

DOS ASPECTOS DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE CERTIFICACION ELECTRONICA: CONCEPTO Y ACCESO

Daniel Rodríguez Ruiz de Villa
Abogado
Doctor en Derecho

I. ELECCION DEL TEMA.

La contratación electrónica

El mundo de la contratación electrónica es, a mi entender, novedoso, apasionante y complejo. Novedoso, porque estamos hablando de un fenómeno que empieza su segunda década¹, cuando en el ámbito de la contratación en general hay que remontarse a las civilizaciones más antiguas. Apasionante, porque estamos ante una nueva dimensión contractual, difícilmente aprehensible con las categorías clásicas y que implica tener que apartarse de los caminos trillados por la doctrina clásica. Complejo, porque estamos ante una realidad jurídica en la que su ausencia de fronteras exige el constante manejo del Derecho comparado, porque, siendo una de las muestras más claras de la globalización y la formación de la nueva *lex mercatoria*, hasta el momento en que tal conformación global unitaria no se consolide definitivamente es y será imprescindible el manejo de fuentes legislativas propias, comparadas, unionistas (de la Unión Europea) y universales (fruto de la formación del Derecho mercantil internacional por las instituciones supranacionales). Esta complejidad se acentúa si se tiene en cuenta que es preciso trabajar además en el caso español con la legislación vigente y con la anteproyectada, pues en este campo ha existido una sana costumbre del Ministerio de Ciencia y Tecnología de publicitar, a través de su página web, los trabajos prelegislativos en curso, con el fin de suscitar el debate y ayudar al perfeccionamiento de un sector del ordenamiento jurídico tan novedoso y, a la vez, tan cambiante, pues basta ver que en el último lustro los países europeos legislativamente más avanzados en esta materia (Alemania e Italia) han tenido que modificar su primitiva legislación, ya obsoleta.

Acotamiento del tema objeto de estudio

Al objeto de acotar la presente ponencia, y dado que sería imposible abordar con un mínimo de detalle todo el ámbito de la firma y el documento electrónicos, me voy a centrar en el estudio de algunos aspectos de una nueva empresa surgida por mor de la contratación electrónica: el prestador de servicios de certificación. Tales cuestiones van a ser esencialmente dos, ya que pretendo ajustar más el objeto de estudio para alcanzar mayor profundidad en su tratamiento: analizar y criticar su concepto y estudiar los requisitos, si es que los hay, de acceso a la condición de tal.

II. ELECCION DEL CONCEPTO; DIFERENCIAS CON EL NOTARIADO ELECTRONICO.

¹ Sobre sus antecedentes y evolución histórica, *vid.* el completo estudio de VILLAR PALASI, J. L., "Implicaciones jurídicas de Internet", *Revista jurídica de la Universidad Alfonso X El Sabio*, nº 1, 1999, www.uax.es/iurisuax/textos01/vpalas99.htm.

Una primera cuestión terminológica

A la hora de definir al nuevo sujeto interviniente en la contratación electrónica que es objeto de este estudio, el legislador español podía haber escogido entre diversas denominaciones, que se venían apuntando en la doctrina científica española y en la práctica comparada: entre otras, terceras partes confiables, agentes de recuperación de claves², autoridades de certificación³, entidades de certificación⁴, certificadores⁵, proveedores de servicios de identificación, términos que, como acabo de apuntar, venían siendo empleados por la legislación comparada y los trabajos comunitarios (concretamente, el Proyecto de Directiva, primero, y la Directiva 1999/93, finalmente, se refieren a proveedores, indicando que los mismos prestan servicios de certificación)⁶.

Desde esta perspectiva conceptual es cierto que también se les podría haber denominado servidores de claves, pues, en realidad, uno de los objetos fundamentales de su actividad es servir

² Estos dos primeros conceptos fueron empleados por el *Electronic Commerce Statement* de 27 de abril de 1998, del Departamento para el Comercio y la Industria del Reino Unido, como recoge PEREZ PEREIRA, M^a., "Régimen jurídico del prestador de servicios de certificación", *Régimen jurídico de Internet*, CREMADES, J., M. A. FERNANDEZ-ORDOÑEZ y R. ILLESCAS (coordinadores), La Ley, Madrid, 2002, p. 932.

³ En Italia, sobre el empleo de los conceptos autoridad de certificación y certificador en su normativa nacional, *vid.* FEDELI, V., "Documento informatico e firma digitale: valore giuridico ed efficacia probatoria alla luce del Decreto del Presidente della Repubblica 10 novembre 1997, n. 513", *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*, 1998, p. 821 y particularmente la crítica de ARNO, G. y D. LISTA, "La firma digitale nell'ordinamento italiano e comunitario", *Rivista di Diritto Civile*, n° 5, septiembre-octubre 2001, p. 786, al empleo de la expresión autoridad de certificación por causa de su posible confusión con las autoridades independientes existentes en el Derecho italiano. Sobre el uso en el Derecho anglosajón de la expresión *certification authority*, *vid.* RODRIGUEZ ADRADOS, A., "El documento negocial informático", *RJN*, n° 28, octubre-diciembre 1998, p. 77.

⁴ Esta ha sido la denominación elegida por la *Signaturgesetz* alemana de 16 de mayo de 2001: *zertifizierungsstelle*. Ya anteriormente había utilizado la misma denominación la primera norma europea sobre esta materia, la *Signaturgesetz* de 22 de julio de 1997, susceptible de consulta en versión electrónica en www.iid.de/rahmen/iukdg-1, que fue desarrollada a través del Estatuto de las entidades de certificación de 8 de octubre de 1997. Al respecto de la referida normativa germana, *vid.* ORMAZABAL SANCHEZ, G., "La prueba mediante documento electrónico digitalmente firmado", *Act. Civil* 1999-1, p. 222, CRUZ RIVERO, D. J., "Firma electrónica y documento electrónico en la regulación alemana: su adaptación a la normativa comunitaria", *RCE*, n° 25, marzo 2002, p. 33 y FERNANDEZ FERNANDEZ, M^a. C., "La firma electrónica avanzada en el Derecho europeo", comunicación al II Congreso Internacional de bases de un Derecho contractual europeo, Universidad de Lleida, 9 y 10 de mayo de 2002, www.udl.es/dept/dpriv/law/papers2002.html, p. 4. En la doctrina alemana, sobre dicha normativa, *vid.* ROVAGEL, A., "Das neue elektronischer Signaturen: Neufassung des Signaturgesetzes und Änderung des BGB und der ZPO", *NJW*, 2001, pp. 1817-1826.

También este concepto ha sido utilizado por el Decreto-Ley portugués 290-D/99, de 2 de agosto, que aprueba el régimen jurídico de los documentos electrónicos y de la firma digital (*vid.* www.cpacf.org.ar/sid20001/Ley_Portugal.htm), en cuyo artículo 2.h se define a la *entidade certificadora*.

En España es el concepto preferido por BONARDELL LENZANO, R. y R. CABANAS TREJO, "La Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de octubre de 2000: el retorno a la racionalidad y al rigor jurídico", *CDC*, n° 33, diciembre 2000, p. 224.

⁵ Este es el concepto elegido por el artículo 2.f) del Proyecto de régimen uniforme para las firmas electrónicas, revisado en el 36^a periodo de sesiones de Nueva York del 14 al 25 de febrero de 2000 de la UNCITRAL: "Por certificador de información se entenderá a toda persona o entidad que, en el curso habitual de su negocio, proporcione [servicios de identificación] [información de certificación] que se [utilicen] [utilice] para apoyar la utilización de firmas electrónicas [refrendadas]". Utiliza esta denominación en la legislación comparada vigente el artículo 2.1.b) del Decreto Legislativo italiano de 23 de enero de 2002, que transpone la Directiva 1999/93/CE, relativa a la firma electrónica: "Ai fini del presente decreto si intende per:... <<certificatori>> coloro che prestano servizi di certificazione delle firme elettroniche o che forniscono altri servizi connessi alle firme elettroniche"; puede consultarse en versión electrónica en www.giustizia.it/cassazione/leggi2002/dlgs10_02.html.

⁶ *vid.* MARTINEZ NADAL, A., "Comentarios de urgencia al urgentemente aprobado Real Decreto-Ley 14/1999 de 17 de septiembre, sobre firma electrónica (I)", *La Ley*, n° 4.939, 1 de diciembre de 1999, p. 4 y *La Ley de firma electrónica*, Civitas, Madrid, 2000, p. 134. Para una consulta de algunos otros ordenamientos comparados e instituciones de ámbito supraestatal, *vid.* PEREZ PEREIRA, M^a., "Aproximación a la figura del prestador de servicios de certificación", *RCE*, n° 10, noviembre 2000, pp. 4-6.

las claves públicas que se integran en los correspondientes certificados⁷.

El término escogido por el Gobierno español a la hora de aprobar el Real Decreto-ley 14/1999, de 17 de septiembre, que regula el uso de la firma electrónica, fue el de prestadores de servicios de certificación⁸, concepto similar al de proveedores y que frente, por ejemplo, al de autoridades de certificación, deja claro que no se está ante entidades de naturaleza pública - independientemente de la fuerza, seguridad y garantías de su actividad⁹-, no se está ante fedatarios públicos, pese a que en ocasiones, vulgarmente y con ausencia de técnica jurídica, se les denomine "cibernetarios" o "notarios electrónicos"¹⁰; se está ante otro tipo de "mecanismos adicionales de certeza" o "intermediarios reputacionales"¹¹, que constituyen una nueva modalidad de empresa surgida en el tráfico económico contemporáneo.

Ventajas e inconvenientes de la expresión conceptual elegida

Con la elección de este concepto el legislador español ha acertado, no sólo porque refleje aproximadamente lo que es el objeto de actuación de esta nueva empresa, sino también porque fue el concepto que más tarde eligió el artículo 2.e) de la Ley modelo de la CNUDMI sobre las firmas electrónicas adoptada el 5 de julio de 2001¹². Por ello, en términos de homogeneidad transnacional

⁷ Vid. RAMOS, F., "La firma electrónica y su normativa", *Otrosí*, nº 13, marzo 2000, p. 20.

⁸ En Francia, se ha optado por el casi idéntico concepto de *prestataire de service de certification électronique* en el artículo 2.11 del Decreto 2001-272, de 30 de marzo de 2001, que desarrolla la aplicación del artículo 1316.4 *Code* y es relativo a la firma electrónica; puede consultarse en versión electrónica en www.legifrance.gouv.fr/texteconsolide/ARHCG.html. Más próximo es el concepto belga de *prestataire de service de certification*, que utiliza el artículo 2.10º de la Ley de 9 de julio de 2001, que fija ciertas reglas relativas al régimen jurídico de las firmas electrónicas y los servicios de certificación, susceptible de consulta en www.droit-technologie.org/fr. También el Reglamento de Luxemburgo de 1 de junio de 2001, relativo a las firmas electrónicas, al pago electrónico y a la creación del Comité de comercio electrónico, en su artículo 3 utiliza este mismo concepto (puede consultarse su texto en la señalada dirección electrónica www.droit-technologie.org/fr).

⁹ Estas razones mueven a MARTINEZ NADAL, A., *Comercio electrónico, firma digital y autoridades de certificación*, 2ª edición (actualizada con referencias a la Ley española y a la Directiva comunitaria de firma electrónica), Civitas, Madrid, 2000, p. 128, a preferir el concepto autoridad de certificación -también se encuentra el empleo de este concepto en MATEO HERNANDEZ, J. L., "La firma digital y las autoridades de certificación", *XIII Encuentros sobre Informática y Derecho 1999-2000*, Facultad de Derecho e Instituto de Informática Jurídica de la Universidad Pontificia Comillas (ICADE), DAVARA RODRIGUEZ, M. A. (coordinador), Aranzadi, Pamplona, 2001, p. 195 y en RIBAGORDA GARNACHO, A., "Sistema de certificación: la firma y el certificado digital", *Régimen jurídico de Internet*, CREMADES, J., M. A. FERNANDEZ-ORDOÑEZ y R. ILLESCAS (coordinadores), La Ley, Madrid, 2002, p. 1332-, aunque por mi parte prefiero que esa terminología no se haya usado por el legislador, pues así se ayuda a clarificar conceptos en este nuevo campo, en el que puede ser más fácil que surjan dudas; en este último sentido, vid. SUÑE LLINAS, E., "Documento digital y firma electrónica", *RGLJ*, III época, año 2000, nº 2, marzo-abril, p. 232 y la propia MARTINEZ NADAL, A., "La Ley española de firma electrónica (Real Decreto Ley 14/1999)", *Derecho del comercio electrónico (Primeras Jornadas celebradas en la Universidad Carlos III de Madrid)*, La Ley, Madrid, 2001, p. 90.

¹⁰ Vid. VATTIER FUENZALIDA, C., "En torno a los contratos electrónicos", *RGLJ*, III época, año 1999, nº 1, enero-febrero, p. 80, "El régimen legal de la firma electrónica", *Act. Civil*, 2000, nº 11, p. 412, y "Notas sobre los contratos electrónicos", *Nuevas tecnologías y Propiedad Intelectual*, ROGEL VIDE, C. (coordinador), Editorial Reus, Madrid, 1999, p. 90, y RODRIGUEZ ADRADOS, A., "La firma...", ob. cit., pp. 171-172. Especialmente, vid. GARCIA MAS, F. J., "La firma electrónica: Directiva y Real Decreto-Ley 14/1999 de 17 de septiembre", *Act. Civil* 2000, p. 675, cuando indica que "... cuando a veces escucho la palabra Notario cibernético o Notario electrónico, me echo a temblar ya que ello implica un desconocimiento absoluto del significado, esencia y función del Notario español, y de nuestro sistema notarial". En el ámbito comparado, vid. MUÑOZ ESQUIVEL, O., "Actividad de las entidades de certificación frente la (sic.) función notarial", <http://vlex.com/redi/No.35-Junio-del-2001/15>, a propósito de la situación en este campo en Panamá, Colombia y Uruguay.

¹¹ Son las dos expresiones de PAZ-ARES RODRIGUEZ, C., "El comercio electrónico (Una breve reflexión de política legislativa)", *Derecho de Internet. Contratación electrónica y firma digital*, MATEU DE ROS, R. y J. M. CENDOYA MENDEZ DE VIGO (coordinadores), Aranzadi, Pamplona, 1ª reimpresión, 2001, pp. 87 y 90.

¹² Puede consultarse en versión electrónica en www.uncitral.org: "Por <<prestador de servicios de certificación>> se entenderá la persona que expide certificados y puede prestar otros servicios relacionados con las firmas electrónicas".

de conceptos, comparto que el artículo 2.k) del Borrador de Anteproyecto de Ley de firma electrónica de 27 de diciembre de 2001 conserve el concepto de prestador de servicios de certificación, si bien más adelante he de someterlo a una crítica de fondo¹³, al margen de que hubiera sido más clarificador añadir al final la palabra electrónica, como se ha hecho en Francia, para dejar claro que los servicios de certificación que se presentan son electrónicos, lo que permite salvar cualquier duda que se pudiera plantear por causa de que en la tradición latina la certificación es función exclusiva de los diversos fedatarios públicos.

El prestador no es un Notario

La aparición de estos mecanismos adicionales de certeza que son los prestadores de servicios de certificación significa un profundo cambio en el sistema tradicional español, común al continental europeo, caracterizado porque desde el siglo XIX el Estado Liberal se ha venido valiendo de la instauración de medidas de seguridad en la contratación a través de sistemas de control públicos, que se sirven de registros estatales a cuyo cargo se encuentran funcionarios públicos, en combinación con la intervención de los antes citados fedatarios públicos¹⁴.

En consecuencia, el documento electrónico con intervención del prestador no es un documento público

Consecuencias de lo expuesto, de la aplicación del artículo 1216 CC y de lo dicho por el artículo 1.2 RDL 14/99, son que los documentos electrónicos confeccionados con intervención de los certificados de los prestadores de servicios de certificación no son documentos públicos, sino privados, ya que tales prestadores son personas privadas¹⁵ y que la normativa sobre firma electrónica no ha afectado a los artículos 1279 y 1280 CC¹⁶, preceptos que tampoco se han visto afectados más recientemente por la Directiva 2000/31, según expresamente se prevé en su artículo 1.4.d)¹⁷; conforme al artículo 1218 CC *sensu contrario*, su intervención sólo actuará como presunción *iuris tantum*, frente a terceros, del hecho que motiva su otorgamiento, su fecha de otorgamiento y entre las partes contratantes y sus causahabientes de las declaraciones de los contratantes¹⁸.

¹³ Accesible en versión electrónica en www.mcyt.es.

¹⁴ Vid. GALINDO, F., "La regulación de Internet", *La Ley*, 1997-6, p. 1674.

¹⁵ Vid., por todos, MORENO NAVARRETE, M. A., *Contratos electrónicos*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid-Barcelona, 1999, pp. 103 y 112, RODRIGUEZ ADRADOS, A., "El documento...", ob. cit., p. 81, VATTIER FUENZALIDA, C., "En torno...", ob. cit., p. 83 y "El régimen...", ob. cit., p. 419, GARCIA MAS, F. J., "La firma...", ob. cit., p. 675, RECALDE CASTELLS, A., "Comercio y contratación electrónica", *Informática y Derecho*, nº 30-31 y 32, "Uned" Extremadura, 1999, pp. 54-55 y 78-79, JIMENEZ DE PARGA, R., "El comercio electrónico (¿seguridad jurídica?)", *DN*, nº 118-119, julio-agosto 2000, p. 10 -también en *Derecho de Sociedades. Libro homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero*, volumen V, McGraw-Hill, Madrid, 2002- (añade que tampoco son títulos ejecutivos), y SALA I ANDRES, A. Mª., "La autoría en las manifestaciones electrónicas", *La Ley*, nº 5140, 14 de septiembre de 2000, p. 3.

Dice GARCIA MAS, J., *La Ley. Diario de Noticias*, nº 251, 12 de septiembre de 2000, p. 4, que el único certificador que podría dotar de eficacia pública a la certificación sería el Consejo General del Notariado, propugnando una modificación al efecto de la legislación notarial, que, como más adelante expondré, ya ha tenido lugar el pasado año.

¹⁶ Vid. la RDGRN de 26 de abril de 2000, sobre el ámbito de aplicación del Real Decreto-Ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica, en relación con la actuación profesional de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles (B.O.E. de 18 de mayo de 2000).

¹⁷ Ello se justifica, a juicio de GARCIA MAS, F. J., "Análisis...", ob. cit., pp. 2885-2886, en la subsunción de la actuación notarial en el artículo 45 del Tratado de la Unión y en que se trata de una materia de competencia exclusiva de cada Estado miembro, al margen de la armonización comunitaria. Llega a la misma conclusión DIAZ FRAILE, J. Mª., "El comercio electrónico: Directiva y Proyecto de Ley español de 2000 (Crónica de su contenido, origen, propósitos y proceso de elaboración)", *Act. Civil* 2001, p. 17, apoyándose en los artículos 48.4 y 55 del Tratado de la Unión.

¹⁸ Vid. ALAMILLO DOMINGO, I. y BARQUIN GOMEZ, D., "La firma electrónica y los Registros", http://publicaciones.derecho.org/redi/N@umero_19_-_Febrero_del_2000/5, p. 2 y VATTIER FUENZALIDA, C., "El régimen legal de la firma electrónica", *Act. Civil*, 2000, nº 11, p. 419.

Como bien dice la RDGRN de 12 de noviembre de 1999, y en consecuencia de lo que se acaba de exponer, en aquellos casos en que el ordenamiento jurídico español exige un documento público, el documento electrónico privado resultará insuficiente, salvo que se trate de un documento electrónico público administrativo (artículos 45.4 y 46.4 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común) o judicial (artículo 230 LOPJ¹⁹) -y a salvo de los dudosos supuestos de legitimación notarial de firmas, en los que puede considerarse que la misma función de dar constancia indubitada de quien la extiende la puede desempeñar un prestador de servicios de certificación que un Notario²⁰-, de modo que en el primer caso será necesario acudir al Notario o funcionario público competente para que autorice el documento (autenticando la firma digital), como exige el artículo 1216 CC, para que intervenga en el mismo acto de la firma electrónica del documento²¹ o bien otorgue su fe pública *a posteriori* sobre el documento electrónico ya suscrito con firma electrónica avanzada, que de esta forma devendrá en documento o instrumento público electrónico²², como se ha venido a reconocer expresamente en la efímera RDGRN de 26 de abril de 2000, hoy ya derogada por la posterior de 19 de octubre de 2000²³, pudiendo en ese caso denominarse a tal Notario, con corrección técnica, "Notario electrónico"²⁴. Esta posibilidad de existencia del documento público electrónico, que ha de ser notarial, se encuentra explicitada con mayor detalle tras la aprobación del artículo 115 de la Ley 24/2001, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, de 27 de diciembre, que ha redactado el nuevo artículo 17 bis de la Ley del notariado de 28 de mayo de 1862. En ese caso, deberá constar la firma electrónica avanzada del Notario autorizante y de los otorgantes e intervinientes y sus efectos son exactamente los mismos que los de cualquier otro documento público notarial en soporte papel²⁵.

En fin, la no afectación de la configuración clásica del documento público por la aparición de la contratación electrónica se ratificó en nuestro ordenamiento interno ya en el Anteproyecto de Ley de Comercio Electrónico, dado a conocer por el Ministerio de Fomento en febrero de 2000, ya que en el mismo se regulaba sólo la contratación privada, conforme a la previsión del artículo 9 de la Propuesta de Directiva de Comercio Electrónico, hoy ya artículo 9 de la Directiva 2000/31²⁶,

¹⁹ A propósito de la fe pública judicial electrónica, *vid.* ESTEBAN CASTILLO, E., "La fe pública judicial ante las nuevas tecnologías", www.comadrid.es/cmadrid/revista_juridica/numero6/comentario3.htm.

²⁰ *Vid.* FERNANDEZ DEL POZO, L. y F. VICENT CHULIA, "Internet y Derecho de Sociedades. Una primera aproximación", *RDM*, nº 237, julio-septiembre 2000, p. 1000.

²¹ *Vid.* RECALDE CASTELLS, A., "Comercio...", *ob. cit.*, p. 77 y BOLAS ALFONSO, J., "Seguridad en la contratación Internet: firma electrónica y fe pública", *Informática y Derecho*, nº 30-31 y 32, "Uned" Extremadura, 1999, pp. 95-96, advirtiendo este último que no basta con que el Notario autentique la firma, pues ello sería propio de un "fedatario electrónico", no de un "notario electrónico" y recogiendo, p. 103, la declaración primera de la Asamblea General de Notarios miembros de la Unión Internacional del Notariado Latino, celebrada el 2 de octubre de 1998, en Buenos Aires, que proclama: "La necesidad de promover la promulgación de leyes que reconozcan la intervención del notariado de tipo latino, asegurando la legalidad, autenticidad y conservación de los documentos electrónicos, que sirvan de base a las relaciones jurídicas entre las personas físicas y jurídicas de todo el mundo".

²² *Vid.* GARCIA MAS, F. J., "La firma...", *ob. cit.*, p. 675, BOLAS ALFONSO, J., "Seguridad...", *ob. cit.*, pp. 94-95 y FERNANDEZ DEL POZO, L. y F. VICENT CHULIA, "Internet...", *ob. cit.*, p. 949.

²³ Ambas Instrucciones, aunque la primera denominada incorrectamente Circular, cuya naturaleza jurídica no está tratada expresamente en nuestro ordenamiento, como analizan con detalle BONARDELL LENZANO, R. y CABANAS TREJO, R., "La Instrucción...", *ob. cit.*, pp. 218-219, donde concluyen que se trata de un acto administrativo, no de una disposición reglamentaria.

²⁴ *Vid.* BARRIUSO RUIZ, C., *La contratación electrónica*, Dykinson, Madrid, 1998, p. 260.

²⁵ *Vid.* GARCIA MAS, F. J., *Comentarios a la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social*, CAZORLA PRIETO, L. (director), Aranzadi, Pamplona, 2002, p. 320.

²⁶ *Vid.* BARRAL VIÑALS, I., "Comentario a la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior", *CC*, nº 10, septiembre 2000, pp. 65-66.

en el que se admite la exclusión de su regulación de los contratos que requieran la intervención de un Notario, además de los que para ser válidos deban registrarse ante una autoridad pública, los sujetos al derecho de familia y los sujetos al derecho de sucesiones; se trata de contratos que, como manifestó la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley de Comercio Electrónico de 18 de enero de 2001 (cuyo artículo 25.3 mantuvo las exclusiones, lo mismo que el artículo 24 del texto posterior de 30 de abril de 2001, el artículo 22.4 *in fine* del Proyecto de Ley de servicios de sociedad de la información y de comercio electrónico de 8 de febrero de 2002 y el artículo 23.3 del texto definitivo de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico de 2002), requieren un consentimiento meditado y una intervención de fedatarios públicos y registradores, aunque no se descarta su futura posible concertación electrónica. Y es que todo ello es consecuencia de que los prestadores de servicios de certificación no son depositarios de la fe pública.

III. ELEMENTOS DEFINIDORES DEL SUJETO: CRITICA DEL CONCEPTO.

Concepto legal

El concepto de "prestadores de servicios de certificación" aparece en el artículo 2.k RDL 14/99 como "persona física o jurídica que expide certificados, pudiendo prestar, además, otros servicios en relación con la firma electrónica", de modo que son tales quienes emiten los certificados que permiten confirmar y verificar la identidad de los firmantes de los documentos electrónicos. Esta definición facilita ya no confundir a estos sujetos con el denominado, en el artículo 2a) de la Directiva 2000/31, "prestador de servicios", a secas, puesto que este último nuevo concepto comprende exclusivamente a los prestadores de los servicios de la sociedad de información, servicios que, a su vez, se definen por el artículo 1.2 de la Directiva 98/34, modificado por la Directiva 98/48, esto es, se trata de las actividades económicas que se desarrollan en línea, comprendidas las ventas de mercancías en línea, concepto que, dicho sea de paso, aparece de forma bastante más oscura en la Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, pues para llegar al mismo conviene no sólo estar al texto articulado (artículos 1, 2, 3 y 5, al menos) sino también a su Exposición de Motivos (apartados 1 y 2, esencialmente)²⁷.

Análisis de las equivocidades de los conceptos español y comunitario

Antes de seguir adelante con el estudio del concepto, es necesario precisar que aunque la norma diga que se "pueden prestar" otros servicios en relación con la firma electrónica, lo cierto es que hay algún "otro servicio" que es ineludible y definidor del prestador, cual es el de la generación de claves, ya que el artículo 11.b) RDL 14/99 le obliga, indefectiblemente, a prestar tal servicio si así se lo requiere el signatario, al tiempo que no deja claro si ello es función exclusiva de los prestadores de servicios de certificación o no²⁸. Por ello entiendo que dicha función debe sobreentenderse incluso cuando la RDGRN de 19 de octubre de 2000 previó que el Consejo General del Notariado y el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España se constituyen en prestadores de certificación acreditados, exclusivamente para expedir certificados

²⁷ Vid. más en extenso GARCIA MAS, F. J., "Análisis...", ob. cit., pp. 2888-2889 y 2892-2893 y PLAZA PENADES, J., "La responsabilidad civil en Internet: su regulación en el Derecho Comunitario y su previsible incorporación al Derecho español", *La Ley*, nº 5293, 23 de abril de 2001, pp. 2-3.

²⁸ Vid. ALCOVER GARAU, G., "El Real Decreto-Ley sobre la firma electrónica", *RCE*, nº 1, 2000, p. 19 y ALONSO UREBA, A. y G. ALCOVER GARAU, "La firma electrónica", *Derecho de Internet. Contratación electrónica y firma digital*, MATEU DE ROS, R. y J. M. CENDOYA MENDEZ DE VIGO (coordinadores), Aranzadi, Pamplona, 1ª reimpresión, 2001, p. 195, advirtiendo en este último trabajo que aunque el generador de claves privadas no fuese prestador debería cumplir con las obligaciones de éste en este ámbito.

electrónicos, puesto que en dicha Instrucción se dijo que se constituyen conforme a lo dispuesto en el RDL 14/99, que como acabo de exponer implica esa otra función adicional ineludible²⁹.

En similar situación se encuentra el servicio de la revocación y suspensión de los certificados, dado que sin él no funcionaría el sistema de certificados, sería por completo inseguro y resultaría inexistente la confianza en la función de los prestadores.

Consecuentemente, en el aspecto que acabo de referir el concepto español actual del prestador de servicios de certificación es, cuando menos, equívoco.

En todo caso, es de destacar que el concepto español, con la equivocidad que acabo de mencionar, coincide con el artículo 2.e) de la Ley modelo de firmas electrónicas de la UNCITRAL de 5 de julio de 2001³⁰, pero es distinto del comunitario, pues el artículo 2.11 de la Directiva 93/1999, emplea la disyuntiva "o", para atribuir a los allí denominados proveedores de servicios de certificación la competencia de expedición de certificados "o" de prestación de otros servicios en relación con la firma electrónica. Otra nueva equivocidad, porque su función definitoria, no alternativa, es la primera, la expedición de certificados³¹. *De lege ferenda* el artículo 2.k del Borrador de Anteproyecto de Ley de firma electrónica opta por adaptarse a la definición comunitaria y adopta la disyuntiva "o", en coherencia con lo cual elimina de las obligaciones de los prestadores de servicios de certificación (artículo 15) la prestación de otros servicios en relación con la firma electrónica, salvando, por tanto, la equivocidad que la norma española vigente presenta, pero manteniéndose la que muestra la comunitaria.

Caracteres

A partir del concepto normativo aún vigente se pueden extraer como sus caracteres los siguientes:

Entidades públicas o privadas

1.- Pueden ser entidades públicas o privadas. Es factible pensar que tengan mayor éxito las entidades públicas, por causa de generar una mayor confianza del mercado, debiendo recordar aquí

²⁹ Anticipó esta solución, aún bajo la vigencia de la RDGRN de 26 de abril de 2000, RODRIGUEZ ADRADOS, A., "La firma...", ob. cit., pp. 172-173, basándose en que los documentos notariales electrónicos, incluso los de menor entidad, son instrumentos públicos.

³⁰ "Por <<prestador de servicios de certificación>> se entenderá la persona que expide certificados y puede prestar otros servicios relacionados con las firmas electrónicas".

³¹ *Vid.* DIAZ MORENO, A., "Concepto y eficacia de la firma electrónica en la Directiva 1999/93/CE, de 13 de diciembre de 1999, por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica", *RCE*, n° 2, 2000, p. 33 y MADRID PARRA, A., "Proyecto de régimen uniforme de la CNUDMI/UNCITRAL sobre firma electrónica", *RCE*, n° 4, abril 2000, p. 10, "Seguridad, pago y entrega en el comercio electrónico", *RDM*, n° 241, julio-septiembre 2001, p. 1207 y "Ley Modelo de la CNUDMI/UNCITRAL para las firmas electrónicas", *Régimen jurídico de Internet*, CREMADES, J., M. A. FERNANDEZ-ORDOÑEZ y R. ILLESCAS (coordinadores), La Ley, Madrid, 2002, p. 838, calificando en su último trabajo de paradójica la situación a que conduce la Directiva 1999/93 por causa del empleo de la disyuntiva citada. En contra, ALAMILLO DOMINGO, I., "Prestación de servicios de certificación", *Derecho del comercio electrónico (Primeras Jornadas celebradas en la Universidad Carlos III de Madrid)*, La Ley, Madrid, 2001, pp. 125-126, porque defiende que puedan ser prestadores de servicios de certificación quienes, no expidiendo certificados, presten otros servicios en relación con la firma electrónica. En el Derecho comparado se encuentra también el empleo de la misma disyuntiva comunitaria en el artículo 2.1.b) del ya mencionado y reproducido Decreto legislativo italiano de 23 de enero de 2002, en el artículo 2.10° de la Ley belga de 9 de julio de 2001 y en el artículo 2.11 del también referido Decreto francés de 30 de marzo de 2001. Distinta es la solución portuguesa, pues el artículo 2.h de su Decreto-Ley de agosto de 1999 configura la prestación de otros servicios relativos a las firmas digitales como una función más de las entidades certificadoras, que define como "entidade ou pessoa singular ou colectiva credenciada que cria ou fornece meios para a criação das chaves, emite os certificados de assinatura, assegura a respectiva publicidade e presta outros serviços relativos a assinaturas digitais".

que la esencia de la intervención del prestador es la confianza en su actuación y que la confianza es elemento basilar en el desarrollo de la contratación electrónica. Tal mayor confianza *a priori* en el prestador público deviene de dos factores que se hacen fácilmente visibles a quien piense en contratar con uno u otro prestador, público o privado³²:

a).- Por la mayor estabilidad de las entidades públicas respecto de las entidades privadas, lo que evitaría los problemas que puede acarrear para el signatario el cese de actividades de su prestador de servicios de certificación electrónica. Es fácil que una entidad privada desaparezca, puesto que está sujeta a los avatares del mercado, de modo que su fracaso económico acarrearía su liquidación concursal o extracursal. Por el contrario, las entidades públicas gozarán del apoyo de la Administración, ya estatal, autonómica o local, lo que les dota de un blindaje frente a sus crisis económicas.

b).- Por su presunta actuación en función del interés público, que devendrá de su sumisión a la actuación de funcionarios públicos que, por definición, han de ser refractarios a intereses particularistas, que pueden teñir, por contra, la actuación de las entidades privadas.

En todo caso, se plantea una razonable duda acerca de la competencia entre prestadores de servicios de certificación privados y públicos (caso de la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre, que hay que recordar fue declarada por la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, proveedor de servicios de certificación de comunicaciones electrónicas de las Administraciones Públicas entre sí y de éstas con particulares, norma desarrollada por el Real Decreto 1290/1999³³, y encargada de liderar el denominado proyecto CERES, Certificación Española³⁴ -actualmente encargada además del proyecto de crear, para 2003, un nuevo DNI que incorpore la firma electrónica, utilizable a través de una clave privada o de la huella de su titular³⁵-, o del Colegio de Registradores Mercantiles y de la Propiedad, si bien este último, tras la RDGRN de 19 de octubre de 2000, y lo mismo que el Consejo General del Notariado, ha quedado circunscrito a la prestación de certificados para sus respectivos miembros³⁶)

³² Vid. MARTINEZ NADAL, A., "Comentario...", ob. cit., p. 4 y *La Ley?*, ob. cit., p. 135, MATEO HERNANDEZ, J. L., "La firma...", ob. cit., p. 195 y PEREZ PEREIRA, M^a., "Aproximación...", ob. cit., p. 7.

³³ De cuya interpretación se ha ocupado la Sentencia de la Sección 3^a de la Sala 3^a del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2001 (Ponente: Excmo. Sr. D. Oscar González González; *RJA* 2001/5394), para considerar que siendo la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre un prestador de servicios de certificación no afecta en absoluto a la fe pública notarial.

³⁴ Vid. CARRASCOSA LOPEZ, V., M^a. A. POZO ARRANZ y E. P. RODRIGUEZ DE CASTRO, *La contratación...*, ob. cit., pp. 79-80, GARCIA MAS, F. J., "La firma...", ob. cit., pp. 662-663 y FERRER GOMILA, J. L., "Autoridades de certificación", *RCE*, n^o 2, 2000, pp. 83-90.

Desde una perspectiva práctica es de destacar que la propia Fábrica Nacional de Moneda y Timbre informó, en el curso de una mesa redonda organizada en el SIMO 2000, que ya había otorgado 70.000 certificados de firma electrónica, en su mayor parte para la presentación de declaraciones de la renta por vía electrónica (*vid.* diario *Cinco Días*, 10 de noviembre de 2000, p. 27).

³⁵ *Vid.* diario *El País*, 25 de julio de 2001 en su edición electrónica. También *vid.* sobre el futuro DNI electrónico y su especial incidencia en la identificación de la firma de su titular, MADRID PARRA, A., "La identificación en el comercio electrónico", *RCE* n^o 15, 2001, pp. 4-5 y GALINDO AYUDA, F., "Comentarios...", ob. cit., p. 16, este último muy crítico, por causa de que la previsión normativa del Anteproyecto de Ley de firma electrónica entiende que puede conducir a la desconfianza en el comercio electrónico por la excesiva información que acarrea en favor del Estado.

³⁶ La dicción de la RDGRN de 19 de octubre de 2000 es oscura, puesto que refiere la constitución del Consejo General del Notariado y del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España en "prestadores de certificación acreditados... a los únicos efectos de expedir certificados electrónicos". Considero que hubiese sido preferible decir prestadores de certificados, lo que les hace circunscribirse a una de las posibles funciones de los prestadores de servicios de certificación.

En cuanto a la preocupación del Notariado por estar a la cabeza del empleo de las firmas electrónicas en su profesión, *vid.* el Informe de la Comisión de Informática y Seguridad Jurídica de la Unión Internacional del Notariado Latino,

.El hecho de que haya o no real libre competencia entre los mismos va a depender, en primer lugar, de la propia actuación de la Administración Pública, en el sentido de que no exija que haya de intervenir un prestador de servicios de certificación público para que la firma electrónica surta efectos frente a la misma³⁷, y en segundo lugar, en gran medida, de los presupuestos de que dispongan los prestadores públicos y su apoyo por parte de los presupuestos públicos³⁸, ya que, en cualquier caso, el régimen de responsabilidad previsto determinará que los prestadores de servicios de certificación deban ser entidades de gran solvencia económico-financiera³⁹. Entiendo que la separación de cuentas impuesta a los entes instrumentales de las Administraciones Públicas que sean prestadores de servicios de certificación, contemplada en el artículo 4 RDL 14/99, es plasmación del principio de lealtad competitiva entre entidades públicas y privadas en este campo y ayudará limitadamente a impedir dicha competencia desleal, pues lo importante, más que la contabilidad, son los fondos de los que se disponga en cada caso⁴⁰. Además, es de destacar que determinadas entidades ya vienen poniendo de manifiesto su no estricta consideración como entidades privadas, o guiadas por intereses particulares, para defender la conveniencia de acudir a ellas a la hora de obtener los certificados⁴¹; es la defensa del prestigio, de la credibilidad como contrapeso de la simple solvencia financiera⁴², que deja claro, a mi juicio, el que en la actualidad no existe impedimento alguno para que las entidades públicas puedan emitir certificados que se utilizarán fuera del ámbito de la Administración, esto es, para su uso comercial⁴³.

Se justifica, en fin, que no sería adecuado que sólo las entidades públicas pudieran emitir estos certificados porque los usuarios tendrían la sensación de estar sujetos a un constante control fiscal, mientras que si fuesen los organismos judiciales los encargados de esta función, se afirma que los usuarios se sentirían investigados, aunque sólo fuese potencialmente⁴⁴.

Personas físicas o jurídicas

2.- Pueden ser personas físicas o jurídicas. Dentro de las personas jurídicas debe comprenderse a las ya enunciadas entidades públicas como prestadores de servicios de certificación. El hecho de que se admita a las personas físicas en este ámbito de funciones explica

adoptado en Buenos Aires, el 18 de septiembre de 1998, *RJN*, nº 35, julio-septiembre 2000, pp. 301-310.

³⁷ Vid. MADRID PARRA, A., "La identificación...", ob. cit., pp. 37-39, a propósito de la presentación telemática de las declaraciones del IRPF y la exigencia de intervención de la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre en la emisión del certificado de firma electrónica.

³⁸ Vid. IILESCAS ORTIZ, R., "La firma...", ob. cit., p. 13.

³⁹ Vid. MEDINA ORS, G. y RIUS GARRETA, J., "La firma...", ob. cit., p. 32.

⁴⁰ Más optimista es a este respecto GONZALEZ-ECHENIQUE CASTELLANOS DE UBAO, L., "Estudio de la Directiva y del Real-Decreto Ley de 17 de septiembre de 1999 sobre firma electrónica", *Derecho de Internet. Contratación electrónica y firma digital*, MATEU DE ROS, R. y J. M. CENDOYA MENDEZ DE VIGO (coordinadores), Aranzadi, Pamplona, 1ª reimpresión, 2001, ob. cit., p. 237. Sobre el citado principio de lealtad competitiva, vid. MADRID PARRA, A., "La identificación...", ob. cit., p. 37.

⁴¹ Vid. el caso de la Cámara de Comercio de Oviedo, que anunciando la entrada en vigor, a partir de mediados de 2000, de "Camerfirma", servicio de certificación de las Cámaras de Comercio, advierte que "Las Cámaras de Comercio son entidades reconocidas, neutrales y sin interés económico en las transacciones que certifican, con una marca internacionalmente consolidada y presente en todo el mundo. La marca <<Cámara de Comercio>> es sinónimo de confianza empresarial. Y la confianza es la gran aliada de las operaciones comerciales en Internet" (30 días, nº 52, diciembre 1999, p. 2). Sobre "Camerfirma", constituida con el nombre de "AC Camerfirma", con 11 millones de pesetas de capital social y dedicada a la emisión de certificados y la prestación de servicios de consultoría e investigación sobre las nuevas tecnologías y la sociedad de información en el ámbito empresarial, vid. más en extenso FERRER GOMILA, J. L., "Autoridades...", ob. cit., pp. 99-102.

⁴² Vid. MEDINA ORS, G. y RIUS GARRETA, J., "La firma...", ob. cit., p. 32 y PEREZ PEREIRA, Mª., "Aproximación...", ob. cit., p. 7 y "Régimen...", ob. cit., p. 933.

⁴³ Vid. las dudas de MARTINEZ NADAL, A., *La Ley...*, ob. cit., pp. 159-160.

⁴⁴ Vid. ORLANDI, F., "Il Regolamento sul documento elettronico: profili ed effetti", *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, 1998, p. 764.

que en España no se haya hablado, con acierto, de sociedades de certificación, a diferencia de lo que ocurrió en otros ordenamientos, como el italiano⁴⁵: recuerdo que, inicialmente, conforme al artículo 8.3.a) del Decreto de 10 de noviembre de 1997 italiano, sus autoridades de certificación privadas debieron durante su vigencia adoptar la forma de sociedad por acciones y tener un capital social no inferior al necesario para obtener autorización para el ejercicio de la actividad bancaria, esto es, 12,5 millardos de liras⁴⁶; en el particular caso portugués, por su parte, si son personas físicas habrán de tener un patrimonio, libre de cualquier carga, mínimo de 40 millones de escudos, y si fueran sociedades habrán de contar con un capital social mínimo de 40 millones de escudos⁴⁷. Ahora bien, el elevado régimen de responsabilidad y riesgo derivado del ejercicio de estas actividades, genera, ciertamente, problemas para que, en la práctica, se llegue a encontrar a personas físicas prestadores de servicios de certificación⁴⁸.

De lege ferenda la configuración del prestador de servicios de certificación persona jurídica se verá potenciada por la eliminación de un obstáculo que se ha observado a la misma conforme a la normativa española de 1999. El artículo 2.c RDL 14/99 define al signatario como “la persona física que cuenta con un dispositivo de creación de firma y que actúa en nombre propio o en el de una persona física o jurídica a la que representa”, lo que implica que no contempla a la persona jurídica como posible firmante electrónico en cuanto titular de una firma electrónica. Por su parte, el artículo 2.c del Borrador de Anteproyecto de Ley de firma electrónica de 2001, sustituye el concepto signatario por el de firmante y ya lo define como persona a secas, comprendiendo a las personas físicas y jurídicas de acuerdo con una interpretación literal y conforme a sus antecedentes normativos, pues dice que “es la persona que cuenta con un dispositivo de creación de firma y que actúa en nombre propio o en el de una persona física o jurídica a la que representa”. La dicción proyectada se ajusta a la Directiva 1999/93 y al artículo 2.d de la Ley modelo de UNCITRAL de 2001⁴⁹ y permite que los prestadores de servicios de certificación, que también son signatarios de firma electrónica, no tendrán que valerse de que sea una persona física que les represente la firmante, sino que podrán serlo ellos mismos los firmantes electrónico a través de tal persona mediante la proyección de la ficción jurídica que implica la existencia de una persona jurídica también sobre la titularidad de la firma electrónica. Esta opción presenta el inconveniente de que una persona física que represente a la persona jurídica prestadora de servicios de certificación, pongamos por caso su administrador único, una vez cesada su representación podría seguir utilizando la firma electrónica de esa persona jurídica. Cuando el nombre de la persona física que efectúa la comunicación no aparece en la comunicación electrónica realizada, podría ocurrir que

⁴⁵ Vid. ARNO, G. y D. LISTA, "La firma...", ob. cit., p. 786, donde prefieren la denominación ente o sociedad de certificación a la de autoridad; se explica el uso de sociedad o ente porque allí, como verá más adelante, se exigió la adopción de la forma de sociedad por acciones, exigencia que ya no aparece en el artículo 2.b del Decreto Legislativo de 23 de enero de 2002. Cfr. los casos francés, donde el artículo 2.11 del Decreto de 30 de marzo de 2001 también permite que puedan ser prestadores de servicios de certificación electrónica las personas físicas o las jurídicas, y belga, en el que el artículo 2.10º de su Ley de 9 de julio de 2001 coincide con la solución francesa.

⁴⁶ Vid. FEDELI, V., "Documento...", ob. cit., p. 827, ORLANDI, F., "Il Regolamento...", ob. cit., p. 763 y ARNO, G. y D. LISTA, "La firma...", ob. cit., p. 787. Para consultar el texto de la citada norma traducido al español, vid. *Firma electrónica y comercio electrónico*, monográfico 1999, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, pp. 193 y ss.

⁴⁷ Vid. el artículo 14 de su Decreto-Ley de 2 de agosto de 1999: “1. As entidades certificadoras privadas, que sejam pessoas jurídicas, devem estar dotadas de capital social no valor mínimo de Esc. 40.000.000\$00, ou, nao sendo sociedades do substrato patrimonial equivalente? 3. As entidades certificadoras que sejam pessoas singulares devem ter e manter durante toda a sua actividade um património, livre de quaisquer ónues, de valor equivalente ao previsto no nº 1”.

⁴⁸ No soy tan tajante como MARTIN REYES, Mª. de los A., "Las entidades de certificación", [http://vlex.com/redi/No.35 - Junio del 2001/11](http://vlex.com/redi/No.35-Junio-del-2001/11), para quien será imposible la existencia de personas físicas prestadoras de servicios de certificación que emitan certificados reconocidos.

⁴⁹ A propósito de tal definición, vid. MADRID PARRA, A., "Ley Modelo...", ob. cit., p. 835.

incluso el cese de tal administrador único inscrito en el Registro Mercantil no enervaría la buena fe del tercero contratante electrónico, porque este último desconocería quién era el firmante efectivo. Pese a la citada dificultad, me sumo a la tesis de la admisión de la persona jurídica como titular de la firma electrónica, pues considero que da mayor satisfacción a la plenitud de efectos de la ficción jurídica que es, valga la redundancia, la personalidad jurídica *per se*⁵⁰.

Funcionalidad conceptual

3.- Se define normativamente al prestador por sus funciones, que, a su vez, se subdividen en dos:

a).- Una función básica e imprescindible, que es la de la expedición de certificados. El teórico prestador de servicios actúa, pues, como una tercera parte de confianza, que vincula una clave pública, e indirectamente la correspondiente clave privada, a una persona determinada, de forma segura, a través del certificado, que es un elemento de confianza para los terceros que contraten por medios electrónicos con esa persona, asumiendo el prestador una responsabilidad por la exactitud del certificado⁵¹. Para que dicho certificado pueda ser empleado por su titular será necesario que el prestador le proporcione la tarjeta o el disquete que contenga la clave privada, así como el correspondiente programa o aplicación informática que se deberá instalar en el ordenador personal del usuario⁵².

En este ámbito de funciones, a mi juicio, el concepto de prestador de servicios de certificación es equívoco y erróneo. La introducción de la noción "servicios" en la identificación del

⁵⁰ Vid. GALLEGO HIGUERAS, G. F., "La dificultosa...", ob. cit., pp. 1-2 y 5-6, que es partidario de la normativa vigente, en cuanto que restringe la condición de firmante electrónico a la persona física, salvo para el caso del prestador de servicios de certificación, basándose en la alta cualificación que se exige por el artículo 12.d RDL 14/99 a su personal, que determina el que el mismo tenga plena conciencia de la relevancia de mantener en secreto la firma electrónica, y en la necesidad de que el prestador cuente con un reducido número de datos de verificación de firma al objeto de que sean conocidos por los consumidores de sus servicios en general.

A favor del sistema vigente en España, sin admitir restricciones para el caso del prestador de servicios de certificación, en cuanto que coincidente con el contemplado en el párrafo 2.9 de la *Signaturgesetz* alemana de 2001, vid. CRUZ RIVERO, D. J., "Firma? ", ob. cit., pp. 31-32. Idéntico es el sistema seguido en Francia, donde el artículo 1.3 del Decreto 2001-272, de 30 de marzo, dispone: "Signataire: toute personne physique, agissant pour son propre compte ou pour celui de la personne physique ou morale qu'elle représente, qui met en uvre dispositif de création de signature électronique".

A favor de la admisión de que la ficción de la personalidad jurídica comprenda la titularidad de la firma electrónica, MADRID PARRA, A., "Ley Modelo...", ob. cit., p. 835, con tesis que comparto, pues entiendo que no hay, efectivamente, diferencia entre la imputación de las consecuencias jurídicas de la firma electrónica y la titularidad jurídica de la misma. El propio MADRID PARRA, A., *loc. ult. cit.*, p. 838, se muestra asimismo a favor de que el prestador de servicios de certificación persona jurídica sea como tal persona jurídica titular de firma electrónica. Ya refiriéndose al Borrador de Anteproyecto de Ley de firma electrónica de 2001, se muestran a favor de la admisión de la titularidad de la firma electrónica por parte de personas jurídicas, MANENT, M., "Comentarios al Anteproyecto de Ley de firma electrónica, la puerta al nuevo DNI electrónico", www.derecho.com/boletin/articulos/articulo0106.htm y la Asociación Española de Proveedores de Servicios de Internet, en sus Comentarios al Borrador de Anteproyecto de Ley de firma electrónica de 27 de diciembre de 2001, p. 7.

⁵¹ Así, ORMAZABAL SANCHEZ, G., "La prueba...", ob. cit., p. 223 y MARTINEZ NADAL, A., "Aproximación...", ob. cit., p. 3.

⁵² Vid. ALAMILLO DOMINGO, I., y BARQUIN GOMEZ, D., "La firma? ", ob. cit., p. 1 y FERNANDEZ DOMINGO, J. I., "La contratación electrónica y el Real Decreto-Ley 14/1999 sobre firma electrónica", *Act. Civil*, nº 14, 3 al 9 de abril de 2000, pp. 541-542. En la práctica, vid. el caso del Colegio de Abogados de Madrid, que por 6.400 pesetas proporciona a sus colegiados: la tarjeta inteligente que contiene el certificado, el lector de tarjetas dispuesto para ser conectado a un ordenador personal con *Windows 98*, el CD-ROM con los programas necesarios para la utilización de *web-segura* y del correo-seguro con *outlook* y el sobre con las claves de utilización de la tarjeta (vid. *Otrosí*, nº 19, 3ª época, octubre 2000, p. 68). En este punto comparto el llamamiento que hace FERNANDEZ FERNANDEZ, Mª. C., "La firma...", ob. cit., pp. 11-12, para que los prestadores de servicios de certificación unifiquen sus sistemas técnicos de verificación de firmas, ya que ello redundará en beneficio de todos ellos, potenciando su utilización por los contratantes electrónicos.

sujeto no es correcta a estos efectos. Parece como si el prestador fuese parte de un contrato de arrendamiento de servicios, cuando, a mi entender, ello no es en todo caso así.

La expedición de certificados, que es la función que ahora analizo, no es un servicio, es una obra. Es claro que quien se dirige a un prestador de servicios de certificación, para que le expida un certificado, busca de éste la consecución de un resultado: el certificado. Por ello, en este ámbito, el prestador se obliga frente a su cliente a la realización de una prestación que consiste en una determinada configuración de la realidad física y jurídica, distinta respecto del modo en que ésta se encontraba antes de celebrarse el contrato⁵³. El interés de su cliente no se verá satisfecho hasta que el prestador haya conseguido el resultado comprometido, esto es, la emisión del correspondiente certificado, que será lo único que le valga al cliente para su participación en la contratación electrónica, y ello con independencia de que se presten además otros servicios, estos sí, algunos de ellos, servicios *stricto sensu*⁵⁴.

Esta matización que vengo a realizar debería haber tenido una primera plasmación en el concepto utilizado, amén de la incidencia sustancial que ello tiene en materia de responsabilidad, tema que queda al margen del presente trabajo. A mi entender sería mejor haber definido a este sujeto, por tanto, con un concepto que pusiese de manifiesto, para evitar cualquier duda, esta obligación de resultado que asume. Así, propongo que en su denominación se hubiese incluido una referencia expresa al certificado en sí y no a servicios de certificación. Considero que hubiese sido más apropiado hablar de dos tipos de sujetos: prestadores de certificados, a secas; y prestadores de certificados y de servicios relacionados con la firma electrónica. Así y todo, para evitar confusiones, en la presente ponencia me ajusto a la conceptualización legal vigente.

b).- Unas funciones adicionales o complementarias, teóricamente no necesarias ni definidoras del sujeto, que son las de otros servicios en relación con la firma electrónica. Reitero la diferencia que en este punto hay entre la legislación española vigente y la comunitaria, no así en la proyectada como ya he señalado, ya que en la Directiva 1999/93 no se exige al prestador de servicios de certificación la expedición de certificados, pues se admite que lo sea también aquél que sólo presta otros servicios relacionados con la firma electrónica. Por ello entiendo que en la legislación comunitaria sería más acertado el concepto empleado (de no ser porque estimo que también en su ámbito la prestación del certificado es función definitoria del sujeto), frente a la situación española en la que expresamente lo decisivo es la emisión del certificado, siendo teóricamente otros servicios relacionados con la firma electrónica, no definidores del sujeto, sino actividades anexas al núcleo central y necesario de la emisión de certificados. De otra parte, es necesario destacar que aun en el momento en que la normativa española se adapte a la comunitaria, permitiendo que el prestador pueda expedir certificados o prestar otros servicios en relación con la firma electrónica, la solución podrá ser transitoria, pues es posible que la normativa comunitaria se adapte a la Ley modelo de UNCITRAL de 2001, que en su artículo 2.e), como ya he expuesto, contiene la misma solución que la prevista actualmente en la legislación vigente española; una vez más nos encontramos ante la posibilidad de que, por causa de la unificación internacional, primero

⁵³ Sigo la diferenciación entre obligaciones de medios y de resultado de DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, II, *Las relaciones obligatorias*, Civitas, Madrid, 1993, p. 246.

⁵⁴ Cfr. PEREZ PEREIRA, M^a., "Aproximación...", ob. cit., p. 57, defensora de que se está más ante un contrato de servicios que de obra. Por el contrario, es rotundo VATTIER FUENZALIDA, C., "Responsabilidad contractual y extracontractual en el comercio electrónico", *Régimen jurídico de Internet*, CREMADES, J., M. A. FERNANDEZ-ORDOÑEZ y R. ILLESCAS (coordinadores), La Ley, Madrid, 2002, p. 1197, en que "es indudable que la obligación que el certificador contrae con el signatario es una obligación de resultado".

européa y después global, legislativamente estemos girando en círculo, para volver, inútilmente, al punto del inicio del giro, con los problemas de inseguridad jurídica que ello acarrea. En fin, se topa una vez más el intérprete con el necesario cultivo de la ciencia de la legislación, que no sólo procede a nivel nacional sino también a nivel global.

Esos otros servicios complementarios son algo enigmáticos, porque el legislador español no se ha preocupado de sistematizarlos y enunciarlos, circunstancia que es una constante transnacional, pues ni la Directiva 1999/93, ni la Ley modelo de UNCITRAL de 2001, ni el Borrador de Anteproyecto de Ley de firma electrónica se ocupan tampoco de tal cuestión. Pudiera pensarse, en principio, que tales servicios no existen o están necesitados de un desarrollo normativo posterior. Pero tras una labor de exégesis de la normativa vigente, pueden encontrarse, no sin alguna dificultad, tales servicios relacionados con la firma electrónica, a lo largo del articulado del RDL 14/99, siendo los mismos:

- la revocación y suspensión, en caso de pérdida de la clave privada u otro elemento de la firma (artículos 9, 11.e y 12.c RDL 14/99). Mientras que la revocación implica el cese permanente y definitivo del certificado de un momento en adelante, la suspensión, determina su pérdida temporal de vigencia, que no puede llegar a ser permanente⁵⁵. La clave privada sólo es conocida por el firmante, de ahí su nombre, y con ella éste rubrica y cifra al tiempo, electrónicamente, sus mensajes de datos; es, en realidad, el mecanismo generado por un programa informático, consistente en el código o clave criptográfica privada de creación de la firma, que le permite al emisor del mensaje electrónico firmarlo digitalmente, a través de la inclusión de ciertos datos encriptados utilizando dicha clave⁵⁶, lo que explica que cuando el mismo sospeche de que su clave privada está en peligro (ha perdido o le ha sido robada la tarjeta inteligente en que se contiene, considera que el ordenador en cuyo disco duro se encuentra archivada la clave se ha visto desprotegido o si el titular fuese una persona jurídica, ha cambiado el representante físico de la misma, que tenía materialmente la misma) ha de revocarla a la mayor brevedad⁵⁷, o, al menos, suspenderla durante un tiempo hasta ratificar si quiere que la pérdida de vigencia del certificado sea definitiva, en cuyo caso lo revocará, o quiere que recupere su vigencia, en cuyo caso levantará la suspensión⁵⁸. Hay que advertir que falta en el Derecho español, a diferencia de lo que ocurre por ejemplo en Portugal, la contemplación expresa del deber de suspensión o revocación de certificados a cargo de los proveedores y al margen de los casos en que así se solicite por su titular, aunque considero que debe sobreentenderse el mismo a la vista de los preceptos legales españoles que acabo de citar⁵⁹;

⁵⁵ Vid. FERRER GOMILA, J. L., y MARTINEZ NADAL, A., "El problema temporal del sistema de certificados en el comercio electrónico", *RCE*, nº 1, 2000, p. 34.

⁵⁶ Así, GALINDO, F., "El Proyecto de Directiva Europea sobre firma electrónica", *La Ley* 1998-3, p. 1681, JULIA BARCELO, R. y VINJE, T., "Hacia un marco europeo sobre firmas digitales y criptografía. La Comisión Europea da un paso adelante en pro de la confidencialidad y seguridad de las comunicaciones electrónicas", *RDM*, nº 228, abril-junio 1998, p. 697, e ILLESCAS ORTIZ, R., "La firma electrónica y el Real Decreto Ley 14/1999, de 17 de septiembre", *DN*, nº 109, octubre 1999, p. 4. En Italia, FEDELI, V., "Documento...", ob. cit., p. 815.

⁵⁷ Vid. MARTINEZ NADAL, A., *Comercio electrónico...*, ob. cit., p. 199 y DIAZ MORENO, A., "Concepto...", ob. cit., p. 12.

⁵⁸ Sobre la suspensión del certificado vid. MARTINEZ NADAL, A., *Comercio electrónico...*, ob. cit., pp. 217-221. Sobre la plasmación de esta misma previsión concretamente para el caso de la firma electrónica avanzada de Notarios y Registradores, vid. el artículo 109.5 y 6 de la Ley 24/2001, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, de 27 de diciembre.

⁵⁹ Vid. el artículo 31 del Decreto-Ley portugués de 2 de agosto de 1999, en el que se contemplan los deberes de suspensión (cuando haya razones fundadas para creer que el certificado fue emitido con base en informaciones erróneas o falsas, o que las informaciones ya no sean conformes con la realidad o que la clave privada fue violada) y revocación (cuando se hayan confirmado por la entidad certificadora los datos que antes he expuesto para la suspensión, cuando la entidad certificadora cese en sus actividades sin haber transmitido su documentación a otra entidad certificadora, cuando finalice el plazo del certificado, cuando conozca el fallecimiento, interdicción o inhabilitación de la persona física titular o la extinción de

- la generación de las claves, copia y almacenamiento de las mismas (artículo 11.c RDL 14/99). La admisión de la generación de claves por parte del propio prestador de servicios es elogiada en la doctrina especializada, al suponerse que el prestador dispondrá de sistemas más seguros que los que podría utilizar el suscriptor; pero, a la vez, genera el peligro de que el proveedor pueda no destruir la clave privada, una vez que le es entregada al suscriptor, de modo que pueda ser empleada ilegítimamente por un tercero⁶⁰. Esa es, a mi juicio, la razón por la que, en el Derecho comparado, la legislación portuguesa impone como uno de los deberes de las entidades certificadoras el de abstenerse de conocer las claves privadas, así como aceptar su depósito o conservarlas⁶¹. Este criterio fue seguido en España por la RDGRN de 19 de octubre de 2000, al prohibir el almacenamiento de datos de creación de firma al Consejo General del Notariado y el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España como prestadores de certificación, como así se les denomina en la misma;

- sellado temporal, fechado digital o actuación como "notario electrónico", en sentido vulgar, a través de la emisión de certificados que permiten identificar el día y la hora en los que el certificado se expidió o dejó sin efecto (artículo 12.a RDL 14/99), lo que combinado con la fijación de la fecha y hora de la comunicación electrónica permitirán comprobar que efectivamente la misma estaba amparada por el certificado vigente⁶². Esta función puede desarrollarse también al margen de los proveedores de certificados, a través de las que se conocen como autoridades de fechado digital, siendo de gran importancia su actividad, pues permiten garantizar la existencia de un documento, su no modificación posterior y que el mismo fue realizado durante un tiempo en el que la firma digital estaba dentro del periodo de validez del certificado⁶³.

En la doctrina se enuncian también otros servicios que ni siquiera han sido regulados en la normativa vigente, como es el caso de la certificación del envío y del contenido de los mensajes cruzados por signatarios contratantes⁶⁴, la entrega de los dispositivos seguros de creación de firma, la posible colaboración en la construcción o suministro de los dispositivos de verificación de la firma electrónica, en la celebración de foros tendentes a expandir el uso seguro de la firma electrónica, y la prestación de servicios de registro o validación de las solicitudes de certificados⁶⁵. El hecho de que anteriormente me haya referido a suministro no quiere decir que lo haga en el sentido técnico-jurídico de concertación de un contrato de suministro, pues no nos encontramos ante una necesaria prestación continuada de dispositivos de verificación de firma, puede tratarse perfectamente de una prestación esporádica u ocasional⁶⁶.

En el futuro deberá acogerse también en España la prestación de servicios de asesoría o cálculo relacionados con la firma electrónica y de guía de usuarios, a los que ya se refiere la

la persona jurídica titular) de certificados a cargo de las entidades certificadoras.

⁶⁰ Así lo advierte MARTINEZ NADAL, A., "Aproximación...", ob. cit., p. 6.

⁶¹ Vid. el artículo 25.g del Decreto-Ley de 2 de agosto de 1999: "Abster-se de tomar conhecimento do conteúdo das chaves privadas, aceitar o seu depósito, conservá-las, reproduzi-las ou prestar quaisquer informações sobre as mesmas".

⁶² Vid. GALINDO, F., "Vocabulario criptográfico", *La Ley*, 1998-1, p. 1839, PEREZ PEREIRA, M^a., "Aproximación...", ob. cit., pp. 14-15 y "Régimen...", ob. cit., pp. 936-937, MADRID PARRA, A., "Seguridad...", ob. cit., p. 1208, MARTINEZ NADAL, A., "La Ley?", ob. cit., p. 91 y CRUZ RIVERO, D. J., "Firma?", ob. cit., pp. 30-31.

⁶³ Vid. RAMOS SUAREZ, F., "Cómo aplicar la nueva normativa sobre firma electrónica", http://publicaciones.derecho.org/redi/N@umero_19_-_Febrero_del_2000/1, pp. 5 y 11 y "La firma...", ob. cit., p. 26 y PEREZ PEREIRA, M^a., "Aproximación...", ob. cit., p. 14.

⁶⁴ Así, VATTIER FUENZALIDA, C., "El régimen...", ob. cit., p. 415.

⁶⁵ Vid. PEREZ PEREIRA, M^a., "Aproximación...", ob. cit., pp. 10 y 13 y "Régimen...", ob. cit., pp. 935-936 y MADRID PARRA, A., "Seguridad...", ob. cit., p. 1208.

⁶⁶ En el mismo sentido, VATTIER FUENZALIDA, C., "Responsabilidad...", ob. cit., pp. 1182-1183, cuando define al prestador de servicios de la sociedad de la información como suministrador de tales servicios.

Directiva 1999/93, en su Considerando 9, y que no encuentro todavía previstos en el Borrador de Anteproyecto de Ley de firma electrónica de 2001.

En este ámbito de funciones teóricamente no esenciales de los prestadores de servicios de certificación es donde, a mi juicio, se encuentra la justificación del empleo de la palabra servicios en la definición, aunque es cierto que alguno de los servicios enunciados son más obras, resultados, que servicios, medios o simple actividad. Pienso que, en realidad, los auténticos servicios de estos prestadores están circunscritos a los supuestos de asesoramiento en la contratación electrónica, deber de asesoramiento que, proyectado sobre la adopción de medidas necesarias para contribuir a dar seguridad a la firma electrónica y a su verificación fiable se contemplaba expresamente por primera la legislación alemana⁶⁷.

Estos "servicios", supuestamente adicionales de los prestadores, al no ser definidores del sujeto, podría pensarse que sólo serán objeto de prestación cuando hayan sido expresamente contratados. Pero aquí se encuentra otro error de la conceptualización, porque, como acabo de exponer, parte de los servicios adicionales que se acaban de enunciar son obligaciones legales, luego integran la esencia de la función de los prestadores, de modo que es erróneo decir, como lo hace el artículo 2.k RDL 14/99, que el prestador de servicios de certificación "puede" prestar además otros servicios, porque es que parte de ellos, los que se han enunciado antes, debe prestarlos (dependiendo ello sólo del tipo de certificado que expida), por imperativo legal.

IV. REQUISITOS DE ACCESO A LA CONDICION DE PRESTADOR.

IV.A. LA OPCION POR LA LIBERTAD.

*No exigencia de licencia o autorización administrativa *ex ante**

A la hora de regular el acceso a la condición de prestador de servicios de certificación se abre al legislador la posibilidad de instaurar un sistema de libertad o un sistema de sujeción a licencia.

El artículo 4 RDL 14/99 ha optado, al igual que artículo 3.1 de la Directiva 1999/93 y de forma idéntica a como se proyecta en el artículo 4 del Borrador de Anteproyecto de Ley de firma electrónica (de forma más clara incluso en este último, a la vista de que su artículo 4.2 contempla expresamente la intervención de los órganos de defensa de la competencia en este ámbito), por el sistema de libre acceso a la condición de prestador de servicios de certificación, mediante la proyección del principio de libertad de competencia en este campo, libertad de competencia que comprende los servicios de certificación procedentes de alguno de los Estados miembros de la Unión Europea. Se da, de esta forma, satisfacción al principio de libre prestación de servicios en el seno de la Unión Europea, de modo que no se pueden establecer restricciones tanto respecto de la libre prestación de servicios como de los efectos jurídicos de los servicios libremente prestados. Por ello se está ante una equivalencia funcional de firmas electrónicas, con independencia de que su uso se haga en España y la infraestructura de clave pública en que se apoyan o el certificado correlativo radique o se haya expedido desde otro Estado miembro⁶⁸.

⁶⁷ Vid. GARCIA MAS, F. J., "La firma...", ob. cit., p. 669, con referencia a los párrafos 5.1 y 6 de la Ley de Firmas Digitales alemana de 13 de junio de 1997.

⁶⁸ Vid. ILLESCAS ORTIZ, R., "La firma...", ob. cit., p. 13. Sobre el tránsito alemán hasta este mismo sistema, *vid.*

La importancia práctica de esta previsión es fácilmente comprensible, si se tiene en cuenta que los prestadores de servicios de certificación pueden desarrollar su actividad fuera de su país de establecimiento⁶⁹.

Por ello, en principio, cualquier persona que cumpla los requisitos impuestos por el artículo 11 RDL 14/99 puede ser prestador de servicios de certificación, ya que esta labor no ha quedado reservada a determinadas entidades, ni precisa la obtención de licencias o autorizaciones previas⁷⁰. Se trata de una actividad mercantil sujeta al principio de libertad de competencia, lo que implica que el control de los requisitos que se acaban de referir no es *ex ante*, sino *ex post*, de modo que se está ante un control judicial, no administrativo, de los mismos⁷¹.

Crítica del sistema elegido

Es discutible la bondad de este sistema, pues con ser cierto que los controles judiciales *a posteriori* son costosos y problemáticos, especialmente por su lentitud a mi juicio, también debe reconocerse que se consigue evitar una creciente burocratización, igualmente generadora de lentitud y costes⁷².

La solución elegida por el legislador es bien vista por un sector de la doctrina, más mercantilista, ya que se considera que un monopolio o control de acceso en la materia no tiene justificación, ni económica ni tecnológica, además de que entraría en colisión con postulados constitucionales españoles y constitutivos europeos, siendo suficiente el mercado para eliminar a los prestadores de servicios de certificación incompetentes⁷³. Otro sector doctrinal, más fedatarista, ve inconvenientes a este sistema liberal, en el que el prestador de servicios de certificación es una empresa mercantil con finalidad lucrativa, pues considera que se puede poner en peligro a los consumidores (a medida que se vaya difundiendo el uso de la informática entre los ciudadanos se irá incrementando el número de consumidores que concierten contratos electrónicos, pues buscarán contratar los bienes y servicios que pretenden consumir utilizando instrumentos informáticos⁷⁴) y a la seguridad jurídica de la contratación, al separar la función de certificar la identidad de una persona de las que hoy son funciones de los fedatarios públicos; este sector es partidario de que se exija una

CRUZ RIVERO, D. J., "Firma? ", ob. cit., pp. 33-37, donde analiza el párrafo 4.1 de la *Signaturgesetz* de 2001. Sobre la misma situación en Italia, *vid.* el artículo 3.1 del Decreto Legislativo de 23 de enero de 2002: "L'attività dei certificatori stabiliti in Italia o in un altro Stato membro dell'Unione europea é libera e non necessita di autorizzazione preventiva"; en idéntico sentido, está el artículo 4.2 de la Ley belga de 9 de julio de 2001: "Nul prestataire de service de certification ne peut être contraint de demander une autorisation préalable pour exercer ses activités"; también anteriormente el artículo 9 del Decreto-Ley portugués de 2 de agosto de 1999: "É livre o exercicio da actividade de entidade certificadora referida na alínea h) do artigo 2º, sendo facultativa a solicitação da credenciação regulada nos artigos 11º e seguintes".

⁶⁹ *Vid.* PEREZ PEREIRA, Mª., "Establecimiento y Ley aplicable al prestador de servicios de certificación en España", *REDI*, [http://publicaciones.derecho.org/redi/No. 26 - Septiembre del 2000/11](http://publicaciones.derecho.org/redi/No.26-Septiembre-del-2000/11), p. 1.

⁷⁰ *Vid.* MARTINEZ NADAL, A., "Comentario...", ob. cit., p. 14, *La Ley?*, ob. cit., p. 137 y "La Ley?", ob. cit., p. 91, MATEO HERNANDEZ, J. L., "La firma...", ob. cit., p. 196, DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *Derecho privado de Internet*, segunda edición actualizada, Civitas, Madrid, 2001, p. 375 y CALVO-SOTELO, A. y M. C. LOBO COELLO, "La firma electrónica", *Régimen jurídico de Internet*, CREMADES, J., M. A. FERNANDEZ-ORDOÑEZ y R. ILLESCAS (coordinadores), La Ley, Madrid, 2002, p. 1394. En contra de este sistema, *vid.* ALONSO UREBA, A. y G. ALCOVER GARAU, "La firma...", ob. cit., p. 198, a la vista de la relevancia y singularidad de sus competencias.

⁷¹ *Vid.* DIAZ FRAILE, J. Mª., "La documentación...", ob. cit., p. 948 y SALA I ANDRES, A. Mª., "La autoría...", ob. cit., p. 3.

⁷² Se critica este sistema por MUÑIZ CASANOVA, N., *La seguridad en la contratación a través de redes abiertas: la firma electrónica*, Proyecto de Investigación, Universidad de Oviedo, 1999, p. 82.

⁷³ *Vid.* ILLESCAS ORTIZ, R., "La firma...", ob. cit., p. 13 y MARTIN REYES, Mª. de los A., "Las entidades...", ob. cit.

⁷⁴ *Vid.* MADRID PARRA, A., "Contratación...", ob. cit., p. 2952.

autorización administrativa para iniciar la prestación de servicios de certificación, pues considera que hay mayores razones para tal exigencia en estas entidades, que tienen potestad certificante de la identidad de las personas, que en otros casos en los que la legislación clásicamente exige tal autorización, como es el caso de las agencias bancarias o las empresas de transporte por carretera⁷⁵; otros argumentos que se citan en favor de la opción por la previa autorización pública del prestador son que se le dota de una credibilidad añadida y se añade uniformidad transfronteriza al uso de las firmas digitales⁷⁶, así como que puede servir de instrumento para asegurar su independencia y de garantía para el buen funcionamiento del tráfico electrónico⁷⁷. De hecho, por ejemplo, en Alemania, su Ley de Firmas Digitales de 13 de junio de 1997, parágrafos 4 y 5, estableció que sólo se podía utilizar una firma digital tras haberse obtenido previamente el correspondiente certificado, certificado que es expedido por quienes hayan obtenido una licencia expedida, a su vez, por la Autoridad, organismo encargado de conceder tales licencias⁷⁸; en Italia, su Reglamento de actos, documentos y contratos en forma electrónica, de 10 de noviembre de 1997, que desarrollaba el artículo 15.2 de la denominada Ley *Bassanini*, de 15 de marzo de 1997⁷⁹, contempló específicamente la intervención notarial en la autenticación de los documentos electrónicos⁸⁰, intervención que, en la doctrina italiana, llevaba a decir que, en realidad, el Notario, sobre todo en la tradición latina, es el candidato más idóneo para asumir en exclusiva esta función, a la vista de su particular diligencia y competencia y por ser el depositario, por el Estado, del poder de certificación⁸¹. Posteriormente, el Decreto Legislativo italiano de 23 de enero de 2002 ya corrigió aquella inicial postura, para optar por la eliminación de toda autorización preventiva del allí denominado certificador (artículo 3.1: "L'attività dei certificatori stabiliti in Italia o in un altro Stato membro dell'Unione europea é libera e non necessita di autorizzazione preventiva").

La proyección de la libertad en la elección del prestador

Para concluir con el análisis de esta opción por la libertad entiendo que en España debe darse por supuesto que también los participantes en el comercio electrónico son libres para elegir el proveedor de servicios, sin que ninguna de las partes contratantes pueda obligar a la otra, como

⁷⁵ Así, DIAZ FRAILE, J. M^a., "Estudio de la regulación de la firma electrónica en la Directiva Europea de 13 de mayo de 1998 (y II)", *La Ley*, n^o 4678, 24 de noviembre de 1998, p. 3 y "El documento electrónico y la firma digital. Su regulación en la Unión Europea", *NUE*, n^o 177, octubre 1999, p. 22, GARCIA MAS, F., "La contratación electrónica: la firma y el documento electrónico", *RCDI*, n^o 652, mayo-junio 1999, p. 771 y "La firma...", ob. cit., p. 670, y CARRASCOSA LOPEZ, V., M^a. A. POZO ARRANZ y E. P. RODRIGUEZ DE CASTRO, *La contratación informática: el nuevo horizonte contractual. Los contratos electrónicos e informáticos*, Comares, Granada, 1999, pp. 80-81.

⁷⁶ Vid. MARTINEZ NADAL, A., *La Ley...*, ob. cit., pp. 137-138.

⁷⁷ Vid. ALCOVER GARAU, G., "El Real...", ob. cit., pp. 22 y 26.

⁷⁸ Vid. GARCIA MAS, F., "La contratación...", ob. cit., pp. 780-782 y "La firma...", ob. cit., p. 669, y más en general sobre dicha ley alemana, MARTINEZ NADAL, A., "La protección...", ob. cit., p. 119. Para consultar la traducción al español de dicha Ley, vid. *Firma?*, ob. cit., pp. 179 y ss.

Sobre la legislación alemana, también vid. FEDELI, V., "Documento...", ob. cit., pp. 838-840.

⁷⁹ Decía dicho precepto: "Gli atti, dati, e documenti, formati dalla Pubblica Amministrazione e dai privati con strumenti informatici e telematici, i contratti stipulati nelle medesime forme, nonché la loro archiviazione e trasmissione con documenti informatici, sono validi e rilevanti a tutti gli effetti di legge. I criteri e le modalità di applicazione del presente comma sono stabiliti, per la pubblica amministrazione e per i privati, con specifici regolamenti da emanare entro 180 giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge ai sensi dell'art. 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400".

En general, sobre la normativa italiana, vid. LISERRE, A., "L'avvento del documento elettronico", *Rivista di Diritto Civile*, septiembre-octubre 1998, pp. 475-482; FEDELI, V., "Documento...", ob. cit., pp. 809-842; ORLANDI, F., "Il Regolamento...", ob. cit., pp. 743-772; SARZANA DI S. IPPOLITO, F., "I requisiti del contratto telematico: la sicurezza e la identificabilità dei contraenti", *Profili giuridici del commercio via Internet*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1999, pp. 104-120.

⁸⁰ Vid. GARCIA MAS, F., "La contratación...", ob. cit., pp. 782-784 y "La firma...", ob. cit., p. 670.

⁸¹ Vid. ORLANDI, F., "Il Regolamento...", ob. cit., pp. 764-765.

requisito de validez del contrato electrónico, que haya de intervenir un determinado prestador⁸².

IV.B. EL VOLUNTARIO SISTEMA DE ACREDITACION DE PRESTADORES.

Acreditación voluntaria del prestador

La legislación española, sin interferir, a primera vista, con el antes citado principio de libre constitución de prestadores y haciendo uso de la facultad que le confiere el artículo 3.2 de la Directiva 1999/93, regula en el artículo 6 RDL 14/99 los denominados sistemas de acreditación de prestadores de servicios de certificación y de certificación de productos de firma electrónica, de carácter voluntario y sin limitación del número de posibles prestadores, como se previene en el artículo 3.2 de la Directiva 1999/93. Lo mismo ocurre en los artículos 22 y ss. del Borrador de Anteproyecto de Ley de firma electrónica, reguladores del sistema voluntario de acreditación y certificación, que cambian de ubicación respecto del RDL 14/99, pues pasan del Título II, "La prestación de servicios de certificación", del Capítulo I, "Principios generales de la prestación de servicios de certificación", al Capítulo IV, "Sistema voluntario de acreditación y certificación", del mismo Título aunque con distinto enunciado, "Prestación de servicios de certificación". Este cambio de ubicación ratifica el carácter voluntario de la acreditación.

La acreditación voluntaria se define en el artículo 2.11 RDL 14/99, mantenido, con diferencias de redacción de mejora técnica, en el artículo 2.11 del Borrador de Anteproyecto de Ley de firma electrónica, que permiten dejar claro que la acreditación es efectivamente voluntaria. Con la redacción anteproyectada se salvan, por tanto, las dudas que plantea el actual artículo 2.11 RDL 14/99, pues si se sigue una interpretación literal del mismo, cuando dice que la acreditación es una "resolución que establece los derechos y obligaciones específicos para los prestadores de servicios de certificación", podría entenderse que sin tal resolución no hay tales derechos y obligaciones, luego no puede haber prestador, lo que entraría en colisión con el sistema de libre acceso instaurado. Por contra, con la redacción proyectada queda claro que la acreditación simplemente es una certificación del cumplimiento de determinados requisitos para la prestación de servicios de certificación⁸³. La acreditación, es sólo, por tanto, un permiso, una licencia o una autorización a la que se anudan ciertos efectos beneficiosos para el prestador que la consigue, pero no una barrera de acceso⁸⁴.

⁸² Es la solución que expresamente contempla el artículo 10 del Decreto-Ley portugués de 2 de agosto de 1999: "É livre o exercício da actividade de entidade certificadora referida na alínea h) do artigo 2º, sendo facultativa a solicitação da credenciação regulado nos artigos 11º e seguintes", en relación con el artículo 11 del mismo texto legal: "1. É livre a escolha da entidade certificadora. 2. A escolha de entidade determinada nao pode constituir condição de oferta ou de celebração de qualquer negócio jurídico".

En la doctrina patria resaltan este principio de libre elección del prestador de servicios de certificación, FERNANDEZ DEL POZO, L. y F. VICENT CHULIA, "Internet...", ob. cit., p. 1000.

⁸³ Sobre la redacción proyectada, *vid.* GALINDO AYUDA, F., "Comentarios al Borrador de Anteproyecto de Ley de firma electrónica", *La Ley*, 7 de febrero de 2002, p. 15. Claramente consta esta previsión en el artículo 5.1 del Decreto legislativo italiano de 23 de enero de 2002: "I certificatori che intendono conseguire dal Dipartimento il riconoscimento del possesso dei requisiti del livello più elevato, in termini di qualità e di sicurezza, possono chiedere di essere accreditati". También clara es la previsión belga del artículo 17.1 de su Ley de 9 de julio de 2001: "Un prestataire de service de certification qui répond aux exigences de l'annexe II, délivrant des certificats qualifiés qui répondent aux exigences de l'annexe I et qui utilise des dispositifs de création répondant aux exigences de l'annexe III, peut demander une accréditation à l'Administration". No tan clara es la dicción de la normativa francesa, aunque conduce, a mi juicio, a la misma conclusión, la lectura del artículo 7.1 del Decreto de 30 de marzo de 2001: "Les prestataires de services de certification électronique qui satisfont aux exigences fixées à l'article 6 peuvent demander à être reconnus qualifiés".

⁸⁴ *Vid.* MARTINEZ NADAL, A., "La Ley?", ob. cit., p. 92 y *La Ley?*, ob. cit., p. 146. El significado que acabo de aprehender en la acreditación española se hace más claro si se compara con el sistema italiano, que en su Decreto

La acreditación voluntaria, un mecanismo de futuro

La acreditación voluntaria es un mecanismo aún inaplicado en España. El sistema de acreditación voluntaria se ha desarrollado en la Orden del Ministerio de Fomento de 21 de febrero de 2000, por la que se aprueba el Reglamento de acreditación de prestadores de servicios de certificación y de certificación de determinados productos de firma electrónica, en el que se prevé que ha de ser un Centro de nueva creación, no creado, el que ha de emitir los certificados correspondientes de acreditación. Faltando tal Centro es evidente que falta la acreditación, por lo que el sistema sigue inaplicado en la práctica a los casi tres años de su previsión normativa⁸⁵. Cuando el sistema entre en funcionamiento, la acreditación voluntaria, una vez concedida⁸⁶, generará unos efectos beneficiosos en favor del prestador de servicios de certificación que disponga de ella y del usuario de sus servicios -el usuario es "la persona que obtiene la clave pública del suscriptor a través de una copia del certificado que para ese suscriptor ha emitido una autoridad de certificación, y que actúa o está en posición de actuar basándose en ese certificado y la clave pública que contiene y vincula a una persona determinada"⁸⁷-, que se beneficiará de la presunción legal *iuris tantum* de que la firma electrónica avanzada reúne las condiciones para producir sus efectos, previstos en la legislación vigente, pero dejando claro que su no obtención no impide ser prestador de servicios de certificación. Esas ventajas son las que, en un segundo análisis, han llevado incluso a sostener que se puede estar, indirectamente o *de facto*, ante un sistema de autorización reglada⁸⁸. A mi juicio, es la práctica la que determinará hasta qué punto existirán prestadores de servicios de certificación no acreditados, de modo que si no existiesen habría que concluir en el mismo sentido que acabo de referir; será, pues, el mercado el que dictará la última palabra, reconociendo que el legislador ha sentado sólidas bases para que acontezca, en el sentido de privilegiar a los prestadores acreditados.

De hecho, los prestadores de servicios de certificación no acreditados ya han recibido una primera reducción legislativa de sus competencias efectivas por mor de lo dispuesto en el artículo 109.1.a) de la Ley 24/2001, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, de 27 de diciembre, que exige que la firma electrónica de Notarios, Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles en la suscripción de documentos públicos u oficiales propios de sus respectivos oficios, sea avanzada y esté amparada por un certificado reconocido expedido por un prestador de servicios de certificación acreditado. Recuerdo que conforme a la disposición transitoria vigésimo primera de la citada Ley 24/2001, los Notarios y Registradores mencionados han dispuesto de plazo hasta el día 1 de septiembre de 2002 para disponer de tal firma electrónica avanzada.

Legislativo 513/97, de 10 de noviembre de 1997, desarrollado por el Reglamento Técnico de 8 de febrero de 1999, previene como requisito previo del prestador su inscripción en el Registro de la *Autorità per l'informatica nella P.A.*, requisito que, como ya han advertido en su doctrina ARNO, G. y D. LISTA, "La firma...", *ob. cit.*, p. 790, no podrá exigirse a los prestadores procedentes de otros Estados de la Unión Europea.

⁸⁵ *Vid.* PEREZ PEREIRA, M^a., "Régimen...", *ob. cit.*, p. 958.

⁸⁶ *Vid.* MARTINEZ NADAL, A., *La Ley?*, *ob. cit.*, p. 146, donde aventura la posibilidad de unos efectos retroactivos de la acreditación que, a mi entender, exigirían una previsión legal expresa al respecto.

⁸⁷ Tomo el concepto de usuario de MARTINEZ NADAL, A., *Comercio electrónico...*, *ob. cit.*, p. 151.

⁸⁸ Es la tesis de GONZALEZ-ECHENIQUE CASTELLANOS DE UBAO, L., "Estudio...", *ob. cit.*, p. 238. Próximas están las consecuencias a las que respectivamente llegan CRUZ RIVERO, D. J., "Firma?", *ob. cit.*, p. 37, para quien la acreditación será "posiblemente en la práctica? un elemento esencial para el tráfico jurídico electrónico", y RIBAGORDA GARNACHO, A., "Sistema...", *ob. cit.*, p. 1333, rotundo en su conclusión de que "Es de esperar, por tanto, que el buen juicio de los signatarios que deseen certificados les haga recurrir sólo a AC (autoridades de certificación en su terminología) acreditadas".

Cómo acreditarse voluntariamente

La acreditación o evaluación voluntaria es un permiso, licencia o autorización, que se obtiene tras la superación de los requisitos⁸⁹ que se han fijado por el Gobierno a través de la Orden del Ministerio de Fomento de 21 de febrero de 2000⁹⁰ -dictada en desarrollo de la, ciertamente, sorprendente, por su ubicación sistemática, disposición adicional primera del Real-Decreto-Ley 16/1999, de 15 de octubre, por el que se adoptan medidas para combatir la inflación y facilitar un mayor grado de competencia en las telecomunicaciones⁹¹, lo que supuso una degradación normativa del desarrollo del RDL 14/99⁹², y que presenta, además, la deficiente peculiaridad técnica de que contiene una disposición adicional en la que corrige errores de la Orden de 4 de octubre de 1999, por la que se regulan las condiciones de calidad en la prestación de los servicios de telecomunicación, al tiempo que la modifica⁹³ -, por el que se aprueba el Reglamento de acreditación de prestadores de servicios de certificación y de certificación de determinados productos de firma electrónica, y el pago de la correspondiente tasa de 47.500 pesetas por cada acreditación o certificación reconocida, cantidad que es susceptible de actualización por Real Decreto (artículo 23 RDL 14/99).

Así pues, repito, la principal ventaja que implica la disposición por un prestador de servicios de certificación de la citada acreditación estriba en que se presumirá que la firma electrónica avanzada reúne los requisitos precisos para producir los efectos jurídicos de asimilación a firmar en papel y prueba en juicio (artículo 3.1 RDL 14/99).

Conforme a ese Reglamento de 21 de febrero de 2000, el Ministerio de Ciencia y Tecnología controla la calidad de los prestadores que voluntariamente se someten al mismo y, como tal norma dice, les imprime una especie de "sello de calidad", o "sello digital" como afirma la doctrina⁹⁴, pues se considera que el cumplimiento de las disposiciones reglamentarias permite alcanzar un adecuado grado de seguridad, calidad y confianza en la prestación de los servicios de

⁸⁹ Objetivos, razonables y no discriminatorios, para URÍA, R., A. MENENDEZ y M. VERGEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, II, Civitas, Madrid, 2001, p. 78.

⁹⁰ *Vid.*, a diferencia de España, el Decreto italiano de 8 de febrero de 1999 (para consultar su texto en español, Firma? , ob. cit., pp. 207 y ss.) y la Circular de la Autoridad para la Informática de la Administración Pública (AIPA) de 26 de julio de 1999, que contienen el régimen de presentación de la solicitud de inscripción en el registro público de certificadores en desarrollo del artículo 8.3 de su Decreto 513/97, analizada dicha normativa por DELFINI, F., "Il commercio elettronico", *Il commercio elettronico. Il documento digitale, Internet, la pubblicità on line*, EGEA, Milán, 2000, pp. 40-41, SARZANA DI S. IPPOLITO, F., "I requisiti...", ob. cit., pp. 101-102 y ARNO, G. y D. LISTA, "La firma...", ob. cit., esp. pp. 786-787. Tal normativa italiana subordina el ejercicio de la función del prestador de servicios de certificación a la inscripción y, como advierten los citados ARNO, G. y D. LISTA, "La firma...", ob. cit., p. 799, implica una medida contraria a la libre concurrencia en infracción del artículo 49 del Tratado de la UE. Sobre su aplicación práctica *vid.* la página www.aipa.it, donde se enumeran los certificadores inscritos, todos ellos sociedades por acciones por imperativo legal, a 5/3/01: "S.I.A.", "SSB", "BNL Multiservizi", "Infocamere SC", "Finital", "Saritel", "Postecom" y "Seceti".

En España sobre la operatividad del citado Reglamento, cuestión de índole esencialmente administrativa en la que no entro, *vid.*, por todos, DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *Derecho?*, ob. cit., pp. 375-376 y con mayor detalle MARTINEZ NADAL, A., "La Ley?", ob. cit., pp. 92-102.

⁹¹ Advierte, con acierto, la discordancia entre la disposición adicional referida y la materia objeto del citado Real Decreto-Ley 16/1999, MARTINEZ NADAL, A., *La Ley...*, ob. cit., p. 147, "Firma...", ob. cit., p. 71 y "Firma...", ob. cit., pp. 50-51. En el mismo sentido, MADRID PARRA, A., "Proyecto...", ob. cit., p. 14, Nota (62). ¿Dónde está la ciencia de la legislación?

⁹² Que debió haber sido, como advierte SUÑE LLINAS, E., "Documento...", ob. cit., pp. 234-235, a través de norma reglamentaria aprobada en Consejo de Ministros.

⁹³ Así lo advierte BARRAL VIÑALS, I., "Comentario a la Orden de 21 de febrero de 2000", *CC*, nº 7, mayo 2000, pp. 100-101, respecto de la supresión de las menciones relativas al momento de otorgar la licencia, para así dar satisfacción a la imposibilidad de control previo de los prestadores de servicios de certificación.

⁹⁴ *Vid.* JIMENEZ DE PARGA, R., "El comercio...", ob. cit., p. 8.

certificación, que dotarán de protección adecuada y suficiente a los consumidores de los mismos⁹⁵.

Como ya se ha advertido en la doctrina, esta situación dual española (prestadores acreditados y no acreditados) genera problemas en el mercado, en la medida en que pueden sobrevenir dudas y dificultades a la hora de analizar los efectos de los certificados emitidos por esos dos tipos de proveedores de servicios de certificación⁹⁶.

⁹⁵ Así, CASTAÑER CODINA, J., "Comentario a la Orden de 21 de febrero de 2000, por la que se aprueba el Reglamento de acreditación de prestadores de servicios de certificación y de certificación de determinados productos de firma electrónica", *CM*, nº 12, 20 de abril de 2000, p. 62, con apoyo en los artículos 1.1 del Reglamento de 21 de febrero de 2000 y 6.1 RDL 14/99.

⁹⁶ Así, MARTINEZ NADAL, A., "Aproximación...", *ob. cit.*, p. 6.

RESUMEN

Dentro del vasto y novedoso campo de la contratación electrónica se atiende en este trabajo al estudio de un aspecto concreto del mismo: el análisis crítico de dos cuestiones particulares sobre los prestadores de servicios de certificación, su concepto y el régimen de acceso a la condición de tales.

Para ello es preciso aproximarse con detalle a un complejo entramado de disposiciones, tanto nacionales como integradas en el Derecho comparado, estatales y supraestatales, vigentes y en trance de elaboración, lo que unido a lo novedoso de la materia conduce a que se trate de un análisis que se ha tratado fuese riguroso y completo.

Se parte de una crítica al propio concepto de prestadores de servicios de certificación por cuanto que el mismo es distorsionante y puede conducir a interpretar erróneamente la naturaleza jurídica de los contratos que conciertan en el desarrollo de sus funciones, arrendamientos de servicios, cuando se puede apreciar que la mayoría de tales contratos son arrendamientos de obra.

Asimismo, se propone un exquisito cuidado al enunciar legalmente las funciones propias de los prestadores, al objeto de que quede claro que la expedición de certificados ha de ser su función propia, exclusiva y definitoria, siendo otras funciones relacionadas con la firma electrónica -que convendría fuesen enunciadas, al menos *ad exemplum*, por la legislación-, adicionales y no esenciales.

Se defiende la necesidad de dotar regulación expresa en nuestro ordenamiento jurídico al prestador de servicios de certificación persona jurídica como signatario de firma electrónica, al objeto de dar así solución a los problemas que la situación actualmente vigente viene planteando al contemplar como único signatario a la persona física.

Por último, en cuanto al régimen de acceso se aprovecha para analizar el todavía inaplicado sistema voluntario de acreditación, que ha de dotarse de verdadera aplicación práctica y en el que está llamado a desempeñar una función esencial en el prestador de servicios de certificación auténticamente competitivo en el mercado de la firma electrónica.

ABSTRACT

Inside the wide and the recent theme of e-commerce I direct my attention in this article toward a concrete aspect of it, the critical study about two singular questions relative to the third parties of confidence: the concept and the regimen of access to that condition.

In order to execute that work is necessary approach with detail to a complicated system of dispositions, not only nationals but too belonging to Comparative Law, in force and futures. By these motives the study of the theme of this work needs a deep and complete analysis.

I begin my work censuring the concept of third parties of confidence because I consider that this concept is ambiguous and can carry toward an erroneous interpretation about the juridic nature of the contracts that these entities accord when they're doing these functions, renting of services, when it's easy understanding that the greater part of these contracts are renting of works.

On the other hand I've tried to be very careful when I've studied the law that regulates the third parties of confidence's functions, in order to make clear that the function of despatching certifications must be their exclusive and characteristic function. About the rest of functions relative to the electronic sign I defend that like the law doesn't define, it's necessary demanding of the Parliament that it begins their works in order to complete that legal gap.

In this work I defend the necessity of giving a direct regulation in our Law to the third parties of confidence juridic persons when they're electronic signers, because only when that regulation exists the current problems about the juridic persons electronic signers will be determined.

Last, but not least, I study the regime of access and I analyze the voluntary system of accreditation, without practical application today, but it'll have an essential function in the future when the third party of confidence wishes to be competitive in the market of electronic signature.