

REFLEXIONES ACERCA DE LA FIRMA ELECTRÓNICA Y EL NUEVO MERCADO DE SERVICIOS DE CERTIFICACIÓN

Roberto Couto Calviño
robertocouto@terra.es

PALABRAS CLAVE

Firma electrónica, prestadores de servicios de certificación, libre competencia

RESUMEN

El acogimiento legal de la firma electrónica en nuestro Ordenamiento, así como el de la figura de los prestadores de servicios de certificación (en adelante, PSC), no sólo ha estado plagada de las más diversas controversias doctrinales, que incluso han cuestionado el encaje de la firma electrónica y los PSC en nuestro Derecho, sino que además, la confusión existente sobre lo que la firma electrónica es, y lo que la prestación de servicios de certificación comporta, que encuentra su justificación en su origen técnico y ajeno a nuestra cultura jurídica, han generado también constatables e importantes distorsiones en el nuevo mercado de servicios de certificación de firma electrónica, que comprometen en buena manera la libre competencia en el mismo.

* * *

SUMARIO

I. La firma electrónica como institución jurídica singular y autónoma. 1. *La pluralidad de formas de la firma electrónica.* 2. *Una comparación irresistible: firma electrónica vs. Firma manuscrita.* 3. *Algunas críticas recurrentes que se pueden obviar.*
II. Precisiones en torno a la figura de los prestadores de servicios de certificación. 1. *Los PSC como prestadores de servicios de la Sociedad de la Información.* 2. *Aproximación a la actividad y funciones de los PSC.* 3. *¿Prestadores de servicios o autoridades que prestan servicios?* 4. *Los PSC no son cibernotarios.*
III. El nuevo mercado de servicios de certificación. 1. *Sus principios reguladores.* 2. *Principales distorsiones en el mercado.*
IV. Bibliografía

I. La firma electrónica como institución jurídica singular y autónoma

1. La pluralidad de formas de la firma electrónica

El artículo 3 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica (en adelante, LFE), en su párrafo primero, establece que “la firma electrónica es el conjunto de datos en forma electrónica, consignados junto a otros o asociados con ellos, que pueden ser utilizados como medio de identificación del firmante.” Creemos que cualquier análisis en torno a la firma electrónica, ha de partir y asumir cabalmente y en su exacta medida esta definición legal, por otro lado, tan loablemente respetuosa con el principio de neutralidad tecnológica¹ y con la realidad práctica, podríamos decir.

Conforme al *dictum* legal que acabamos de citar, técnicas tan socorridas como el empleo del par usuario-contraseña, o el mecanismo ordinario de encendido y puesta en servicio de cualquier teléfono móvil mediante la asociación de un número personal (PIN) a un número de teléfono, o incluso la consignación al pie de un mensaje de la firma manuscrita digitalizada, bien podrían calificarse de firma electrónica. Del mismo modo, y con amparo además en lo dispuesto en el artículo 3.10 LFE, también sería posible que se configurara convencionalmente y con total libertad, mediante acuerdo entre las partes en el marco de una relación

¹ En virtud de dicho principio, la regulación de los aspectos jurídicos de la contratación electrónica y los servicios de la Sociedad de la Información no debe decantarse por una concreta técnica, coartando el desarrollo tecnológico, sino ser susceptible de abarcar las tecnologías diversas existentes y futuras. Cfr. a este respecto ILLESCAS ORTIZ: *Derecho de la contratación electrónica*, Madrid, 2001, págs. 50-54.

jurídica, cualquier otro mecanismo, para que tenga validez como firma electrónica, al margen de las precisiones legales.

Siendo ello así, hemos forzosamente de reconocerle a la firma electrónica un carácter multiforme, y en este sentido, quizás fuese incluso mejor hablar de “firmas electrónicas” (en plural), en el sentido de que no se trata de un único mecanismo sustancialmente idéntico en todos los casos, sino de diversos mecanismos distintos, basados en técnicas distintas, cuyo nexo común es el de cumplir una misma función básica: la de permitir identificar al firmante en el ámbito electrónico, al igual que la firma manuscrita lo hace en el documento de papel. De hecho, la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) y la guía para su aplicación, aprobada por Resolución 56/80 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 85ª sesión plenaria, de 12 de diciembre de 2001, cuando hablan del concepto genérico, utilizan el plural.

Algunos autores², por su parte, al comentar las diversas clases de firma electrónica que establece el legislador, tanto comunitario como español, señalan que se ha adoptado una postura dualista, donde junto a un concepto amplio de firma electrónica, en base a los criterios definitorios simples que establece el art. 3.1 LFE, se distingue la firma electrónica *avanzada*, la cual, conforme precisa el párrafo segundo del aludido art. 3 LFE, además de permitir identificar al firmante (garantiza la autenticidad del documento), posibilita también detectar cualquier cambio ulterior de los datos firmados (garantiza la integridad del documento), está vinculada al firmante de manera única y a los datos a que se refiere, y ha sido creada por medios que el firmante puede mantener bajo su exclusivo control (garantiza el no repudio del documento). En realidad, como señala la doctrina más reputada, detrás del concepto de la firma electrónica avanzada, se esconde el concreto

² Cfr. ILLESCAS ORTIZ: *Derecho de la contratación...*, p. 53; MARTÍNEZ NADAL: *Comentarios a la Ley 59/2003 de firma electrónica*, Madrid, 2004, págs. 57 y ss, y también CRUZ RIVERO: *Eficacia formal y probatoria de la firma electrónica*, Madrid, 2006, p. 51 y n. 88, con autores que cita.

mecanismo comúnmente denominado *firma digital*, que no es sino uno más entre los diversos mecanismos o formas de firma electrónica³, pero que alcanza un alto grado de solvencia técnica en términos de seguridad, al estar basada en sistemas de cifrado asimétrico o de clave pública⁴. Además, el art. 3 LFE, en su párrafo tercero, viene a singularizar una subclase concreta de firma electrónica avanzada, que denomina firma electrónica *reconocida*, basada en un certificado reconocido y generada mediante un dispositivo seguro de creación de firma, esto es, se trata de una firma digital muy cualificada en términos de seguridad, fiabilidad y garantía en la prestación del servicio, a partir de una serie de requisitos muy exhaustivos y rigurosos en los procesos de identificación del firmante, datos a incluir en el certificado, y demás precisiones técnicas en la generación y tratamiento de las claves y demás datos, que taxativamente establece la Ley.

Pero en resumidas cuentas, lo que esta variedad de formas encierra, y a veces se olvida, con el lógico desconcierto, es que cuando hablamos de firma electrónica nos encontramos ante una verdadera institución jurídica, singular y autónoma, netamente diversa de la firma manuscrita, sujeta a un régimen peculiar, legal o convencional, y susceptible de manifestarse por medio de técnicas informáticas distintas, cuya característica común es la de

³ Entendemos que no resulta admisible hoy en día, a la luz del art. 3.1 LFE y de lo que llevamos comentado, asimilar o confundir jurídicamente los términos firma electrónica y firma digital, tal y como recientemente sostiene todavía algún autor como FERNÁNDEZ DOMINGO: *La firma electrónica (aspectos de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre)*, Madrid, 2006, págs. 34 y ss. y n. 30. Es más, si algo tiene de bueno la LFE en su definidor art. 3.1 es el no asimilar la firma electrónica con ninguna tecnología concreta, tal y como ya hemos indicado, lo cual resultaría muy criticable ante una realidad tan dinámica y cambiante como es la de las tecnologías de la información y las comunicaciones; y si algo tiene de criticable la LFE en su conjunto sería el excesivo celo y minuciosidad en la regulación de la firma avanzada, en la medida en que detrás de dicha clase legal de firma electrónica, se esconde el mecanismo técnico de firma digital, que no es sino uno entre los posibles, con el riesgo evidente de que dicha regulación se vea pronto superada por la realidad práctica o suponga un encorsetamiento legal que ahogue la innovación.

⁴ Para una explicación sencilla y suficientemente exhaustiva del funcionamiento de los sistemas de cifrado de claves asimétricas aplicados al proceso de firma digital, vid. CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO. COMISIÓN DE CONTROL DE SISTEMAS DE INFORMACIÓN: *Libro blanco de la Firma Electrónica Notarial*, Madrid, 2001, págs. 14 y ss., y también MARTÍNEZ NADAL: *Comentarios...*, p. 67 y ss, entre otros.

permitir identificar al suscriptor en el ámbito electrónico.

Tal parece ser la consideración que comienza a abrirse paso en la doctrina jurídica más reciente⁵, superando la inicial perturbación a la que nos aboca la simple comparación mimética de la firma electrónica con la firma manuscrita.

2. Una comparación irresistible: firma electrónica vs. firma manuscrita

El parangón entre la firma manuscrita y electrónica estimamos que en rigor no resulta posible, y creemos que no propicia una sana comprensión jurídica, para la construcción de una certera teoría de la firma electrónica.

Entre las manifestaciones de esta inadecuada comparativa podemos referirnos al hecho de asociarse a la firma electrónica indefectiblemente, incluso por parte de la doctrina más reciente a la que acabamos de aludir, una función autenticadora, junto a la función identificativa que indudablemente tiene. La doctrina más general o consagrada⁶ viene estimando que función identificativa y declarativa o de autenticación van parejas en la firma electrónica, en el sentido de que el uso de la misma siempre se vincula de forma esencial a una declaración de voluntad, sin que quepa abstraer dicho uso de un mensaje con contenido negocial. Sin embargo, una consideración netamente autónoma y singular de la firma electrónica, no presupondría en modo alguno la existencia de aquella función

⁵ Cfr. CRUZ RIVERO: *Eficacia formal...*, págs. 21-56; y del mismo autor: «Análisis de los antecedentes del concepto de firma electrónica como equivalente a la firma manuscrita», RCE, nº 60, 2005, págs. 3-122, que alude a la firma electrónica como institución jurídica, desentrañando su naturaleza y concepto a la luz del principio de equivalencia funcional.

⁶ Cfr., entre otros muchos, ILLESCAS ORTIZ: «La firma electrónica y el Real Decreto 14/1999, de 17 de septiembre», DN, nº 109, 1999, págs. 1-14, p. 2; y JULIÀ BARCELÓ, *Comercio electrónico entre empresarios: la formación y prueba del contrato electrónico (EDI)*, Valencia, 2000, págs. 211 y ss.

de autenticación, que sí nos vemos abocados a asumir y a estimarla inherente a la firma electrónica, si partimos del esquema comparativo con la firma manuscrita.

Y es que sin necesidad de forzar el tenor legal (véase sino el ya transcrito art. 3.1 LFE), entendemos que no hay por qué caer en ese reduccionismo, al que la Ley no obliga, sino que quizás incluso evita conscientemente, cuando en la práctica más cotidiana y extendida, los mecanismos de firma electrónica vienen usándose regularmente como medio de identificación, no directa o exclusivamente vinculados a una declaración negocial o incluso a un acto jurídico. La idea subyacente de la función autenticadora de la firma manuscrita, en el sentido de suponer una voluntad de la persona firmante de ligarse al acto o mensaje que suscribe, nos sugiere de nuevo la rechazable extrapolación al ámbito de la firma electrónica de tales notas características de la firma manuscrita. Una verdadera y realmente autónoma configuración de la firma electrónica como institución singular nos lleva a propugnar, siguiendo cabalmente el tenor legal, su desvinculación respecto de esa función autenticadora o declarativa; siendo ello, además, más acorde con la realidad práctica, como decimos, donde los mecanismos de firma electrónica se utilizan muy habitualmente abstraídos de tal función⁷.

El legislador español en el párrafo cuarto del art. 3 LFE parece confirmar en cierta medida este postulado, al no declarar equivalente a la firma manuscrita sino una cierta clase de firma electrónica. Efectivamente, la Ley se detiene particularmente en la firma electrónica reconocida, netamente destinada a un uso contractual, y única clase de firma electrónica legalmente asimilable en términos de equivalencia funcional a la firma manuscrita, en virtud del precepto que acabamos de citar, por lo que cuando el Ordenamiento jurídico exija forzosamente una firma manuscrita, dicho

⁷ Dificilmente podemos encontrar una eventual función declarativa o autenticadora cuando se utiliza la firma electrónica como mecanismo de control de acceso a contenidos *on line*, por ejemplo.

requisito sólo va a poder ser cumplido respecto de un documento electrónico, si el mismo va acompañado de una concreta clase de firma electrónica, avanzada y reconocida⁸. Mas ello no invalida de por sí el empleo de cualquier otra clase de firma electrónica, que en absoluto hemos de entender ineficaz, pues de la misma forma que es posible utilizar ocasionalmente o en función de la entidad o importancia económica del documento firmado, una rúbrica sencilla en el ámbito del papel, también en el ámbito electrónico pueden darse diversas formas de firma, con distinto valor probatorio, en la medida en que no todas las clases de firma electrónica, garantizan suficientemente los parámetros de seguridad generalmente adoptados como necesarios, como pueden ser la autenticidad o la integridad del documento, que sí se garantizan mediante el empleo de la firma electrónica reconocida. Aun así, en cualquier caso, no deja de resultar sorprendente que en el ámbito electrónico se exijan semejantes cautelas, lo cual no denota sino una cierta desconfianza absurda, en tanto que en el mundo del papel, la firma manuscrita, salvo en los negocios más solemnes, no aparece adornada de todas esas cautelas que la Ley exige para la firma electrónica equivalente, ni el empleo de aquélla da lugar a que los parámetros de seguridad que hemos aludido queden garantizados. Como señala algún autor⁹, socialmente la firma manuscrita ha venido gozando de una función simbólica que le ha dado mayor fuerza de la que sus características de hecho presentan, pues culturalmente se la liga a una fiabilidad absoluta que objetivamente no tiene y hace que se minimicen sus desventajas, entre las cuales están su mutación con el tiempo o que adolece de sentido por sí sola si no se conoce a la persona.

Además, por otro lado, la firma electrónica tiene un ámbito de uso, diverso en su consideración y circunstancias, al de la firma manuscrita, y no sólo en atención a que ésta habrá de usarse en el ámbito del papel y aquélla en el electrónico (donde la noción de documento original, por ejemplo,

⁸ Cfr. CRUZ RIVERO: *Eficacia formal...*, págs.180-182, y también ALAMILLO DOMINGO y URIÓS APARISI: «Comentario crítico de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica», RCE, nº 46, 2004, págs. 3-64, especialmente págs. 20 y 37.

⁹ Vid. JULIÀ BARCELÓ, págs. 209-210.

aparece diluida y las relaciones jurídicas se automatizan y resultan más ágiles), sino también en atención a que la firma electrónica puede incorporar y ser susceptible de operar otras funcionalidades o usos de los que adolece completamente la firma manuscrita, como es la de garantizar la confidencialidad de un documento o su integridad¹⁰. Precisamente, en la medida en que la firma electrónica pueda ser usada o se use única y exclusivamente para dar confidencialidad a una comunicación o para garantizar su integridad, no irá acompañada de esa voluntad de vincularse con el mensaje, es decir, en tales casos no tendrá no solo finalidad declarativa o autenticadora, tal y como venimos sosteniendo, sino ni tan siquiera identificativa. Y es en esa medida también en la que puede cobrar sentido la expresión del legislador en el art. 3.1 LFE, cuando define a la firma electrónica como medio de identificación del firmante en términos de posibilidad y no de certeza (“pueden ser utilizados como medio de identificación del firmante”, dice, en lugar de “son utilizados...”).

Tratando de terminar este apartado destinado a poner de manifiesto la disimilitud esencial de la firma electrónica y manuscrita como presupuesto previo para encarar un justo análisis jurídico, conviene recordar aquí, y aunque parezca una obviedad, que la firma electrónica no es una firma, sino un procedimiento electrónico que puede cumplir una función equivalente, y ahí acaba su similitud con la firma manuscrita. Nunca puede ser un acto personalísimo e inmediato, sino que más bien es un acto artificial y mediato que no se puede efectuar personalmente, porque como gráficamente ha señalado algún autor, todavía no es posible abrir una ventana al ciberespacio para introducir mano y bolígrafo y producir una firma, lo cual exige también superar la clásica configuración de intervinientes en el proceso de firma¹¹.

En efecto, frente a la tradicional y casi exclusiva figura del firmante en

¹⁰ Cfr. CRUZ RIVERO: *Eficacia formal ...*, págs. 121 y ss.

¹¹ Vid. ALAMILLO DOMINGO y URIOS APARISI: RCE, nº 46, 2004, especialmente págs. 26 a 29 y n.15.

el ámbito del papel, como persona que genera la firma y que actúa en su propio nombre o en el de otra persona física o jurídica a la que representa, y aun cuando la LFE parta de ese esquema tradicional propio de la firma manuscrita, se hace preciso distinguir en el ámbito electrónico otras figuras, que pueden confluír o no en un mismo sujeto, como son el solicitante, en tanto que persona que solicita un certificado de firma electrónica, el suscriptor, como persona que tiene derecho a usar ese certificado y aparece identificada con el mismo, y el firmante, como persona que efectivamente genera la firma. Ciertamente, el hecho de que la Ley no recoja esta realidad, podría hacernos entender que esas situaciones no se corresponderían con una utilización estricta, normal o incluso correcta y ajustada de la firma electrónica a la LFE, mas ello, aparte de ser una realidad evidente¹², es perfectamente admisible en términos legales respecto de la firma electrónica de las personas jurídicas¹³, por ejemplo, tal y como tendremos oportunidad de comentar más adelante, por lo que una definición y regulación más clara de estas figuras o roles de usuario, ayudaría a aclarar el concepto de firma electrónica y a comprender mejor su proceso de generación.

Pero tampoco debemos pensar, que la asimilación y comparación entre firma manuscrita y electrónica, resulta casual o caprichosa, sino que a la misma ha coadyuvado en buena medida el uso de una terminología equívoca, importada del entorno cultural anglosajón y surgida en ámbitos ajenos al mundo jurídico, tomando en cuenta que nos hallamos ante un mecanismo tecnológico creado por técnicos informáticos. Ciertamente, aunque se utilice la firma manuscrita, incluso por el legislador (v.gr. art. 3.4 LFE), como referente comparativo más cercano, conocido y tangible para expresar la funcionalidad de la firma electrónica, el término "firma

¹² A propósito de los problemas jurídicos y algunas posibles soluciones que plantea la cesión del uso de la firma electrónica a otra persona por parte de su titular, como puede ser dándole a conocer su clave privada, vid. LAFUENTE SUÁREZ: «Análisis de la Ley 59/2003, de firma electrónica, tras dos años de vigencia: problemas no resueltos en torno a los certificados de firma electrónica», RDNT, nº 11, 2006, págs. 39-54, especialmente págs.42-44.

¹³ Vid. art. 7 LFE.

electrónica”, tal y como ya han puesto de manifiesto algunos estudiosos¹⁴, no es más que una metáfora para atribuir a un procedimiento electrónico la carga semántica y la tradición legal concreta que dicho término conlleva, con clara intencionalidad por parte de quienes bautizaron a este mecanismo de seguridad, de vincularlo a las connotaciones que tiene la firma manuscrita, asimilando a aquélla las virtudes que ésta nos sugiere. Hasta el punto de que por parte de algún sector doctrinal incluso se llega a sugerir un cambio de denominación, y atendiendo a su mecánica de funcionamiento, prefieren hablar de “sello electrónico” más que de “firma electrónica”¹⁵.

3. Algunas críticas recurrentes que se pueden obviar

Sentado lo que precede, entendemos que las frecuentes polémicas que se han alzado doctrinalmente, relativas a la acogida y regulación de la firma electrónica de las personas jurídicas (y los entes sin personalidad), o la objeción de escindibilidad que se predica de la firma electrónica, a diferencia de la manuscrita, y otras por el estilo, se nos muestran evitables y hasta cierto punto carentes de justificación.

Efectivamente, numerosos han sido los autores que han hecho una crítica acendrada de la firma electrónica poniendo de manifiesto que la misma, en tanto que escindible, no garantiza la identidad del firmante, dado que además no se puede detectar pericialmente si el titular de la firma ha sido

¹⁴ Cfr. CRUZ RIVERO: *Eficacia formal...*, págs. 118-119; y PESO NAVARRO: *Servicios de la Sociedad de la Información (comercio electrónico y protección de datos)*, Madrid, 2003, p. 40-43.

¹⁵ Cfr. RODRÍGUEZ ADRADOS: *Firma electrónica y documento electrónico*, Madrid, 2004, p. 51; o GARCÍA MÁ: «Algunos comentarios a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica», RJN, nº 51, 2004, págs. 117-153, especialmente p. 122.

realmente quién ha firmado o no¹⁶. Y más aún, se viene a decir que a través de la figura de la firma electrónica, se ha tergiversado en cierta forma nuestro tradicional sistema contractual inspirado en la voluntad negocial, al instaurarse otro sistema de imputación de responsabilidades basadas únicamente en la determinación de la Ley, al margen completamente de la voluntad. Se pone de manifiesto así, por estos autores, que la firma electrónica no es propiamente una firma, sino un procedimiento generador de apariencia jurídica, que determina el nacimiento de unas determinadas responsabilidades a cargo de los sujetos intervinientes en su procedimiento de generación, y que se concretan, básicamente en la vinculación del titular de la firma electrónica por los actos de utilización de la misma, siempre que haya sido voluntariamente asumida por él, y en la indemnización de daños y perjuicios por parte del PSC en caso de funcionamiento anormal del sistema. Con ello, se incide en que, al basarse la contratación electrónica directamente en la Ley, en los usos o en la buena fe, y no en la voluntad de los contratantes y en su declaración, se trastoca la teoría del contrato y del negocio jurídico, sustituyéndose nuestro sistema de la contratación por otro sistema de imputación de una conducta, de clara inspiración norteamericana.

Entendemos que lo anterior resulta parcialmente cierto, a nuestro juicio, en la medida en que viene a confirmarnos en nuestra idea, solapadamente apuntada por los autores que comentamos y que nosotros venimos sosteniendo de forma taxativa, cual es la de que la firma electrónica no es firma al fin y al cabo. Sin embargo no podemos participar del tono general que denotan tales críticas, en la medida en que lo que subyace realmente en las mismas es una indebida asimilación de la firma electrónica a la manuscrita, eludiendo una adecuada configuración de la misma como institución jurídica peculiar, lo cual supondría obviar las reticencias que suscita.

¹⁶ Entre los principales autores partícipes de las críticas referidas, vid. GARCÍA MÁZ., RJN, nº 51, 2004, págs. 125 y 135 y ss., y también del mismo autor vid.: *Comercio y firma electrónicos (Análisis jurídico de los servicios de la Sociedad de la Información)*, Valladolid, 2002, p. 63 donde se citan las opiniones de autores como BONARDELL LENZANO, o RODRÍGUEZ ADRADOS.

De una manera u otra, pudiéramos decir, se ha hecho en ocasiones una interpretación exagerada del principio de inalteración del derecho preexistente¹⁷, mas conviene matizar el alcance de este principio con carácter general, o al menos, si de firma electrónica hablamos, en la medida en que nos encontramos ante una nueva realidad, para la que se ha establecido una nueva regulación sustantiva¹⁸. Nos encontramos ante una nueva institución jurídica que hemos de integrar en el conjunto de nuestro ordenamiento jurídico, pero a partir de sus propios principios y reglas de funcionamiento, y no simplemente desde la perspectiva de los principios y reglas preexistentes, si bien, en todo caso, tampoco estimamos que pueda afirmarse con rotundidad que la regulación de la firma electrónica haya trastocado significativamente nuestro Ordenamiento jurídico.

Asimismo, al acogerse legalmente la posibilidad de que las personas jurídicas sean titulares por sí mismas de una firma electrónica, se dice que con ello se trasciende la tradicional y asentada teoría de la representación¹⁹, en la medida en que la LFE configura la firma electrónica de persona jurídica con carácter independiente y propio. Es decir, además de la posibilidad,

¹⁷ En virtud de este principio, la regulación del comercio electrónico no habrá de suponer una modificación sustancial del derecho existente de obligaciones y contratos. Cfr. ILLESCAS ORTIZ: *Derecho de la contratación...*, p. 46.

¹⁸ Vid. en este mismo sentido CRUZ RIVERO: RCE, nº 60, 2005, págs. 120 y ss. y n. 34, cuando afirma que “la electronificación del Ordenamiento jurídico debe ir más allá del simple reconocimiento del medio electrónico, para asumir sus problemas y virtudes en el marco de un nuevo ámbito de relaciones jurídicas, de un nuevo mercado con características propias”, y por ello “el principio de inalteración del Derecho preexistente debe mantenerse sólo en la medida que no dificulte una regulación adecuada de las relaciones electrónicas.”

¹⁹ Cfr. MARTÍNEZ NADAL: «Los certificados de persona jurídica en la nueva Ley 59/2003 de Firma Electrónica», RCE, nº 54, 2003, págs. 75-94, especialmente págs. 78-79; GARCÍA MÁS: «La firma de las personas jurídicas. Comentario al art. 7 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica», AC, nº 6, 2005, págs. 645-653; y también RODRÍGUEZ ADRADOS: *La seguridad de la firma electrónica: consecuencias de su uso por un tercero*, Madrid, 2005, especialmente págs. 35-38 y autores que cita. Más recientemente, en cierta medida, vid. también LAFUENTE SUÁREZ: RDNT, nº 11, 2006, págs. 39-54.

también legalmente admisible, de que personas físicas actúen o firmen electrónicamente en nombre de una persona jurídica, incorporando el atributo correspondiente en el certificado, y obrando en consecuencia con el mecanismo tradicional de representación de las personas jurídicas, la LFE da carta de naturaleza a los certificados electrónicos de persona jurídica en su art. 7. En base al régimen establecido en dicho precepto, “la custodia de los datos de creación de la firma asociados a cada certificado electrónico de persona jurídica será responsabilidad de la persona física solicitante”. Esta *persona física solicitante* podrá ser quien ostente la representación orgánica o voluntaria de la persona jurídica, esto es, sus administradores, representantes legales o apoderados con facultades suficientes, pero el uso material de los elementos de creación de la firma (las claves, por ejemplo), podría estar en manos de terceros, personas físicas distintas del solicitante, y de hecho esto sería el supuesto normal de uso de este tipo de certificados. La responsabilidad por mal uso de la firma recaería en el solicitante, única persona identificada en el certificado, pues la identidad de quien crea efectivamente la firma será desconocida para quien contrata con la persona jurídica, sin perjuicio de la eventual posibilidad de repetición del solicitante contra aquel en quien confió dándole la posibilidad de firmar. Por otro lado, se viene a establecer que esta firma sólo podrá utilizarse “en las relaciones que mantenga la persona jurídica con las Administraciones Públicas o en la contratación de bienes o servicios que sean propios o concernientes a su giro o tráfico ordinario”, pudiendo imponerse límites adicionales, a tenor del párrafo tercero del art. 7 LFE que comentamos. Con esto, tal y como se indica en el apartado III de la Exposición de Motivos de la Ley, se pone en relación el ámbito de uso de este tipo de firma electrónica con el ámbito de representación que ostentan los factores de comercio, comprendiéndose en aquél “las transacciones efectuadas mediata o inmediatamente para la realización del núcleo de actividad de la entidad y las actividades de gestión o administrativas necesarias para el desarrollo de la misma, como la contratación de suministros tangibles e intangibles o de servicios auxiliares”.

A la vista de esta regulación, y como argumento a favor de la misma y la introducción de los certificados electrónicos de persona jurídica, creemos que conviene tener en cuenta que en la práctica diaria de comercio electrónico son innumerables los supuestos de actos desarrollados de forma automatizada y en masa, en los que no cabría exigir la firma de un representante orgánico, legal o con poder, a efectos probatorios, desde un punto de vista pragmático, por lo que esta figura viene a propiciar una mayor seguridad jurídica en el tráfico comercial, de forma concreta, y no supone, creemos, un menoscabo de dicha seguridad jurídica, tal y como se ha criticado, con una perspectiva dogmática en exceso, y sin contemplar la realidad y el ámbito de uso efectivos de la firma electrónica. En definitiva, con esta figura, con mejor o peor fortuna, pudiéramos decir que se ha tratado de solventar una necesidad práctica, cual es la de producir documentos con valor probatorio indudable, que permitan imputar ciertos actos a la persona jurídica, en concreto, aquellos actos que no precisen una acreditación rigurosa de la representación o la firma de representante acreditado en el mundo del papel donde, por lo demás, también se puede constatar la existencia de documentos cuya autenticidad u originalidad estriba en el sello, marca gráfica y otros métodos, y no en la firma, teniendo sin embargo, igualmente un importante valor probatorio²⁰.

En definitiva, el acercamiento a la firma electrónica creemos que exige del jurista una cierta profilaxis previa, que neutralice la tentativa de asimilación o comparación de la firma electrónica y caligráfica, abriéndonos una nueva perspectiva más adecuada, comprensiva del presupuesto de que si funcionalmente podemos establecer aislados y eventuales paralelismos entre la firma manuscrita y electrónica, conceptualmente, no resultan comparables.

²⁰ Cfr. ALAMILLO DOMINGO y URIOS APARISI: RCE, nº 46, 2004, págs. 40 y ss.

II. Precisiones en torno a la figura de los prestadores de servicios de certificación

1. Los PSC como prestadores de servicios de la Sociedad de la Información

Las equívocas consideraciones en torno al concepto y configuración esencial de la firma electrónica tal y como acabamos de expresar, han afectado también, obviamente, a la consideración de los PSC.

Entre tales deformaciones recurrentes hemos de referirnos, en primer lugar, a aquélla que parece conducir a una parte de la doctrina y los operadores jurídicos a soslayar la consideración de los PSC como auténticos prestadores de servicios de la sociedad de la información, de forma tal que parece que nos hayamos ante una figura específica al margen de tales prestadores, obviando, por ende, que los servicios de certificación de firma electrónica son servicios de la sociedad de la información, con todo lo que ello supone a la luz de la Ley 34/2002, de 11 de Julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (en adelante, LSSICE).

Y es que el legislador español, siguiendo en esto también al comunitario, ha aunado bajo el mismo paraguas conceptual y jurídico, no sólo las transacciones comerciales realizadas a través de redes de telecomunicaciones, sino también cualquier servicio que se demande y preste por tales vías electrónicas, con tal de que constituya una actividad económica para su prestador. Por ello, forzoso será reconocer que la LSSICE adquiere carácter de regulación general y supletoria también para los PSC, en defecto de norma especial aportada por la LFE, como atinadamente han puesto de manifiesto algunos autores²¹.

²¹ Cfr. MÁRQUEZ LOBILLO: «La prestación de servicios de certificación en la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica», RCE, nº 47, 2004, págs. 3-37, especialmente págs. 4 a 6; y también ALAMILLO DOMINGO y URIÓS APARISI: RCE, nº 46,

Así pues, y sin ánimo de ser exhaustivos, para no rebasar los límites y posibilidades de este trabajo, no hallándose excluidos los servicios de certificación de firma electrónica del ámbito de aplicación de la Ley 34/2002, devienen aplicables a los mismos, entre otras, las normas contenidas en los artículos 2, 3 y 4 de la LSSICE (relativas fundamentalmente a la determinación del lugar de establecimiento y a la aplicación de la Ley española), los principios de no sujeción a autorización previa, país de origen y libre prestación de servicios en el seno del Espacio Económico Europeo recogidos en sus artículos 6 y 7, y la obligación de publicidad en garantía de los terceros o usuarios que impone el artículo 9, de comunicar al Registro Mercantil o al Registro público correspondiente en el que deban estar inscritos, el nombre de dominio o dirección de Internet que utilicen para su identificación en la Red y sus modificaciones, complementada con lo dispuesto en el art. 10, donde se contienen los variados datos que deben procurar sean accesibles a los posibles destinatarios de los servicios y organismos competentes. Asimismo, también devendrían aplicables los deberes de colaboración y funcionamiento que se recogen en los siguientes preceptos de la referida LSSICE, así como el régimen de responsabilidad, comunicaciones comerciales, contratación por vía electrónica, de infracciones, sanciones y de solución judicial y extrajudicial de conflictos. Todo ello, como decíamos, sin perjuicio de las eventuales especialidades que contemple la LFE respecto a los aspectos precedentes, que como tal norma especial, tendrían aplicación preferente.

2004, especialmente págs. 23 a 26; y a propósito del carácter horizontal de la LSSICE vid. también LÓPEZ-MONÍS GALLEGO: «Ámbito de aplicación de la nueva Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (Ley 34/2002, de 11 de julio)», en MATEU DE ROS y LÓPEZ-MONÍS GALLEGO (coord.): *Derecho de Internet: La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Cizur Menor, 2003, págs. 25-64, especialmente págs. 49 y ss.

2. Aproximación a la actividad y funciones de los PSC

Por otro lado, la no asunción del carácter singular y autónomo de la firma electrónica y su inadecuada asimilación a la firma manuscrita, también ha determinado otras consideraciones equívocas respecto a los PSC, pretendiendo ver en ellos unas funciones que no tienen y propugnando una naturaleza o caracteres de los que adolecen y en absoluto han de estar adornados.

En el sistema de firma digital o avanzada, que el legislador toma como referente fundamental, por ser el mecanismo de firma electrónica más general, de entre los más solventes en términos de seguridad, el PSC es la figura sobre la que descansa todo el sistema, en tanto que encargado, entre otras posibles funciones, de proporcionar las claves a los firmantes, de garantizar su identidad y de hacer accesibles para todos las claves públicas. Son parte fundamental de la denominada *Infraestructura de Clave Pública*, más conocida como PKI (sus siglas en inglés), integrada por el empleo conjunto de claves privada y pública y certificado electrónico emitido por un PSC, que no agota su utilidad en la firma electrónica, sino que encuentra otros usos, como puede ser también el servir de mecanismo de control de acceso remoto a bases de datos o plataformas privadas telemáticas, entre otros²². Así pues, los PSC se constituyen, en cierto modo, en garantes de la seguridad, no sólo en un sentido técnico-físico, arbitrando los mecanismos del sistema de cifrado de claves asimétricas que matemáticamente la garanticen, sino también en un sentido técnico-jurídico, en tanto que en ellos viene a residenciar nuestro Ordenamiento las principales consecuencias del mal funcionamiento de todo el sistema, para proteger a la parte o tercero que confía.

²² Para un estudio sobre las utilidades y razón de ser de la PKI como solución a los problemas de seguridad generados en Internet y como herramienta de generación de confianza, y los mercados incipientes que se han generado en torno a ello, vid. FONT: *Seguridad y certificación en el comercio electrónico: aspectos generales y consideraciones estratégicas*, Madrid, 2000, págs. 21 y ss.

El art. 2.2 LFE, por su parte, define al PSC como “la persona física o jurídica que expide certificados electrónicos o presta otros servicios en relación con la firma electrónica”, y en el art. 6.1. LFE se conceptúa el certificado electrónico como “un documento firmado electrónicamente por un prestador de servicios de certificación que vincula unos datos de verificación de firma a un firmante y confirma su identidad”. De ello, podemos comprender como dicho certificado no es propiamente tal, en un sentido jurídico estricto, sino que, en puridad, consiste en la clave pública del usuario, junto con información adicional, hecha infalsificable por cifrado con la clave secreta de la entidad de certificación que la emitió²³.

Así pues, si nos centramos en lo que constituye la prestación de servicio típica de los PSC, esto es, en la emisión y gestión de certificados en un sistema de firma digital, ello se concretaría, sucintamente, en las actividades de verificación de la identidad en la forma que se establezca según el tipo de certificado de que se trate, la emisión del certificado (que generalmente supondrá al mismo tiempo la generación del par de claves de cifrado, pública y privada), la articulación de un sistema de registro y consulta de certificados emitidos, y la gestión de dichos certificados en aras a posibilitar y dejar constancia de su revocación o suspensión.

Pero a mayores, tal y como se evidencia del propio tenor literal del art. 2.2 LFE, los PSC también pueden prestar otros servicios en relación con la firma electrónica, algunos de los cuales ya se apuntaban en la propia Directiva europea 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de Diciembre de 1999, por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica, en su considerando 9, donde además de la expedición y gestión de certificados, se citan otros tales como “los servicios de

²³ Cfr. MARTÍNEZ NADAL: *Comentarios...*, págs. 113 y 114, quien pone de manifiesto además como el legislador, al definir lo que son los certificados electrónicos, pese a seguir utilizando la equívoca terminología técnica, elude en lo posible el empleo de la palabra “certificado”, utilizando en su lugar la expresión “documento firmado electrónicamente por un PSC”.

estampación de fecha y hora, los servicios de guías de usuarios” y “los de cálculo o asesoría relacionados con la firma electrónica”. Es más, estas otras actividades o servicios pueden constituir su actividad fundamental o única, tal y como se puede contrastar en la realidad hoy existente²⁴, y viene a reconocer la misma LFE en los términos alternativos que emplea en su art. 2.2, que permiten no estimar como consustancial a los PSC la prestación de servicios de certificación²⁵.

De este modo, tenemos que hoy en día, además de diferentes clases de certificados de firma electrónica en función de sus destinatarios y nivel de seguridad, los PSC ofrecen servicios de certificación de servidor seguro, de registro de mensajes y documentos electrónicos, de *timestamping* o sellado temporal de fecha y hora y, sobre todo, ofrecen servicios a otras empresas o corporaciones, de asesoría, consultoría, formación y administración en materia de seguridad e identificación de miembros o empleados y clientes, incluyendo el diseño y mantenimiento de procedimientos de seguridad basados en PKI y en técnicas de cifrado o encriptación, así como servicios de *outsourcing* y *hosting* para otras entidades, que o bien se constituyan en PSC, pero no puedan afrontar por sí solas la instauración o gestión de los medios que esta infraestructura de clave pública precisa, o que, sin constituirse formalmente en PSC, precisen de alguna utilidad que la PKI proporciona.

Con todo lo dicho, podemos comprender de forma evidente que en definitiva, las entidades de certificación de firma electrónica no habrán de tener en absoluto carácter de entidades públicas, pues sus funciones no tienen nada que ver con la fe pública o el ejercicio de funciones públicas, por cuanto su función es meramente técnico-informática, y jurídicamente, a la

²⁴ Véanse sino los servicios y productos que ofrecen las páginas web de las principales autoridades de certificación, internacionales como IDENTRUST (www.identrust.com), o españolas, como CAMERFIRMA (www.camerfirma.com), ACE (www.ace.es) o ANCERT (www.ancert.com), por citar sólo algunas.

²⁵ En este mismo sentido vid. MARTÍNEZ NADAL: *Comentarios...*, p. 255.

postre, únicamente se concreta en un especial régimen de ejercicio y responsabilidad respecto de algunas de las actividades o servicios que pueden prestar.

3. *¿Prestadores de servicios o autoridades que prestan servicios?*

Ya desde sus orígenes, la configuración de la PKI, se ha articulado en torno a la intervención de sujetos privados sin participación de ente público alguno. Efectivamente, cuando nacen en los Estados Unidos las denominadas por aquellas latitudes *autoridades de certificación (Certification Authorities o CA)*, para acreditar la identidad de los titulares de firmas electrónicas, las mismas no tenían nada que ver con los organismos públicos, sino que se configuraron como entes cualificados en el sentido de conocimiento del negocio, cuya intervención no se fundamentaba en la fe pública legalmente atribuida, sino en el crédito adquirido o en la confianza que suscitaban en los demás.

Ciertamente, hay que reconocer que la terminología anglosajona más corriente para denominar a los PSC, resulta equívoca (otro motivo terminológico más de confusión), y nos sugiere ciertas connotaciones de intervención pública, pero nada más lejos de la realidad, y por ello, la LFE se refiere a esta figura como *Prestador de Servicios de Certificación*, en la línea del legislador comunitario, que prefiere hablar de *Proveedores de Servicios de Certificación*. Con ello entendemos que se trata de no ahondar en la confusión, evitando siquiera en la denominación la apariencia de atribución de naturaleza pública y evocando más bien en el nombre su naturaleza estrictamente comercial. Dicha denominación de la LFE, por cierto, resulta también congruente con la categorización que determina la LSSICE y remarca, como decimos, la opción que el legislador español toma, siguiendo, como no podía ser menos, al comunitario, acerca de la debatida cuestión de

la naturaleza pública o privada y comercial de las entidades encargadas de emitir los certificados electrónicos.

El tenor literal del art. 22 LFE que antes referíamos no deja lugar a dudas cuando preceptúa que puede ser PSC cualquier persona física o jurídica, con lo cual, obviamente, también pueden serlo las Administraciones públicas y sus organismos, que pueden constituirse, en tanto que entes dotados de personalidad jurídica, en PSC, pero no tienen en absoluto atribuida la exclusiva de este nuevo mercado, aunque la realidad hoy existente en España haga parecer lo contrario.

Si partimos de una asimilación inadecuada y prejuiciosa e identificamos la prestación de servicios de certificación exclusivamente con una labor de identificación fehaciente y fiable, podemos correr el riesgo de tomar como algo natural que los PSC sean entes públicos, pues además en la mentalidad jurídica y colectiva europea continental, se reputa a los entes públicos a priori como dignos de mayor confianza y dotados de mayor estabilidad que las entidades privadas²⁶, presumiéndoles una actuación garante del interés público, de los consumidores y la seguridad jurídica de la contratación, en tanto que carentes de finalidad directa o esencialmente lucrativa²⁷. Pero lo fundamental en los PSC, como se comprende de las someras nociones que hemos apuntado en torno a su actividad, y de los caracteres originales que igualmente hemos perfilado, no es dicha actividad de identificación, sino su solvencia técnica y financiera, y la confianza que a los terceros (*relying party*) suscite un concreto PSC. Por ello, una opción monopolística o de reserva a favor del Estado o los poderes públicos en general en este mercado no es más que una quimera, carente de toda justificación económica y tecnológica, a la par de resultar contraria a los principios constitucionales españoles y constitutivos europeos de libertad de

²⁶ Cfr. MARTÍNEZ NADAL: *La Ley de firma electrónica*, Madrid, 2001, p. 158.

²⁷ Vid. HUERTA VIESCA y RODRÍGUEZ RUÍZ DE VILLA: *Los prestadores de servicios de certificación en la contratación electrónica*, Elcano, 2001, p. 93 y los autores que citan a favor de la naturaleza privada o pública de los PSC.

mercado y competencia²⁸, e iría en contra de toda lógica, con lo que la controversia doctrinal en torno a esta cuestión, entendemos que carece de sentido y no denota sino una inadecuada comprensión de la labor de los PSC, tal y como venimos reiterando.

Lo mismo, por las mismas razones, podría decirse de los posicionamientos doctrinales suscitados acerca de la conveniencia o no de la exigencia de autorización previa para el acceso de los PSC al mercado, que desde nuestro punto de vista carece de entidad y razón de ser en su encono. Dicha controversia podemos sintetizarla distinguiendo un sector de tendencia más liberal o mercantilista, que ve con buenos ojos la opción del legislador por la no exigencia de autorización o licencia previa, postulando de este modo que sea el mercado quien expulse a los prestadores que resulten incompetentes; y otro sector más *fedatarista*, que estima muy conveniente el establecimiento de un sistema de autorización previa²⁹, en base a diversos argumentos, tales como que de este modo se dota a los PSC de un plus de credibilidad, al prescribirse unas determinadas prácticas elementales que proporcionarían un nivel básico de confianza³⁰, o que así se podría implementar la uniformidad en el uso de firmas electrónicas que contrarreste una falta de exigencias comunes para las entidades de certificación, favoreciendo un eventual reconocimiento internacional de certificados, o que podría garantizarse la independencia de los PSC o el buen funcionamiento del tráfico electrónico³¹. Ninguno de tales argumentos se nos muestran demasiado convincentes por sí mismos, sino más bien semejan vaguedades que dejan traslucir cierta opinión favorable hacia un mayor intervencionismo del Estado en este mercado, motivado quizá por una desenfocada percepción

²⁸ Cfr. ILLESCAS ORTIZ, DN, nº 109, 1999, p. 13.

²⁹ Cfr. HUERTA VIESCA y RODRÍGUEZ RUÍZ DE VILLA, p. 93.

³⁰ Cfr. MARTÍNEZ NADAL: *Comentarios...*, p. 97.

³¹ Cfr. ALCOVER GARAU: «El Real Decreto-ley sobre la firma electrónica», RCE, nº 1, 2000, págs. 7-27, especialmente págs. 22 y ss.

acerca de lo que la prestación de servicios de certificación electrónica supone y la cualidad y entidad real de los servicios que los PSC ofrecen.

4. Los PSC no son cibernotarios

Asimismo, también se constata todavía como determinadas posturas doctrinales suponen la asimilación de los PSC a los cibernotarios, fruto de la cierta confusión y desconcierto generados por la acelerada asimilación de figuras, conceptos y mecanismos técnicos y jurídicos importados de sistemas legales y culturas netamente divergentes de la nuestra, y que han ocasionado esa comprensión tergiversada a propósito de la actividad fundamental y naturaleza de los PSC, de la que hemos venido hablando.

El concepto de cibernotario o *cybernotary* surge en el ámbito anglosajón, como proyecto de la *American Bars Association* (ABA), que tiene dicha figura registrada a su nombre, a raíz de la reunión de su Consejo de Gobernadores celebrada el día 8 de agosto de 1994, como forma de extrapolar las bondades del sistema del notariado de tradición latina, fundamentalmente en las transacciones electrónicas internacionales, creando así un PSC de alto nivel, dotado de un alto grado de confianza para los operadores que contratan internacionalmente³².

Ello llevó de forma apresurada a un sector de la doctrina, sobre todo en un primer momento, por un lado, a estimar lógico y conveniente que los PSC se asimilasen a una suerte de fedatarios electrónicos, y por otro, a considerar a los notarios como los profesionales idóneos para desarrollar la prestación de servicios de certificación de firma electrónica³³. Estas posturas confluyen con las propuestas que abogaban por la sujeción de los PSC a

³² Cfr. GAETE GONZÁLEZ: *Instrumento público electrónico*, Barcelona, 2002, págs. 81 y ss. y págs. 241-242.

³³ Vid. HUERTA VIESCA y RODRÍGUEZ RUÍZ DE VILLA, p. 94.

fuerzas de control y autorizaciones estatales, y detrás de las mismas se encuentra también el temor a una cierta privatización de la fe pública, sobre todo si de algún modo se hubiese dotado al documento electrónico firmado electrónicamente de un carácter cuasipúblico por las especiales características de seguridad que lo adornan³⁴, cosa que en absoluto se ha dado, como era de esperar.

Por ello, hoy podemos decir que tales consideraciones carecen de sentido, insistimos, y suponen de alguna forma confundir la realidad y verdadera esencia de la prestación de servicios de certificación de firma electrónica. La función notarial tal y como se entiende en nuestro sistema jurídico, resulta de todo punto diversa de la de los PSC, que únicamente se responsabilizan de la identidad de un firmante, ofreciendo los mecanismos técnico-informáticos idóneos para ello. Su función está relacionada con la seguridad del documento, pero no están investidos de autoridad para convertir en públicos los documentos firmados electrónicamente, ni asisten ni asesoran ni certifican en sentido estricto, ni enjuician la capacidad de las partes, ni instrumentan una voluntad negocial, por lo que su intervención no atañe al contenido y naturaleza del documento, al ser su función meramente técnica y no directamente jurídica. Desde este punto de vista, tampoco se entienden muy bien las reticencias que suscita la posibilidad legal, y hasta evidente, cabría añadir, de que la firma electrónica de los notarios y registradores sea expedida por cualquier PSC y no necesariamente por prestadores corporativos, tal y como acontece actualmente en España³⁵.

En definitiva, hoy no cabe dudar de la realidad y conveniencia de asumir la naturaleza enteramente privada de la actividad esencial de los PSC,

³⁴ Cfr. GARCÍA MÁ: RJN, nº 51, 2004, págs. 128 y s., y del mismo autor: «La contratación electrónica: la firma electrónica y el documento electrónico», RCDI, nº 652, 1999, págs. 765-790, especialmente págs. 773 y s.

³⁵ Poniendo simplemente de manifiesto la controversia que suscita esta cuestión, vid. MICÓ GINER: *La firma electrónica de notarios y registradores y el documento público electrónico: estudio adaptado a la reforma del Reglamento notarial por Real Decreto 45/2007, de 19 de enero (BOE 29 de enero de 2007)*, Madrid, 2003, págs. 82 y ss.

los cuales adquieren la cualidad de figuras protagonistas de un nuevo mercado que el legislador ha tratado de articular en torno a una serie de principios reguladores básicos.

III. El nuevo mercado de servicios de certificación

1. Sus principios reguladores

El legislador español, siguiendo al comunitario, ha tratado de construir un auténtico mercado de servicios de certificación electrónica, libre y único para toda la Unión Europea. Para ello se consagran en la LFE una serie de principios, como son los de libertad de acceso y acreditación voluntaria, libre competencia entre prestadores, y equivalencia intracomunitaria de certificados³⁶, matizándose todo ello en virtud del que podemos denominar principio de especificidad en el ámbito de las Administraciones Públicas.

De alguna forma, ya hemos aludido al principio de libertad de acceso, que encuentra su acogida expresa en el art. 5.1 de la LFE, en la medida en que el mismo se desdoblaría en una doble consecuencia: la no sujeción de la prestación de servicios de certificación a autorización o licencia previa, y la opción por la naturaleza privada de los PSC, lo cual no excluye que determinados entes públicos puedan constituirse en PSC en ejercicio de una concreta política pública, cuestiones éstas, como decimos, a las que ya hemos hecho referencia. Este principio incide en los requisitos constitutivos

³⁶ Hemos preferido hablar de principio de equivalencia intracomunitaria “de certificados” y no de libre prestación de servicios de certificación en el ámbito comunitario, dejándonos llevar por un afán más singularizador de este mercado (la certificación electrónica) y sus productos (los certificados electrónicos), y siguiendo con ello además la pauta marcada por MARTÍNEZ NADAL: *Comentarios...*, págs. 239-240. Y es que la prestación del servicio fuera del Estado de origen se habrá de concretar en hacer valer el certificado fuera de dicho Estado de origen o establecimiento del PSC, y por otro lado, como precepto complementario de éste principio, el art. 14 LFE alude expresamente en su título a la “equivalencia internacional de certificados reconocidos”, aplicable a los PSC establecidos fuera del Espacio Económico Europeo.

de los PSC, instaurándose por el legislador un sistema en virtud del cual cualquier persona física o jurídica, pública o privada, puede acceder a este mercado, sin perjuicio del cumplimiento de una serie de obligaciones a las que habrá de sujetar el ejercicio de su actividad.

El principio de libertad de acceso se complementa con lo dispuesto en los arts. 26 a 28 de la LFE que insta un sistema de acreditación voluntaria al que pueden acogerse los PSC, pero sin que ello presuponga ventaja legal alguna, a diferencia de lo que acontecía en el régimen pretérito regulado por el derogado Real Decreto Ley 14/1999, de 17 de Septiembre, de Firma Electrónica, donde sí se establecían ciertos estímulos jurídicos a la acreditación, que en última instancia tenía un carácter público. De este modo, ahora con la Ley vigente, se establece un régimen más liberal, en el que la acreditación no se convierte en una barrera u obstáculo para el libre comercio de certificados y la libre competencia entre prestadores, sino que reviste el carácter de un sello de calidad, y que tiene, además, una naturaleza mixta, pues tal acreditación puede darse por una entidad cualificada de carácter público o privado.

El principio de libre competencia entre prestadores, por su parte, que también acoge el art. 5 de la LFE, incide en lo que es el desarrollo de la actividad o la interactuación entre los PSC, siendo manifestación de la voluntad del legislador por establecer una competencia real y efectiva en este mercado y haciendo un llamamiento legal expreso a los órganos de vigilancia de la competencia.

Asimismo, en dicho art. 5 de la LFE, también se consagra el principio de equivalencia intracomunitaria de certificados, tratando de garantizar así un mercado europeo de certificación electrónica sin barreras jurídicas en el seno del Espacio Económico Europeo que, sin embargo, sí se mantienen, de forma

injustificada, a nuestro modo de ver, respecto a los certificados provenientes de fuera de dicho ámbito jurídico-geográfico³⁷.

No obstante, todo este entramado netamente libre, encuentra cierto matiz en función del que hemos denominado principio de especificidad en el ámbito de las Administraciones públicas, legalmente acogido en el art. 4 LFE. Con este principio se viene a sustraer el ámbito de las Administraciones públicas, del puro régimen general de libre acceso, libre competencia y acreditación voluntaria, sometiendo a los PSC que quieran prestar sus servicios en dicho ámbito a los condicionantes específicos que se establezcan. Tales condiciones adicionales únicamente debieran referirse a aspectos técnicos, pero sin tomar en cuenta el origen del certificado o la cualidad del prestador, pues como dice textualmente el citado art. 4 LFE en su párrafo segundo “sólo podrán hacer referencia a las características específicas de la aplicación de que se trate”, y habrán de ser “objetivas, proporcionadas, transparentes y no discriminatorias y no deberán obstaculizar la prestación de servicios de certificación al ciudadano cuando intervengan distintas Administraciones públicas nacionales o del Espacio Económico Europeo”. De esta manera, entendemos que no sería lícito exigir que la prestación del servicio se haya de llevar a cabo por un prestador concreto, tal y como hasta hace bien pocos años parecía entenderse y aplicarse en España; ni del mismo modo, cabe admitir que la prestación de servicios de certificación en el ámbito administrativo esté reservada por ley a los PSC públicos, pues como se ha dicho, el principio de especificidad habilita para exigir ciertos condicionantes técnicos o de cualidad de la firma electrónica, no de origen de la misma.

Y es que la defectuosa comprensión, una vez más, de lo que la prestación de servicios de certificación comporta, ha llevado a una inadecuada

³⁷ Conforme a las normas sugeridas por la Ley Modelo de la CNUDMI sobre las firmas electrónicas con la guía para su incorporación al Derecho interno, ya reseñada con anterioridad, las limitaciones al reconocimiento de los certificados habrían de atender únicamente a sus características técnicas, cosa que no parece darse conforme al art. 14 LFE.

aplicación del principio de especificidad, y a una interpretación exorbitante del mismo, generadora de distorsiones en el libre desarrollo de este nuevo mercado.

2. Principales distorsiones en el mercado

Las principales distorsiones comprometedoras para la libre competencia en el nuevo mercado de la prestación de servicios de certificación de firma electrónica entendemos que tienen su origen en la falta de un adecuado, consecuente y cabal entendimiento de lo que es la certificación electrónica y la función básica de los PSC.

La inicial falta de asunción sin ambages de que la actividad de los PSC no comporta ni se halla vinculada en absoluto al ejercicio del poder o facultades públicas, y de que a la par, la prestación de los servicios propios de los PSC en el ámbito administrativo no ha de estar reservada en exclusiva a los PSC públicos, ha llevado, en primer término, a una situación de monopolio de facto en España, de un PSC público, como es la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre (en adelante, FNMT) y la proliferación desmedida de prestadores públicos, que se verá acrecentada, por lo demás, con las consecuencias de la instauración del Documento Nacional de Identidad electrónico (DNI-e).

Hemos de pensar que durante al menos dos años, la FNMT disfrutó arbitrariamente de una situación de exclusividad para actuar como entidad certificadora para la seguridad de las comunicaciones entre las Administraciones Públicas y entre éstas y los administrados, en colaboración con la entidad público-empresarial Correos y Telégrafos. Dicha situación de exclusividad legalmente consagrada, a todas luces atentatoria contra el derecho europeo de la libre competencia –sin duda aplicable aun a falta de norma expresa reguladora de este mercado, si atendemos a la cualidad de

los servicios de firma electrónica que hemos venido poniendo de manifiesto—, no sería corregida hasta la promulgación de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre de 1999, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, en la que se incluyó la posibilidad de que fueran otros prestadores, distintos de la FNMT, los que pudieran prestar sus servicios en el ámbito administrativo³⁸. Esa exclusividad inicial, junto con la gratuidad de los certificados expedidos, unido a las barreras a la entrada inherentes a los mercados de estas características, como pueden ser la elevada fidelidad de marca y las fuertes inversiones que exige la prestación adecuada del servicio³⁹, han determinado una situación de monopolio *de facto* que ejerce la FNMT en el ámbito de la Administración, con cientos de miles de clientes, que a su vez coarta enormemente el libre desarrollo del incipiente mercado de la certificación de firma electrónica, incluso fuera de dicho ámbito administrativo.

Y es que si bien en un principio por algún sector de la doctrina se había cuestionado la posibilidad de admitir, fuera del ámbito de la Administración, los certificados emitidos por entidades públicas⁴⁰, la LFE en su art. 5.3 ha venido a posibilitar expresamente que los PSC públicos puedan ofrecer sus servicios con fines comerciales, exigiendo únicamente que dicha prestación habrá de hacerse “con arreglo a los principios de objetividad, transparencia y no discriminación”. Mas como atinadamente señala algún autor, junto a tales principios debiera añadirse un principio de rentabilidad⁴¹, pues de otro modo, la decidida presencia del sector público en el mercado que nos ocupa, en un contexto económico general como el actual, de

³⁸ Acerca de las normas reguladoras del uso de la firma electrónica en el ámbito administrativo, vid. MAGÁN PERALES: «La regulación jurídica de la firma electrónica; sus posibilidades en el ámbito de las Administraciones Públicas», RCDI, nº 668, 2001, págs. 2307-2343.

³⁹ Sobre las barreras de entrada de especial incidencia en los mercados de servicios de la sociedad de la información, vid. CALLOL GARCÍA: «Mercados b2b y el antiguo mito de la transparencia perfecta», GJUEC, nº 213, 2001, págs. 57-68, especialmente p. 63.

⁴⁰ Vid. a este respecto MARTÍNEZ NADAL: *Comentarios...*, p. 108.

⁴¹ Cfr. ILLESCAS ORTIZ: *Derecho de la contratación...*, p. 101.

retroceso de dicha participación del Estado en todos los mercados, entendemos que no encuentra fácil justificación, aun sin menospreciar las posibles eficiencias o beneficios para los consumidores que la misma pueda suponer, particularmente, en términos de popularización del uso de la firma electrónica y coste reducido.

Además de lo dicho, otra de las distorsiones que podemos apreciar en el nuevo mercado de servicios de certificación que cabría poner aquí de manifiesto, y relacionada con la abrumadora presencia de prestadores públicos en el mismo, es la relativa a la introducción del Documento Nacional de Identidad electrónico; dado que conforme al art. 15 LFE, el DNI-e, aparte de la tradicional y típica funcionalidad de acreditar la identidad y los demás datos personales del titular que consten en el mismo, servirá también para “acreditar la identidad del firmante y la integridad de los documentos firmados con los dispositivos de firma electrónica en él incluidos”, y ello frente a “todas las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas”. Como se puede fácilmente comprender, la obligatoriedad de su obtención, su reducido coste (concretado en el pago de la tasa de expedición correspondiente), y su obligado reconocimiento, a tenor de lo que acabamos de expresar, forzosamente determinarán que la firma electrónica incorporada al DNI-e acabe por ser la única que utilicen las personas físicas, no sólo en el ámbito administrativo, sino y sobre todo, en el ámbito comercial o de las relaciones jurídico-privadas, dándose a la postre una quiebra flagrante de la libre competencia por vía legal⁴², o cuando menos, un cambio de panorama del mercado, coartando su libre desarrollo, al forzar en cierta manera a los PSC privados a reorientar su oferta hacia las soluciones y servicios dirigidos a entidades y colectivos⁴³. Frente a las ventajas que en principio pudiera tener

⁴² Haciéndose eco de esta crítica, vid. los autores que cita QUINTO ZUMÁRRAGA: *La firma electrónica, marco legal y aplicaciones prácticas*, Barcelona, 2004, págs. 113 y ss., y cfr. ALAMILLO DOMINGO y URIÓS APARISI: RCE, nº 46, 2004, p. 47.

⁴³ En torno a la misma conclusión, vid. CRUZ RIVERO: «El DNI electrónico y el mercado de entidades de certificación», RCE, nº 69, 2006, págs. 21-56, para quien la permanencia en el mercado del resto de las entidades de certificación, tras la introducción del DNI-e, pasa por la introducción de servicios de valor añadido, como

la implantación del DNI-e, en lo que a generalización del uso de la firma electrónica y las nuevas tecnologías se refiere, sus elevados costes de implantación y dificultad de adaptación rápida a los cambios, pueden determinar un cierto anquilosamiento tecnológico del mercado, con lo que una vez más, encontramos difícilmente justificable en último término esta predominancia de los herramientas públicas de firma electrónica, que encuentra su única explicación en la inadecuada vinculación de la certificación de firma electrónica y el ejercicio de funciones públicas, que venimos criticando, subyacente en la mentalidad colectiva y auspiciada por inadecuadas regulaciones como las comentadas.

Finalmente, también conviene mencionar aquí la distorsión que supone el fenómeno de la proliferación de operadores vinculados a colegios profesionales y asociaciones o entidades corporativas que se da en España en el mercado que nos ocupa, tal y como podemos fácilmente comprobar accediendo a la página web del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio abierta a los fines de publicidad establecidos en el art. 30.2 *in fine* y disposición transitoria segunda de la LFE, donde se constata junto al predominio de los prestadores constituidos o participados por organismos de la Administración Pública, el importante número de PSC corporativos que existen⁴⁴.

Si bien en algún caso cabría entender que hay cierto fundamento legal, aunque incluso el mismo resulta bastante criticable, para que el PSC corporativo se haya creado y se haya auspiciado el uso de sus certificados en el colectivo concreto (caso del Notariado y los Registradores de la Propiedad)⁴⁵, en los restantes casos entendemos que la presencia de estos

los certificados de persona jurídica y los certificados que incluyen atributos (sea la inclusión de la cualidad de representante, o de colegiación en una determinada corporación), o los servicios de cifrado de datos y sellado temporal.

⁴⁴ Cfr. <http://www.mityc.es/DGDSI/Servicios/FirmaElectronica/Prestadores> (09/10/2007).

⁴⁵ Llama la atención que si bien, por un lado, el art. 108 de la Ley 24/2001, de 27 de Diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, de forma

PSC puede distorsionar la competencia, ya sin amparo legal alguno, en la medida en que se beneficien de ventajas derivadas de acuerdos, recomendaciones o decisiones corporativas, asociativas o colegiales destinadas a hacer general o único dicho PSC en un entorno profesional o asociativo concreto, lo cual podría reclamar la atención de los órganos encargados de velar por la libre competencia. Aunque cabría admitir que cualquier entidad de este tipo (colegio o agrupación profesional) pueda lícitamente auspiciar la creación de proyectos tecnológicos y plataformas integradas informáticas o de telecomunicaciones que hagan uso de la PKI, e involucrarse en ello, siendo incluso esto deseable, tales iniciativas no pueden legítimamente comprometer los principios reguladores del mercado que nos ocupa, determinando la adquisición de una concreta herramienta de firma electrónica.

Conviene destacar aquí, nuevamente, que los servicios de certificación electrónica no consisten en certificar algo en el sentido usual del término, como hemos precisado con anterioridad. Y ello es así incluso en el caso de los certificados con atributos, aludidos en el art. 11.3 de la LFE, y aunque el atributo consista en una cualidad profesional o de pertenencia a un determinado colectivo. Estos certificados en absoluto habrán de entenderse

congruente con los principios rectores del mercado de servicios de certificación que hemos apuntado, establece que "(l)os notarios y registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles, deberán disponer para la adecuada prestación de sus funciones públicas de firma electrónica reconocida" y que la misma "deberá obtenerse de un prestador de servicios de certificación que cumpla con los requisitos previstos en el artículo 20 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, y, en todo caso, con pleno respeto al principio de libre acceso a la actividad de prestación de los servicios de certificación", sin embargo, subrepticia y sorprendentemente, la disposición adicional 27ª de la misma norma legal, marca la pauta y condiciona el mercado en un sentido diametralmente opuesto a la libre competencia, cuando dispone, por su parte que "1. En el plazo máximo de seis meses desde la entrada en vigor de la presente Ley, deberán el Consejo General del Notariado y el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España constituirse en prestadores de servicios de certificación, pudiendo celebrar a estos efectos los oportunos convenios, de conformidad con lo previsto en esta Ley, y una vez que se hayan cumplido los requisitos y condiciones establecidas. 2. El Consejo General del Notariado y el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, estarán obligados a la prestación de los servicios de certificación, siempre que así sea solicitado por un Notario o un Registrador de la Propiedad y Mercantil respectivamente."

reservados a determinados PSC corporativos, de la misma manera que los certificados personales reconocidos que exigen identificación física tampoco están reservados exclusivamente a las autoridades públicas encargadas por la Ley de identificar fehacientemente a los ciudadanos.

Vemos pues que en la raíz de las distorsiones que venimos comentando, está el mal entendimiento de lo que la certificación de firma electrónica comporta, en cuyo origen está la asunción sin adaptar o depurar de una terminología y conceptos técnicos y ajenos a nuestra cultura jurídica, y que acarrea una consecuente falta de asunción real de los principios de libre competencia en este nuevo mercado, al confundirse el mero servicio o actividad técnica en que la certificación electrónica consiste –que propia y legalmente puede ser ejercida por cualquier PSC, que disponga de la tecnología necesaria y asuma la responsabilidad consecuente que la Ley regula-, con la certificación o acreditación fehaciente, en sentido propio o jurídico, de una determinada cualidad o de la propia identidad, esto sí reservado por el Ordenamiento jurídico a ciertas entidades corporativas o al Estado.

IV. Bibliografía

- ALAMILLO DOMINGO, IGNACIO y URIOS APARISI, XAVIER: «Comentario crítico de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica», *Revista de la Contratación Electrónica*, nº 46, 2004, págs. 3-64.
- ALCOVER GARAU, GUILLERMO: «El Real Decreto-ley sobre la firma electrónica», *Revista de la Contratación Electrónica*, nº 1, 2000, págs. 7-27.
- CALLOL GARCÍA, PEDRO: «Mercados b2b y el antiguo mito de la transparencia perfecta», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, nº 213, 2001, págs. 57-68.
- CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO. COMISIÓN DE CONTROL DE SISTEMAS DE INFORMACIÓN: *Libro blanco de la Firma Electrónica Notarial*, Madrid, 2001.
- CRUZ RIVERO, DIEGO: «Análisis de los antecedentes del concepto de firma

electrónica como equivalente a la firma manuscrita», *Revista de la Contratación Electrónica*, nº 60, 2005, págs. 3-122.

- *Eficacia formal y probatoria de la firma electrónica*, Madrid, 2006.
- «El DNI electrónico y el mercado de entidades de certificación», *Revista de la Contratación Electrónica*, nº 69, 2006, págs. 21-56.

FERNÁNDEZ DOMINGO, JESÚS IGNACIO: *La firma electrónica (aspectos de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre)*, Madrid, 2006.

FONT, ANDRÉS: *Seguridad y certificación en el comercio electrónico: aspectos generales y consideraciones estratégicas*, Madrid, 2000.

GAETE GONZÁLEZ, EUGENIO ALBERTO: *Instrumento público electrónico*, Barcelona, 2002.

GARCÍA MÁS, FRANCISCO JAVIER: «La contratación electrónica: la firma electrónica y el documento electrónico», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 652, 1999, págs. 765-790.

- *Comercio y firma electrónicos (Análisis jurídico de los servicios de la Sociedad de la Información)*, Valladolid, 2002.
- «Algunos comentarios a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica», *Revista Jurídica del Notariado*, nº 51, 2004, págs. 117-153.
- «La firma de las personas jurídicas. Comentario al art. 7 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica», *Actualidad Civil Aranzadi*, nº 6, 2005, págs. 645-653.

HUERTA VIESCA, MARÍA ISABEL Y RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, DANIEL: *Los prestadores de servicios de certificación en la contratación electrónica*, Elcano, 2001.

ILLESCAS ORTIZ, RAFAEL: «La firma electrónica y el Real Decreto 14/1999, de 17 de septiembre», *Derecho de los Negocios*, nº 109, 1999, págs. 1-14.

- *Derecho de la contratación electrónica*, Madrid, 2001.

JULIÀ BARCELÓ, ROSA: *Comercio electrónico entre empresarios: la formación y prueba del contrato electrónico (EDI)*, Valencia, 2000.

LAFUENTE SUÁREZ, MANUEL: «Análisis de la Ley 59/2003, de firma electrónica, tras dos años de vigencia: problemas no resueltos en torno a los certificados de firma electrónica», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, nº 11, 2006, págs. 39-54.

LÓPEZ-MONÍS GALLEGO, MÓNICA: «Ámbito de aplicación de la nueva Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (Ley 34/2002, de 11 de julio)», en MATEU DE ROS, RAFAEL y LÓPEZ-MONÍS GALLEGO, MÓNICA (coord.): *Derecho de Internet: La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Cizur Menor, 2003, págs. 25-64.

- MAGÁN PERALES, JOSÉ MARÍA ARISTÓTELES: «La regulación jurídica de la firma electrónica; sus posibilidades en el ámbito de las Administraciones Públicas», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 668, 2001, págs. 2307-2343.
- MÁRQUEZ LOBILLO, PATRICIA: «La prestación de servicios de certificación en la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica», *Revista de la Contratación Electrónica*, nº 47, 2004, págs. 3-37.
- MARTÍNEZ NADAL, APOL·LÒNIA: *La ley de firma electrónica*. Madrid, 2001.
- «Los certificados de persona jurídica en la nueva Ley 59/2003 de Firma Electrónica», *Revista de la Contratación Electrónica*, nº 54, 2003, págs. 75-94.
 - *Comentarios a la Ley 59/2003 de Firma Electrónica*, Madrid, 2004.
- MICÓ GINER, JAVIER: *La firma electrónica de notarios y registradores y el documento público electrónico: estudio adaptado a la reforma del Reglamento notarial por Real Decreto 45/2007, de 19 de enero (BOE 29 de enero de 2007)*, Madrid, 2003.
- PESO NAVARRO, EMILIO DEL: *Servicios de la Sociedad de la Información (comercio electrónico y protección de datos)*, Madrid, 2003.
- QUINTO ZUMÁRRAGA, FRANCISCO DE: *La firma electrónica, marco legal y aplicaciones prácticas*, Barcelona, 2004.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, ANTONIO: *Firma electrónica y documento electrónico*, Madrid, 2004.
- *La seguridad de la firma electrónica: consecuencias de su uso por un tercero*, Madrid, 2005.

