

SEPARATA

102-103

REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO



Juan Vallet de Goytisolo, en su centenario

abril-septiembre 2017

ESPAÑA



NIHIL PRIUS FIDE
NOTARIO

**FIRMA ELECTRÓNICA
Y CONSENTIMIENTO**

Javier Manrique Plaza

FIRMA ELECTRÓNICA Y CONSENTIMIENTO (Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia)

Javier Manrique Plaza
Notario

Ilustrísimo Señor Presidente de la Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, Ilustrísimo Señor Vicepresidente del Consejo General del Notariado y Decano del Colegio Notarial de Andalucía, Ilustrísimos Señores Académicos, señoras y señores.

Sean mis primeras palabras de agradecimiento:

- a la Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia por el nombramiento con el que me honra,
- a mi presentador Victorio Magariños Blanco, por sus excesivos elogios derivados, sin duda, del magisterio que ha ejercido sobre mí desde hace muchos años,
- y al Notariado, como institución a la que debo todo lo que soy y pueda merecer.

En los albores del siglo *xxi*, comienza a desarrollarse lo que se ha dado en llamar la "sociedad de la información", que es una nueva forma de relaciones humanas, que resulta del acceso generalizado a redes abiertas de interconexión de equipos informáticos (internet).

Esta electronificación de las relaciones sociales y, por ende, las jurídicas, ha provocado un cambio de paradigma en muchos conceptos jurídicos y una evolución superlativa de la aplicación práctica del Derecho; no podemos, por ello, dejar de lado este tema tan fascinante como difícil y que nos supone un verdadero reto intelectual, un reto al que la mayor parte de los juristas nos resistimos, a veces, a enfrentarnos, quizás porque estos temas tecnológicos

nos resultan incómodos. El progreso es imparable; hace unos días hemos conocido la noticia que Finlandia, país que tiene uno de los sistemas educativos más avanzados, va a suprimir en sus planes de educación elemental la asignatura de caligrafía pues se pretende que los niños aprendan a escribir directamente en un teclado y, en fin, ya me ven utilizando el documento electrónico, como parte de la puesta en escena.

Mi interés la materia surgió al escuchar la conferencia que pronunció en esta tribuna el 21 de junio de 2004, Don Antonio Rodríguez Adrados, Notario y Académico de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, en la clausura del curso de la Academia Sevillana del Notariado, dedicado al Notario de Córdoba, Don Santiago Echevarría Echevarría. "La firma electrónica y su utilización por un tercero". Bajo este sugerente título el autor me introdujo en un nuevo mundo de conflictos entre nuestros principios básicos en materia de derecho documental, la firma electrónica y el consentimiento.

Mis reflexiones dieron fruto en la conferencia que pronuncié, en este mismo lugar, el 12 de abril de 2010, en el curso de la Academia Sevillana del Notariado, en homenaje a Don Victorio MAGARIÑOS BLANCO: "Notariado y nuevas tecnologías, una apuesta de futuro".

No es extraño que los notarios estemos especialmente interesados en esta cuestión que de forma tan especial y directa incide en el ámbito del derecho documental en el que propiamente desarrollamos nuestra función.

Resulta curioso constatar que en nuestra literatura jurídica y en nuestra jurisprudencia, hay muy poco sobre la firma de las personas y el consentimiento; probablemente porque sea un concepto que parece obvio y sobre el que no se polemiza. Las relaciones jurídicas se perfeccionan por el consentimiento, que es lo verdaderamente importante, y no por la firma. La firma es simplemente una forma de manifestación "gráfica", del consentimiento pero no la única pues el consentimiento puede ser verbal e incluso tácito o presunto.

La teoría de la firma electrónica presupone la existencia de una teoría de la firma manuscrita, y ésta en nuestro derecho positivo no existe. El problema no es baladí pues el principio clave de la firma electrónica es su equiparación con la firma manuscrita y resulta que no conocemos la teoría de la firma manuscrita pues no existen ni textos legales, ni requisitos ni principios generales, sobre su valor jurídico, de manera que sus efectos derivan más bien de la cos-

tumbre. Ni siquiera nuestra legislación notarial, a pesar de ser el tratado, por antonomasia, del derecho documental, tiene precepto alguno que esboce siquiera alguna consecuencia jurídica de la firma. El artículo 195 del Reglamento Notarial se limita a señalar que los que firmen una escritura pública en cualquier concepto lo harán firmando en la forma que habitualmente empleen.

El Tribunal Supremo en Sentencia de 3 de noviembre de 1997, se refirió a la firma manuscrita, atreviéndose incluso a definirla, como trazado gráfico, que contiene habitualmente el nombre, los apellidos y la rúbrica de una persona, y con la cual se suscriben los documentos para darles autoría y virtualidad y obligarse con lo que en ellos se dice; lo que la distingue es su habitualidad, como elemento vinculante de esa grafía o signo de su autor, como vehículo que une a la persona del firmante con lo consignado en el documento; debe ser manuscrita y de puño y letra del suscribiente, como muestra de la inmediatez y voluntariedad de la acción y del otorgamiento.

Es decir, se considera la firma como una manifestación o prueba del consentimiento, en concordancia con los pocos preceptos del Código Civil que se refieren a ella en materia de prueba de obligaciones como los artículos 1.225 y 1.227, o los preceptos de la Ley Cambiaria que exigen la firma de las declaraciones.

La Ley LFE (art. 3.1) define la firma electrónica como el "conjunto de datos en forma electrónica consignados junto a otros asociados con ellos, que pueden ser utilizados como medio de identificación del firmante."

Esta definición no resulta claramente inteligible para los ciudadanos en general, ni tampoco para los juristas, y lo que es peor, no parece correcta. La firma electrónica es un resumen cifrado del mensaje, pues firmar electrónicamente un documento supone cifrarlo para convertirlo en otro, distinto e ilegible, pero relacionado con el documento original gracias al algoritmo de cifrado.

La propia LFE distingue entre dos clases de firma electrónica: la avanzada y la reconocida.

La firma avanzada tiene dos signos distintivos:

- a) identifica al firmante.
- b) garantiza la identidad del mensaje transmitido.

La firma reconocida dos requisitos más:

- a) está basada en un certificado reconocido.

b) está generada mediante un dispositivo seguro de creación de firma.

Ambas firmas necesitan un certificado electrónico reconocido que tiene que ser emitido por un prestador de servicios de certificación, que ha de ser un "tercero de confianza", cuya misión primaria es certificar que determinada clave pública pertenece a una persona determinada y que se encuentra vigente.

La prestación de servicios de certificación es una actividad privada que se ejerce bajo el principio de libre competencia, garantizándose la eficacia del servicio mediante un sistema de seguros de la responsabilidad civil que pudiera generarse.

Sin embargo en el caso de funcionarios públicos o de profesionales colegiados será la propia Administración Pública competente o el Colegio Profesional respectivo que tenga delegada la competencia, quienes emitirán los correspondientes certificados reconocidos de sus propios miembros; así ocurre igualmente, en el caso de particulares, con el DNI electrónico que tendría que ser expedido por los órganos competentes del Ministerio del Interior y no por un prestador privado de servicios.

El Reglamento europeo EIDAS que entrará en vigor el próximo 1 de julio de 2016 modifica la terminología hasta ahora utilizada y sigue hablando de firma electrónica avanzada y de firma electrónica cualificada (en sustitución de reconocida), aunque los requisitos y efectos de las dos clases de firma avanzada y cualificada sean equivalentes a los hasta ahora existentes de avanzada y reconocida.

Distingue el Reglamento claramente las firmas electrónicas en servicios públicos, que son las que pretende regular y que serán aquellas emitidas por el propio Estado miembro y que deberán tener, como mínimo los mismos formatos y métodos que las avanzadas o cualificadas.

Cosa distinta de la firma electrónica es la llamada firma digital que es aquella firma manuscrita pero que no se estampa sobre un papel sino sobre una pantalla táctil con capacidad de reconocer la grafía y mediante un punzón. Esta firma es parecida a la firma manuscrita tradicional, con la ventaja que el dispositivo puede reconocer mediante la captura de la misma datos biométricos del firmante que garanticen su autenticidad. Hace unos días (el lunes 25 de abril pasado), el BOE publicaba una Resolución de 6 de abril de

2016 del Servicio Público de Empleo Estatal, que con objeto de suprimir el soporte papel en las solicitudes de los ciudadanos, afirma que esta firma digital puede entenderse incluida dentro del art. 3 LFE como una verdadera firma electrónica, realizándose mediante la captura presencial de firma digitalizada con datos biométricos (conjunto de datos en forma electrónica, que junto a otros asociados con ellos, puedan ser utilizados como medio de identificación del firmante).

Vamos a hacer una incursión previa sobre los principios generales de la contratación electrónica, que están claramente enunciados tanto en las conclusiones y trabajos de UNCITRAL como en las Directivas y Reglamentos Europeos (entre ellos el importante Reglamento 910/2014 de 23 de julio) Reglamento EIDAS, y en nuestra normativa interna básicamente la Ley 34/2002 de 11 de julio de Servicios de la Sociedad de la información y el comercio electrónico y la Ley 59/2003 de 19 de diciembre de firma electrónica. Son estos tres:

1. El principio de equivalencia funcional significa que aunque los medios materiales son absolutamente diferentes entre la contratación tradicional en papel y la contratación electrónica, debe aplicarse el principio de indiferentismo material, que da a lugar a que los efectos de ambos instrumentos sean equivalentes.

2. El principio de neutralidad tecnológica; no debe primar una tecnología sobre otra, no debe haber ningún apriorismo tecnológico, lo que obedece, sin duda, a la vertiginosa evolución de los medios electrónicos.

3. El tercer principio, me resulta de esencial importancia: Las normas de contratación electrónica no alteran el régimen jurídico de las obligaciones y contratos, ni siquiera de los contratos a distancia y mucho menos los requisitos y efectos jurídicos y así el artículo 2.3 del citado Reglamento EIDAS "Este Reglamento no afecta al derecho Nacional de la Unión relacionado con la celebración y validez de los contratos u otras obligaciones legales o de procedimientos relativos a la forma".

En relación con el principio de equivalencia funcional tenemos que constatar el choque de civilizaciones que se produce en esta materia:

— de un lado, tenemos nuestro viejo derecho contractual espiritualista, puramente convencional y con absoluta libertad de forma, que procede, desde el siglo XIV, del Ordenamiento de Alcalá: *"Que sea valedera la obligación o el contrato que fueren fechas en cualquier manera que parezca que alguno se quiso obligar a otro e facer contrato con él"*, formulación que está hoy recogida en el actual artículo 1.278 del Código Civil.

— de otro, las nuevas tecnologías que han revolucionado la forma de comunicarnos que proceden del mundo anglosajón muy concretamente, de Norteamérica, cuyo sistema jurídico, no solo, en materia contractual, sino también, desde el punto de vista procesal y probatorio, es muy diverso e incluso opuesto y a veces contraproducente con nuestro sistema continental.

Esto provoca una especial dificultad derivada de la complejidad tecnológica de la materia y la heterogeneidad de sistemas jurídicos que entran en contacto, pero es que además esta complejidad, de alguna manera, incita, a plantearnos en el fondo, incluso, la idoneidad del medio electrónico para la producción de relaciones con trascendencia jurídica.

No cabe duda, a pesar que los ordenamientos jurídicos se empeñen en darle el mismo valor, de la propia inseguridad del documento electrónico motivada por su contenido esencialmente volátil y por la propia inseguridad de una red universal; pero de esta inseguridad no debemos concluir la falta de idoneidad para producir efectos jurídicos, pues hoy es una realidad incontestable la existencia y virtualidad del medio electrónico.

Profundicemos ahora en el propio concepto de firma electrónica para enlazarlo con el consentimiento; para ello tenemos que recordar los que dijimos antes de la firma manuscrita, aunque el más antiguo elemento documentador no fue la firma sino el sello, incluso antes de la invención de la escritura.

La firma no es un simple requisito o una solemnidad de un documento, es la unión, el nexo, que enlaza un documento y las declaraciones contenidas en él con una persona concreta y determinada: el firmante y vincula al mismo con las declaraciones que el documento le atribuye y que el propio documento contiene. Es la expresión del consentimiento.

La firma electrónica no goza, de las características de la firma manuscrita que la hacen evidente e indeleble. La doctrina lo ha puesto reiteradamente de manifiesto y entre los autores que se han ocupado de este problema destacan un nutrido grupo de notarios españoles que reiteran el principio de la escindibilidad de la firma electrónica en la que se distingue nítidamente titular de firmante, precisamente porque cualquiera puede firmar, conociendo las claves, siendo el resultado de la firma absolutamente idéntico, lo que nunca ocurre con la firma manuscrita, salvo en los casos de falsificación.

Así, se habla de que la firma manuscrita es inescindible de la persona y la firma digital, no, pues se puede separar el soporte físico y la generación de la firma digital de la persona titular del mismo.

A la vista de lo dicho, hasta ahora, se impone una conclusión: la firma electrónica no es una verdadera firma ¿que sea entonces? Hay muchas opiniones, casi todas coincidentes:

- es un procedimiento generador de una apariencia jurídica
- es un mecanismo de cifrado de un documento; un sello o marca del mismo.
- es un sello especial, signáculo electrónico del documento, con sus raíces en el documento sellado (*act under seal*) del Derecho inglés.
- es más bien un tampón.
- podría llamarse llave privada, *sigillo informaticum*.
- la firma digital, impropia denominación, corresponde perfectamente a la impronta de sello y debería llamarse *rectius* sello electrónico.
- nos encontramos más bien ante un sello digital.

Para nosotros los notarios quizás sea más gráfico hablar de estampilla "A ningún notario se le concederá autorización para signar ni firmar con estampilla", decía el artículo 196.3 del Reglamento Notarial, pues supondría admitir la posibilidad que los documentos notariales fueran autorizados por terceras personas. Este precepto no sabemos si de forma consciente o inconsciente fue suprimido por la Reforma del Reglamento Notarial en el año 2007.

Las conclusiones del Simposio Notariado 2000 no pueden ser más expresivas: la firma electrónica en el estado actual de la téc-

nica y de la legislación, tiene el carácter de sello o estampilla y no propiamente de firma.

Por lo tanto, yerra la LFE cuando afirma en el artículo 3.1 que la firma electrónica es el conjunto de datos que pueden ser utilizados como medio de identificación del firmante, porque estos datos solo pueden identificar inequívocamente al titular.

El Reglamento europeo EIDAS (última norma sobre la materia), define sin embargo al firmante como la persona que crea una firma electrónica. Aunque la definición no es suficientemente clara, no deja de ser un avance que se identifique al firmante con la persona que firma, o sea, la que en cada momento crea una firma electrónica.

Creo haberles convencido que la firma electrónica, no es una verdadera firma, ni tampoco es un medio de identificar al firmante pues solo identifica y acredita que la firma estampada electrónicamente es la del titular del dispositivo de creación de la firma y la firma producida no se diferencia en nada, si la ha puesto el propio titular u otra persona y ello tiene importantes consecuencias, entre otras, que el fallecimiento del titular no puede conferir al documento firmado con firma electrónica, conforme al artículo 1227 del Código Civil, fecha fehaciente, pues no es posible garantizar que el documento haya sido firmado antes del fallecimiento del titular.

Pero lo verdaderamente importante es la imputación jurídica de los documentos con firma electrónica.

La escindibilidad supone que aunque el dispositivo físico de aplicación de la firma (tarjeta magnética o certificado alojado en ordenador), es fácilmente custodiable por su titular y además su uso está protegido por una clave o PIN; nada impide que el titular se lo entregue a otra persona y le revele el PIN y ésta sin ninguna dificultad pueda utilizar el mismo, o sea, puede técnicamente firmar. Igual ocurre si el dispositivo es sustraído por alguien que obtiene además la clave, puede firmar y el receptor del documento electrónico firmado no puede distinguir de ninguna manera que el que ha firmado (o sea, el que ha aplicado la firma), ha sido una persona distinta. O sea igual que si estampáramos un sello.

La pregunta es si se puede imputar el consentimiento a una persona por el mero hecho de ser titular de una firma electrónica, con independencia de quien sea el que haya utilizado el dispositivo electrónico de creación de la firma.

Aquí está la clave; y sobre ello han reflexionado entre otros RODRÍGUEZ ADRADOS y GONZALEZ-MENESES (ambos Notarios).

La LFE se desentiende de la cuestión; no la trata ni de soslayo, incluso utiliza la terminología confusa y errónea que dijimos al denominar firmante al titular de la firma; creo que está muy claro que firmante no puede ser otro que la persona física que crea una firma electrónica, como dice con más exactitud el Reglamento Eidas.

En el caso de la firma manuscrita la imputación jurídica, por efecto del consentimiento puesto de manifiesto por la propia firma, no plantea especiales problemas, pues si la firma es auténtica, o sea, ha sido estampada por él, le vincula y si el firmante aparente niega que sea la suya, se puede comprobar la autenticidad mediante coitejo pericial caligráfico.

En la firma electrónica la vinculación entre la firma y la persona no tiene nada que ver, no depende de las propias características del individuo, y además la asignación de la firma se realiza por un tercero; la entidad certificadora, que es la que verifica la identidad del solicitante y la voluntad de adquirir una firma electrónica. Por tanto la seguridad depende en gran medida de la actuación diligente de la entidad de certificación.

¿Qué ocurriría si hay una suplantación de personalidad en el momento de la expedición de una firma electrónica?

En principio, parece que el titular aparente debía quedar indemne, de un lado, por la naturaleza privada de los prestadores de servicios de certificación y de otro por la evidente falta de consentimiento del mismo, en el caso de uso de la firma electrónica, que deriva en la absoluta inimputabilidad de la apariencia creada por el titular aparente.

Sin embargo, el artículo 326 LEC remite al artículo 3.8 LFE: "El soporte en que se hallen los datos firmados electrónicamente será admisible como prueba documental en juicio. Si se impugnare 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 establecidas 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. La carga de realizar las citadas comprobaciones corresponderá a quien haya presentado el

documento electrónico firmado con firma electrónica reconocida. Si dichas comprobaciones obtienen 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 hubiera formulado la impugnación. Si a juicio del Tribunal, la impugnación hubiese sido temeraria, podrá imponerle además una multa de 120 a 600 Euros”.

La norma no establece una presunción, sino –como dice RODRÍGUEZ ADRADOS– una suerte de prestidigitación legal, sustituyendo el tema sobre el que se está discutiendo (la autenticidad de la firma) por un tema distinto: la comprobación que el certificado reconocido cumple con todos los requisitos y condiciones y que la firma ha sido generada mediante un dispositivo seguro de creación de firma. Si estas comprobaciones son positivas se presumirá la autenticidad de la firma y si esto es así, el titular aparente se arriesga además a ser condenado en costas e incluso multado.

¿Es una verdadera presunción *iuris tantum* o es *iuris et de iure*?, porque si las posibilidades de impugnación se han agotado, ya no se puede desvirtuar.

Esto es lo que sostiene rotundamente el Catedrático de Derecho Mercantil, Rafael Illescas Ortiz, criticando, incluso, el tenor literal de la Ley por hablar de presunción, y afirmando que no se trata de una prueba pericial sino simplemente sendas certificaciones del prestador de servicios de certificación respecto del certificado y del dispositivo utilizados. La presunción, pues, puede calificarse tecnológicamente como *iuris et de iure*.

Nuestro compañero Manuel González-Meneses nos llama la atención para que nos demos cuenta que semejante régimen –que algunos equiparan a la escritura pública, cuando en realidad supone atribuir a la firma electrónica reconocida una eficacia mucho mayor– es algo similar a que cuando el pretendido firmante de una escritura alegase falsedad o suplantación de personalidad, la ley se contentase con comprobar que el notario ha observado todas las normas legales y reglamentarias que disciplinan la actuación notarial.

Evidentemente, esto no es así; en nuestro derecho vigente la escritura pública notarial está investida de una presunción legal de veracidad *iuris tantum*, es decir que admite la prueba en contrario. Si aceptamos la tesis anterior la firma electrónica reconocida, una

vez supere la comprobación de regularidad tecnológica se convertiría en una prueba prácticamente indestructible.

El error está en olvidar que una cosa es la seguridad tecnológica y otra diferente es la imputación jurídica, es decir, la existencia del consentimiento referido a ese concreto documento electrónico. Así debemos interpretar el precepto: se refiere sin duda a la comprobación tecnológica de la firma si esto es lo que se pretende impugnar.

El argumento, para mí, es evidente y deriva del principio general del indiferentismo material que antes hemos enunciado; las normas de contratación electrónica no alteran el régimen jurídico de las obligaciones y contratos y por ende del consentimiento, pilar esencial, requisito *sine qua non*, de la existencia de acto o negocio jurídico. Mantener lo contrario afectaría incluso al principio constitucional de tutela judicial efectiva.

En realidad, ya dijimos antes, que la equivalencia funcional entre firma electrónica reconocida y firma manuscrita no es tan clara precisamente como consecuencia de la escindibilidad, que impide asegurar a ciencia cierta que el titular de la firma electrónica es el firmante.

Si siguiéramos literalmente la terminología de la LFE, cuando una firma electrónica avanzada cumple los requisitos de reconocida no habría discusión sobre su autenticidad. Si esto fuera así nuestro derecho de obligaciones habría sufrido una mutación radical. Según González-Meneses habría nacido una nueva fuente de obligaciones: la responsabilidad negocial ante terceros por el mero hecho de ser titular de una firma electrónica sea quien sea el que realmente haga uso de la firma.

Así, llega a afirmar el Notario Rodrigo TENA ARREGUI, (en su trabajo en colaboración con Elisa de la Nuez "La firma electrónica ¿un poder al portador?"), que el acto de solicitud de una firma electrónica se convertiría en una especie de apoderamiento general en blanco (un auténtico poder de ruina) a favor de cualquier tenedor de la firma electrónica que llegue a conocer la clave que permite su uso, incluso con eficacia *post mortem* de su titular, hasta que el certificado no sea revocado.

En definitiva, parece lo más lógico interpretar que la firma electrónica reconocida produce solo una presunción *iuris tantum* de autenticidad que admite, lógicamente, prueba en contrario. Si el titular de la firma consigue probar que no fue él el que firmó, -igual que pasaría

con una firma manuscrita, – no quedará vinculado contractualmente. Otra cosa serán las responsabilidades del titular de la firma que por su falta de diligencia deba asumir las consecuencias de la utilización de la firma por un tercero. Pero en sentido estricto, si una de las partes, no ha sido quien ha firmado el documento, sino un tercero, no podremos decir que ha prestado su consentimiento al contrato; podremos decir cualquier otra cosa, que asume las obligaciones derivadas del mismo, ex artículo 1.902 del Código Civil, que se ha creado una apariencia que no puede perjudicar al tercero... pero nunca que efectivamente ha prestado el consentimiento en el contrato conforme al artículo 1.258 del Código Civil, y este planteamiento concuerda con los artículos 1.2 LFE, 23.1 LSSICE y 2.1 del Reglamento EIDAS, aunque sería deseable una formulación más clara del mismo, acotando los efectos de la firma electrónica reconocida.

Afortunadamente el TS, en Sentencia de 2 de julio de 2001, se alinea en la misma dirección, estableciendo que el prestador de servicios de certificación, "desarrolla su competencia en el ámbito de las comunicaciones electrónicas garantizando con su intervención la procedencia de quien envía el documento, la integridad del contenido del documento y su confidencialidad, en materia de certificación electrónica, pero no puede extenderse y no lo hace, más allá del mismo, y, por supuesto, no puede comprender lo que es propio de la seguridad jurídica contractual, que afecta al proceso de formación del contrato, a la prestación del consentimiento y a la producción de efectos. Estos aspectos dependen de las partes contractuales y la seguridad en ellos se obtiene con la intervención de las personas que tienen encomendada en nuestro derecho la seguridad jurídica preventiva, entendida como la posibilidad de todo ciudadano de conocer la Ley, su significado y alcance".

Llegado este punto hay que plantear soluciones, de lo contrario, parecería que hemos trazado un discurso retrógrado, inmovilista a la contra de las nuevas tecnologías y de la firma electrónica.

Nada más lejos de la realidad, intentamos justo lo contrario:

1.º Conseguir una mayor seguridad en la imputación de las declaraciones de voluntad del consentimiento, manifestado mediante firma electrónica.

2.º Buscar seguridad para que los riesgos derivados del principio de equivalencia funcional, motivados por la escindibilidad, no den

lugar a la quiebra de los más elementales principios de justicia material.

3.º Defender la imposibilidad de aplicar el régimen procesal tradicional a la firma electrónica. La autenticidad del documento en papel con firma manuscrita permite una prueba intrínseca de la misma, lo que no es posible en el caso de firma electrónica por la propia naturaleza de la misma, y su propia virtualidad no debe ir más allá de la presunción *iuris tantum* (en caso contrario ya hemos visto que incluso su eficacia sería superior a la de la escritura pública).

Por ello se impone una reflexión para encontrar soluciones a este régimen inseguro probablemente por confuso:

A) El desarrollo de la firma electrónica en el llamado comercio electrónico no plantea en principio serios problemas de seguridad en el tráfico. Los operadores de este mercado irán estableciendo las cautelas y garantías que en cada caso consideren adecuadas a los riesgos asociados de cada tipo de contratación concreta.

En este ámbito el uso de la firma electrónica no debe ir más allá del comercio electrónico de productos, mercancías y servicios previo pago de los mismos y por otro lado como garantía de la comunicación entre personas o entidades, actuando como un medio de identificación electrónica de las partes.

Los operadores económicos adaptados a los mercados en los que se desenvuelven, identifican rápidamente los riesgos del mismo y adoptarán las medidas de seguridad que puedan estimarse pertinentes.

Igualmente los prestadores privados de servicios de certificación están obligatoriamente cubiertos por seguros de responsabilidad civil que cubran los perjuicios causados por culpa o negligencia de los mismos y ya procurarán que los certificados emitidos sean de lo más fiable.

B) En el ámbito público ya tenemos en España una Administración de Justicia electrónica (aun no universal, LEXNET) y una Administración Pública que en plazos muy breves debe funcionar de forma casi exclusivamente electrónica conforme a las previsiones de la Agenda Digital Europea y al repetidamente citado hoy Reglamento EIDAS.

Las firmas electrónicas de los funcionarios públicos, tienen en principio y por definición un nivel de seguridad más alto que las firmas electrónicas ya que están expedidas por la Administración Pública, así las de Jueces y Magistrados son expedidas por el Consejo General del Poder Judicial, las de los demás funcionarios públicos sean estatales, autonómicos o locales, son expedidas por la Administración en la que están incardinados, las de los notarios y registradores de la propiedad y mercantiles por su Colegio Profesional...

Esta naturaleza pública de la emisión del certificado electrónico reconocido da lugar a una mayor seguridad, pues hemos eliminado de un plumazo el problema del titular aparente de la firma electrónica.

En cuanto a los particulares que se relacionan con las Administraciones Públicas con carácter general las firmas electrónicas admitidas –y así debía ser siempre en el futuro– son las emitidas por las propias Administraciones Públicas, en ejercicio de su competencia, y así tenemos: el DNI electrónico, las firmas electrónicas con certificados de la FNMT, las firmas electrónicas de la AEAT, de la Tesorería de la Seguridad Social y otros organismos públicos, así como las que expedimos los notarios como entidades de certificación. Igualmente cumplen con este requisito las firmas electrónicas de profesionales emitidas a través de su Colegio Profesional respectivo.

Estas son las firmas comúnmente admitidas hoy y las que únicamente debían admitirse en un futuro por contar con ese plus de seguridad que minimiza, en origen, el riesgo del titular aparente.

Ahora bien, seguimos con el mismo problema, que a su vez es doble: la posibilidad de su uso incorrecto sin que se detecte, a simple vista, y la dificultad probatoria que se genera para el titular de una firma que pudiera haber sido usurpada.

En los casos en los que por parte de la Administración Pública la firma electrónica se utiliza como un sello, como podría ser en lo que antes llamamos documentos electrónicos oficiales bastaría con que estuviesen firmados electrónicamente con firma avanzada (no reconocida) que, en realidad, equivaldría a la existencia de un sello autenticador oficial legitimado por la presunción *iuris tantum* de autenticidad de la propia firma electrónica. Además este tipo de documento se suele poder comprobar mediante código seguro de verificación en los propios archivos electrónicos de la administración competente.

Pero esta conclusión no es tan clara cuando se trata de un documento público electrónico pues en este caso, la firma personal del titular es un requisito imprescindible no solo para la eficacia, sino para la propia existencia de un documento público y podíamos plantearnos serias dudas sobre la virtualidad de la presunción *iuris tantum* de la propia firma electrónica. Estas dudas vendrían generadas básicamente por la banalización que de los propios documentos públicos provocaría la posibilidad de que el firmante no fuera el propio titular de la firma y sin perjuicio de las responsabilidades en que pudiera incurrir. Nótese además que en estos supuestos no sería nunca válida la firma por delegación, entendiendo por tal la cesión del dispositivo de firma.

Igual ocurre con las firmas electrónicas de los profesionales colegiados (no funcionarios), especialmente cuando estas firmas se refieren a documentos en los que la misma es esencial como manifestación de autoría y de consentimiento (proyecto de edificación de un arquitecto, demanda por un abogado, informe de auditoría por auditor...).

La esencialidad de la firma personal en este tipo de documentos (públicos y profesionales), exigiría a mi juicio la adición de técnicas que realmente hicieran seguro el dispositivo de creación de la firma. Y estas no podrían ser otras que las técnicas biométricas como garantía del acto personal de firma, de un lado, y como protección del propio titular, de otro, pues impedirían su uso incorrecto.

Las biometría (huella digital, líneas de la palma de la mano, curvatura de la córnea, iris...) está hoy muy avanzada, es muy sencilla, barata, fácil de implementar y en combinación con claves personales es de una seguridad casi absoluta; muy difícil, por no decir imposible de ser falsificada y daría una seguridad y autenticidad a los documentos electrónicos de la que hoy carecen (no olvidemos que nos estamos refiriendo a documentos en los que como regla general no es posible la delegación de firma y, sobre todo, no lo es mediante la cesión del dispositivo de creación de firma y de las claves pues supondría, en puridad, una firma, mediante estampilla o una firma aparente realizada por otro que privaría de eficacia y de existencia al propio documento).

No se me diga que un sistema biométrico puede ser falsificable o *hackeable*, también es falsificable una firma en un documento público o profesional, pero los documentos en papel tienen además

otras garantías formales, de las que carecen los electrónicos y la seguridad jurídica de ambos sería con la introducción de estas técnicas muy similar.

No se me diga, tampoco, que los procedimientos de visado, legalización, apostilla o similares podrían ser suficientes, porque éstos solo acreditan la condición de funcionario público o la vigencia de una colegiación, nunca que la firma haya sido puesta precisamente por el mismo.

Lo interesante es que estos medios además de ser deseables de *lege ferenda*, podrían ser establecidos como auto regulación, por todos los colegios profesionales en los que se estimara necesario, e incluso por las propias administraciones públicas en ejercicio de sus competencias sin necesidad de modificación legislativa.

Los beneficios serán inmediatos y de gran calado: evitarían el intrusismo profesional, no permitirían la banalización del documento, limitarían a términos razonables el número de documentos que una persona pueda firmar, y sobre todo los documentos firmados con firma electrónica con la adición de técnicas biométricas que garantizaran la identidad del titular y del firmante tendrían mucha mayor autenticidad lo que sin duda alguna redundaría en una mayor seguridad y confianza en estos documentos electrónicos.

Aún hoy, la circulación de documentos electrónicos públicos y privados está, muy limitada en el ámbito del derecho civil, del mercantil, de la contratación inmobiliaria e incluso bancaria, y en relación con los registros públicos pero el desarrollo es imparable no hay más que recordar LEXNET, la Administración Pública electrónica, el envío de documentos electrónicos a los Registros de la Propiedad, Mercantil, Civil....

No me cabe la menor duda que en nuestro derecho continental, este sistema encaja mucho mejor en los principios del derecho de obligaciones y contratos e incluso en los de la responsabilidad civil extracontractual.

En el caso de firmas electrónicas de particulares aunque en la mayoría de las relaciones jurídicas, se admiten solo las firmas electrónicas basadas en certificados reconocidos expedidos a través de una Administración Pública, sería también mucho más seguro para el receptor del documento firmado electrónicamente y para el propio titular la existencia de este filtro biométrico como garantía de su correcto uso.

Yo quiero pensar que en un futuro próximo esto va a ser así a pesar de la tendencia de la liberalización del mundo electrónico y de la influencia anglosajona. La prueba es que las entidades financieras ya están preparándose para la aplicación de estas técnicas biométricas para una futura banca digital mucho más desarrollada.

En el caso de particulares habría otras dos opciones más:

1. La firma electrónica generada ante Notario, que comprobaría lógicamente la identidad, la vigencia de titularidad del certificado y la acción de firma realizada en su presencia al modo que establece el artículo 261 del Reglamento Notarial, pero esto, por ahora, sería un supuesto excepcional pues aun estamos lejos de la admisión legislativa de los documentos públicos completamente electrónicos.

2. La llamada firma digital, esto es, la realizada en la pantalla de una tableta y a la que como dice la Resolución que antes cité se considera firma electrónica en cuanto captura datos biométricos de la firma y previa identificación del firmante ante el funcionario público competente.

Este es un ejemplo claro de auto regulación en sede de Administración Pública buscando mayores garantías para la firma electrónica.

En conclusión:

— De *lege ferenda* sería deseable que en un futuro próximo se estableciera que los dispositivos seguros de creación de firmas electrónicas reconocidas contaran con medios de identificación biométrica del firmante que permitieran asegurar de una manera fiable una verdadera autenticidad de la firma electrónica, que garantizara la imputabilidad de las declaraciones contenidas en el documento electrónico, esto es el consentimiento.

— Entre tanto la ley exija este requisito, en un ejercicio de auto regulación para conseguir la máxima seguridad jurídica, los organismos competentes, colegios profesionales y otras instituciones de la Administración Pública, debían de introducir en sus dispositivos de creación de firmas electrónicas reconocidas estos medios biométricos que garanticen su autenticidad.

Todo ello lógicamente sin perjuicio de la aplicación genérica de la teoría general de obligaciones y contratos y de la seguridad jurídica preventiva que no debe sufrir ningún menoscabo en base al principio del indiferentismo material.

Concluyo con unas expresivas palabras del Catedrático José Esteve Pardo, como apoyo de las ideas que he planteado:

"La sociedad del riesgo y otros fenómenos como la globalización o liberalización nos han situado en un panorama repleto de incertidumbre. Lo más grave es que el Estado, los poderes públicos y los más recientes desarrollos legislativos, han expandido esta incertidumbre a los espacios que se creían más seguros: los que roturaban las leyes y las declaraciones formales de las autoridades.

Hoy las leyes y las autoridades parecen batirse en retirada y no ofrecen las certezas que de ellas se espera. Ante ésta situación, los operadores tenderán a construir las certezas y la seguridad jurídica que necesitan para sus actividades sobre otras instancias de referencia. La función notarial, tradicionalmente colocada en la provisión de certezas y seguridades para el tráfico jurídico tiene una oportunidad para constituirse en alternativa a este proceso, al que asistimos, de construcción de la seguridad jurídica."

He dicho.