «Comprobación de la identidad y otras circunstancias de los solicitantes de un certificado cualificado») en su apartado 1 dispone, en la misma línea de las previsiones del artículo 13 de la Ley 59/2003 que analizamos⁶, que «La identificación de la persona física que solicite un certificado cualificado exigirá su personación ante los encargados de verificarla y se acreditará mediante el documento nacional de identidad, pasaporte u otros medios admitidos en Derecho»; pudiendo también «prescindirse de la personación de la persona física que solicite un certificado cualificado si su firma en la solicitud de expedición de un certificado cualificado ha sido legitimada en presencia notarial» sin que, como señalábamos, tampoco exista plazo legal máximo respecto de la legitimación notarial de la firma de la solicitud que permite prescindir de la personación física, con la problemática mencionada.

Es cierto que este mismo artículo 7 del Proyecto de Ley, en su apartado 6, que establece que «Lo dispuesto en los apartados anteriores podrá no ser exigible cuando la identidad u otras circunstancias permanentes de los solicitantes de los certificados constaran ya al prestador de servicios de confianza en virtud de una relación preexistente, en la que, para la identificación del interesado, se hubiese empleado el medio señalado en el apartado primero y el periodo de tiempo transcurrido desde la identificación fuese menor de cinco años» [previsión similar a la del art. 13.4.a) LFE que analizaremos en el apartado siguiente]. Por tanto, conforme al artículo 7.6 se establece también que podrá prescindirse de la personación física para la comprobación de identidad cuando esta ya constara al prestador de servicios de confianza en virtud de una relación preexistente (p. ej., la solicitud de otro certificado al mismo prestador) en que se hubiera utilizado el sistema del apartado 1 y para este supuesto sí se establece expresamente una limitación legal temporal: menos de cinco años desde la identificación. La finalidad de

esta previsión es evitar el denominado «encadenamiento de certificados» y de ahí la limitación temporal de 5 años para romper la cadena que, en otro caso, de alargarse podría generar inseguridad respecto de las garantías del certificado. Pero este límite temporal no parece aplicable de forma directa al supuesto que analizamos de legitimación notarial de la firma de la solicitud del apartado 1 salvo que se realice una interpretación teleológica y analógica que conduzca a su aplicación extensiva también a ese supuesto; de ahí que consideremos que, en la fase de enmiendas, debiera introducirse una previsión al respecto en el Proyecto de Ley.

Todo ello (que es nuestra cuestión principal a efectos de este trabajo) sin perjuicio de otras consideraciones que nos merece esta previsión del apartado 6 del Proyecto de Ley tales como la relativa a si la referencia en el «medio señalado en el apartado primero» se refiere solo a la primera previsión del ese apartado 1 (personación física ante el prestador o entidad delegada) o también a la segunda (legitimación notarial de la firma de la solicitud). En suma, si una relación preexistente con el prestador consistente en la emisión de un primer certificado basada en solicitud con firma legitimada notarialmente permite también la emisión de un nuevo y segundo certificado sin comprobación presencial (en este caso, entendemos que sí con el límite temporal de cinco años respecto de tal legitimación). En línea con la intención del legislador de evitar el denominado «encadenamiento» de certificados probablemente la respuesta deba ser negativa pues la emisión del segundo certificado no estaría basada en la comprobación presencial previa realizada por el propio prestador para el primer certificado sino en la legitimación notarial de la firma de la primera de solicitud (lo que supondría añadir un eslabón a la cadena que podría introducir inseguridad especialmente si esta legitimación notarial, como señalamos, no tiene límite temporal para el primer certificado); en este sentido, como argumento literal, cabe señalar que el mismo apartado 6 del artículo 7 se refiere al «medio señalado en el apartado primero», por tanto, en singular lo cual permite entender (o cuanto menos genera la duda) que hace referencia solo a la forma principal de comprobación por personación física ante el prestador; y también se hace referencia al «periodo de tiempo transcurrido desde la identificación» que ha de ser «menor de cinco años», previsión que literalmente podría utilizarse para sostener la exclusión de los certificados previos con legitimación notarial pues, en tal caso, no hay estrictamente comprobación de identidad. En cualquier caso, de entenderse que el apartado 6 se está refiriendo también a la legitimación notarial del apartado 1, entonces le sería aplicable el límite temporal del apartado 2 para el segundo certificado (siendo deseable que ello se extendiera también, como hemos señalado, para el primer certificado). De tal forma que en el año 2020 podría emitirse un certificado con solicitud basada en firma legitimada notarialmente de

forma presencial en el año 2012 pero no podría emitirse a continuación un segundo certificado basado en este primero porque la legitimación supera ese límite máximo de 5.

b) Excepciones al sistema general. Otros sistemas alternativos

Como hemos visto, de forma general, el artículo 13.1 y 2 LFE establece la comprobación de identidad en el caso de certificados de persona física a través de la personación física ante el prestador de servicios de certificación o entidad delegada, y en el caso de persona jurídica, mediante los datos relativos a la constitución y personalidad jurídica y a la extensión y vigencia de las facultades de representación del solicitante. A continuación, el artículo 13.4 LFE («Lo dispuesto en los apartados anteriores podrá no ser exigible en los siguientes casos») contempla algunas situaciones que pueden considerarse como excepciones al sistema general de comprobación de identidad u otras circunstancias permanentes de los solicitantes de certificados establecido en los párrafos anteriores.

En la misma línea, aun cuando con una sistemática formal distinta (pues no aparecen como tales excepciones sino como alternativas a la personación física), el Reglamento europeo de identificación electrónica en su artículo 24.1 en sus apartados b) a d) contempla otros medios, distintos a la personación física en sentido estricto prevista en el apartado a) (aunque basados en ella) que pueden utilizarse para la identificación del titular de un certificado cualificado. Y también ocurre así en el Proyecto de Ley Reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza, que, tras establecer en su artículo 7 la comprobación por personación física, contempla también la posibilidad de otros medios de identificación⁷.

Pasamos a analizar estas situaciones que pueden considerarse como excepciones al sistema general de comprobación de identidad de los solicitantes de certificados reconocidos o cualificados, siguiendo la regulación actualmente vigente de la Ley 59/2003, sin perjuicio de referencias al derecho comunitario o la proyectada regulación española en la materia:

1. Comprobación de identidad u otras circunstancias permanentes por relación preexistente inferior a cinco años [art. 13.4.a) LFE]. En primer lugar, cuando la identidad del solicitante (u otras circunstancias permanentes) constara ya al prestador en virtud de una relación preexistente en la que para su identificación se hubieran utilizado los medios generales y no hubieran transcurrido más de cinco años desde tal identificación [art.13.4.a) LFE]. Por tanto, parece que sería admisible una solicitud totalmente electrónica, sin desplazamiento físico ante la autoridad de certificación, pero con una com-

probación presencial indirecta en la medida que no existe en el caso concreto pero se basa en una relación previa en la que sí se dio tal circunstancia. Si el periodo transcurrido desde la relación previa es excesivo, pueden haber variado las circunstancias (p. ej., muerte de la persona física; aun cuando es causa de revocación puede que no se haya solicitado y sea utilizada por un tercero que solicite un nuevo certificado). De ahí la limitación temporal de cinco años.

Igualmente, como ya hemos avanzado en el apartado anterior, el artículo 7 del Proyecto de Ley Reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza, en su apartado 6, que establece que «Lo dispuesto en los apartados anteriores podrá no ser exigible cuando la identidad u otras circunstancias permanentes de los solicitantes de los certificados constaran ya al prestador de servicios de confianza en virtud de una relación preexistente, en la que, para la identificación del interesado, se hubiese empleado el medio señalado en el apartado primero y el periodo de tiempo transcurrido desde la identificación fuese menor de cinco años». Por tanto, se mantiene en el Proyecto de Ley una previsión similar a la del artículo 13.4.a) LFE, aunque con algunas diferencias que ya hemos comentado en el apartado anterior y con una sistemática distinta (por cuanto no se configura formalmente como excepción)⁸.

2. Solicitud basada en un certificado previo expedido por el sistema de identificación general en fecha inferior a cinco años [art. 13.4.b)]. En segundo lugar, cuando para solicitar un certificado se utiliza otro (por lo que parece tratarse de una solicitud electrónica) para cuya expedición previa sí se haya seguido el sistema general de comprobación de identidad, y también, por las razones expuestas, con el límite temporal de cinco años.

En ambos casos estaríamos en una situación similar a la legitimación notarial de firma realizada por comparación con otros elementos que el notario tiene a su disposición (no a la legitimación con personación física ante el notario) pues, efectivamente, el prestador comprueba la identidad no de forma directa y presencial pero sí por referencia a otros medios e instrumentos en que sí ha existido tal comprobación presencial.

Respecto de esta segunda excepción que prevé la Ley 59/2003 de firma electrónica, el Reglamento europeo de identificación electrónica contiene una previsión similar (art. 24.1.c: «por medio de un certificado de una firma electrónica cualificada o de un sello electrónico cualificado expedido de conformidad con la letra a) o b), o») y, sin embargo, desaparece formalmente como tal en el Proyecto de Ley Reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza. Sí hallamos en el Proyecto de Ley la siguiente previsión, en su artículo 7, relativo a la comprobación de identidad, apartado 7 «Un certificado cualificado expedido de acuerdo con el artículo 24.1 c) del Reglamento (UE) 910/2014 no podrá ser utilizado para la obtención de un nuevo certificado cualificado».

La razón de ser de esta previsión, inexistente en la legislación española actual, la hallamos en la exposición de motivos del Proyecto de Ley, que tras señalar que el «tiempo máximo de vigencia» de los certificados cualificados «se mantiene en cinco años», indica a continuación que: «En este sentido, no se permite a los prestadores de servicios el denominado «encadenamiento» en la renovación de certificados cualificados utilizando uno vigente, más que una sola vez, por razones de seguridad en el tráfico jurídico».

Esta previsión y su finalidad de evitar «encadenamientos» que ciertamente restan seguridad al sistema de confianza de certificados, de forma más concreta y detallada, está relacionada con el Reglamento (UE) 910/2014 relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior, a cuyo artículo 24.1.c remite el Proyecto de Ley pero no parece derivarse estricta y expresamente del mismo. En efecto dispone este precepto del Reglamento (art. 24 «Requisitos para los prestadores cualificados de servicios de confianza») que:

«1. Al expedir un certificado cualificado para un servicio de confianza, un prestador cualificado de servicios de confianza verificará, por los medios apropiados y de acuerdo con el Derecho nacional, la identidad y, si procede, cualquier atributo específico de la persona física o jurídica a la que se expide un certificado cualificado.

La información a que se refiere el párrafo primero será verificada por el prestador de servicios de confianza bien directamente o bien por medio de un tercero de conformidad con el Derecho nacional:

- a) en presencia de la persona física o de un representante autorizado de la persona jurídica, o
- b) a distancia, utilizando medios de identificación electrónica, para los cuales se haya garantizado la presencia de la persona física o de un representante autorizado de la persona jurídica previamente a la expedición del certificado cualificado, y que cumplan los requisitos establecidos con el artículo 8 con respecto a los niveles de seguridad «sustancial» o «alto», o
- c) por medio de un certificado de una firma electrónica cualificada o de un sello electrónico cualificado expedido de conformidad con la letra a) o b),
- d) utilizando otros métodos de identificación reconocidos a escala nacional que aporten una seguridad equivalente en términos de fiabilidad a la presencia física. La seguridad equivalente será confirmada por un organismo de evaluación de la conformidad».

Obsérvese que el artículo 24.1.c del Reglamento (UE) 910/2014 se refiere precisamente a la expedición de un certificado cualificado en el que la verificación de identidad se realiza tomando como base un certificado de

firma electrónica cualificada (o un sello electrónico cualificado, en el caso de personas jurídicas) emitidos conforme a las letras a) o b) del mismo precepto, esto es, con verificación de identidad realizada «en presencia de la persona física o de un representante autorizado de la persona jurídica» (letra a), o «a distancia, utilizando medios de identificación electrónica, para los cuales se haya garantizado la presencia de la persona física o de un representante autorizado de la persona jurídica previamente a la expedición del certificado cualificado, y que cumplan los requisitos establecidos con el artículo 8 con respecto a los niveles de seguridad «sustancial» o «alto» (letra b)⁹. Por tanto, el artículo 24.1.c nos sitúa ante certificados emitidos por comprobación indirecta de identidad basada en la comprobación realizada para la expedición de un previo certificado. Y, por ello, precisamente, estos certificados no pueden utilizarse nuevamente como base para la emisión de un tercer certificado y sucesivos, pues, en otro caso, se produciría el «encadenamiento» de certificados que el legislador español, en el Proyecto de Ley, quiere evitar, de forma entendemos que acertada para la seguridad del sistema pero no exigida estrictamente y literalmente por el Reglamento (UE) 910/2014 (aun cuando podría intentar derivarse del periodo de validez del certificado).

Finalmente, como ya se ha mencionado, tanto el Reglamento (UE) 910/2014 de identificación electrónica como el Proyecto de Ley reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza que sustituirá en su caso a la actual Ley 59/2003 de firma electrónica contemplan la posibilidad de utilizar «otros métodos de identificación reconocidos a escala nacional que aporten una seguridad equivalente en términos de fiabilidad a la presencia física. La seguridad equivalente será confirmada por un organismo de evaluación de la conformidad» (art. 24.1.d del Reglamento), mientras el artículo 7, apartado 2 del Proyecto de Ley establece que «Por Orden de la persona titular del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital se determinarán las condiciones y requisitos técnicos aplicables a la verificación de la identidad y, si procede, otros atributos específicos de la persona solicitante de un certificado cualificado, mediante otros métodos de identificación que aporten una seguridad equivalente en términos de fiabilidad a la presencia física». Por tanto, se abren las puertas a otras formas de identificación con la exigencia de que aporten una seguridad equivalente a la presencia física en que se basa el sistema general. A la espera, en su caso, del desarrollo ministerial de esta previsión es deseable que las condiciones y requisitos técnicos no sean excesivamente laxos pues ello supondría reducir o debilitar la seguridad del sistema. Por ello, precisamente consideramos que la previsión del siguiente apartado 3 del artículo 7 del Proyecto de Ley (que dispone que «3. La forma en que se ha procedido a identificar a la persona física solicitante podrá constar

en el certificado. En otro caso, los prestadores de servicios de confianza deberán colaborar entre sí para determinar cuándo se produjo la última personación») debería dejar de ser facultativa para ser imperativa (sustituyendo la palabra «podrá» por «deberá») pues de esta forma se podría saber cuál ha sido la forma de identificación y con ello se podría determinar la confianza que merece el certificado, especialmente para actuaciones especialmente relevantes.

3. SISTEMA DE RESPONSABILIDAD COMO CLÁUSULA DE CIERRE

Tras referirnos a la comprobación de identidad como uno de los elementos clave para la seguridad de los sistemas de firma electrónica y certificados reconocidos o cualificados, nos referiremos a continuación al segundo de tales elementos clave: la responsabilidad del prestador de servicios de certificación por la correcta emisión de certificados; y también la responsabilidad por usos indebidos de las claves de privada, en principio atribuible al titular del certificado, en cuanto responsable de la correcta custodia de tales claves.

A) Responsabilidad de los prestadores de servicios de certificación por emisión de certificados falsos o incorrectos

En efecto, es posible que un prestador de servicios de certificación que emite certificados (incluso reconocidos o cualificados) emita un certificado incorrecto o inexacto, por incorrecta identificación del solicitante, pudiendo deberse tal error a la negligencia del prestador, o bien es posible también, en casos extremos, que se deba a una situación inevitable, que se ha producido pese a la extrema diligencia del prestador.

a) Pues bien, de entre la discutida y polémica alternativa entre responsabilidad objetiva y subjetiva de la entidad certificadora, la Ley 59/2003 consagra expresamente y de forma novedosa, en su momento, el sistema de responsabilidad por culpa, que se aplica a todo supuesto generador de responsabilidad derivado de los daños y perjuicios causados en el ejercicio de su actividad por incumplimiento de las normas legales.

En cualquier caso, en estos supuestos de responsabilidad subjetiva, y teniendo en cuenta las dificultades que para el usuario de un certificado (en nuestro caso, podría tratarse del Registro, tercero afectado por la suplantación de personalidad) puede suponer la prueba de la negligencia de la entidad emisora del certificado (especialmente si es un simple consumidor), se establece una inversión de la carga de la prueba. Así, el artículo 22.1

párrafo segundo, inciso final, de la Ley de firma electrónica, tras establecer el principio de responsabilidad por culpa, dispone que «...si bien corresponderá al prestador de servicios de certificación demostrar que actuó con la diligencia profesional que le es exigible».

De forma que, conforme al derecho español, ante una eventual demanda por responsabilidad por emisión de certificados inexactos, no es el demandante (el Registro, eventual tercero afectado, en nuestro caso) el que ha de probar la negligencia de la entidad certificadora sino que es la propia entidad la que, si quiere exonerarse de responsabilidad, ha de probar que actuó con diligencia¹⁰.

b) En cuanto al grado de diligencia exigible, cabe señalar debe considerarse que la debida diligencia exigible a un prestador de servicios de certificación no es simplemente la diligencia media sino de un nivel superior, dada su condición de profesional. Y así se establece expresamente en el artículo 22.1 párrafo segundo LFE. En definitiva, en estos supuestos de responsabilidad por culpa, el prestador de servicios de certificación responde a no ser que pruebe su diligencia profesional; de ahí, como ya se ha apuntado, la importancia que para la entidad puede tener el registro y la documentación de sus actividades.

c) Respecto a las personas frente a las que responde, la emisión de certificados por parte de un prestador de servicios de certificación plantea la cuestión de los sujetos frente a los que asume responsabilidad el prestador en el ejercicio de su actividad, y también, en su caso, la naturaleza contractual o extracontractual de tal responsabilidad.

La cuestión de los sujetos es abordada en el artículo 22.1, párrafo primero, LFE que dispone que «Los prestadores de servicios de certificación responderán por los daños y perjuicios que causen a cualquier persona en el ejercicio de su actividad cuando incumplan las obligaciones que les impone esta Ley». Esta previsión legal permite sin ningún género de dudas la exigencia de responsabilidad a los prestadores de servicios de certificación por los terceros usuarios, en principio sin relación alguna con la entidad emisora del certificado. El tercero usuario (en nuestro caso, el Registro) puede resultar perjudicado por falsas declaraciones contenidas en el certificado, p.ej., por resultar engañado por confiar en un certificado falso como consecuencia de actuaciones del propio titular del certificado (que, p.ej., suministra datos falsos a la entidad de certificación, o está suplantando la personalidad de un tercero); pues, en efecto, el tercero usuario puede establecer una relación de transcendencia jurídica (en nuestro caso, la derivada del acceso al Registro) con el titular del certificado como consecuencia de la confianza que para él genera un certificado emitido en virtud de la relación contractual existente entre el titular del certificado y la entidad y respecto de la que él es ajeno.

B) Responsabilidad del titular por usos indebidos por parte de terceros

Recuérdese que la existencia de un certificado reconocido o cualificado permite vincular una clave pública, e indirectamente su correspondiente clave privada, a una persona determinada, el titular del certificado. De tal forma que se articula una presunción de autoría de las actuaciones realizadas con dicho par de claves. No obstante, es posible que la clave de firma no sea utilizada por el titular del certificado sino por terceras personas, de forma autorizada o no. En tal caso, para la resolución de esta situación debe tenerse en cuenta la existencia previa de una obligación de custodia de las claves (o de los medios de acceso a las mismas) por parte del titular del certificado; y una obligación posterior de revocación del certificado en el supuesto de acceso no autorizado por parte de terceros.

En efecto, una obligación esencial para el buen funcionamiento del sistema de certificados que recae sobre el titular del certificado es la de custodia de la clave privada o de los medios de acceso a la misma (mencionada expresamente, como veremos, en el art. 23 LFE). Por ello, deben existir controles para asegurar que únicamente el sujeto autenticado como titular de la clave, y del certificado correspondiente, puede utilizar la clave privada. En otro caso, de no existir tales controles, o de ser estos ineficaces, podríamos estar ante un supuesto de falsificación de la firma electrónica, que plantea la cuestión de quién asume el riesgo de esa falsificación.

Pues bien, nuevamente la articulación de un sistema de responsabilidad en estos supuestos permite resolver la situación planteada, sin que se vea afectado el sistema. En efecto, en caso de usos por parte de terceros permitidos e incluso autorizados por el titular del certificado, será este el responsable de los mismos, con base en su obligación de custodia de la clave privada de firma, que él cede voluntariamente en el supuesto que analizamos. En caso de usos no permitidos sino debidos a robos, extravíos o, en general, accesos no autorizados de la clave de firma, debe iniciarse el procedimiento de revocación del certificado a efectos de delimitar responsabilidades. Por ello, el titular del certificado está obligado a solicitar la revocación del certificado, y responde de los usos no autorizados hasta este momento; y una vez revocado, el potencial tercero usuario del certificado (en nuestro caso, el Registro) debe comprobar su estado de vigencia de forma previa y no debe confiar en certificados revocados; si el tercero usuario acepta un certificado revocado, asume los riesgos inherentes a tal situación (en nuestro caso, el acceso no autorizado al registro por parte de un suplantador de personalidad).

IV. EQUIVALENCIA FUNCIONAL (O SUSTITUIBILIDAD) ENTRE FIRMA LEGITIMADA NOTARIALMENTE Y FIRMA ELECTRÓNICA RECONOCIDA O CUALIFICADA

1. EQUIVALENCIA FUNCIONAL

Dada la finalidad de la legitimación notarial de firmas de establecer la identidad del firmante de un documento, y dada la función identificativa del certificado, y la especial eficacia del certificado reconocido o cualificado a tales efectos, por la vinculación entre clave pública (e indirectamente clave privada) de firma y titular del certificado, puede afirmarse que existe una equivalencia funcional entre ambos elementos.

En efecto, el certificado reconocido o cualificado vincula una clave pública (e indirectamente una clave privada) a una persona determinada, el solicitante y luego titular del certificado, cuya identidad se ha comprobado, de forma general, con la personación física ante el prestador de servicios de certificación. De forma que la firma realizada con la clave privada relacionada con la clave pública certificada se atribuirá al titular del certificado a modo de presunción

En este sentido, la propia doctrina notarialista señala que «la firma electrónica, por su propia naturaleza y de acuerdo con la normativa que la regula, tanto en España (Ley de Firma Electrónica) como en Europa (Reglamento eIDAS), tiene *per se* la cualidad de ligar una firma electrónica determinada a una persona determinada, sin necesidad de que un Notario u otro funcionario acredite esa relación» (LLOPIS, 2016).

Obsérvese que se presume que la firma realizada con la mencionada clave privada ha sido realizada por el titular del certificado que incluye la correspondiente clave pública y, por tanto, se atribuye al mismo. Y se trata de una presunción *iuris tantum*. Porque es cierto, como señala esta misma doctrina, que «es inexacto que la ligue a una persona determinada, siendo más correcto decir que la liga al titular de un certificado de firma electrónica determinada» (LLOPIS, 2016). Pues, en efecto, es posible que materialmente la firma sea realizada por una tercera persona, con o sin autorización del titular. Pero esta «escindibilidad» de la firma respecto de su titular no es impedimento para la equivalencia funcional que sostenemos, por cuanto la función identificativa del certificado reconocido o cualificado permite articular una presunción de atribución de la firma al titular del certificado, presunción que se configura como «*iuris tantum*» y admite prueba en contrario.

De forma que para estos supuestos de utilización de firma no autorizada por terceros, la equivalencia funcional no padece, por cuanto, como sistema de cierre del sistema de certificados como elemento de seguridad

de la firma electrónica, hemos de recurrir, como hemos expuesto, a la responsabilidad del titular por la custodia de la clave privada de firma y el procedimiento de revocación de certificados con las consiguientes delimitaciones y exenciones de responsabilidad. De forma que, si resulta que la clave fue robada, el titular del certificado deberá proceder a su revocación, momento a partir del cual se exonerará de responsabilidades derivadas de tales usos no autorizados; asimismo, el tercero potencial usuario (en nuestro caso, el Registro) no debe confiar en ningún caso en la firma basada en un certificado reconocido revocado, por lo que debe comprobar su estado de vigencia antes de su aceptación.

En suma, como señala la propia doctrina notarialista: «...la propia normativa de firma electrónica está basada en la relación inequívoca entre firma y titular del certificado, pues permite expresamente la identificación del firmante, lo cual no deja de ser una especie de legitimación de firma *ex lege*, ya que es la propia normativa la que fija la relación y no el notario (LLOPIS, 2016).

2. EQUIVALENCIA FORMAL

Pese a la equivalencia material que acabamos de exponer, obviamente, no es un fedatario público el que realiza la emisión de certificados sino un proveedor de servicios de certificación cuya naturaleza puede ser pública o privada, pero que, en cualquier caso, no tiene atribuida la función de dación de fe, ni siquiera en la forma primitiva y embrionaria que se da en la legitimación notarial de firmas.

No obstante, aun cuando es cierto que los prestadores de servicios de certificación no son notarios ni fedatarios, no puede negarse que obtienen su legitimación para emitir documentos denominados certificados de firma electrónica de la normativa. Pues, en efecto, están sometidos a un régimen jurídico especial, particularmente riguroso en el supuesto de emisión de certificados reconocidos o cualificados: requisitos de constitución y funcionamiento *ex ante* y régimen de rigurosa responsabilidad contractual y extracontractual *ex post*, con inversión de la carga de la prueba, con aseguramiento obligado de sus responsabilidades por cantidades elevadas; y todo ello acompañado de un régimen de rigurosa responsabilidad administrativa con sanciones importantes.

Es cierto también que los certificados reconocidos o cualificados no son documentos notariales, y no gozan del valor especial que tienen estos documentos en el tráfico jurídico por las garantías de veracidad y legalidad que otorgan a los hechos, actos jurídicos o contratos sometidos a su amparo, así como por la eficacia especial que les confiere su emisor, el notario, en el

ejercicio de la denominada ‘fe pública’. No obstante, ha de tenerse en cuenta que en el supuesto de legitimación notarial de firmas, nos hallamos ante lo que se ha denominado una intervención notarial mínima, embrionaria, con efectos muy limitados, pues no afecta a la naturaleza del documento, que sigue siendo privado, pudiéndose predicar el carácter de público únicamente de la diligencia de legitimación, que, no olvidemos, no es siempre un dación de fe de la autenticidad de la firma (solo en el supuesto de legitimación presencial) sino que puede ser un simple juicio de valor (caso de la legitimación por comparación), con un valor notablemente inferior, y un mayor riesgo jurídico y económico.

Como señala la doctrina notarialista, «En los documentos notariales más perfectos y completos que exigen una intervención notarial más amplia y compleja, es cuando la fe pública se despliega con mayor fuerza sobre su contenido y le dota, por ende, de mayor valor... Sin embargo, hay otros supuestos en que la intervención notarial es menos intensa, en ocasiones mínima. Entonces, como es lógico, añade menor valor, lo cual se traduce en una más discreta eficacia jurídica del documento, tanto en el ámbito judicial, como en el extrajudicial, particularmente en el ámbito registral». Es este último el supuesto de los testimonios y demás actuaciones notariales no protocolares, entre los que cabe incluir la legitimación notarial de firmas.

Por ello, pese a las diferencias formales, consideramos que, en este caso, la función y efectos materiales del certificado reconocido o cualificado pueden ser no solo similares sino superiores en la medida que, como regla general, la identificación del titular del certificado al que se atribuye la firma se basará en la personación física del solicitante ante el prestador de servicios de certificación, por lo que el certificado reconocido o cualificado ofrece una garantía intrínseca respecto de la identidad del titular del certificado. El certificado reconocido o cualificado, en principio, no otorga presunciones legales de exactitud y validez, pero otorga seguridad material no solo sobre la identificación sino también sobre el contenido del documento firmado; con lo que la firma electrónica reconocida o cualificada puede aumentar la seguridad jurídica a través del incremento de la seguridad material.

De ahí la regla especial de valoración que establece la Ley 59/2003 de firma electrónica, en su artículo 3, apartado 8, una regla especial para los supuestos de impugnación de la autenticidad de firma electrónica reconocida basada en certificado reconocido y realizada con dispositivo seguro de creación de firma¹¹, y distinta a la de los supuestos de impugnación de la firma electrónica avanzada, para los que sí remite la Ley 59/2003, en el mismo artículo 3, apartado 8, a los supuestos de valoración de documentos privados de la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 326, apartado 2, «Fuerza probatoria de los documentos privados»)¹². De forma que, sin ser documentos públicos, no se rigen por las normas generales de valoración de los

documentos privados. Por lo que podríamos considerarlos documentos privados con una eficacia probatoria especial desde el punto de vista procesal.

En esta misma línea, incluso de forma más clara y reforzada, el Proyecto de Ley Reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza establece, como señala en su exposición de motivos, una «ventaja probatoria» para las firmas electrónicas cualificadas basadas en servicios de confianza cualificados. Así, en el apartado III de la exposición de motivos se señala que «El Reglamento (UE) 910/2014 garantiza la equivalencia jurídica entre la firma electrónica cualificada y la firma manuscrita, pero permite a los Estados miembros determinar los efectos de las otras firmas electrónicas y de los servicios electrónicos de confianza en general». Y, a partir de esta previsión del Reglamento comunitario, se indica en la exposición de motivos que en el Proyecto de Ley: «... se modifica la regulación anterior al atribuir a los documentos electrónicos para cuya producción o comunicación se haya utilizado un servicio de confianza cualificado una ventaja probatoria. A este respecto, se simplifica la prueba, pues basta la mera constatación de la inclusión del citado servicio en la lista de confianza de prestadores cualificados de servicios electrónicos regulada en el artículo 22 del Reglamento (UE) 910/2014». Por lo que, en la legislación proyectada, se consolida la consideración de los documentos con firma electrónica cualificada como documentos privados con una eficacia probatoria especial desde el punto de vista procesal¹³.

Por todo ello, vista la equivalencia funcional entre legitimación de firma y certificados reconocidos o cualificados de firma electrónica a efectos de identificación del firmante, es deseable la modificación de la legislación registral en el sentido de permitir la presentación telemática de documentos privados en el Registro con firma electrónica reconocida o cualificada, que cumple los requisitos de mayor seguridad establecidos en la normativa en la materia, siguiendo, como veremos, precedentes como el existente para el depósito telemático de cuentas anuales de sociedades, actuaciones procesales previstas en la LEC, etc.¹⁴.

En cualquier caso, al margen de tal modificación normativa, consideramos posible y fundamentada una interpretación extensiva de la normativa registral actual *ex* artículo 3 del Código civil, precepto conforme al cual la normativa debe ser interpretada de acuerdo con la realidad social del tiempo en que la norma debe ser aplicada, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquella. Y la realidad técnica y jurídica actual nos proporciona instrumentos de identificación electrónica, como los certificados reconocidos o cualificados, que pueden sustituir o ser una alternativa a la legitimación notarial de firmas tradicional, únicamente con la posible excepción de la legitimación realizada obligatoriamente por el procedimiento de firma presencial ante notario, supuesto en el que procedería o bien

la firma en soporte papel con legitimación presencial o bien la legalización de la firma electrónica reconocida *ex* artículo 261 del Reglamento Notarial. Desde un punto de vista práctico, la aplicación exitosa de esta interpretación conforme al artículo 3 del Código civil podría conseguirse no solo a partir de doctrina asentada de la Dirección General (a partir de calificaciones negativas que son objeto de recurso) sino también, y más bien, en la medida que los registradores comiencen a realizar la aplicación de esta interpretación a través de calificaciones positivas en tales supuestos de presentación de documentos privados con firma electrónica reconocida (siendo así la calificación positiva el instrumento para la admisión de esta interpretación normativa).

Esta conclusión basada en la equivalencia funcional entre firma legitimada notarialmente y firma reconocida o cualificada consideramos que no contraviene la disposición adicional primera de la Ley 59/2003 de firma electrónica, que, en su primer apartado dispone que: «Lo dispuesto en esta ley no sustituye ni modifica las normas que regulan las funciones que corresponden a los funcionarios que tengan legalmente la facultad de dar fe en documentos en lo que se refiere al ámbito de sus competencias siempre que actúen con los requisitos exigidos en la ley». Y no existe tal contravención, en primer lugar, por cuanto, interpretando literalmente esta disposición adicional, la legitimación notarial de firmas no implica estrictamente, como se ha expuesto, dación de fe en documentos; y, en cualquier caso, en segundo lugar, si se acoge la solución de la firma electrónica reconocida o cualificada como alternativa a la firma legitimada notarialmente (siguiendo el modelo de solución de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que veremos en apartados posteriores), en tal caso ni se sustituye ni modifican las normas que regulan la función notarial¹⁵.

Del mismo modo, no existiría tampoco contravención de la previsión del artículo 1, apartado 2 de la Ley 59/2003 de firma electrónica, que establece que «Las disposiciones contenidas en esta ley no alteran las normas relativas a la celebración, formalización, validez y eficacia de los contratos y cualesquiera otros actos jurídicos ni las relativas a los documentos en que unos y otros consten»; ni de la similar prevista en el Reglamento Europeo de 23 de julio de 2014 sobre identificación electrónica, cuyo artículo 2, apartado 3, dispone que: «El presente Reglamento no afecta al Derecho nacional o de la Unión relacionado con la celebración y validez de los contratos u otras obligaciones legales o de procedimiento relativos a la forma». Y no existiría tampoco tal contravención en caso de optarse igualmente por la solución de la firma electrónica reconocida o cualificada como alternativa equivalente a la legitimación notarial, que podría seguir existiendo sin modificación alguna. Todo ello sin perjuicio de que en una próxima reforma de la regulación legal o reglamentaria sea el propio legislador el que decida

optar por la solución más extrema de suprimir la necesidad de legitimación notarial, como ha ocurrido en el caso del depósito de cuentas.

Por los motivos expuestos, entendemos también que debe entenderse superados pronunciamientos recaídos en resoluciones sobre la materia como la Sentencia de 20 de mayo de 2008 de la Sala Tercera del Tribunal Supremo. En efecto, en esta resolución, ante la impugnación del artículo 261 del Reglamento Notarial que regula la legitimación electrónica de firmas reconocidas, se desestima la impugnación, considerando que la alegación realizada por la parte recurrente (el Colegio de Registradores de España) de que la legitimación notarial de la firma electrónica equivale a exigir la nueva actuación de una entidad, cuando ya ha actuado otra expidiendo el certificado identificativo del firmante, no está justificada. Señala el Tribunal que no se trata de que se exija una doble legitimación, admite que en ambos casos se trata de garantizar la seguridad del tráfico con notables puntos de coincidencia: señala, y ello resulta de gran interés a nuestros efectos, que «la función del prestador del servicio en garantía de la identidad del signatario se proyecta a través de los correspondientes certificados, que permiten la conformación y firma electrónica de los documentos en condiciones de control y seguridad que la Ley reguladora establece», mientras que la función de legitimación notarial supone la garantía de seguridad bajo la fe pública y «se proyecta sobre el funcionamiento y materialización de tales instrumentos de actuación y firma electrónica, como se desprende del propio precepto impugnado, que se refiere a la identificación por el notario del signatario y vigencia del correspondiente certificado y su presencia en la firma por el signatario del archivo informático que contenga el documento».

Por tanto, obsérvese que se reconoce expresamente la función identificativa del certificado emitido por el prestador de servicios de certificación, con grandes puntos de coincidencia con la legitimación notarial de firma, llegando a referirse incluso al certificado como instrumento de legitimación (más correctamente, como venimos sosteniendo, de identificación). Y obsérvese también que, finalmente, concluye su argumentación el Tribunal Supremo señalando que «En todo caso, la concurrencia de ambas funciones de legitimación no se configura por la Ley como excluyente o sustitutiva, por el contrario y como hemos señalado antes, se dejan a salvo expresamente las funciones de dación de fe establecidas en la normativa específica, por lo que no se produce la infracción de la Ley 59/2003 que denuncia la recurrente». Por lo que, ateniéndonos a este carácter no excluyente o sustitutivo entre ambos instrumentos identificativos proclamado por el Tribunal Supremo, entendemos que, dada la sustancial equivalencia funcional o material, es admisible actualmente la solución de la firma electrónica reconocida o calificada como alternativa equivalente a la legitimación notarial de firma electrónica, que podría seguir existiendo sin modificación alguna,

aun cuando, como hemos venido apuntando, lo aconsejable, por razones de proporcionalidad, es la utilización de esta última solo en supuestos de especial transcendencia jurídica o económica. Por lo demás, consideramos que, teniendo en cuenta el contexto y las circunstancias actuales, y en base a una interpretación extensiva del artículo 3 del Código civil, debe entenderse superada esta jurisprudencia anterior, dictada en contexto muy distinto al de los actuales avances tecnológicos y, sobre todo, legales, que, como veremos, equiparan la firma electrónica reconocida o cualificada a la firma legitimada notarialmente, o incluso suprimen la exigencia de esta última, por razones de eficiencia, celeridad y ahorro de costes, sin merma de la necesaria seguridad jurídica.

Finalmente, consideramos que no es tampoco obstáculo para esta equivalencia funcional la existencia de una regulación específica de la legitimación de firmas electrónicas reconocidas, en concreto, en el artículo 261 del Reglamento Notarial, por cuanto, como hemos visto, su ámbito de aplicación es muy limitado, ya que requiere la firma presencial del documento electrónico ante el notario, lo que es contrario a las exigencias de celeridad y dinamismo características de las comunicaciones electrónicas; además del argumento mencionado de que, por razón de jerarquía formal, una norma reglamentaria no puede afectar al sistema de firma electrónica derivado de fuentes con rango de ley y directivas comunitarias.

V. OTROS ARGUMENTOS PARA EL USO ALTERNATIVO O LA SUSTITUIBILIDAD DE LA FIRMA LEGITIMADA NOTARIALMENTE POR LA FIRMA ELECTRÓNICA RECONOCIDA O CUALIFICADA

Exponemos a continuación otros argumentos que, junto con la equivalencia funcional intrínseca a la firma electrónica reconocida o cualificada, permiten sostener esta sustituibilidad de la legitimación tradicional de firmas por la firma electrónica reconocida o cualificada que cumple todos los requisitos legales que no solo le permiten equipararla a la firma manuscrita sino que, por la especial función identificada del certificado reconocido o cualificado, permiten también atribuir la firma a una persona determinada, el titular del certificado, y determinar así su identidad.

Como se observará, en buena medida, estos argumentos adicionales son principios informantes del funcionamiento de las administraciones, especialmente para la implantación de la administración electrónica. Principios tales como el principio de accesibilidad, que garantiza a los ciudadanos el acceso a los servicios por medios telemáticos, el principio de interoperabilidad, basado en la cooperación entre Administraciones públicas, que les

permite prestar servicios de forma conjunta a los ciudadanos y reconocer mutuamente los documentos electrónicos y los sistemas de identificación y autenticación, o el principio de proporcionalidad en virtud del cual se han de requerir solo las garantías y las medidas de seguridad adecuadas al trámite. Todo ello sin perjuicio del principio de seguridad, en virtud de cual se ha de requerir que los servicios electrónicos tengan como mínimo el mismo nivel que los que no se prestan por estos medios, seguridad, que, como hemos expuesto, quedaría cumplida en virtud de la equivalencia funcional entre la firma electrónica con certificado reconocido o cualificado que cumpla las exigencias legales (entre ellas, la comprobación presencial de identidad) y la firma legitimada notarialmente.

1. EL AVANCE DE LA ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA. CONSAGRACIÓN LEGAL DEL DERECHO DE ACCESO

En los últimos años hemos asistido a un desarrollo vertiginoso de la denominada administración electrónica, en su doble vertiente de aplicación de las nuevas tecnologías en su funcionamiento interno y también a sus relaciones con terceros. Y, precisamente, en este último ámbito, el desarrollo de las tecnologías de la información y comunicación ha afectado profundamente a las relaciones de la Administración con los ciudadanos y las empresas, como pone de manifiesto la evolución de las normativas en la materia.

En este sentido, ya la Ley 59/2003 de firma electrónica establecía, en su artículo 4.1 (Empleo de la firma electrónica en el ámbito de las Administraciones públicas) que «Esta ley se aplicará al uso de la firma electrónica en el seno de las Administraciones públicas, sus organismos públicos y las entidades dependientes o vinculadas a las mismas y en las relaciones que mantengan aquellas y estos entre sí o con los particulares».

En el ámbito del Derecho administrativo, ha de mencionarse como antecedente la ya derogada Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, que, como es sabido, reconoce por vez primera, en su artículo 6, el derecho de los ciudadanos a relacionarse con las Administraciones públicas por medios electrónicos. En distintos puntos de esta regulación de la Ley 11/2007 encontramos referencias a la firma electrónica; en concreto, al regular las formas de identificación y autenticación, tanto de los ciudadanos como de los órganos administrativos en el ejercicio de sus competencias, contempla distintos instrumentos de acreditación, entre ellos, el Documento Nacional de Identidad electrónico que está habilitado con carácter general para todas las relaciones con las Administraciones públicas (arts. 13 y 14), y por ello se impulsa como fórmula para extender el uso general de la firma electrónica; además la Ley

11/2007 establece también la obligación para cualquier Administración de admitir los certificados electrónicos reconocidos en el ámbito de la Ley de Firma Electrónica (art. 13.1).

En la actualidad, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas consagra también el derecho de los ciudadanos a relacionarse electrónicamente con las Administraciones públicas, en concreto, conforme al artículo 14.1, «Las personas físicas podrán elegir en todo momento si se comunican con las Administraciones públicas para el ejercicio de sus derechos y obligaciones a través de medios electrónicos o no, salvo que estén obligadas a relacionarse a través de medios electrónicos con las Administraciones públicas».

Y, respecto de la identificación y firma de los interesados en el procedimiento administrativo, como señala su exposición de motivos, una de las novedades más importantes de la Ley 39/2015 es la separación entre identificación y firma electrónica y la simplificación de los medios para acreditar una u otra, de modo que, con carácter general, solo será necesaria la primera, y se exigirá la segunda cuando deba acreditarse la voluntad y consentimiento del interesado. Se establece, con carácter básico, un conjunto mínimo de categorías de medios de identificación y firma a utilizar por todas las Administraciones. En particular, se admitirán como sistemas de firma: los sistemas de firma electrónica reconocida o cualificada y avanzada basados en certificados electrónicos cualificados de firma electrónica, que comprenden tanto los certificados electrónicos de persona jurídica como los de entidad sin personalidad jurídica; los sistemas de sello electrónico reconocido o cualificado y de sello electrónico avanzado basados en certificados cualificados de sello electrónico; así como cualquier otro sistema que las Administraciones públicas consideren válido, en los términos y condiciones que se establezcan. Se admitirán como sistemas de identificación cualquiera de los sistemas de firma admitidos, así como sistemas de clave concertada y cualquier otro que establezcan las Administraciones públicas.

A estos efectos, en el ámbito de la Unión Europea, y en particular para el Derecho de sociedades, la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades, y, concretamente, las recientes modificaciones de la misma introducidas por la Directiva (UE) 2019/1151 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que respecta a la utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del Derecho de sociedades. En concreto, en virtud de esta última Directiva se introduce en la Directiva 2017/1132 un nuevo artículo 13 undecies, dedicado a la «Presentación en línea de documentos y de información societarios» en virtud del cual se establece, en su apartado 1, que «Los Estados miembros velarán por que los documentos e información a que se refiere el artícu-

lo 14, incluida cualquier modificación posterior, puedan presentarse en línea ante el registro en el plazo previsto por el Derecho del Estado miembro en el que esté registrada la sociedad. Los Estados miembros velarán por que dicha presentación pueda completarse íntegramente en línea, sin necesidad de que los solicitantes comparezcan en persona ante cualquier autoridad o persona u organismo habilitado en virtud del Derecho nacional para tratar la presentación en línea, a reserva de lo dispuesto en el artículo 13 ter, apartado 4, y, en su caso, el artículo 13 octies, apartado 8». Y, respecto de los medios de identificación a efectos de estos procedimientos en línea, el artículo 13 ter de la Directiva (UE) 2017/1132 [introducido por la Directiva (UE) 2019/1151] remite, básicamente, al ya mencionado y analizado Reglamento (UE) núm. 910/2014 y a los medios de identificación ya analizados que sean conformes al artículo 6 de dicho Reglamento; recuérdese, a nuestros efectos, que, conforme al artículo 25 del Reglamento, «Una firma electrónica cualificada tendrá un efecto jurídico equivalente al de una firma manuscrita» (apartado 2) y que «Una firma electrónica cualificada basada en un certificado cualificado emitido en un Estado miembro será reconocida como una firma electrónica cualificada en todos los demás Estados miembros»¹⁶.

Previsiones como las expuestas no pueden obviarse en las relaciones de los Registros de la Propiedad y Mercantiles con los ciudadanos. El derecho de acceso electrónico a las Administraciones, consagrado en la normativa administrativa, y el ejercicio del mismo a través de certificados reconocidos de firma electrónica, admitidos también en la regulación administrativa, puede ser también argumento para sostener la admisibilidad del acceso electrónico a los registros a través de sistemas de firma electrónica reconocida o cualificada, sin necesidad de legitimación notarial de la misma. En otro caso, si no existe causa justificativa, se estaría dando un peor trato a los ciudadanos que quisieran acceder electrónicamente a los Registros de la Propiedad y Mercantiles en comparación con aquellos que acceden de forma electrónica a la Administración en general.

No es obstáculo ni impedimento para ello la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2009 dictada en relación a la Ley 11/2007 (hoy derogada y sustituida por la Ley 39/2015). En efecto, como se señala en dicha sentencia, la Ley 11/2017 no deroga la Ley 24/2001, por cuanto esta norma especial se aplica a las relaciones telemáticas entre notarios y registradores; ello, como señala la propia resolución judicial, «sin perjuicio de las manifestaciones que la aplicación de esta Ley (la 11/2017) pueda añadir en las relaciones de los ciudadanos con el sistema notarial y registral». Por tanto, en el ámbito externo de las relaciones de los registros con los ciudadanos, sí resulta de aplicación la normativa administrativa reguladora del acceso electrónico de los ciudadanos a las Administraciones, esto es, en su momento, la Ley 11/2007, y actualmente, la Ley 39/2015 que deroga

y sustituye a aquellas. Pues bien, tales normas reconocen como válido el sistema de firma electrónica basado en certificado reconocido a efectos de identificación y firma electrónica, por lo que, en consecuencia, tales sistemas deben ser igualmente admisibles en el acceso electrónico a los Registros de la Propiedad y Mercantiles sin necesidad de legitimación notarial de la firma electrónica, porque la función identificativa de la legitimación notarial es cumplida de forma equivalente por los certificados reconocidos (basados, como regla general, en la personación física del solicitante).

2. ACCESO ELECTRÓNICO A LAS ADMINISTRACIONES: EFICACIA Y EFICIENCIA, AGILIDAD Y REDUCCIÓN DE COSTES DE TIEMPO Y ECONÓMICOS

El derecho/obligación de acceso electrónico de ciudadanos y empresas a las Administraciones públicas tiene su fundamento en las ideas de eficacia y eficiencia, que persiguen obtener los resultados pretendidos sin exigencias innecesarias. Una de sus manifestaciones es la simplificación administrativa, que persigue agilidad, transparencia y reducción de costes temporales y económicos y que implica la utilización de las nuevas tecnologías en las relaciones con las Administraciones.

Por ello, como se señala en su exposición de motivos, en la Ley 39/2015 se establece una regulación completa y sistemática de las relaciones *ad extra* entre las Administraciones públicas y los administrados teniendo como principal objetivo la simplificación y agilización de los procedimientos administrativos. Entre las medidas dirigidas a la reducción de cargas administrativas, la Ley establece la posibilidad de realizar apoderamientos *apud acta*, de manera presencial o electrónica, sin coste alguno para el ciudadano. De este modo, el interesado podrá apoderar a otra persona, para que realice trámites en su nombre ante una o varias Administraciones públicas, con menores costes económicos y de tiempo. Y para ello es suficiente que utilice sistemas de firma electrónica reconocida basada en certificado reconocido.

En los últimos años hallamos varios antecedentes legislativos relevantes en esta materia, en los que no solo se declara admisible de forma general la firma electrónica reconocida o cualificada conforme a la Ley 59/2003 como forma de acceso y presentación de documentos ante la Administración sino que incluso se suprime la exigencia de legitimación notarial, o se equipara a la misma la firma electrónica reconocida o cualificada que cumpla los requisitos legales, en aras a la idea de eficiencia, agilidad y ahorro de costes que permite, con la firma electrónica, obtener, como mínimo, resultados materialmente iguales. En este sentido, el legislador ha hecho evolucionar las exigencias legales en materia de identificación y firma, adaptándolas al contexto histórico y la realidad social del momento, y, en concreto, a la

evolución de la tecnología y las posibilidades que esta ofrece en cada momento (caso de las normas de derecho administrativo ya mencionadas o las normas procesales, que analizaremos a continuación). Incluso en el ámbito registral hallamos supuestos de admisión de documentos privados con o sin firmas legitimadas notarialmente; es el caso del depósito de cuentas anuales.

Por ello, puede hablarse en los últimos tiempos de una tendencia a la equiparación legal entre presentación de documentos firmados con firma legitimada notarialmente y presentación telemática de documentos con firma electrónica que cumpla los requisitos legales de equiparación. Veamos, a continuación, algunos ejemplos.

A) El caso del depósito telemático de cuentas anuales de sociedades: la supresión de la legitimación notarial de firmas y la utilización del certificado de firma de los administradores.

Como es sabido, la Instrucción de la Dirección General de Registros y del Notariado de 13 de junio de 2003, complementaria de la Instrucción de 30 de diciembre de 1999, sobre presentación de las cuentas anuales en los Registros Mercantiles mediante procedimientos telemáticos, señala que para la presentación telemática de las cuentas anuales ante los Registros Mercantiles, es necesaria la legitimación notarial de las firmas de la certificación del acuerdo de aprobación de cuentas. El fundamento de tal criterio es el artículo 366 del Reglamento del Registro Mercantil que establece en el apartado 1.2 primer inciso, la necesidad de que estén legitimadas notarialmente las firmas que aparezcan en la certificación del acuerdo de aprobación de las cuentas y de la aplicación del resultado. Según la Dirección General de Registros y del Notariado, esta exigencia de legitimación notarial de firmas era aplicable a cualquier clase de firma, manuscrita o electrónica.

De forma que, con este criterio de la DGRN, en los supuestos de presentación telemática de las cuentas anuales, el certificado del acuerdo social, relativo a la aprobación de las cuentas y la aplicación del resultado, debía ser firmado por las personas competentes con su firma electrónica avanzada, y esta firma electrónica avanzada debía ser legitimada por el notario, a través de su firma electrónica avanzada notarial. Obsérvese que este criterio de la DGRN es anterior a la aprobación de la Ley 59/2003 de firma electrónica, e incluso a la introducción de la legitimación de firmas electrónicas en el Reglamento Notarial (2007).

La situación cambia a partir de la Orden 206/2008, de 28 de enero, del Ministerio de Justicia, que, para los supuestos de depósito telemático, admitió que el soporte electrónico de la certificación acreditativa de su aprobación fuera presentado con firma electrónica reconocida, sin necesidad

de legitimación notarial. Posteriormente, en virtud de la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital, y con la finalidad de reducción del coste de organización y funcionamiento de las sociedades de capital, se reforma el artículo 279 LSC, relativo al depósito de cuentas, con el fin de facilitar el depósito de las cuentas anuales en el Registro Mercantil, eliminando de facto el requisito reglamentario de legitimación para la certificación del acuerdo de aprobación de las cuentas del artículo 366.1.2 RRM, de forma compleja, dada la desafortunada tramitación parlamentaria de la reforma de este precepto, con la admisión de una enmienda que introduce confusión dada la redacción final. En cualquier caso, esa es la finalidad manifestada de forma clara en la exposición de motivos de la Ley: «en materia de cuentas anuales, dos medidas vienen a reducir el coste de su depósito, facilitando el grado de cumplimiento de esta obligación. Por un lado, la eliminación del requisito reglamentario de que la firma de los administradores tenga que ser objeto de legalización...».

Por tanto, suprimida la exigencia de legalización o legitimación notarial de la firma de certificados de acuerdos de aprobación de cuentas anuales, cabe preguntarse sobre la supresión de tal exigencia en otros supuestos existentes en la legislación registral mercantil. En suma, una extensión de esta tendencia legal de facilitación del acceso electrónico a través de la supresión o, cuanto menos, sustituibilidad, de la legitimación notarial de firma a otros supuestos en que se mantiene la exigencia legal o reglamentaria de legitimación notarial.

B) Referencia a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil

También en la legislación procesal hallamos manifestaciones de la mencionada tendencia legal a la facilitación del acceso electrónico a la administración, y, de forma concreta, a la supresión o sustituibilidad de la legitimación de firma por mecanismos equivalentes, como la firma electrónica reconocida (actualmente cualificada) basada en certificado reconocido (actualmente cualificado).

Así, en la Ley de Enjuiciamiento Civil, se establece, en su artículo 273.1, relativo a la «Forma de presentación de los escritos y documentos», que «Todos los profesionales de la justicia están obligados al empleo de los sistemas telemáticos o electrónicos existentes en la Administración de Justicia para la presentación de escritos, iniciadores o no, y demás documentos, de forma tal que esté garantizada la autenticidad de la presentación y quede constancia fehaciente de la remisión y la recepción íntegras, así como de la fecha en que estas se hicieron». Y, de forma más concreta, se dispone que la presentación por vía telemática o electrónica de escritos y documentos «se

realizará empleando firma electrónica reconocida y se adaptará a lo establecido en la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia»¹⁷.

Y no solo se admite de forma general la presentación electrónica de documentos empleando la firma electrónica reconocida, sino que incluso, de forma particular, para determinados supuestos, se equipara la instancia firmada con firma legitimada y la presentada telemáticamente con firma electrónica. En concreto, en la regulación de las particularidades sobre la ejecución de bienes hipotecados o pignorados, el artículo 683 de la Ley de Enjuiciamiento Civil («Cambio de domicilio señalado para requerimientos y notificaciones»), en su apartado 2, dispone que: «2. Los cambios de domicilio a que hace referencia el apartado anterior se harán constar en el Registro por nota al margen de la inscripción de hipoteca, bien mediante instancia con firma legitimada o ratificada ante el Registrador, bien mediante instancia presentada telemáticamente en el Registro, garantizada con certificado reconocido de firma electrónica, o bien mediante acta notarial»¹⁸.

Finalmente, y también en el ámbito procesal, ha de señalarse que, en relación al apoderamiento del procurador, el artículo 24.1 LEC dispone que: «El poder en que la parte otorgue su representación al procurador habrá de estar autorizado por notario o ser conferido *apud acta* por comparecencia personal ante el secretario judicial de cualquier oficina judicial o por comparecencia electrónica en la correspondiente sede judicial». De forma que puede tratarse de un poder notarial de representación o bien puede tratarse de un otorgamiento *apud acta*, por comparecencia personal ante secretario judicial o bien por comparecencia electrónica, para la que se exige como forma de identificación de mayor nivel de seguridad el DNI electrónico, basado en la utilización de firma electrónica y certificados reconocidos, junto con otros sistemas con certificados personales y claves¹⁹.

Estas medidas tienen su origen en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones públicas, que, como hemos visto, establece una regulación completa y sistemática de las relaciones *ad extra* entre las Administraciones públicas y los administrados teniendo como principal objetivo la simplificación y agilización de los procedimientos administrativos. Entre las medidas dirigidas a la reducción de cargas administrativas, la Ley establece, como hemos apuntado, la posibilidad de realizar apoderamientos electrónicos *apud acta*, de manera presencial o electrónica, sin coste alguno para el ciudadano.

En este ámbito general de la Administración, igualmente, de forma general, la Orden HFP/633/2017, de 28 de junio, por la que se aprueban los modelos de poderes inscribibles en el Registro Electrónico de Apoderamientos de la Administración General del Estado y en el registro electrónico de apoderamientos de las Entidades locales y se establecen, en el

apartado 3 de su artículo único, los sistemas de firma válidos para realizar los apoderamientos *apud acta* a través de medios electrónicos, dispone que para otorgar válidamente el poder mediante comparecencia electrónica será necesario que el poderdante lo firme mediante cualquiera de los sistemas de firma previstos en el artículo 10.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre²⁰: «En particular: a) Cuando el poderdante sea una persona física, la firma se realizará a través de DNI electrónico, certificado electrónico reconocido o cualificado u otros medios incorporados en Cl@ve, sistemas todos ellos integrados en la plataforma Cl@ve, creada por el Acuerdo de Consejo de Ministros, de 19 de septiembre de 2014. b) Cuando el poderdante sea una persona jurídica, la firma se basará en la información obrante en los certificados cualificados de representación». Por tanto, para el otorgamiento de estos poderes, de transcendencia jurídica, junto con el tradicional poder notarial, se admite el apoderamiento *apud acta* por comparecencia electrónica con firma basada en DNI electrónico, certificado reconocido o cualificado o simplemente a través del sistema Cl@ve.

En suma, a la vista de lo expuesto, puede hablarse de que en los últimos años hallamos varios antecedentes legislativos relevantes en esta materia, en los que no solo se declara admisible de forma general la firma electrónica reconocida o cualificada conforme a la Ley 59/2003 como forma de acceso y presentación de documentos ante la Administración sino que incluso se suprime la exigencia de legitimación notarial, o se equipara a la misma la firma electrónica reconocida o cualificada que cumpla los requisitos legales, en aras a la idea de eficiencia, agilidad y ahorro de costes que permite, con la firma electrónica, obtener, como mínimo, resultados materialmente iguales. En este sentido, puede hablarse en los últimos tiempos de una tendencia legal a la facilitación del acceso electrónico a la administración, y, de forma concreta, a la supresión o sustituibilidad de la legitimación notarial de firma por mecanismos equivalentes, como la firma electrónica reconocida (o cualificada) basada en certificado reconocido (o cualificado).

3. LA LEGITIMACIÓN NOTARIAL DE FIRMA ELECTRÓNICA *EX* ARTÍCULO 261 DEL REGLAMENTO NOTARIAL Y EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

El principio de proporcionalidad debe ser uno de los principios informantes de la implantación de la administración electrónica. Conforme al mismo, solo se exigirán las garantías y las medidas de seguridad adecuadas a la naturaleza y circunstancias de los distintos trámites y actuaciones; no se exigirá, por tanto, más allá de lo necesario. Y es otra de las manifestaciones de los principios de eficiencia y eficacia, que pretenden conseguir los resultados obtenidos sin exigencias innecesarias.

Este principio debe presidir la implantación de las nuevas tecnologías en la administración, *ad intra* y también *ad extra*, en sus relaciones con terceros. En materia de identificación y firma electrónica, hallamos este principio en el artículo 11 de la Ley 39/2015 («Uso de medios de identificación y firma en el procedimiento administrativo»), que, en su apartado 1, dispone que: «Con carácter general, para realizar cualquier actuación prevista en el procedimiento administrativo, será suficiente con que los interesados acrediten previamente su identidad a través de cualquiera de los medios de identificación previstos en esta Ley»; y, en su apartado 2, limita la exigencia obligatoria de firma. Por tanto, se distingue legalmente entre identificación y firma, y se exige esta última solo para actos de mayor transcendencia jurídica. También el Reglamento (UE) núm. 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, en su artículo 8, contempla la existencia de distintos niveles de seguridad de los sistemas de identificación electrónica.

Pues bien, como se ha expuesto, la legitimación notarial de firmas electrónicas reconocidas (las contempladas entonces en la legislación española, equivalentes a las actuales firmas cualificadas reconocidas en la normativa comunitaria) conforme al artículo 261 del Reglamento Notarial está basada en la firma presencial ante el Notario. Pese a la similitud de las denominaciones, no se trata de un mecanismo identificativo similar al de la legitimación notarial de firma tradicional (que recuérdese no exige siempre la presencialidad sino que puede realizarse de forma comparativa). Por ello, por esta exigencia ineludible de presencialidad ante el notario en el momento de realizar la firma electrónica, consideramos que, aplicada de forma generalizada, es una exigencia desproporcionada e inadecuada, contraria a la racionalidad y eficiencia, y prácticamente incompatible con el desarrollo de las comunicaciones electrónicas. Por ello, debe entenderse reservada para actuaciones de especial relevancia, de forma voluntaria en el ámbito privado, sin perjuicio de reserva legal para determinadas actuaciones ante la administración, también por su especial transcendencia.

Todo ello como consecuencia del principio de proporcionalidad, y más aun teniendo en cuenta que existen instrumentos alternativos más adecuados y con menores inconvenientes para atribuir una firma a una determinada persona: la firma electrónica reconocida o cualificada basada en certificados reconocidos o cualificados que cumpla los requisitos legales de equiparación. Pues obsérvese que la legitimación notarial de firmas electrónicas, tal como está regulada en el artículo 261 del Reglamento, no es que sea un instrumento desproporcionado y gravoso para conseguir el objetivo de dar de seguridad a las comunicaciones sino que, de hecho, restringe si no impide el normal desarrollo de tales comunicaciones, debido a la exigencia de presencialidad mencionada.

En esta línea del argumento de la proporcionalidad, y aun cuando sea de forma analógica, ha de tenerse en cuenta, como ya hemos expuesto, la Directiva (UE) 2019/1151 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que respecta a la utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del Derecho de sociedades. En efecto, tal como se explica en el Considerando (20) de la Directiva, a fin de combatir el fraude y ofrecer garantías sobre la fiabilidad y la credibilidad de los documentos, las disposiciones relativas a los procedimientos en línea establecidos en la Directiva deben incluir también controles de la identidad y la capacidad jurídica de las personas que deseen constituir una sociedad o registrar una sucursal, o presentar documentos e información. El desarrollo y la adopción de los medios y los métodos para llevar a cabo esos controles debe dejarse a los Estados miembros, que «deben estar facultados para requerir la participación de notarios o abogados en cualquier fase de los procedimientos en línea». Sin embargo, continúa el Considerando (20) «dicha participación no debe impedir que se complete el procedimiento íntegramente en línea», cosa que sí ocurriría con la aplicación generalizada de la exigencia de legitimación notarial de firma electrónica o cualificada actualmente prevista en el artículo 261 del Reglamento Notarial.

A continuación, el Considerando (21) dispone que cuando se justifique por razón de interés público en impedir el uso indebido o la alteración de identidad, o en garantizar el cumplimiento de las normas sobre capacidad jurídica y sobre el poder de los solicitantes para representar a una sociedad, los Estados miembros deben poder adoptar medidas, de conformidad con el Derecho nacional, que podrían exigir la presencia física del solicitante o de cualquier autoridad o persona u organismo habilitado en virtud del Derecho nacional para tratar cualquier aspecto de los procedimientos en línea, del Estado miembro en el que la sociedad vaya a constituirse o una sucursal vaya a registrarse. Sin embargo, señala el considerando a continuación, «tal presencia física no debe exigirse sistemáticamente, sino solo caso por caso cuando existan motivos para sospechar una falsificación de identidad o un incumplimiento de las normas sobre capacidad jurídica y sobre el poder de los solicitantes para representar a una sociedad. Esa sospecha debe basarse en información de que dispongan las autoridades o personas u organismos habilitados en virtud del Derecho nacional para efectuar dichos tipos de controles»²¹.

Por tanto, como ya expusimos páginas atrás, no de forma sistemática sino puntual, casuística y justificada por razones de interés público puede exigirse la presencia física ante autoridad competente, en línea con nuestra propuesta de utilización del procedimiento de legitimación notarial de firma electrónica o cualificada del artículo 261 del Reglamento Notarial de forma proporcionada y para actuaciones de especial transcendencia o, como es el

caso, en las que quede debidamente justificada esta exigencia, que, en otro caso, de aplicarse y exigirse de forma generalizada, puede entorpecer las comunicaciones electrónicas.

Por otra parte, en línea con esta idea de proporcionalidad, debe plantearse la utilización de otras formas de intervención notarial que den seguridad a la firma electrónica en materia de autoría e identificación sin la complejidad y obstaculización que supone la actual regulación de la legitimación notarial de firma electrónica del artículo 261. En este sentido, son de interés los controles electrónicos apuntados en la Directiva (UE) 2019/1151, en cuyo Considerando (22) se dispone que: «Los Estados miembros también deben poder permitir a sus autoridades, personas u organismos competentes, comprobar, mediante controles electrónicos complementarios de identidad, capacidad jurídica y legalidad, si se cumplen todas las condiciones para la constitución de una sociedad. Dichos controles pueden incluir, entre otros, videoconferencias u otros medios en línea que ofrezcan una conexión audio-visual en tiempo real». Estos controles basados en comunicación a distancia a tiempo real pueden tener un efecto equivalencia a una comprobación presencial pero sin los inconvenientes de una personación presencial ante el notario.

En suma, la legitimación notarial de firmas está pensada para la verificación de firmas manuscritas pero es inadecuada para las firmas electrónicas, y por ello su regulación no es obstáculo para la admisión de la firma electrónica como equivalente funcional de la firma legitimada notarialmente tradicional, debiendo reservarse, si acaso, la actual legitimación de firma electrónica reconocida del artículo 261 para actos de especial transcendencia o justificación. Todo ello sin perjuicio de la introducción de otros controles de electrónicos complementarios de identidad, en línea con lo sugerido en la Directiva (UE) 2019/1151, que sí resultarían conformes a la idea de proporcionalidad y resultarían adecuados al contexto electrónico.

4. EL PRINCIPIO DE INTEROPERABILIDAD; PERSPECTIVA SUPRANACIONAL E INTERNACIONAL

El principio de interoperabilidad, basado en la cooperación entre Administraciones públicas, les permite prestar servicios de forma conjunta a los ciudadanos y reconocer mutuamente los documentos electrónicos y los sistemas de identificación y autenticación, lo que sin duda influye a nivel nacional en la determinación de los sistemas de acceso por los ciudadanos a los registros públicos.

Con una perspectiva supranacional, ha de recordarse que uno de los objetivos de la Unión Europea es la consecución de un mercado único

digital y unos servicios digitales transfronterizos. Y, precisamente, la falta de interoperabilidad se ha considerado un obstáculo para ello. Por ello, las autoridades comunitarias promueven la consecución de un mercado único digital plenamente integrado facilitando el uso transfronterizo de los servicios en línea, con especial atención a la identificación y autenticación seguras.

Por ello, se aprueba el Reglamento (UE) núm. 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior con la finalidad de «reforzar la confianza en las transacciones electrónicas en el mercado interior proporcionando una base común para lograr interacciones electrónicas seguras entre los ciudadanos, las empresas y las Administraciones públicas e incrementando, en consecuencia, la eficacia de los servicios en línea públicos y privados, los negocios electrónicos y el comercio electrónico en la Unión».

Uno de los objetivos del mencionado Reglamento es, pues, eliminar las barreras existentes para el uso transfronterizo de los medios de identificación electrónica utilizados en los Estados miembros para autenticar al menos en los servicios públicos. Y, de forma concreta, el artículo 27, dedicado a las «Firmas electrónicas en servicios públicos», dispone que «Los Estados miembros no exigirán para la utilización transfronteriza de un servicio en línea ofrecido por un organismo del sector público una firma electrónica cuyo nivel de garantía de la seguridad sea superior al de una firma electrónica cualificada».

En el ámbito concreto del Derecho de sociedades, el uso de herramientas digitales eficaces e interoperables más allá de las fronteras ha centrado los esfuerzos de las autoridades de la Unión Europea. Así, en su Comunicación «Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa» y en su Comunicación «Plan de Acción sobre Administración Electrónica de la UE 2016-2020 — Acelerar la transformación digital de la administración», la Comisión destaca el papel de las Administraciones públicas para ayudar a las sociedades a iniciar fácilmente sus actividades, operar en línea y expandirse más allá de las fronteras. El Plan de Acción sobre Administración Electrónica de la UE reconoció específicamente la importancia de mejorar el uso de las herramientas digitales para cumplir con los requisitos del Derecho de sociedades. Por otra parte, en la «Declaración de Tallin de 2017 sobre la administración electrónica» de 6 de octubre de 2017, los Estados miembros hicieron un enérgico llamamiento a intensificar los esfuerzos para ofrecer en la Unión procedimientos electrónicos eficaces, centrados en los usuarios.

A estos efectos, en el ámbito comunitario, ha de tenerse en cuenta la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades, que establece, entre otras

disposiciones, normas sobre publicidad e interconexión de los registros centrales, mercantiles y de sociedades de los Estados miembros. Y, más recientemente, la Directiva (UE) 2019/1151 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que respecta a la utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del Derecho de sociedades.

La Directiva (UE) 2019/1151 establece normas específicas relativas a la constitución de las sociedades de capital, al registro de sucursales y a la presentación de documentos e información por sociedades y sucursales en línea (en lo sucesivo, «procedimientos en línea»). Posibilitar la constitución de sociedades y el registro de sucursales y la presentación íntegramente en línea de documentos e información permitiría a las sociedades utilizar herramientas digitales en sus contactos con las autoridades competentes de los Estados miembros. Para fomentar la confianza, los Estados miembros deben garantizar a los usuarios nacionales y transfronterizos que sea posible una identificación electrónica segura y el uso de servicios de confianza, de conformidad con el Reglamento (UE) núm. 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo. Además, a fin de permitir la identificación electrónica transfronteriza, los Estados miembros deben establecer sistemas de identificación electrónica que proporcionen medios de identificación electrónica homologados. Dichos sistemas nacionales se utilizarían como base para el reconocimiento de los medios de identificación electrónica expedidos en otro Estado miembro. Con el objeto de garantizar un nivel de confianza elevado en situaciones transfronterizas, solo deben reconocerse los medios de identificación electrónica que sean conformes con el artículo 6 del Reglamento (UE) núm. 910/2014.

Ante estas exigencias supranacionales e incluso internacionales de interoperabilidad, cabe señalar las dificultades que puede suponer la exigencia de legitimación notarial de firma, dado que no se trata de un concepto homogéneo a nivel de derecho comparado. No existe en todos los países, y en aquellos en los que existe, no siempre es comparable, pues la terminología es diversa, y probablemente las categorías jurídicas son distintas. No está sometido a las mismas exigencias, ni siquiera en el ámbito de los países de nuestro entorno más próximo y pertenecientes al sistema de notariado latino. Así, en cuanto a la forma de legitimación, de las dos formas posibles (presencial y por comparación), en algunos países se exige personación ante notario de forma que la firma es puesta necesariamente en su presencia, mientras en otros, como España, existe medios alternativos que permiten legitimar la firma de forma comparativa, por referencia a una firma previa. Por ello, estas distintas formas de legitimación no resultan comparables por sus efectos ni tampoco por la responsabilidad asumida ni incluso por las personas que pueden realizarlos (en algunos casos, no solo notarios o

funcionarios sino incluso abogados). De ahí la manifiesta inconveniencia de esta exigencia para la consecución de unos servicios administrativos interoperativos y la conveniencia de su sustituibilidad o utilización alternativa con otros medios funcional y materialmente equivalentes que permitan esta interoperabilidad²².

VI. CONCLUSIONES

Como hemos anticipado al inicio de este trabajo, ante la existencia de diversos artículos en la legislación hipotecaria que exigen para la presentación y despacho de determinados documentos privados que vengan con la firma autógrafa del firmante, legitimada notarialmente, hemos planteado la cuestión de si este requisito estricto de la legitimación notarial debe seguir siendo aplicado cuando el documento electrónico viene firmado con un certificado electrónico reconocido, conforme a la Ley 59/2003 de firma electrónico, o cualificado de firma, conforme al Reglamento (UE) núm. 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por la que se deroga la Directiva 1999/93/CE.

Por ello, se ha analizado en este trabajo si para la presentación telemática de tales documentos privados sigue siendo necesaria la legitimación notarial exigida respecto de la firma manuscrita cuando tales documentos electrónicos se presentan firmados con firma electrónica reconocida o cualificada conforme a la legislación de firma electrónica.

I. Para resolver esta cuestión, hemos partido de la finalidad o la razón de ser de la exigencia tradicional de legitimación de firma manuscrita (asegurar la identidad del firmante del documento), a fin de determinar si la firma electrónica reconocida o cualificada cumple por si misma de forma suficiente tal finalidad identificativa. En cuyo caso, dada la equivalencia funcional, podría ser medio suficiente por si solo para acceder al registro, de forma sustitutiva o alternativa a la legitimación tradicional de firma.

Por todo ello, hemos realizado, en primer lugar, un análisis de la legitimación notarial de firmas, y, en especial, su finalidad identificativa y la forma que en que se cumple tal finalidad, para a continuación, analizar la firma electrónica o cualificada, sus efectos identificativos, a fin de determinar su posible equivalencia funcional con la firma con legitimación notarial. Todo ello con el análisis de otros elementos adicionales que, junto con el principio de equivalencia funcional, han sido tenidos en cuenta para la resolución de la cuestión objeto de este estudio, y que nos han permitido

llegar a las siguientes conclusiones, con los argumentos y razonamientos que se han expuesto.

II. Vistos los argumentos expuestos, consideramos que puede sostenerse la sustituibilidad de la firma legitimada notarialmente por la firma electrónica reconocida o cualificada basada en certificado reconocido o cualificado. El principal argumento sería la equivalencia funcional entre ambas figuras a efecto de identificar al firmante, dada la función identificativa del certificado reconocido o cualificado en que se basa la firma electrónica reconocida o cualificada. Argumento principal reforzado por otros argumentos adicionales expuestos como el derecho de acceso electrónico de los ciudadanos a las Administraciones públicas, los principios de eficacia, eficiencia y celeridad, así como el principio de proporcionalidad y la idea de interoperabilidad que presiden actualmente la implantación de la administración electrónica y la relación de esta con los ciudadanos.

III. No obstante, y aunque es cierto que una interpretación teleológica de la finalidad perseguida por ambas figuras (identificar al firmante) permite sostener la equivalencia y sustituibilidad mencionadas, para evitar dudas formales y prácticas sería conveniente la supresión en la normativa registral de la exigencia única de legitimación notarial (como se ha hecho ya en materia de depósito de cuentas) o la admisión alternativa de ambas figuras (de forma similar a lo establecido en la legislación procesal). En suma, una modificación de la legislación registral en el sentido de permitir la presentación telemática de documentos privados en el Registro con firma electrónica reconocida o cualificada, que cumple los requisitos de mayor seguridad establecidos en la normativa en la materia, siguiendo precedentes recientes en la materia.

IV. En cualquier caso, al margen de tal modificación normativa, consideramos posible y fundamentada una interpretación extensiva de la normativa registral actual *ex* artículo 3 del Código civil, precepto conforme al cual la normativa debe ser interpretada de acuerdo con la realidad social del tiempo en que la norma debe ser aplicada, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquella. Y la realidad técnica y jurídica actual nos proporciona instrumentos de identificación electrónica, como los certificados reconocidos o cualificados, que, de forma general, pueden sustituir o ser una alternativa a la legitimación notarial de firmas, como se ha establecido ya en distintas normativas sobre la materia (p. ej., normativa procesal y normativa societaria en materia de depósito de cuentas anuales).

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- STS de 20 de mayo de 2008
- STS de 19 de mayo de 2009

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ÁVILA ÁLVAREZ, P. (1990). *Derecho Notarial*, 7.^a edición. Barcelona: Editorial Bosch.
- LAFFERRIERE, A.D. (2008). *Curso de Derecho Notarial*. Nogoyá (Argentina).
- LLOPIS BENLLOCH, J.C. (2016). Legitimación notarial de firmas electrónicas, [En línea], disponible en <http://www.notariallopis.es/blog/i/1381/73/legitimacion-notarial-de-firmas-electronica>
- MARTÍNEZ NADAL, A. (2001). *Comercio electrónico, firma digital y autoridades de certificación*, 3.^a edición. Madrid: Editorial Aranzadi.
- (2009). *Comentarios a la Ley 59/2003 de firma electrónica*, 2.^a edición. Madrid: Editorial Civitas.
- OÑATE CUADROS, F.J. (2001). El testimonio notarial legitimación de firmas. *Revista La Notaria*, 150 años, 1858-2008, vol. 1, 1236 y sigs.
- PAZ-ARES RODRÍGUEZ, I. (2011). Apuntes sobre los documentos no protocolares (dimensión europea), *El Notario del siglo XXI*, núm. 35.
- RIPOLL JAÉN, A. (2007). Reforma del Reglamento Notarial. Real Decreto 4/2007, de 19 de enero. Legitimación de firmas. *Revista La notaria*, núm. 45, 97-103.

NOTAS

¹ Actualmente se está tramitando en las Cortes Generales el Proyecto de Ley Reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza (121/000004), Boletín Oficial de las Cortes Generales, 28 de febrero de 2020.

Como es sabido, desde el 1 de julio de 2016 es de aplicación el Reglamento (UE) núm. 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por el que se deroga la Directiva 1999/93/CE.

Por ello, como se señala en la exposición de motivos, apartado I, del Proyecto de Ley reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza, la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, «que supuso la transposición al ordenamiento jurídico español de la derogada Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 1999, por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica, se encuentra desde entonces jurídicamente desplazada en todo aquello regulado por el citado reglamento». El objeto del mencionado Proyecto de Ley es, «por tanto, adaptar nuestro ordenamiento jurídico al marco regulatorio de la Unión Europea, evitando así la existencia de vacíos normativos susceptibles de dar lugar a situaciones de inseguridad jurídica en la prestación de servicios electrónicos de confianza». Y por ello, el proyecto de ley prevé, en su caso, la derogación de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica (disposición derogatoria única), «y con ella aquellos preceptos incompatibles con el Reglamento (UE) 910/2014», como es el caso de los certificados de persona jurídica.

² Por todos, ÁVILA ÁLVAREZ, P. (1990). *Derecho Notarial*, 7.^a edición, Barcelona: Editorial Bosch.

³ Consideraciones plasmadas, correlativamente, en el articulado de la Directiva (UE) 2019/1151, concretamente en su artículo 1 que introduce en la Directiva (UE) 2017/1132 un nuevo artículo 13 ter, relativo al «Reconocimiento de medios de identificación a efectos

de los procedimientos en línea» y cuyo apartado 4 dispone que: «Cuando se justifique por razón de interés público en impedir el uso indebido o la alteración de identidad, los Estados miembros podrán, a los efectos de comprobar la identidad de un solicitante, adoptar medidas que requieran la presencia física de ese solicitante ante cualquier autoridad, persona u organismo habilitado en virtud del Derecho nacional para tratar cualquier aspecto de los procedimientos en línea a que se refiere el presente capítulo, incluido el otorgamiento de la escritura de constitución de una Sociedad». No obstante, como se señala específicamente en el inciso final de este apartado 4: «Los Estados miembros se asegurarán de que solo pueda exigirse la presencia física de un solicitante caso por caso cuando existan razones para sospechar una falsificación de identidad, y de que cualquier otra fase del procedimiento pueda completarse en línea».

⁴ Mientras la Ley 59/2003 regula los certificados reconocidos (y también a la firma y los prestadores reconocidos), el Reglamento de identificación electrónica se refiere a los certificados cualificados (y también a la firma y los prestadores cualificados). Ante este cambio, el propio Reglamento contempla la necesidad de una transitoriedad (Considerado 74: «Para dar seguridad jurídica a los operadores del mercado que ya utilicen certificados reconocidos expedidos a personas físicas de conformidad con la Directiva 1999/93/CE, es necesario prever un periodo de transición suficiente»), que se establece de forma detallada en el artículo 51 y, para el caso de los «certificados reconocidos expedidos para las personas físicas conforme a la Directiva 1999/93/CE consiste en su equiparación a los certificados cualificados hasta la fecha de su caducidad («se considerarán certificados cualificados de firma electrónica con arreglo al presente Reglamento hasta que caduquen», art. 51.2).

⁵ En los supuestos de certificados de persona jurídica, conforme al artículo 13.2 LFE, «En el caso de certificados reconocidos de personas jurídicas, los prestadores de servicios de certificación comprobarán, además, los datos relativos a la constitución y personalidad jurídica y a la extensión y vigencia de las facultades de representación del solicitante mediante los documentos públicos que sirvan para acreditar los extremos citados de manera fehaciente y su inscripción en el correspondiente registro público si así resulta exigible. La citada comprobación podrá realizarse, asimismo, mediante consulta en el registro público en el que estén inscritos los documentos de constitución y de apoderamiento, pudiendo emplear los medios telemáticos facilitados por los citados registros públicos».

El Proyecto de Ley reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza, siguiendo en este punto al Reglamento (UE) núm. 910/2014 relativo a la identificación electrónica, suprime los certificados de persona jurídica que son sustituidos por los sellos electrónicos que, según el Considerando (59) del Reglamento «deben servir como prueba de que un documento electrónico ha sido expedido por una persona jurídica, aportando certeza sobre el origen y la integridad del documento». Respecto de la comprobación de identidad, «Los prestadores de servicios de confianza que expidan certificados cualificados de sello electrónico deben instaurar las medidas necesarias para poder determinar la identidad de la persona física que representa a la persona jurídica a la que se entregue el certificado cualificado de sello electrónico, cuando se requiera tal identificación a nivel nacional en el contexto de procedimientos judiciales o administrativos» (Considerando 59 del Reglamento de identificación electrónica). Finalmente ha de mencionarse que para la vinculación electrónica de una persona jurídica, junto con el sello electrónica, puede recurrirse a la firma del representante de la persona jurídica; en este sentido, el Considerando (58) del Reglamento de identificación electrónica dispone que: «Cuando una transacción exija un sello electrónico cualificado de una persona jurídica, debe ser igualmente aceptable una firma electrónica cualificada del representante autorizado de la persona jurídica».

⁶ Con algunos cambios formales y terminológicos, como la calificación de los certificados como cualificados, en línea con la terminología del Reglamento (UE) 910/2014.

⁷ En la exposición de motivos, apartado III, del Proyecto de Ley Reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza, se señala que el Reglamento (UE) 910/2014 contempla la posibilidad de verificación de la identidad del solicitante de un certificado cualificado a través de otros medios contemplados en la actual Ley 59/2003 y también, siguiendo al Reglamento comunitario, utilizando otros métodos de identificación reconocidos a escala nacional que garanticen una seguridad equivalente en términos de fiabilidad a la presencia física. Haciéndose eco de esta previsión, la ley habilita a que mediante una orden ministerial se regulen las condiciones y requisitos técnicos que lo harían posible.

En este sentido, en el texto articulado del Proyecto de Ley, el artículo 7, tras establecer, como hemos visto, como sistema general en el apartado 1 que la identificación de la identificación de la persona física que solicite un certificado cualificado exigirá su personación ante los encargados de verificarla (pudiendo prescindirse también de la personación si la firma en la solicitud ha sido legitimada en presencia notarial), dispone, en su apartado 2 que: «Por Orden de la persona titular del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital se determinarán las condiciones y requisitos técnicos aplicables a la verificación de la identidad y, si procede, otros atributos específicos de la persona solicitante de un certificado cualificado, mediante otros métodos de identificación que aporten una seguridad equivalente en términos de fiabilidad a la presencia física».

Por tanto, se abren las puertas a otras formas de identificación con la exigencia de que aporten una seguridad equivalente a la presencia física en que se basa el sistema general. A la espera en su caso del desarrollo ministerial de esta previsión es deseable que las condiciones y requisitos técnicos no sean excesivamente laxos pues ello supondría reducir o debilitar la seguridad del sistema. Por ello, precisamente consideramos que la previsión del siguiente apartado 3 del artículo 7 (que dispone que «3. La forma en que se ha procedido a identificar a la persona física solicitante podrá constar en el certificado. En otro caso, los prestadores de servicios de confianza deberán colaborar entre sí para determinar cuándo se produjo la última personación») debería dejar de ser facultativa para ser imperativa (sustituyendo la palabra «podrá» por «deberá») pues de esta forma se podría saber cuál ha sido la forma de identificación y con ello se podría determinar la confianza que merece el certificado, especialmente para actuaciones especialmente relevantes.

⁸ El Reglamento europeo de identificación electrónica no contempla estrictamente un supuesto similar sino uno más amplio en el que podría tener cabida la previsión del derecho español vigente y proyectado; en concreto, el artículo 24.1, tras disponer que la comprobación de identidad del solicitante de un certificado cualificado puede realizarse en presencia de la persona física o de un representante autorizado de la persona jurídica (apartado a), admite también que pueda realizarse «a distancia, utilizando medios de identificación electrónica, para los cuales se haya garantizado la presencia de la persona física o de un representante autorizado de la persona jurídica previamente a la expedición del certificado cualificado, y que cumplan los requisitos establecidos con el artículo 8 con respecto a los niveles de seguridad “sustancial” o “alto” ...».

⁹ Conforme al Considerando 16 del Reglamento (UE) 910/2014, los niveles de seguridad deben caracterizar el grado de confianza de un medio de identificación electrónica para establecer la identidad de una persona, garantizando así que la persona que afirma poseer una identidad determinada es de hecho la persona a quien se ha atribuido dicha identidad. El nivel de seguridad depende del grado de confianza que aporte este medio de identificación electrónica sobre la identidad pretendida o declarada por una persona, teniendo en cuenta los procedimientos técnicos, (por ejemplo, prueba y verificación de la identidad, autenticación), las actividades de gestión (como la entidad que expide los medios de identificación electrónica, el procedimiento para expedir dichos medios) y los controles aplicados. Como resultado de las actividades la normalización y las actividades internacionales de la financiación de la Unión de proyectos piloto a gran escala, exis-

ten varias definiciones y descripciones técnicas de niveles de seguridad. De forma más detallada, el artículo 8 del Reglamento, regula los «Niveles de seguridad de los sistemas de identificación electrónica» distinguiendo entre niveles de seguridad bajo, sustancial y alto y exigiendo que cuando se notifique un sistema de identificación electrónica para su reconocimiento transfronterizo deberá especificar los niveles de seguridad (bajo, sustancial y alto) para los medios de identificación electrónica expedidos en virtud del mismo.

¹⁰ En el artículo 13.1 («Responsabilidad y carga de la prueba») del Reglamento europeo de identificación electrónica, tras establecerse de forma general que «...los prestadores de servicios de confianza serán responsables de los perjuicios causados de forma deliberada o por negligencia a cualquier persona física o jurídica en razón del incumplimiento de las obligaciones establecidas en el presente Reglamento» en materia de carga de la prueba existen dos previsiones: a) en primer lugar, se dispone que «La carga de la prueba de la intencionalidad o la negligencia de un prestador no cualificado de servicios de confianza corresponderá a la persona física o jurídica que alegue los perjuicios a que se refiere el primer párrafo», sin, por tanto, inversión de la carga en este párrafo segundo del artículo 13.1 que, obsérvese, resulta aplicable a los prestadores no cualificados; b) no obstante, el párrafo tercero dispone que: «Se presumirá la intencionalidad o la negligencia de un prestador cualificado de servicios de confianza salvo cuando ese prestador cualificado de servicios de confianza demuestre que los perjuicios a que se refiere el párrafo primero se produjeron sin intención ni negligencia por su parte»; por tanto, se establece, y solo para el caso de los prestadores cualificados, una presunción *iris tantum* de negligencia del prestador que, sin duda, es beneficiosa para los terceros usuarios perjudicados, dadas las dificultades probatorias que pueden tener. Finalmente, el artículo 13.3 dispone que estas previsiones «se aplicarán con arreglo a las normas nacionales sobre responsabilidad».

En cambio, como ya se ha avanzado, el Proyecto de Ley reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza, que derogará, en su caso, a la Ley 59/2003 de firma electrónica, regula esta cuestión de la responsabilidad en su artículo 11 («Responsabilidad de los prestadores de servicios electrónicos de confianza») y de la lectura del mismo se desprende la desaparición de la inversión de la carga de la prueba que existe en la regulación actual y que tanto beneficio al tercero perjudicado. Desaparición que entendemos negativa y perjudicial para los terceros usuarios y que, como hemos visto, no viene exigida por el Reglamento comunitario en la materia; por ello, consideramos deseable su reintroducción durante la tramitación del Proyecto de Ley.

¹¹ En concreto, tras señalar que «El soporte en que se hallen los datos firmados electrónicamente será admisible como prueba documental en juicio», dispone el artículo 3, apartado 8 de la Ley 59/2003 de firma electrónica que «Si se impugna la autenticidad de la firma electrónica reconocida con la que se hayan firmado los datos incorporados al documento electrónico se procederá a comprobar que se trata de una firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido, que cumple todos los requisitos y condiciones establecidos en esta Ley para este tipo de certificados, así como que la firma se ha generado mediante un dispositivo seguro de creación de firma electrónica». En tal supuesto de impugnación, «La carga de realizar las citadas comprobaciones corresponderá a quien haya presentado el documento electrónico firmado con firma electrónica reconocida». Y, si dichas comprobaciones obtienen un resultado positivo «se presumirá la autenticidad de la firma electrónica reconocida con la que se haya firmado dicho documento electrónico siendo las costas, gastos y derechos que origine la comprobación exclusivamente a cargo de quien hubiese formulado la impugnación. Si, a juicio del tribunal, la impugnación hubiese sido temeraria, podrá imponerle, además, una multa de 120 a 600 euros».

¹² En efecto, el artículo 3, apartado 8 de la Ley 59/2003 de firma electrónica, en su párrafo final, dispone que «Si se impugna la autenticidad de la firma electrónica avanzada, con la que se hayan firmado los datos incorporados al documento electrónico, se estará a lo establecido en el apartado 2 del artículo 326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

Y esta remisión al artículo 326.2 LEC nos sitúa, efectivamente, ante la regulación de la impugnación de la autenticidad de un documento privado, supuesto en el que «el que lo haya presentado podrá pedir el cotejo pericial de letras o proponer cualquier otro medio de prueba que resulte útil y pertinente al efecto». Y si del cotejo o de otro medio de prueba se desprendiere la autenticidad del documento, «se procederá conforme a lo previsto en el apartado tercero del artículo 320» (que establece que serán exclusivamente a cargo de quien hubiese formulado la impugnación las costas, gastos y derechos que origine el cotejo o comprobación), mientras que si «no se pudiese deducir su autenticidad o no se hubiere propuesto prueba alguna, el tribunal lo valorará conforme a las reglas de la sana crítica» (art. 326.2 LEC).

¹³ Estas previsiones genéricas tienen su plasmación en el texto articulado del Proyecto de Ley, cuyo artículo 3, dedicado precisamente a los «Efectos jurídicos de los documentos electrónicos». Y, en su apartado 1 se dispone que «El documento electrónico será soporte de documentos públicos, administrativos y privados, que tendrán el valor y la eficacia jurídica que corresponda a su respectiva naturaleza, de conformidad con la legislación que les resulte aplicable». El apartado 2 del artículo 3 regula a continuación, de forma novedosa, la prueba de los documentos electrónicos privados, realizando la siguiente distinción, en función de la utilización de servicios de confianza cualificado o no cualificados:

a) «La prueba de los documentos electrónicos privados en los que se hubiese utilizado un servicio de confianza no cualificado se regirá por lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 326 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil» (art. 3, apartado 2, inciso inicial).

Dada esta remisión a Ley de Enjuiciamiento Civil, ha de tenerse en cuenta que el Proyecto de Ley modifica precisamente la Ley 1/2000 «con objeto de adaptarla al nuevo marco regulatorio de los servicios electrónicos de confianza definido en esta ley y en el Reglamento (UE) 910/2014» (exposición de motivos). En concreto, en la disposición final segunda del Proyecto de Modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, apartado Uno, se modifica el apartado tres del artículo 326 de la Ley, de Enjuiciamiento Civil, al que hemos visto que remite el artículo 3, y que queda redactado en los siguientes términos:

«3. Cuando la parte a quien interese la eficacia de un documento electrónico lo solicite o se impugne su autenticidad, integridad, precisión de fecha y hora u otras características del documento electrónico que un servicio electrónico de confianza no cualificado de los previstos en el Reglamento (UE) 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior, permita acreditar, se procederá con arreglo a lo establecido en el apartado 2 del presente artículo y en el Reglamento (UE) núm. 910/2014».

Por tanto, en el supuesto de documentos electrónicos basados en servicios de confianza no cualificados, se remite al apartado 2 del artículo 320 LEC, con lo que, en caso de aprobarse el Proyecto de Ley en estos términos, la situación no cambiaría sustancialmente respecto a la actual, en la medida que la actual Ley 59/2003 de firma electrónica en los supuestos de impugnación de la firma electrónica avanzada, remite, en el artículo 3, apartado 8, a los supuestos de valoración de documentos privados de la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 326, apartado 2, «Fuerza probatoria de los documentos privados»).

b) «Si el servicio fuese cualificado, se estará a lo previsto en el apartado 4 del mismo precepto» (art. 3, apartado 2, inciso final).

Nuevamente, en la disposición final segunda del Proyecto de Modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, apartado uno, se añade este apartado cuatro (ahora inexistente) del artículo 326 de la Ley, de Enjuiciamiento Civil, y que queda redactado en los siguientes términos:

«4. Si se hubiera utilizado algún servicio de confianza cualificado de los previstos en el Reglamento citado en el apartado anterior, se presumirá que el documento reúne la

característica cuestionada y que el servicio de confianza se ha prestado correctamente si figuraba, en el momento relevante a los efectos de la discrepancia, en la lista de confianza de prestadores y servicios cualificados.

Si aun así se impugnare el documento electrónico, la carga de realizar la comprobación corresponderá a quien haya presentado la impugnación. Si dichas comprobaciones obtienen un resultado negativo, serán las costas, gastos y derechos que origine la comprobación exclusivamente a cargo de quien hubiese formulado la impugnación. Si, a juicio del tribunal, la impugnación hubiese sido temeraria, podrá imponerle, además, una multa de 300 a 1200 euros».

Con esta previsión, y la remisión a la nueva redacción de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se modifica la regulación actual y se consagra legalmente la ventaja probatoria a la que se alude en la exposición de motivos del Proyecto de Ley, pues se simplifica la prueba, de tal forma que «basta la mera constatación de la inclusión del citado servicio en la lista de confianza de prestadores cualificados de servicios electrónicos regulada en el artículo 22 del Reglamento (UE) 910/2014» para que el documento se beneficie de la presunción de reunir la característica impugnada, correspondiendo además la carga de la prueba de la comprobación a quien impugnare el documento.

¹⁴ Esta equivalencia ha de predicarse también respecto de la legitimación o ratificación de firma ante el registrador que prevé en ocasiones la legislación hipotecaria como alternativa a la legitimación notarial (art. 166.11, 208, 216, 238 del Reglamento Hipotecario).

¹⁵ El Proyecto de Ley Reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza (que vendrá a sustituir, en su caso, a la Ley 59/2003), incluye una disposición adicional primera («Fe pública y servicios electrónicos de confianza») con un contenido similar a la actual previsión del artículo 1, apartado 2 de la Ley 59/2003: «Lo dispuesto en esta ley no sustituye ni modifica las normas que regulan las funciones que corresponden a los funcionarios que tengan legalmente atribuida la facultad de dar fe en documentos en lo que se refiere al ámbito de sus competencias») aunque la supresión del inciso final actual: «...siempre que actúen con los requisitos exigidos en la ley».

¹⁶ Artículo 13 ter, «Reconocimiento de medios de identificación a efectos de los procedimientos en línea»:

1. Los Estados miembros velarán por que los siguientes medios de identificación electrónica puedan ser utilizados por los solicitantes que sean ciudadanos de la Unión en los procedimientos en línea contemplados en el presente capítulo:

a) los medios de identificación electrónica expedidos por un sistema de identificación electrónica aprobado por el propio Estado miembro;

b) los medios de identificación electrónica expedidos en otro Estado miembro y reconocidos a efectos de la autenticación transfronteriza de conformidad con el artículo 6 del Reglamento (UE) núm. 910/2014.

2. Los Estados miembros podrán denegar el reconocimiento de los medios de identificación electrónica si los niveles de seguridad de esos medios de identificación electrónica no cumplen las condiciones establecidas en el artículo 6, apartado 1, del Reglamento (UE) núm. 910/2014.

3. Todos los medios de identificación reconocidos por los Estados miembros se pondrán a disposición del público».

¹⁷ Artículo 273 redactado por el apartado treinta y cuatro del artículo único de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

¹⁸ Artículo 683 redactado por el apartado veintitrés del artículo primero de la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil.

¹⁹ Artículo 24 redactado por el apartado tres del artículo único de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

²⁰ Como se ha señalado, el número 2 del artículo 10 ha sido recientemente redactado por el número dos del artículo 3 del Real Decreto Ley 14/2019, de 31 de octubre, por el que se adoptan medidas urgentes por razones de seguridad pública en materia de administración digital, contratación del sector público y telecomunicaciones.

²¹ Consideraciones plasmadas, correlativamente, en el articulado de la Directiva (UE) 2019/1151, concretamente en su artículo 1 que introduce en la Directiva (UE) 2017/1132 un nuevo artículo 13 ter, relativo al «Reconocimiento de medios de identificación a efectos de los procedimientos en línea» y cuyo apartado 4 dispone que: «Cuando se justifique por razón de interés público en impedir el uso indebido o la alteración de identidad, los Estados miembros podrán, a los efectos de comprobar la identidad de un solicitante, adoptar medidas que requieran la presencia física de ese solicitante ante cualquier autoridad, persona u organismo habilitado en virtud del Derecho nacional para tratar cualquier aspecto de los procedimientos en línea a que se refiere el presente capítulo, incluido el otorgamiento de la escritura de constitución de una Sociedad». No obstante, como se señala específicamente en el inciso final de este apartado 4: «Los Estados miembros se asegurarán de que solo pueda exigirse la presencia física de un solicitante caso por caso cuando existan razones para sospechar una falsificación de identidad, y de que cualquier otra fase del procedimiento pueda completarse en línea».

²² Diferencias en el ámbito del derecho comparado en materia de legitimación notarial puestas de manifiesto por PAZ-ARES RODRÍGUEZ, I. (2011). Apuntes sobre los documentos no protocolares (dimensión europea), *El Notario del siglo XXI*, núm. 35.

*(Trabajo recibido el 17-7-2020 y aceptado
para su publicación el 24-9-2020)*