

*INCIDENCIAS DEL COMERCIO ELECTRÓNICO EN EL DERECHO COMUNITARIO*¹

MÓNICA MONTERO ELENA
Magistrada Titular de la Audiencia Nacional

Si bien ya nuestro Código Civil había contemplado los supuestos de contratación entre sujetos no presentes al tiempo de la emisión del consentimiento, y regulado las especialidades de tal contratación, lo cierto es que el desarrollo de los nuevos sistemas de comunicación ha venido a plantear la cuestión de una forma totalmente novedosa y necesitada de una regulación específica.

Efectivamente, si partimos de la idea de que en nuestro Derecho –y en los sistemas jurídicos de nuestro entorno cultural–, los elementos que han de concurrir y son esenciales al nacimiento del contrato, vienen constituidos por el consentimiento, el objeto y la causa, es evidente que los nuevos medios de comunicación inciden en el primero de dichos elementos en cuanto hacen posible que los contratantes emitan sus respectivas declaraciones de voluntad utilizando esos medios de comunicación a cuyo espectacular desarrollo hemos asistido en la última década.

Cuando nuestro Código Civil reguló el consentimiento entre ausentes, supuesto en que es necesaria la utilización de un medio de comunicación a distancia puesto que si los contratantes se encuentran en un mismo lugar al tiempo de prestar el consentimiento no es necesaria la utilización de tal sistema, ya que podrán hacerlo verbalmente, aunque el acuerdo quede plasmado en algún soporte que haga constancia del mismo; nuestra norma civil contempló la realidad entonces existente, y cuyas notas esenciales lo eran, de una parte, el papel como único soporte útil para la comunicación, y de otra, el tiempo necesario para el traslado de tal soporte entre quienes contrataban. Así, esas circunstancias determinaron las cuestiones que se intentaron resolver: momento de perfección del contrato, esto es, instante en que se entiende producida la coincidencia entre oferta y demanda, y lugar en que tal consentimiento se entiende prestado. El tiempo de perfección del contrato determinará la imposibilidad de ser alterado por voluntad exclusiva de una de las partes, el lugar de perfección o de celebración, determinará la regulación aplicable.

1. Este trabajo es fruto de la ponencia presentada en la Universidad de Huelva el día 9 de diciembre de 1999 en el marco del programa Robert Schuman de la Unión Europea.

Para solventar los problemas del momento de perfeccionamiento del contrato, la doctrina civilista desarrolló diversas teorías, entre las que pueden desatarse:

1. Teoría de la recepción, según la cual el contrato se perfecciona cuando la aceptación es conocida por el ofertante; criterio seguido por nuestro Código Civil con la interpretación reiterada de la Sala Primera del Tribunal Supremo, que entiende conocida la aceptación por quien hizo la oferta, desde que tal aceptación llega al ámbito dominado por el ofertante de suerte que ese conocimiento es posible dependiendo de la voluntad de éste.
2. Teoría de la declaración, por la que se entiende perfecto el contrato desde el momento en que el aceptante manifiesta su voluntad de aceptar.
3. Teoría de la emisión, que afirma perfecto el contrato desde que el aceptante envía su aceptación.

Mayores problemas planteaba la determinación del lugar de celebración del contrato cuando los sistemas jurídicos de posible aplicación, según normas de conexión, diferían, y así ha sido necesario el desarrollo de normas pormenorizadas según el objeto fuese mueble o inmueble, naturaleza del contrato, intervención de fedatario público o inscripción de tal naturaleza, etc.; dando origen a una casuística regulación de conflicto de leyes.

Lo que no planteó demasiados problemas específicos en la contratación entre ausentes, fue, lo que precisamente hoy es el eje de la problemática, el soporte en el que las declaraciones se contenían, puesto que no diferían de los medios de constancia del consentimiento en la contratación entre presentes: el papel.

Hoy la cuestión se nos presenta en un sentido muy diferente. Los actuales sistemas de comunicación permiten la instantaneidad de la manifestación de voluntad del ofertante y del aceptante aún cuando la distancia que los separe sea de un punto a su opuesto de la tierra. Sin embargo sigue planteando problemas el lugar en que se entiende celebrado el contrato y, sobre todo y fundamentalmente, el soporte utilizado para la manifestación de la voluntad de los contratantes.

EL COMERCIO ELECTRÓNICO

Se vincula el término «comercio electrónico» a aquel que encuentra su medio operativo esencial en mensajes generados, enviados, recibidos o almacenados en tal forma. El término abarca toda operación comercial realizada a través de Internet, tecnologías de World Wide Web, telex, telegrama y cualquier otro sistema que conceptualmente sea posible integrar en el término, por más que este se aplicó en su origen, como señala Miguel Angel Moreno Navarrete en su obra «Contratos Electrónicos», a las ventas electrónicas.

De los distintos sistemas de transmisión de información que engloba el concepto, nos centraremos en aquellos que tienen como elemento esencial la informática y como soporte de envío y recepción de la información el ordenador.

La importancia creciente del comercio electrónico ha llevado a los distintos Estados a adoptar medidas legislativas a fin de dotar de seguridad un mercado cuyas características esenciales son la globalidad y la orfandad de regulación; pero precisamente su universalidad ha obligado a plantear la regulación desde una perspectiva eminentemente internacional. Así se resaltó en la Declaración conjunta entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América sobre comercio electrónico de 5 de diciembre de 1997, en la que se afirmaba la creciente importancia de este mercado, el fácil acceso de la pequeña y mediana empresa a un mercado internacional a bajo coste, la necesidad de una regulación internacional y las bases sobre las que el mercado habría de desarrollarse: libre competencia y garantía para el usuario de libre elección.

Tales principios coinciden con los contenidos en el Modelo de Ley de Comercio Electrónico elaborado por la Comisión de Naciones Unidas sobre Ley Internacional de Comercio en su reunión de mayo a junio de 1996. En tal documento se resaltan los siguientes aspectos:

- a) El mensaje electrónico inserto en el comercio de tal clase lo es el que contenga una información utilizada en el ámbito de una actividad comercial.
- b) El mensaje electrónico ha de tener la consideración de documento y por ello hacer prueba de los hechos en él contenidos, lo que implica la garantía de certeza de su autora y por ello de su integridad e identidad. Es necesaria igualmente la garantía de recepción y disponibilidad por aquel al que se dirige.
- c) El momento jurídicamente relevante en la formación del mensaje ha de ser, en cuanto al envío, aquel en que entra en un sistema informático; en cuanto a la recepción, aquel en que entra en el sistema designado por el receptor, o en el propio sistema del receptor.
- d) En la interpretación de las normas de aplicación ha de estarse a criterios uniformes y acordes con la globalidad del mercado, lo impide aplicar criterios locales. Ello lleva necesariamente a la aplicación de principios generales de la Ley Internacional, y especialmente el principio de buena fe en las relaciones comerciales.

La novedad de los nuevos sistemas de comunicación a distancia, como se señalaba, ha impedido un desarrollo pormenorizado de la regulación en la materia, se trata pues de un momento de creación de esta regulación, que si bien parte de la premisa de la importancia del fenómeno, aún no ha alcanzado un punto de desarrollo que integre una regulación global, y ésta se ha realizado en los puntuales sectores y aspectos concretos en el que la carencia de regulación era ya un problema llamativo. Debemos ahora resaltar las normas contenidas en la Directiva 97/7 C.E. de 20 de mayo de 1997 y en la Ley española 7/1996 de 15 de enero de Ordenación del Comercio Minorista. Ambas normas contemplan el mercado entre consumidores y proveedores mediante sistemas de comunicación a distancia, el primero es aquel que contrata con un propósito ajeno a su actividad profesional, y el segundo es quien realiza la contratación en el ámbito de su actividad profesional. En esta regulación se trata de ga-

rantizar la debida protección del consumidor, de ahí que se considere especialmente la información en la oferta exigiendo la constancia de los elementos de ésta, identidad del proveedor, características esenciales del bien o servicio ofertado, costes, incluido el de la entrega, etc. Vemos pues que es una regulación puntual y sectorial que no abarca los aspectos jurídicos de los nuevos sistemas de contratación de manera conjunta.

LA CONSTANCIA DEL CONTRATO ELECTRÓNICO

Hemos observado en la breve exposición anterior, que los aspectos jurídicos de la incidencia de los nuevos sistemas de comunicación a distancia en las relaciones comerciales y por ello en la contratación, que es el medio a través del cual dichas relaciones se desarrolla en las sociedad evolucionadas, son observados en los distintos ámbitos normativos desde unas perspectivas que son comunes a todos ellos:

1. En primer lugar existe una conciencia clara del desarrollo e importancia del nuevo fenómeno y la esencial influencia en el mercado a través de la contratación a distancia. Se observa también que la rapidez de tales medios de comunicación provocan un rapidísimo intercambio de información. Se resalta, igualmente que el bajo coste en el acceso a tales medios, posibilita su utilización por operadores económicos de escasos recursos, y con ello provoca una agilización del mercado y de la competencia dentro de él.
2. Existe también la idea de la necesidad de una regulación global del nuevo fenómeno, puesto que tal es la amplitud del mismo, y solo tal regulación puede dotar a la contratación de la seguridad jurídica necesaria para el correcto desarrollo de las relaciones comerciales. De ahí que el futuro desarrollo normativo ha de partir de principios jurídicos generales de carácter internacional, sin que sea posible la regulación del fenómeno desde una óptica localista, ya que las relaciones jurídicas se concretarán entre sujetos pertenecientes a diferentes sistemas jurídicos.
3. Se es consciente igualmente de la inexistencia de una regulación jurídica y ello ha llevado a la normación de determinados aspectos del nuevo sistema de contratación, que por ser esenciales a la garantía de los intereses legítimos de los sujetos contratantes y a la seguridad de las relaciones jurídicas establecidas por ellos, se ha considerado urgente su regulación, creando así un conjunto normativo sobre aspectos puntuales que da respuesta a los primeros problemas detectados. Por otra parte, tal forma de aparición del conjunto jurídico llamado a dotar de una regulación a las nuevas formas de contratación, no debe sorprendernos puesto que es la habitual manera en aquellos supuestos en que el desarrollo tecnológico, médico, social... crea situaciones enteramente nuevas, solo la evolución de las respuestas jurídicas a los nuevos problemas creados, formará, con el tiempo, un conjunto normativo que contemple el problema en su globalidad.

Pues bien, de entre tales problemas jurídicos creados por la aparición de los sistemas de comunicación a distancia, y concretamente, de los sistemas informáticos con la transmisión de información a través del ordenador; destaca uno que constituye la pieza esencial en la seguridad de todo el engranaje jurídico de estos modos de contratación: la constancia de la creación, modificación o extinción de las relaciones jurídicas creadas a través de estos medios.

EL DOCUMENTO ELECTRÓNICO

Es pacífica la doctrina al afirmar que un documento con efectos jurídicos es aquel soporte que recoge hechos del pasado de cuya existencia depende el nacimiento, modificación o extinción de relaciones jurídicas, o lo que es lo mismo, aquellos hechos, actos o negocios jurídicos que alteran la situación jurídica preexistente. La importancia fundamental que para el tráfico jurídico desempeña el soporte que contiene tales eventos, consiste en dar seguridad y firmeza a los mismos y con ello, a las relaciones jurídicas vinculadas a su existencia. La idea de documento se encuentra por ello íntimamente ligada a la idea de seguridad jurídica y prueba.

Efectivamente, el documento que interesa al Derecho es aquel respecto del cual, por existir técnicas de comprobación de su autenticidad, podemos afirmar que lo que en él se contiene es cierto y por ello indiscutible en su contenido, de suerte que de él pueden derivarse consecuencias jurídicas. Como se señalaba, tradicionalmente el soporte utilizado de forma generalizada para la constancia de eventos con relevancia jurídica había venido siendo el papel, y respecto de él se fueron desarrollando las técnicas necesarias para la comprobación de la autenticidad, pero ello no significa que medios aptos para contener información desarrollados ulteriormente no puedan ser considerados idóneos en la función de fijación de eventos con trascendencia jurídica, y con ello adquirir el carácter de documentos. Bien al contrario, desde el concepto de documento relevante a efectos jurídicos y de la función que en el tráfico jurídico desempeña este instrumento, es perfectamente posible la admisión de cualquier soporte que contenga información con relevancia jurídica, siempre que exista garantía de su autenticidad.

La aceptación de tales soportes como documentos jurídicos es algo que se viene produciendo de manera cada vez más intensa, tanto a nivel jurisprudencial como a nivel legal; piénsese en cintas de vídeo, magnetofónicas, discos informáticos, etc..., cuya aceptación en juicio ha sido ya consagrada tanto en la praxis como en la Ley. Ahora bien, el problema central de tales soportes consiste en determinar su autenticidad, porque solo puede hacer prueba aquel soporte que revista las garantías de certeza de su contenido y autora, precisamente porque son instrumentos encaminados a acreditar la existencia o inexistencia de determinados hechos, actos o negocios jurídicos con efectos sobre situaciones de tal índole.

Desde tales premisas, es fácil comprender que el documento electrónico no es otro que el elaborado de tal forma, y en lo que interesa, sobre soporte informático, cuya única especialidad en su configuración como documento en relación a lo que tradi-

cionalmente se venía entendiendo por tal, lo es su soporte, y su mayor reto para el Derecho, es la regulación de medios que permitan garantizar la autenticidad de la información que tal soporte facilita.

El documento, para tenerse por cierto, ha de ser auténtico y para ello no debe existir dudas sobre su autoría e integridad. Es necesario establecer mecanismos que aseguren, de una parte, quién es el autor del mensaje, que el mensaje no ha sido alterado en su contenido, bien por modificaciones, bien por supresiones o bien por añadidos, así como la identidad del receptor. Obviamente, los mismos requisitos han de ser observados respecto de la persona del receptor en relación a su emisión de voluntad respecto de la información transmitida por el ofertante.

En el estudio realizado por Apolonia Martínez Nadal sobre el Real Decreto Ley 14/1999, publicado en La Ley número 4939, se reseña la actual problemática sobre los medios de identificación de los documentos informáticos. Desde un nombre, una clave, o la firma manual digitalizada, son medios aptos para identificar la autoría de un documento; pero ninguno de ellos es suficiente para asegurar la autenticidad del documento, tanto desde la persona de su autor, como la integridad del documento. De ahí que en la actualidad los diferentes estudios, entre otros el citado, abogan por una concreta clase de firma electrónica, cual es la firma digital, única que puede garantizar la certeza del documento tanto en relación con la autoría como con la integridad del mismo.

La firma digital se configura sobre una clave privada utilizada por el emisor para el envío del mensaje y de carácter secreto y otra clave pública utilizada por el receptor del mensaje y de acceso para cualquiera, siendo así que la verificación del mensaje mediante la utilización de la clave pública solo se producirá si el mismo ha sido enviado con la clave secreta, quedando garantizada su autenticidad, tanto la autoría, quien conozca la clave correspondiente al emisor, conocimiento que queda sujeto a la voluntad de éste; y la integridad del documento, puesto que la clave privada cierra el acceso al documento. Como es fácil suponer, toda la eficacia del sistema descrito se basa en la dificultad en el descubrimiento de las claves secretas, en su variedad para evitar coincidencias y en la garantía de discreción de quienes las crearon.

La garantía en la autenticidad del documento informático, pieza central de su eficacia en Derecho, es algo que ha preocupado a la Unión Europea y a nuestro Legislador. En la Unión Europea se prepara una Directiva encaminada a establecer un marco común para la firma electrónica, y nuestros poderes públicos se han apresurado a producir una norma que la regule desde los principios que se recogen en el proyecto de Directiva, mediante el Real Decreto Ley 14/1999 de 17 de septiembre, convalidado por el Congreso de los Diputados en octubre del mismo año.

No entraremos a analizar la concurrencia o no de los requisitos de urgencia que justifiquen el Real Decreto Ley, ni tampoco, ya que se inspira en el proyecto de Directiva, la razón por la que no se esperó a que la misma hubiese sido aprobada y publicada para adaptar el Derecho español a ella. Analizaremos el contenido de tal Real Decreto Ley teniendo presente que el mismo se inspira en lo que será en muy breve Derecho de la Unión Europea.

REAL DECRETO LEY 14/1999 DE 17 DE SEPTIEMBRE

En la exposición de motivos de la norma que nos ocupa, expresamente se hace referencia a su finalidad de recoger los principios que configuran la posición común que refleja el proyecto de Directiva sobre la firma electrónica, posición en la que, según se afirma, el Estado español ha tenido una participación activa; señalando igualmente que el Texto Europeo recoge los elementos suficientes para proteger la seguridad y la integridad de las comunicaciones telemáticas en las que se emplee la firma electrónica.

Así mismo se recuerda que en nuestro sistema jurídico ya existen precedentes normativos en la materia en relación a la presentación de declaraciones del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas por medios telemáticos, dictadas por el Ministerio de Hacienda, e igualmente se señala, que la Comisión Nacional del Mercado de Valores, aprobó y puso en marcha un sistema de cifrado y firma electrónica para la recepción de información de las entidades supervisadas. Se declara también la finalidad del Real Decreto Ley de reconocer efectos jurídicos a la firma electrónica, regular la prestación de servicios de certificación y dotar de confianza y seguridad el mercado en los citados aspectos; todo ello desde los principios que informan la posición común de los Estados de la Unión Europea.

El Real Decreto Ley, tras regular la firma electrónica y los servicios de certificación, contiene el sistema de infracciones y sanciones en la materia y los medios de supervisión administrativa sobre la actividad. Veremos el contenido respecto de tales aspectos.

A) La firma electrónica

Respecto del ámbito territorial de aplicación de la norma, el artículo 1.1 establece, como no podía ser de otra manera, la sujeción de los prestadores del servicios establecidos en España —en referencia a la prestación del servicio de certificación—; y, aunque expresamente no se señale, hemos de entender que los requisitos exigibles a la firma electrónica lo serán respecto de aquellas a las que se pretenda dotar de eficacia jurídica en nuestro territorio.

El mismo apartado señala como ámbito material de la norma, la regulación de la firma electrónica, el reconocimiento de su eficacia jurídica y la prestación al público de servicios de certificación. Tal aseveración en relación a la eficacia jurídica de la firma electrónica regulada hemos de entenderla sobre la base del concepto de documento antes expuesto, y así, lo que realmente se regula no es la existencia de una firma electrónica con exclusión de cualquier otra determinada y querida por las partes, sino los requisitos que la misma ha de reunir para tenerla por cierta y por ende determine la existencia de un documento con eficacia jurídica, esto es, haga prueba de lo en el contenido, de su autoría e integridad. Se regula la eficacia jurídica del documento, como correctamente se señala, sin excluir la posibilidad de otras firmas electrónicas que no cumplan los requisitos que se establecen, si bien estas carecerán de eficacia probatoria y, obviamente, frente a terceros salvo que estos lo acepten.

Hemos pues de partir de la idea, tradicional en nuestro Derecho, de la libertad de forma en la contratación –salvo contadas excepciones–, si bien, y aún existiendo el contrato cuya prueba es posible por otros medios, el documento que se acepta como medio de constancia de la existencia de la relación jurídica, es aquel que se elabora con los requisitos que señala la norma. Ello resulta de manera evidente del segundo párrafo del propio artículo, al señalar que las disposiciones contenidas en el Real Decreto Ley no altera las normas sobre celebración, formalización, validez y eficacia de los contratos y otros actos jurídicos, ni al régimen aplicable a las obligaciones. Lo que se regula es un medio probatorio –sin alterar el sistema de valoración de prueba, el de perfección de negocios jurídicos, su formalización o eficacia–, esto es, se regula uno de esos «medios de prueba admitidos en Derecho», sin excluir los demás.

A continuación, y tras definir el ámbito territorial y material de la norma, el artículo 2º da la correspondiente definición legal de los diversos conceptos empleados por la norma, de ello analizaremos los relativos a la firma electrónica:

1. Firma electrónica: conjunto de datos en tal forma que, anejos o asociados a otros datos electrónicos, identifiquen formalmente a los autores del documento. A continuación se define la firma electrónica avanzada como aquella firma electrónica –esto es, el conjunto de datos en forma electrónica–, que permite la identificación del signatario y ha sido creada por medios que se mantienen bajo el control de éste de manera que está vinculada al mismo y a los datos a los que se refiere permitiendo detectar cualquier alteración de estos.

Vemos pues que la firma electrónica avanzada es una clase de la genérica firma electrónica, pero de la que es predicable, no así del género, la autenticidad del documento en cuanto identifica a su autor por la utilización de datos electrónicos exclusivamente a él vinculados y la integridad del mensaje por la vinculación de su contenido a los datos que constituyen la firma electrónica avanzada.

2. Signatario: persona física que cuenta con un dispositivo de creación de firma y actúa en su nombre o de otra persona física o jurídica a quien representa. Lo esencial al concepto de signatario es la creación de firma y absolutamente superflua la referencia a la actuación en nombre propio o ajeno mediante representación, porque el concepto de signatario viene referido al firmante del documento, y ello es lo que interesa a la norma que nos ocupa, que lo haga en nombre propio o de otro, por representación legal o voluntaria es indiferente en lo que hace a la regulación de la firma electrónica, puesto que afecta a relaciones jurídicas no afectadas por la firma del documento electrónico.
3. Datos y dispositivos de creación de firma: Datos de creación de firma son aquellos únicos que el signatario utiliza para la creación de la firma electrónica, tales –sin excluir otros– como códigos o claves criptográficas privadas. El dispositivo es el aparato o programa informático que sirve para aplicar los datos de creación de firma. El dispositivo de creación de firma es seguro siempre que garantice que los datos para la creación de firma pueden producirse solo una vez, su secreto, la imposibilidad de su derivación de los de verificación de firma o de la propia firma o su falsificación, la protección del signatario de tales

datos de creación de firma frente a la utilización por otros y la no alteración del documento que deba firmarse; según los requisitos establecidos en el artículo 19 de la propia norma.

4. Datos y dispositivo de verificación de firma: Son datos de verificación de firma aquellos que se utilizan para comprobar la firma electrónica, obviamente la constituida por los datos secretos, tales como códigos o claves criptográficas públicas. Son dispositivos el programa o aparato informático que aplica los datos de verificación de firma.

Vemos como el Real Decreto Ley, partiendo del posible avance de la técnica en relación a la firma electrónica, establece el concepto de los distintos aspectos en base a su función y garantía, sin señalar un concreto medio o sistema. De otra parte se sigue la que se ha denominado firma electrónica avanzada antes descrita, fundada en un doble sistema de claves o códigos, privado y secreto y público de verificación. De lo que se trata es de dotar de seguridad, como hemos venido repitiendo, al documento firmado, dando así fijeza a los hechos con trascendencia jurídica en él recogidos. Y así resulta de forma indubitada del contenido del artículo 3º. Tal precepto determina que la firma electrónica avanzada, basada en un certificado reconocido y producida por un dispositivo seguro de creación de firma –de los recogidos en el artículo 19–, tendrá respecto de los datos consignados en forma electrónica, el mismo valor jurídico que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel, y será admisible como prueba en juicio, valorándose según los criterios de apreciación establecidos por las Leyes procesales. Este precepto es el determinante de la eficacia jurídica de la firma electrónica avanzada, y plasma lo que ya anticipábamos anteriormente:

1. Garantías de certeza: la firma a la que se le reconoce la eficacia jurídica contenida en la norma es la electrónica avanzada, siempre que esté basada en un certificado reconocido y se haya producido por un dispositivo seguro de creación de firma. Se persigue pues la autenticidad de la firma.
2. Valor jurídico: curiosamente en la norma se concreta el valor jurídico de los datos vinculados a la firma electrónica avanzada, mediante la comparación con los contenidos en otro soporte cual es el papel. Y así, en vez de calificar el mensaje elaborado en la forma y con los requisitos que examinamos como un documento, que en realidad es lo que se está diciendo, se compara su eficacia a la de los datos contenidos en papel con firma manuscrita. Y sin bien como decíamos, el papel es el soporte más extendido y hasta ahora más utilizado para la elaboración de los documentos, no constituye más que un soporte de los mismos, que no puede ser confundido conceptualmente con el documento.
3. A continuación se nos dice que el documento electrónico firmado en la forma descrita, es admisible como prueba en juicio que se valorará según los criterios de las normas procesales. Vemos de forma clara que lo que se reconoce es un medio más de prueba de los admitidos en Derecho que en nada altera el sistema de libre valoración de prueba existente, y por tanto todo el sistema jurídico relativo a la firma electrónica tiene por objetivo establecer las garantías que han de concurrir en la formación de un medio probatorio.

Pero, a continuación, el párrafo 2º del artículo que comentamos, no niega la eficacia jurídica de cualquier otra firma elaborada sin los requisitos de seguridad establecidos, por el mero hecho de presentarse en forma electrónica. Y cierto, es obligada tal aseveración.

Los datos contenidos en un documento, cuando el mismo se elabora con los requisitos establecidos en las Leyes, y con independencia del soporte material que los contengan, en aplicación de las reglas de la sana crítica en la valoración de la prueba, tienen una presunción prima facie de certeza, sin que ello impida valorar otros elementos deducidos de diferentes medios probatorios. Digamos que las formalidades establecidas en las Leyes hacen suponer de manera lógica que los datos consignados respetando las mismas, han de ser ciertos, salvo que otra cosa resulte en la valoración de la prueba. Pero cuando los datos se han consignado sin respeto de tales formalidades, en absoluto supone que los mismos no sean ciertos, e incluso pueden llegar a destruir la veracidad de los contenidos en documentos elaborados con tales formalidades, lo que ocurre es que carecen de esa apariencia de veracidad que las formalidades legales tienden a dotar al documento.

A ello se refiere el segundo párrafo del número 1º del artículo 3, y por ello habla de presunción de la firma electrónica en la producción de los efectos antes descritos.

Lo que la norma que examinamos regula, es el requisito de un concreto soporte documental para que al mismo se le pueda reconocer la presunción de veracidad propia de otros soportes documentales cuando ellos se elaboran conforme a las normas establecidas por el ordenamiento jurídico, y por ello, en la valoración de la prueba, habrá de razonarse sobre la eficacia en cada caso concreto de las garantías de las que se encuentra rodeada la elaboración del documento para establecer la autenticidad de su contenido, siempre en relación con otros medios probatorios.

También se ocupa el Real Decreto Ley de la garantía de certeza de los medios de verificación de firma electrónica. Así se dice en el artículo 22 que los dispositivos al efecto deben asegurar la fiabilidad de la verificación, posibilidad de detectar alteraciones en los datos firmados, corrección en la identidad del signatario, verificación fiable del certificado y detección de cualquier cambio relativo a su seguridad.

B) Servicios de certificación

El objeto de la certificación consiste en vincular una firma electrónica avanzada al signatario de la misma, garantizando así uno de los elementos de la autenticidad del documento, cual es el autor de la firma y por ello el sujeto al que se le atribuye la realización del documento electrónico.

También el Real Decreto Ley, en su artículo 2º nos facilita la definición legal de determinados conceptos referentes a la actividad de certificación:

1. Certificado: es la acreditación que vincula unos datos de verificación de firma a un signatario y confirma su identidad. Cuando tal certificado es reconocido, cumple con los requisitos establecidos en la propia norma en cuanto al contenido del certificado y el prestador del servicio que lo expide.

2. Prestador de servicios de certificación: es la persona física o jurídica que expide los certificados.
3. Productor de firma electrónica: es el programa o aparato informático destinado a la prestación de servicios de firma electrónica.
4. Acreditación del prestador de servicios: consiste en la Resolución dictada por la Administración a petición voluntaria del prestador del servicio de certificación, en la que se contienen los derechos y obligaciones del mismo en la realización de la actividad de certificación.

Los principios que rigen la actividad son la libre competencia sin autorización previa y la supervisión administrativa en garantía del buen funcionamiento de los servicios.

Las funciones de supervisan de la Administración se manifiestan en la existencia de un Registro de Prestadores de este servicio en el Ministerio de Justicia en el que habrán de inscribirse antes del inicio de su actividad, siendo público y debiendo mantenerse actualizado. Se establecerá un régimen jurídico, mediante Real Decreto, para los prestadores del servicio de certificación que permita lograr un adecuado grado de seguridad y protección a los usuarios, debiendo ser esta regulación objetiva, razonable y no discriminatoria. Los sistemas de certificación han de estar coordinados, y la obtención de la acreditación como prestador del servicio de certificación, requerirá una evaluación mediante informe técnico, así como la comprobación del cumplimiento de los requisitos establecidos.

Cuando la prestación del servicio de acreditación se realice por las Administraciones Públicas, sus organismos o sociedades de ellas dependientes, se garantizará la objetividad, transparencia y no discriminación en la prestación del servicio.

En relación al uso de la firma electrónica en el ámbito administrativo, el artículo 5º contempla la posibilidad de requisitos adicionales a fin de asegurar el cumplimiento de las garantías de cada procedimiento. Concretamente se establece la posibilidad de existencia de un servicio de consignación de fecha y hora de los documentos integrados en un expediente administrativo, mediante el cual, el prestador del servicio o un tercero certifique la fecha y hora en que el documento electrónico es enviado por el signatario o recibido por el destinatario. Se determina igualmente el establecimiento de un régimen específico de firma electrónica respecto de información legalmente clasificada, así como en el seno del Ministerio de Economía y Hacienda a efectos de hacer posible el cumplimiento de las obligaciones tributarias.

C) Certificados

Ya hemos señalado que la finalidad esencial de los certificados consiste en la identificación del signatario al que corresponde la clave pública de verificación, se trata pues de dar fijeza al autor del documento mediante la firma electrónica. Pero también hemos visto que la seguridad en el tráfico jurídico requiere la certeza del propio certificado y la supervisión de quien presta el servicio. Todos estos aspectos tienen puntual plasmación en los requisitos contenidos en el artículo 8º del Real Decreto Ley.

Las circunstancias que dicho precepto establece pueden ser agrupadas en tres bloques, según se refieran al propio certificado, al prestador del servicio de certificación y al signatario.

Respecto del certificado, debe contener la mención de que se expide como tal, el código de identificación del propio certificado, el comienzo y fin del periodo de validez y los límites de uso y valor de las transacciones.

Respecto del prestador del servicio, debe estar identificado, así como su firma electrónica.

Respecto del signatario, debe éste encontrarse identificado por su nombre o seudónimo inequívoco, así como cualquier otra circunstancia personal que deba constar en el certificado y cuente con el consentimiento del signatario, los datos de verificación de firma que correspondan a los datos de creación de firma y, en los casos de representación la mención del documento que acredite las facultades del signatario para la actuación en nombre del representado.

De entre todos los requisitos del certificado interesa resaltar el relativo a la mención del poder de representación. El precepto parece partir de la base de que la firma objeto del certificado se vincula a la propia representación, lo cual no ocurre en los supuestos en que el documento tiene como soporte el papel. Efectivamente, una persona física puede actuar en propio nombre o en nombre de otro sin que ello afecte a la autoría del documento por ella firmada, lo que existe en el caso de la representación, es un negocio jurídico anterior por el cual el firmante del documento actúa en nombre de quien le confirió poder. Tal circunstancia, en el caso de la representación, se hace constar como un dato más del documento, se dice a la otra parte en la relación jurídica que se actúa en nombre de un tercero, pero ello afecta a la información contenida en el documento porque es una circunstancia afectante a la relación jurídica que el documento creará, modificará o extinguirá, pero no afecta, en ningún caso a la autoría del documento, o lo que es lo mismo, a la identificación del firmante del documento. La norma parece entender que la firma electrónica no solo se vincula a quien es autor del documento electrónico, sino también a la persona representada cuando tal representación exista; lo que nos lleva a una afirmación, y es que en tal caso, el signatario habrá de tener una firma electrónica propia cuando actúe en su propio nombre y otra cuando actúe en representación de otro. Pero en tal caso, la vinculación de la firma al representado, en absoluto podría subsanar extralimitaciones respecto del poder otorgado, salvo ratificación, ni alterar la verdadera autoría del documento en caso de vicios en la declaración de voluntad.

No resulta claro por qué en el caso del documento electrónico, cuando conscientemente se trata de identificar en sus efectos con el documento sobre papel, se introduce la vinculación entre la firma del signatario y la representación que pueda ostentar, en vez de ser tal circunstancia una de las que conste en el documento para conocimiento de la otra parte en la relación jurídica objeto del mismo, con independencia de quien sea el firmante, e identificando a éste por sí mismo sin necesidad de la alteración de firma según actúe en propio nombre o de un tercero.

Las causas de pérdida de vigencia del certificado se recogen en el artículo 9º: expiración del periodo de validez, revocación por el signatario, pérdida o inutiliza-

ción del soporte, utilización indebida por un tercero, resolución judicial o administrativa, fallecimiento o incapacidad del signatario o el representado, terminación de la representación o extinción de la persona jurídica representada, cese en la actividad del prestador de servicios de certificación, salvo transferencia consentida por el signatario a otro prestador del servicio e inexactitudes graves de los datos aportados por el signatario.

Los efectos del fin de la vigencia del certificado, comienzan a producirse, en los casos de expiración del periodo de validez o cesación de la actividad del prestador del servicio, desde que tales circunstancias se produzcan; en los demás casos desde la fecha en que el prestador del servicio conozca la concurrencia de la causa del fin de la vigencia y la inscriba en su registro. Tal momento de efectos en la extinción de la vigencia del certificado vincula a terceros, de ahí que la norma regule la responsabilidad del prestador del servicio si por causas a él imputables no es conocida tal extinción.

Efectivamente, en los supuestos de causas conocidas por su constancia o notoriedad, fin del periodo de validez o cesación del prestador del servicio en su actividad, no es necesaria una publicidad añadida, de suerte que los efectos frente a todos de la extinción de la vigencia del certificado es desde el momento en que tales causas concurren. Ahora bien, en supuestos, todos los demás, en que las causas no pueden ser conocidas salvo con la debida publicidad, la norma se encarga de establecer el medio en que los terceros puedan tener acceso al dato de pérdida de validez del certificado. Así se dice que, una vez que el prestador del servicio tiene conocimiento cierto de la concurrencia de una de las causas de extinción de la vigencia del certificado habrá de publicarla en el correspondiente Registro y responderá de los perjuicios que se causen al signatario o terceros de buena fe por el retraso en la publicación. A él corresponde la prueba de que los terceros conocían la causa invalidante del certificado. Igual publicidad habrá de resvetir la suspensión de la eficacia de la certificación, bien por voluntad del signatario, bien por orden judicial o administrativa.

Para cumplir los requisitos de publicidad a que se refiere el artículo que comentamos, el 11 e) establece como obligación del prestador del servicio de certificación, mantener un Registro en el que constarán los certificados emitidos y las circunstancias que afecten a la pérdida de vigencia y suspensión de los mismos.

Hemos visto que a efectos de conseguir la seguridad en el tráfico jurídico, la actividad del prestador de servicios de certificación se encuentra supervisada por la Administración, de ahí que los artículos 11 y 12 del Real Decreto Ley regulen una serie de obligaciones a cargo de tales prestadores del servicio de certificación relativas al desempeño de su actividad, estableciendo el artículo 13 la obligación de notificación a los titulares de los certificados con antelación de dos meses el cese de la actividad, transfiriendo a otro prestador del servicio de certificación las vigentes, con el consentimiento del signatario, o bien dejándolas sin efecto.

También habrá de notificarse al Ministerio de Justicia cuando se encuentre inscrito en el Registro existente en tal Departamento.

También se regula expresamente la responsabilidad del prestador de servicios de certificación cuando, por su actuación se causen daños al signatario o terceros. Así

se contiene en el artículo 14 una remisión a las normas civiles en la materia, por responsabilidad contractual o extracontractual, puntualizando que la responsabilidad deriva del incumplimiento de las obligaciones establecidas en el Real Decreto Ley, o, en caso de uso indebido del certificado, si no consignó debidamente en el mismo los límites de uso o del valor de las transacciones. Existe una expresa inversión de la carga de la prueba en cuanto impone la prueba de la diligencia debida al prestador del servicio en caso de que se produzcan daños por su actuación u omisión.

D) Supervisión administrativa

El Real Decreto Ley encarga al Ministerio de Fomento el control a través de la Secretaría General de Comunicaciones del cumplimiento de las obligaciones en él impuestas a los prestadores del servicio de certificación. La actuación del órgano administrativo de supervisión se realiza de oficio, mediante petición razonada del Ministerio de Justicia o de otros órganos administrativos o a instancia de persona interesada. Se establece el deber de colaboración con la Administración en su tarea de supervisión, y la posibilidad por ésta de ordenar la adecuación de la actividad de certificación a las prescripciones legales.

De entre los medios establecidos para ajustar la actividad regulada en la norma que examinamos a sus prescripciones, destaca especialmente el sistema de infracciones y sanciones, distinguiéndose entre infracciones muy graves, graves y leves, y un sistema sancionador que contempla desde la prohibición temporal de actuación para los prestadores del servicio de certificación, hasta multas en diferentes cuantías según la gravedad de la infracción. Se establece la posibilidad de publicación de las infracciones graves y muy graves, así como la anotación en el Registro del Ministerio de las sanciones impuestas. También es objeto de regulación los criterios para la graduación de la sanción.

Hemos podido comprobar como la finalidad de la regulación, basada en los criterios contenidos en el proyecto de Directiva, de la firma electrónica es dotar de seguridad el tráfico jurídico en el que opera y por ello garantizar la autenticidad del documento firmado en el que queda constancia de hechos jurídicamente relevantes. Se trata de dotar de determinados requisitos a un documento a fin de tenerlo por cierto y válido a efectos jurídicos, y por tanto, con aptitud probatoria de su contenido acorde con la seguridad de la que se le dota. Las normas materiales de regulación de las relaciones jurídicas no se ven afectadas por la plasmación del negocio jurídico en un documento electrónico, ni los medios reconocidos en derecho para dar publicidad a las relaciones jurídicas, ni las facultades de quienes dan fe de hechos o circunstancias jurídicamente relevantes. Lo que la norma regula es los requisitos de un nuevo soporte documental, cual es el sistema informático, para una determinada eficacia jurídica.

Pero el Derecho material de aplicación no se ve alterado. Es quizás este aspecto el más interesante desde el punto de vista jurídico y el más difícil de unificar, precisamente porque la vocación universal de los nuevos medios de comunicación exigen normas jurídicas globales que regulen desde un punto de vista material esas transac-

ciones internacionales, y precisamente la puesta en contacto de muy diversos sistemas jurídicos, es lo que provoca, de una parte la necesaria unificación en la materia, y de otra parte la dificultad de realizar la uniformidad.

Nos encontramos ante el inicio de un desarrollo jurídico que dará respuesta al nuevo fenómeno de los sistemas de comunicación a distancia hoy por hoy huérfanos de esa regulación, no ya a nivel de transacciones comerciales, sino respecto de otros aspectos de la vida social. Piénsese en los problemas que ha venido provocando la nula regulación penal –ya iniciada– respecto de los delitos cometidos mediante la utilización de estos nuevos sistemas, o la necesaria protección de la intimidad que puede verse vulnerada a través de tales sistemas.

Desde luego es un paso esencial una regulación coherente, al menos en el ámbito de la negociación jurídica, sobre uno de los instrumentos esenciales para la fijeza y seguridad de ella, cual es el documento, en este caso, el electrónico.