

Tecnología Digital y Formalización Contractual

RAMÓN JOSÉ VÁZQUEZ GARCÍA

Corredor de Comercio

Dentro de los temas que son producto de intenso debate en medios jurídicos, destacan los que se refieren al análisis de la influencia que la Informática está teniendo, en la evolución de la contratación, al aplicar procesos técnicos propios de la primera.

Éstos, en una primera aproximación, suponen la superación del soporte papel en una fase conocida ya como *revolución multimedia*, y que ha creado su propia dinámica, alejándose de parámetros jurídicos, hasta ahora más que conocidos y, a su vez, desarrollados por la doctrina y jurisprudencia.

Las aplicaciones informáticas están sirviendo, en lo que a éstas cuestiones respecta, para permitir la comunicación entre partes contratantes, que no es que se encuentren ya carentes de presencia, una respecto de la otra, si no que han supuesto una nueva concepción del tiempo y el espacio, haciendo de éstos *realidades virtuales*.

Es entonces que podemos contemplar la **tecnología informática como un nuevo soporte para el acuerdo de voluntades**.

Lo técnico, en este caso lo *informático*, y lo *jurídico* aparecen entrelazados creándose entre ambos una relación dialéctica que está sirviendo para demandar soluciones específicas a problemas que, hasta este mismo momento, no se habían planteado, condicionando un desarrollo que, a pesar de todo, se prevé imparable.

No obstante, no es fácil, sin más, llevar a cabo una *categorización* de los contratos en virtud de cual sea el medio que se utiliza para su conclusión.

Puede suponer *el tomar la parte por el todo*, afirmando, **no ya que el medio es el mensaje, si no que éste condiciona la propia esencia contractual, introduciendo nuevas fórmulas en las que la técnica subsume la autonomía de la voluntad.**

Cosa, esta última, que, por cierto, se da con gran frecuencia en otros campos de la contratación, y donde se busca reconducir las generalidades de los contratos atípicos en las categorías preexistentes respecto, al menos, las fórmulas básicas de formación del contrato.

Además, es una buena política el adecuar las características de cualquier proceso contractual a las especialidades que presenta el *hecho informático*, antes que el *medio informático*.

El Derecho privado español está basado en el principio básico de la libertad de forma que se establece en el Art. 1278 del Cc, los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez.

Esto último nos lleva al Art. 1261 del mismo cuerpo legal que marca como esenciales para la existencia de un contrato:

- a) consentimiento de los contratantes
- b) objeto cierto que sea materia del contrato
- c) causa de la obligación que se establezca.

Si dejamos al margen a los contratos llamados *reales* que precisan para su perfeccionamiento la entrega de la cosa, vemos que está ante una conceptualización de las formas contractuales como las de:

- a) *Verbal*
- b) *Escrita*, tanto privada como pública.

No obstante esto, **no se considera que la forma en sí tenga que ser un requisito esencial del contrato**, ya que se parte de una división clásica de:

1) Como medio de prueba, *ad probationem*.

El contrato existe desde que tiene los elementos básicos para ser considerado como tal, siendo la forma una manera de acreditar su existencia frente a terceros o una vía para conseguir efectos muy concretos.

El Art. 1279 CC, si *la Ley exigiere el otorgamiento de escritura u otra forma especial para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato, los contratantes podrán compelerse recíprocamente a llenar aquella forma desde que hubiere intervenido el consentimiento y demás requisitos para su validez.*

2) Como requisito de validez, *ad solemnitatem*.

Es la excepción dentro de la norma general antes señalada, vg: derecho real de hipoteca 1875 CC y 145 LH.

Capitulaciones matrimoniales Art.1327 CC

Donación de inmueble ART. 633...

Etc...

1. LA INFORMÁTICA COMO SOPORTE CONTRACTUAL

La progresiva marginación del *papel* como soporte privilegiado a efectos contractuales ha dejado de ser una novedad, ya que la informática ha sido, siempre, un medio muy destacado, desde su aplicación concreta y masiva, en sectores de la contratación donde se ha entendido que la rapidez, unida a una alta fiabilidad técnica, era componente imprescindibles para una nueva conceptualización de la contratación.

I) Marco adecuado para todo ello ha sido el **mercado de valores**, donde se han visto destacados, y *premiados* por su general aceptación, aquellos fenómenos innovadores que han supuesto un salto cualitativo incuestionable.

En España el NSCL de 1974 no fue si no adoptar en nuestro país iniciativas que ya funcionaban en el dcho. comparado como eran el *Sicovam* francés o la *Kassenverein* alemana.

Posteriormente se amplió el espectro al hacerse posible la sustitución del concepto clásico de título valor por el de anotación en cuenta, de tal manera que esta reconversión de un acrisolado concepto jurídico ha permitido hacer una

revolución de los mercados de valores, sustituyendo la contratación electrónica a la que se hacía a viva voz en los corros.

Así ha sido en los mercados de Deuda Pública, y en la introducción del llamado mercado continuo, tras la promulgación de la LMV en 1988.

II) Merecen la pena destacarse en esta línea de **innovación legislativa y tecnológica** como importantes:

-Ley Cambiaria y del cheque 1985

-Ley de protección de datos de 1992

-Ley 30/1992 de Régimen jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento administrativo común de 1992, Decreto 263/1996 de 16 de Febrero, sobre el uso de información y técnicas telemáticas por parte de la Admón del Estado.

-Orden de 3 de Abril de 1995 sobre uso de medios electrónicos en la Seguridad Social

-Normativa de criptografía del Sistema Nacional de Compensación Electrónica.

-Ley y Reglamento del IVA con referencia a la factura telemática 1993, 1996.

-Ley 66/1997 de 30 de Diciembre de medidas fiscales, administrativas y de orden social, sobre la posibilidad que la FNMT preste servicios técnicos administrativos para garantizar la seguridad, validez, y eficacia de la emisión y recepción de comunicaciones y documentos a través de técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos.

-Acuerdo de la CNMV de 11 de Marzo de 1998 para la implantación del sistema CIFRADO-CNMV para el uso de la criptografía de clave pública.

-LCGC Reglamento del I.P.F. 1999.

-Real Decreto 1290/1999, de 23 de julio, (BOE de 10 de agosto de 1999).

Etc...

A) COMERCIO ELECTRÓNICO

Este sería el que abarcase cualquier negocio jurídico, dirigido a un intercambio económico, que se realice a través de un *sistema electrónico, informático o telemático*.

De esta afirmación tan genérica la primera consecuencia que cabe extraer es la de que hay que estar a la concepción de la forma jurídica que se hace en el derecho común español.

Pero, eso sí, siempre teniendo en cuenta que, hay que reconocer a la elección de la *forma* como un acto *no neutral*, derivándose especiales características en cuanto a su aplicación a una categoría más extensa, como es la *teoría general del negocio jurídico*.

Se precisa de un marco esencial desde una doble perspectiva:

a) *La seguridad del medio elegido, en este caso la de las comunicaciones para conocer el alcance del consentimiento prestado.*

b) *La seguridad del contenido contractual*

Así, **se hace necesario hablar de un ámbito legal que garantice la seguridad técnica y jurídica.**

Hay, de todas maneras, una visión tan generalizada como errónea, de que la contratación electrónica es un mundo carente de regulación fiable, y en donde hay una despreocupación legislativa, al margen de la realidad del mercado, que conduce a un mundo anárquico y enrevesado.

Se trata de una apreciación hecha a la ligera, ya que hay un marco, que si bien no es el más adecuado, tiene elementos para que se pueda hablar de que se está lejos de la indefensión, sin más, como algunos, interesadamente, preconizan.

Veremos como los aspectos de una contratación usual y tradicional pueden verse matizados, alterados o sencillamente, fuera de lugar, por el uso del soporte informático para la realización de negocios jurídicos, pero no que estos sean el resultado de una práctica aleatoria e incierta, si se la compara con la formulación jurídica más tradicional y conocida.

B) FORMACIÓN DEL CONTRATO.

Un contrato se concluye cuando hay una coincidencia entre la oferta y la aceptación.

- a) Las legislaciones matizan el criterio general para prevenir el fraude o el error en la contratación.
- b) Requerimientos adicionales son a menudo exigidos en relación a la forma elegida.
- c) Asimismo, hay una dosis de intervencionismo de los poderes públicos en materias tales como las relativas al consumo, o las de los contratos de adhesión.

Un contrato concluido por medios informáticos puede acarrear unos problemas básicos:

- 1) *La ley requiere que la persona que otorga un contrato tenga capacidad de obligarse.*
- 2) *En los contratos a distancia la identidad de los contratantes puede ser desconocida por los intervinientes.*
- 3) *El riesgo de inteferencias no deseadas es mucho mayor cuando se elige el soporte telemático.*

Habrá, entonces, que buscar soluciones específicas, pero dentro de un marco con referencias conocidas y de probada eficacia para los problemas que la contratación electrónica presenta.

C) NATURALEZA LEGAL DE LOS CONTRATOS *ON LINE*.

Un contrato paradigmático de lo que la realidad contractual es en los medios informáticos podría ser el de compraventa, de naturaleza obligacional en el ordenamiento español, pero no siempre fácil de calificar en las transacciones on line, como ventas clásicas. Pongamos dos ejemplos que acaecen todos los días;

- a) La venta de una mercadería que físicamente lo es. Se recibe en nuestro domicilio y nada que objetar desde un punto de vista *tradicional*.

- b) Solicitud de una información: prestación de un servicio, y la misma argumentación que antes.

Sin embargo hay otros muchos supuestos en los que la calificación no es tan clara:

- 1) Recepción de *software*.
- 2) Recepción del texto de un libro.
- 3) Recepción del texto de un periódico.
- 4) Una serie de fotografías digitales.
- 5) Etc.....

Calificar tal conjunto de posibilidades transaccionales como *compraventas* clásicas, ya mercantiles ya civiles, no sería estrictamente correcto como tampoco fácil, desde un punto de vista de ortodoxia legal y doctrinal. **No hay una transferencia física que permita hablar de un clásico contrato de compraventa.** Lo que en realidad ocurre es que una serie de datos electrónicos residentes en un ordenador, son susceptibles de reproducción y ésta se lleva a cabo en otro ordenador vía, en este caso, Internet. Llamar a este tipo de transacción una forma de contrato de distribución, de licencia o de comisión sería tan *disparatado* como hacerlo respecto de un *clásico contrato de compraventa*, sin más.

D) JURISDICCIÓN Y LEY APLICABLES.

1) En la contratación electrónica si no hay una previa aceptación de foro, resulta prácticamente imposible llevar a cabo una conexión mínima con algún tipo de norma que haga asumible una jurisdicción adecuada y ponderada. Lo lógico, hasta ahora hubiera sido llevar a cabo un acción en el domicilio del vendedor, que resultaría las más de las veces como impracticable por el coste a asumir.

La respuesta institucional, tras la aprobación de la Posición común de la UE sobre el comercio electrónico, viene impuesta porque la contratación informática no se ha sustraído de las claves de la contratación en masa y de la incorporación de las condiciones generales a los *contratos tipo*.

2) Las partes pueden escoger libremente la ley aplicable a un contrato transnacional, los más frecuentes en la *web*.

Las normas de conflicto nos reenviarían al país que tiene más puntos de contacto con el contrato que tratasen.

Además, sería poco probable que el proveedor aceptase más responsabilidades que no sean las de las condiciones óptimas del servicio de transmisión de datos.

E) CARACTERÍSTICAS GENÉRICAS.

Este comercio electrónico está además basado en las transacciones ocasionales, ya que la experiencia de los EDI, *Electronic Data Interchange*, implica una relación contractual continuada, como se reconoce en la regulación UNCITRAL, mientras que los *ON LINE* no suponen necesariamente una relación de continuidad, ya que el comercio electrónico tiene una lectura particular de dos variables que le afectan:

I.-La referencia que se haga al tiempo real.

II.-Condicionamiento por la transacción ocasional *inter partes*, que no tienen por qué encontrarse físicamente.

Las partes contratantes no tienen la oportunidad de desplegar un paraguas precontractual que les ponga a cubierto de disputas, si no que han de confiar en términos preestablecidos, y en la interpretación que los tribunales hagan de las normas.

Sin olvidar la labor desempeñada por las autoridades comunitarias, y de los países miembros de la UE, por acometer desarrollos sectoriales de defensa de los consumidores, y del reconocimiento expreso de un trato *ad hoc* a los contratos que incorporen condiciones generales, como particularidades más llamativas de la contratación *en masa*.

El comercio electrónico en general, y en particular aquel que se realiza en Internet, no es un conjunto de relaciones entre *fuera de la ley*.

Evidentemente Internet es un *medio distinto* que llama a *consumidores distintos* de los hasta ahora habituales, con un producto también *distinto*, que requiere una protección del consumidor que sirva para este entorno telemático:

Ha de permitir cualquier **avance normativo** en la línea de:

-Contratación electrónica y remisión telemática de liquidaciones de los servicios y productos.

-Prohibición de cláusulas abusivas.

-Prohibición de utilización indebida de datos.

-Prohibición de publicidad no solicitada.

-Derecho de desestimiento.

A esto se podrían añadir, pensando en eventuales **formas de resolución y ejecución:**

-Procedimientos de autoregulación.

-Sistemas arbitrales.

-Seguridad jurídica sobre la legislación y el tribunal aplicables.

Los contratos *on line* pueden encajar en la legislación interna de muchos países, por no decir todos, de la Unión Europea, aún reconociendo las matizaciones que haya que hacer, una vez advertidos de lo específico que pueda ser el nuevo escenario impuesto por el avance tecnológico.

La legislación española reconoce diversos medios de conclusión de contratos,

-orales, escritos, telefónicos,.... etc-, y la naturaleza virtual o digital de un acuerdo de voluntades no presenta siempre aristas o conflictos, en función del medio, que no los haga asumibles por aquélla.

No hay razones para pensar que en España donde no se ha elaborado un marco contractual específico, se haya de dar un trato jurisprudencial diferente a un contrato *on line* por el mero hecho que no haya sido realizado por métodos más convencionales.

Los contratos *en línea* recaen, sobre todo, en bienes de consumo, servicios tradicionales, o servicios prestados por métodos informáticos, abstracción hecha de su tipología contractual.

Pero la contratación electrónica está abierta a más campos que no tienen por qué ser el de una economía de consumo, si no que también ha de ser la vía lógica de interrelación entre comerciantes que demandan unas dosis de seguridad, al menos, como las de los consumidores.

Si bien hay que dejar claras algunas **carencias de seguridad jurídica**, que toca al legislador ir salvando, y que se producen a consecuencia de la *lógica del sistema*

- Desnaturalización de Jueces y tribunales.
- Utilización de los contratos de adhesión.
- Fuerza del predisponente.
- Desigualdad técnica de los contratantes.
- Carácter compulsivo de la contratación electrónica.
- Etc...

2. DOCUMENTOS PÚBLICOS ELECTRÓNICOS.

Se trata de ver la posibilidad de formalizar documentos públicos con medios y tecnología electrónicos, sin por ello desconocer lo que podríamos concretar en actividad notarial básica

- Identificación de los contratantes.
- Formulación de un juicio de capacidad.
- Aseguramiento de la voluntad de los contratantes, labor de asesoramiento.
- Control de legalidad.
- Autorización o intervención del documento.
- Advertencias legales y fiscales.
- Archivo o registro documentales.
- Resolución extrajudicial de conflictos, seguridad jurídica preventiva.

Concebido, todo ello, como una actividad compleja, en donde se han de dar todos los pasos esquematizados, para proceder a la autorización del documento que se tratase, y a su posterior archivo y utilización sucesivas.

Esto nos llevaría a la eventualidad de recogida de declaraciones de voluntad negociales en soporte informático, con significado y efectos análogos a

los que se hacen en soporte papel, tales como la escritura pública o la póliza intervenida.

Los efectos de estos documentos, así concebidos, son el resultado del cumplimiento de unos determinados requisitos formales, que cuando se dan ordenadamente producen aquéllos que previene el legislador.

Con esta lógica, los documentos electrónicos de naturaleza pública han de estar sujetos a condicionantes equivalentes a los que se confeccionan en el soporte clásico papel, sin olvidar características y particularidades técnicas, siendo, además, susceptibles de adecuarse a las **exigencias de la contratación a distancia: Entendida como la que se da cuando las partes contratantes están en diferentes lugares, pero sin tener que renunciar al principio de intermediación, por el fedatario interviniente. Tal y como se prevé por la legislación italiana:**

Art. 16 del Decreto del Pte. de la República italiana, de 10 de Noviembre de 1997.

No obstante, hay que aclarar que la elaboración de documentos públicos en soporte informático, con firma electrónica incorporada, precisa de una regulación específica que establezca el marco adecuado a la finalidad perseguida.

[El RD-L 14/1999 de 17 de Septiembre, establece en el Art. 1.2, que las normas contenidas en esa disposición no sustituyen ni modifican las que regulan las funciones que corresponde realizar a las personas facultadas, con arreglo a derecho, para dar fe de la firma o para intervenir en su elevación a públicos.]

La normativa italiana mencionada indica que se tiene por reconocida la firma digital cuya incorporación haya sido autenticada por Notario u oficial público autorizado.

Lo que supone el testimonio del fedatario de que la firma digital ha sido estampada a su presencia por el titular que se trate, previa comprobación de su identidad, de la validez de la firma electrónica utilizada y del hecho que el documento suscrito se adecúa a la voluntad del compareciente.

Además, establece que la incorporación por parte del fedatario de su propia firma electrónica equivale a la firma autógrafa de éste y a cualquier otro signo o sello requerido.

Esta mención puede servir como dato de referencia de las exigencias formales que se pueden inicialmente requerir de los fedatarios, sin que haya que olvidar otros aspectos anexos en orden al registro de documentos, expedición de

copias o certificados, las propias firmas electrónicas de los fedatarios autorizantes etc..

Cuando la fe pública ampare un acto que implique la prestación de consentimiento, será necesaria la presencia del otorgante ante el fedatario, con la única excepción de los representantes de las entidades financieras en pólizas intervenidas por Corredor de Comercio, y esto último en la medida en que las características del tráfico mercantil lo justifiquen.

A) SEGURIDAD JURÍDICA Y SEGURIDAD TECNOLÓGICA.

Esta dicotomía se puede resolver con un análisis jurídico diferente.

D) **En los sistemas anglosajones**, la seguridad jurídica se hace recaer sobre la seguridad tecnológica, de tal modo que, con independencia de quien firme y el negocio jurídico que se realice, la seguridad jurídica descansa, exclusivamente, en la identificación del origen e invulnerabilidad del mensaje.

Ambas cuestiones se resuelven mediante un sistema llamado de claves criptográficas asimétricas.

De este modo, puede ocurrir que la firma que sirve para identificar el origen del mensaje no se corresponde con la identidad de la persona que emite la declaración de voluntad, apareciendo así una disociación entre la identificación del origen del mensaje, firma electrónica, y la persona que emite la declaración de voluntad.

La disfunción del sistema se resuelve mediante la distribución de responsabilidades entre la entidad a la que se le encomienda la prestación del servicio de suministrar el documento firmable inalterable sin que sea detectada la modificación (el certificado electrónico) y el sujeto que asume el documento que puede firmarse.

Esto conlleva la necesidad de garantizar esas responsabilidades mediante un sistema de aseguramiento y da lugar a un número interminable de procesos judiciales con resultados inciertos en el tiempo y la cuantía.

En definitiva, no se trata de otra cosa que el mero *trasunto del esquema básico del sistema de seguridad jurídica anglosajona a un ámbito concreto que es la forma contractual en la que el consentimiento se manifiesta mediante impulsos eléctricos (y no mediante tinta sobre un papel) a través de la firma electrónica.*

El derecho comunitario exige una neutralidad legal en cuanto a los sistemas jurídicos (art. 3 del Tratado de Roma); al mismo tiempo, la organización de la fe pública está excluida de la regulación comunitaria al tratarse de una función pública incluida en el ámbito del art. 55 del Tratado de Roma, según ya declaró el Parlamento de Estrasburgo en la resolución 18 de enero 1994.]

II) El proyecto inicial de Directiva europea de firma electrónica estaba influido por la doctrina anglosajona.

Circunstancia ésta que se ha ido matizando, sin llegar a perder del todo, por las sucesivas alegaciones presentadas por los Estados miembros con sistemas jurídicos de los llamados continentales (así, Italia, Portugal, Francia y, por supuesto, España).

De este modo se ha llegado a un sistema híbrido que,

a) de un lado, deja fuera de su ámbito de aplicación ciertos contratos (inmuebles, sociedades, testamentos, régimen matrimonial, fundamentalmente).

b) de otro, suaviza la declaración inicial de que los documentos firmados electrónicamente con lo que podría llamarse "firma electrónica segura o cualificada" tenían fuerza ejecutiva para equipararlos con los documentos con firma manuscrita; todo ello, sin negarle efectos jurídicos a las demás firmas electrónicas pero sin precisar cuáles son estos efectos (art. 5 de la Posición Común sobre la Directiva de firma electrónica).

En cualquier caso habríamos de dejar sentadas tres premisas elementales a efectos de firmas electrónicas o digitales, que aparecen en la Directiva Comunitaria de 13 de Diciembre de 1999, por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica.

1. La necesidad de un acto relevante para suscribir digitalmente declaraciones de voluntad.

2. La vinculación con su titular.

3. la temporalidad.

B) EL REAL DECRETO-LEY DE 17 DE SEPTIEMBRE DE 1999 Y LA SEGURIDAD JURÍDICA .

El RD-Ley de Firma electrónica española trata de seguir básicamente a la entonces Posición Común europea aunque, probablemente, al ser consciente de la difícil aplicabilidad de las categorías anglosajonas, seguidas en gran parte por la Posición Común, a las instituciones de nuestro sistema, sobre la base de los principios de:

-Equivalencia funcional y no discriminación.

-Inalterabilidad del del Derecho interno de obligaciones y contratos privados.

-Neutralidad tecnológica.

Contiene, además, tres zonas de discusión:

-Al definir la firma electrónica, el art. 3.1 matiza que la vinculación con el signatario es "*formal*".

-El art. 1 indica que la regulación del RD-Ley no afecta:

-a las normas de celebración de los contratos

-a las funciones de dación de fe pública.

-El art. 3 equipara la firma "*cualificada*" a la firma manuscrita y reconoce eficacia jurídica a otras firmas electrónica; pero sin llegar a concretar dos cosas.

-Qué valor probatorio tienen las diferentes clases de firmas.

-Cómo deben presentarse en juicio.

[El reconocimiento de efectos a la firma electrónica no tiene por qué alterar las categorías lógicas del ordenamiento jurídico español, incluida las de la prueba documento privado, documento público, confesión, examen pericial, etc.-].

Pues bien, teniendo presente lo anterior se aprecia que el RD-Ley constituye más una norma que trata de dar una seguridad de carácter tecnológico que de seguridad jurídica.

I) Prácticamente todos los artículos del mismo tratan de establecer cuáles son los mecanismos para la creación de una firma electrónica:

- qué es una firma electrónica.
- cuándo es avanzada.
- qué es un certificado.
- cuándo el certificado es reconocido.
- qué es un dispositivo de creación de firma.
- cuándo el dispositivo es seguro.
- qué es un prestador de servicios de certificación.
- cuándo el prestador es reconocido, etc...

II) Lo que sucede es que a la firma, sea electrónica o no, como forma de manifestación del consentimiento debe reconocérsele, necesariamente, efectos jurídicos; pero no a la firma electrónica en sí, como tampoco se le reconoce efectos jurídicos a la firma manuscrita, sino que a lo que realmente se le reconocen efectos jurídicos es a la declaración de voluntad.

III) El R-DL no introduce la posibilidad de hablar de un documento privado especialmente cualificado y del que, eventualmente, se pudiera desprender una ejecutividad semejante a la que la Ley Cambiaria consagra para los documentos por ella amparados.

-[Volvemos a incidir en que una cosa es la seguridad tecnológica del medio escogido para la manifestación de voluntad y otra que a esta se la quiera dar una cualificación en razón de la forma que lleve aparejada]-.

IV) Por lo tanto, planteada esta afirmación, reconocimiento de la firma en la medida que es la expresión de una declaración de voluntad, el hecho de que dicha firma sea realizada mediante un sistema que no permita su alteración, en realidad, no aporta seguridad jurídica al sistema hasta el punto de tener que reconocérsele unos efectos jurídicos *privilegiados*.

Lo que aporta seguridad al sistema jurídico es la convicción de autenticidad del consentimiento.

V) Esto no se logra por el hecho que el programa informático sea más o menos fiable -sistema de dobles claves pública y privada, criptográficas asimétricas- sino por la interposición de la *acción institucional* del Estado en el momento de la prestación del consentimiento:

En el sistema del Derecho español, significa aplicar el art. 1216 del Código Civil y demás legislación concordante, en conexión con el RD- Ley de Firma electrónica, dando fe pública en el ámbito de las Administraciones públicas, o en el de los particulares.

C) VIABILIDAD ACTUAL DE LOS DOCUMENTOS PÚBLICOS ELECTRÓNICOS.

Esto exige tener en cuenta, en el ámbito del Corredor de Comercio, de un lado el Código de Comercio, y de otro lado, el Reglamento aprobado por el Decreto de 27 de mayo de 1959 y sus modificaciones posteriores, la última de 24 de julio de 1997, a la espera de un nuevo texto de Reglamento notarial que recoja la realidad de la fusión corporativa entre Notarios y Corredores de Comercio Colegiados, que se hará efectiva a partir del Uno de Octubre de 2000.

En dichas normas se contempla la necesidad de que el documento conste firmado y que se legitime la firma.

1) Ahora bien, en ningún sitio se dice que dicha firma debe ser escrita o de otro modo inserta. Luego, en principio, así planteada la cuestión, no habría inconveniente en admitir la firma electrónica.

2) Por otro lado, debe tenerse en cuenta que el RD-Ley de firma electrónica reconoce efectos a la firma electrónica cualquiera que sea su forma si bien solo a la que hemos venido en llamar cualificada le reconoce la equiparación a la firma manuscrita.

3) Además, el RD-Ley no prevé ni define la prestación del servicio de certificación como legitimación de firma; esta realmente consiste en constatar que la firma de la persona que firma es realmente la suya; cosa que si al firmar se hace en presencia del fedatario público le resultaría sencillo de constatar.

4) La póliza es un documento, pero si se tiene en cuenta que el soporte informático también es un documento, no cabe duda que lo que se estaría haciendo es firmando una póliza, aunque fuese electrónicamente y estuviese en soporte magnético.

5) Finalmente, habría que tener presente la necesidad de llevar al Libro-registro la póliza y de constituir el archivo depósito de uno de los ejemplares conforme a los artículos 95, 107 del Código de Comercio; 35 del Reglamento de Corredores de Comercio; y 17 de la Orden Ministerial de 28 de mayo de 1998. Y

todo ello es posible en soporte informático pues lo único que se exige es que conste por escrito pero no en soporte papel; y la escritura puede estar en soporte papel o en otro soporte como el informático

Resta por significar una reflexión:

El reglamento de Corredores de Comercio no exige, a diferencia del reglamento notarial, unidad de acto (art. 33).

Pues bien, esto facilitaría la contratación financiera, en particular, y mercantil en general a través de redes informáticas, abiertas o cerradas, pues bastaría para ello que en presencia de un Corredor de comercio diversas personas en diversos lugares prestasen su consentimiento a una póliza que, en vez de viajar físicamente en soporte papel y tener que firmarse con la diferencia de tiempo que conlleva ese viaje, lo hiciese en soporte informático y pudiese firmarse casi simultáneamente en diferentes lugares.

3. NUEVO ÁMBITO DE COMPETENCIA OBJETIVA DE LOS FEDATARIOS, POR APLICACIÓN DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS.

-Posibilidad de documentos electrónicos, con las reformas legislativas que se van haciendo necesarias para hacer efectivos los nuevos retos tecnológicos.

-Exigencias de valor probatorio, con concordancia entre las normas materiales y las procesales.

-Custodia documental con exigencias materiales y jurídicas de seguridad.

-Adaptación de las técnicas de archivo y protocolización a los nuevos soportes.

-Libramiento de documentos, y comunicación entre contratantes más ágil y que recojan a nivel legal lo que se va abriendo paso en la contratación entre particulares.

-Adaptación funcional a la prestación de los servicios exigidos por el soporte informático, y poniendo de relieve el papel del fedatario como tercero de confianza.

-Archivos digitales, sin merma de seguridad y con capacidad de utilización sucesiva.

-Replanteamiento de las posibilidades de depósito documental:
Libramiento de documentos, y comunicación entre contratantes.

-Adaptabilidad de la oficina del fedatario a las nuevas exigencias:

-Gestión de la información:

-Interconectividad.

-Procesos automatizados.

-Entidades de certificación corporativas, y conexión de los fedatarios a las mismas, independientemente que se puedan constituir a nivel personal e individualizado.

D) CERTIFICADOS ELECTRÓNICOS Y FE PÚBLICA.

Lo que hay que exigir a una tecnología para que se repunte como segura:

-Autenticación formal de los involucrados.

-Total privacidad.

-Integridad de los mensajes.

-Garantía de la entrega.

-Imposibilidad de rechazo.

Genéricamente se puede hablar, desde un punto de vista eminentemente funcional, de distintas concepciones de los certificados, a título meramente enunciativo:

-Certificados de identificación: se trataría de poner de manifiesto el vínculo del autor del documento con su clave pública.

-Certificados de autorización: incorporarían información cualificada del autor.

-Certificados de conocimiento: hechos o circunstancias concretas o puntuales.

-Certificados acreditativos del momento, día y hora de su suscripción digital.

De conformidad con el ámbito legislativo español, y de desenvolvimiento de la fe pública notarial, no se requeriría, necesariamente, que todos estos modelos

de certificados tuviesen que ser *reconocidos*, ya que por su propia vocación bastaría para ello que fuesen de *nivel uno*, con lo que la actividad fedataria sería distinta en uno u otro caso, así como la eficacia de los certificados.

A) En el sistema de firmas electrónicas, la emisión de un certificado por parte de una entidad de certificación tiene el significado de asociar una clave pública con un sujeto determinado, mediante una declaración electrónica que permita, a terceros usuarios, confiar en que un mensaje telemático, suscrito con la clave privada correspondiente, vincula al titular de la firma.

Tal efecto es posible porque, previamente, el sujeto titular de la firma ha sido identificado por la entidad de certificación y ha prestado su consentimiento al certificado emitido por ella:

Acto por virtud del cual confirma y asume su contenido, así como las obligaciones que puedan derivarse, fundamentalmente en el ámbito jurídico-patrimonial, de los compromisos adquiridos por medio de la firma electrónica.

Si el titular de la firma electrónica no hubiera sido correctamente identificado por la entidad de certificación o, aun habiéndole sido, no hubiera prestado su consentimiento a la emisión del certificado y, consiguientemente, a las consecuencias que de ello se derivan:

no resultará vinsulado por los actos de utilización de la firma, derivándose responsabilidad de la entidad de certificación frente a los terceros usuarios que hubieran confiado en su certificado.

En definitiva, *el hecho básico de la eficacia de la firma electrónica en la esfera jurídica de la persona que aparece como su titular se encuentra en la aceptación por éste de tal procedimiento para la suscripción de declaraciones de voluntad.*

1) Por tanto, a la hora de apreciar la fiabilidad de un certificado, será decisivo el rigor de la entidad de certificación en la identificación del sujeto, y en la obtención de su consentimiento.

[El procedimiento seguido por cada entidad de certificación para procurar el cumplimiento de ambos requisitos se explica en el documento conocido como "declaración de prácticas de certificación", donde se establece la política de certificación a seguir y los procedimientos a observar en la emisión de certificados, y en el que frecuentemente se reconocen distintas clases o niveles de certificados en función de las formalidades a que se sujeta su emisión.]

2) No cabe duda de que la valoración que los terceros otorguen a un determinado certificado dependerá de las condiciones requeridas para otorgarlo, dato que resultará de vital importancia cuando la operación que pretenda realizarse con el titular se la quiera revestir de importancia.

3) La fórmula que brindará un mayor grado de seguridad, tanto a los terceros usuarios que hayan de operar con los titulares de los certificados como a las entidades emisoras, será la que implique, a todos los efectos, la identificación del titular y la prestación de su consentimiento en documento público, en el que el fedatario interviniente se habrá ocupado tanto de reconocer al titular, como de la obtención *de su* conformidad a las consecuencias derivadas de la asunción de la firma electrónica, poniéndole en antecedentes de las condiciones generales a las que se somete.

Todo esto de acuerdo con las presunciones legales asociadas al documento público, y su amplia credibilidad social amparada por el legislador.

4) Los certificados así emitidos disfrutarán de un mayor grado de confianza por parte de los terceros usuarios, a la vez que exonerarán a la entidad de certificación de toda responsabilidad por los extremos amparados en el documento, como se desprende del art. 14.1 del Real Decreto-Ley 14/1.999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica.- *El ámbito de responsabilidad de los operadores sería contractual y extracontractual, responsabilidad por culpa o negligencia y no objetiva. Implica, así mismo, la inversión de la carga de la prueba ya que habrá de ser el prestador del servicio de certificación el que demuestre que actuó, en su caso, con la debida diligencia. Todo esto dentro de los conocidos términos de los Arts. 1101, y 1902 del CC.*

B) La segunda contribución que la fe pública puede prestar para paliar las deficiencias de seguridad del sistema de firmas electrónicas afecta al dato de la temporalidad.

1) La emisión de certificados implica un período de validez limitada, de manera que la eficacia obligacional de las firmas electrónicas por ellos amparadas se mantendrá únicamente durante un plazo temporal.

Pero, además, por razón de la vinculación entre firma electrónica y sujeto, puede suceder que un certificado pierda su vigencia antes del plazo inicialmente establecido, por resultar revocado o suspendido, ya sea por motivos de seguridad, de cese de la entidad de certificación en sus actividades, por la simple voluntad del titular, o por otras causas.

En su operativa, la firma electrónica identifica al titular y le conecta al mensaje suscrito con ella, pero no se enlaza con un momento temporal

determinado, ni respecto de la creación de la firma, ni del envío de la comunicación suscrita con ella, pudiendo aparecer una insuficiencia objetiva de certeza por carencia de precisión temporal y eficacia vinculada.

Por esto, como poco, a efectos de verificación de una firma electrónica, el elemento cronológico resulta fundamental para conocer si fue realizada durante el período de vigencia del certificado, ya sea el inicialmente previsto o el limitado por una revocación o suspensión.

2) Así, en caso de controversia, resultará esencial poder acreditar el momento de revocación o suspensión de un certificado v el de emisión de un mensaje firmado.

Si, de forma fraudulenta, *se juega* con el momento de las comunicaciones electrónicas, resultará perjudicado el titular de un certificado vencido, revocado o suspendido, que se verá obligado por una declaración de voluntad emitida fuera del período de validez de la firma.

[-Téngase en cuenta también el interés de una entidad de certificación en demostrar su diligencia a la hora de publicar la suspensión o revocación de un certificado-.]

3) La solución de estos problemas pasa por la introducción de algún mecanismo de marca temporal, *time stamping*, que identifique el momento en que se producen los acontecimientos relevantes.

Desde el punto de vista técnico se han propuesto diversos sistemas de *sellado temporal*, pero tropiezan con el inconveniente de la eventual falta de idoneidad de una entidad privada para acreditar, con efectos frente a terceros, un elemento de esa trascendencia, y en todo caso de la falta de eficacia jurídica de su declaración sobre tal extremo.

Por las indicadas razones, se pone de manifiesto la capacidad e idoneidad de los fedatarios públicos para prestar esos servicios, actividad coincidente con la que, en la cultura del papel, han venido desarrollando tradicionalmente, y que supone una adaptación formal y finalista a las nuevas exigencias tecnológicas en el terreno de la eficacia y seguridad jurídicas.

El fedatario público atestiguaría y documentaría la cronología de los acontecimientos que se pongan de manifiesto vía telemática, con el mismo grado de intermediación que con respecto a cualquier otro hecho en el *mundo no digital*, y trasladando todo a la forma documental requerida en función del efecto deseado, y de la normativa aplicable.

4) De todas maneras hay que destacar que hay que contar con una readaptación de las nuevas normas procesales respecto a:

-Medios de prueba.

-Ejecuciones dinerarias.

-Ejecución basada en documentos electrónicos.

-Ambito objetivo del nuevo proceso monitorio.

-Alcance de los documentos cambiarios, en especial, y mercantiles, en general, de formatos electrónicos.

-Etc..

Estamos, por tanto, ante una situación que demanda una decidida actuación sobre instituciones de reconocida eficacia, con las actualizaciones que se crean precisas, y que están llamadas a tener un desarrollo inmediato, adecuado de las normas relativas a la contratación y al nuevo ámbito de la fe pública, en donde se puedan llegar a poner de manifiesto las imprescindibles pautas de seguridad que son inaplazables.