

NOVEDADES EN LOS EFECTOS PROBATORIOS DE LA FIRMA ELECTRÓNICA

En tiempos de Covid-19 revisten particular importancia los cambios legislativos recientes relacionados con los efectos probatorios de los diversos tipos de firma electrónica.

El pasado 12 de noviembre se publicó en el BOE la nueva Ley 6/2020 de 11 de noviembre de Servicios Electrónicos de Confianza, que, debido al efecto directo del Reglamento eIDAS en todos los estados miembros no realiza una regulación sistemática de los servicios electrónicos de confianza, que ya han sido regulados por el mismo, sino que lo complementa en aquellos aspectos concretos que el Reglamento no había armonizado y cuyo desarrollo prevé en los ordenamientos de los diferentes Estados miembros.

Por su parte el Reglamento 910/2014 eIDAS entró en vigor en 2016 con importantes novedades e introdujo un marco jurídico unificado para toda la UE en una materia que hasta entonces había estado regulada por una Directiva 1999/93/CE sobre la firma electrónica, la cual no aseguraba suficiente homogeneidad en todos los estados miembros.

(a) El Reglamento 910/2014 (eIDAS) de 23 de julio de 2014 sobre identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior

El Reglamento establecía en su artículo 25:

Artículo 25

1. **No se denegarán efectos jurídicos ni admisibilidad como prueba en procedimientos judiciales a una firma electrónica por el mero hecho de ser una firma electrónica** o porque no cumpla los requisitos de la firma electrónica cualificada.
2. **Una firma electrónica cualificada tendrá un efecto jurídico equivalente al de una firma manuscrita.**
3. **Una firma electrónica cualificada basada en un certificado cualificado emitido en un Estado miembro será reconocida como una firma electrónica cualificada en todos los demás Estados miembros.**

Además, el reglamento cambió la denominación de los proveedores de “servicios de certificación” (anterior directiva) que pasan a llamarse “**prestadores de servicios de confianza**” (no solo certificación, sino firma electrónica, certificación, sello o marca temporal, etc.).

El Reglamento distingue 3 tipos de firma electrónica, graduada de mayor a menor grado de seguridad: la cualificada, la avanzada y la simple. Reconoce a la firma cualificada los mismos efectos que a la firma manuscrita.

Características de **la firma “cualificada”** (por ejemplo certificado ACA o del DNI):

1. Basada en “certificado cualificado” emitido por un “prestador de servicios de certificación” de un estado miembro
2. El prestador de servicios de certificación (por ejemplo Colegio de Abogados o DGP en el caso del DNI) debe ser reconocido
3. Validez y reconocimiento en todos los países de la UE

4. Da mayores garantías por requerir un trámite presencial (acreditar presencialmente identidad ante una oficina de Registro: p. ej. DNI o ACA)
5. Su uso requiere un programa y un dispositivo cualificado de creación de firmas
6. Es la única que tiene reconocimiento como la manuscrita, aunque puede o no incluir datos biométricos.

La “avanzada” (por ejemplo, una clave solo conocida por el firmante) tiene las siguientes características:

1. Identifica de forma única al firmante (vinculada a él)
2. creada utilizando medios de creación que el firmante pueda utilizar con alto nivel de confianza y bajo su control exclusivo (que no pueda usarse por otros, como por ejemplo una clave)
3. debe estar vinculada con el contenido de lo firmado, de manera que cualquier modificación posterior pueda ser detectada (integridad)
4. puede tener o incorporar datos biométricos (puntos de trazo, velocidad, aceleración y presión al firmar). Es decir, una determinada carga de datos identificativos.

La firma “simple” ofrece menos seguridad y consiste, por ejemplo, en marcar un “checkbox”, la firma escaneada, el envío de un “acepto” o una contraseña por SMS. No se puede garantizar con total seguridad que quien la utilice es quien dice ser: no hay el más mínimo control de quién estampa su firma.

Ni la avanzada ni la simple se pueden equiparar a la manuscrita en tinta, aunque tampoco pueden ser rechazadas como evidencia ante ningún tribunal solo por ser electrónicas. Solo la cualificada tiene validez como la manuscrita.

Sin embargo, en la práctica la avanzada (por ejemplo ofrecidas por DocuSign o Signaturit) puede considerarse suficientemente segura a ciertos efectos, como la firma en ciertos documentos como actas, cuenta anuales, balances, etc. siempre que no sean las certificaciones que se protocolizan ante notario, para las cuales se sigue exigiendo la firma manuscrita de la persona con facultad certificante.

Además, se admiten en juicio los servicios de entrega electrónica certificada siempre que se usen “servicios cualificados de entrega” de e-mail, SMS o documentos adjuntos, que incluyen:

1. presunción de integridad
2. remitente identificado
3. recepción por destinatario
4. exactitud de fecha y hora de envío y recepción.

El Reglamento también prevé un reconocimiento mutuo entre países de la UE, de manera que se podrá acceder a servicios online ofrecidos por un organismo del sector público de un país que exija identificación, usando medios de identificación emitidos por un prestador de servicios de confianza de otro país, siempre que lo sean por un sistema reconocido y con un nivel de seguridad igual al exigido en ese país.

También se establece un marco de colaboración entre sistemas nacionales de identificación electrónica, que sea neutro, que no discrimine y se ajuste a las normas internacionales y europeas.

Sin embargo, en relación a los contratos debemos tener en cuenta que el Reglamento **no afecta al Derecho nacional o de la Unión relacionado con la celebración y validez** de los contratos u otras obligaciones legales o de procedimiento relativos a la forma, con lo cual sigue habiendo distinción entre documentos privados y públicos.

Además de la firma electrónica, existen otras herramientas que pueden servir de utilidad para mantener la continuidad de los negocios. El Reglamento eIDAS define estas herramientas como “servicios electrónicos de confianza”, cuya finalidad principal es la de eliminar las barreras al comercio electrónico y a todo tipo de transacciones electrónicas entre los diferentes estados miembros.

Algunos de estos servicios electrónicos de confianza son:

- **Sello de tiempo:** datos en formato electrónico que vinculan otros datos en formato electrónico con un instante concreto, aportando la prueba de que estos últimos datos existían en ese instante.

- **Servicio de entrega electrónica certificada:** es un servicio que permite transmitir datos entre partes terceras por medios electrónicos y aporta pruebas relacionadas con la gestión de los datos transmitidos, incluida la prueba del envío y la recepción de los datos, y que protege los datos transmitidos frente a los riesgos de pérdida, robo, deterioro o alteración no autorizada.
- **Certificado de autenticación de sitio web:** es una declaración que permite autenticar un sitio web con la persona física o jurídica a quien se ha expedido el certificado.

(b) Ley 6/2020 de 11 de noviembre de Servicios Electrónicos de Confianza

La Ley 6/2020 de 11 noviembre (“**Ley de Servicios Electrónicos de Confianza**”), que desarrolla en derecho nacional diversos aspectos del Reglamento eIDAS (aunque contiene la misma distinción entre los 3 tipos de firmas) y deroga la anterior Ley 59/2003 de Firma Electrónica, regula en su artículo 3 la validez de los documentos electrónicos:

Artículo 3 Efectos jurídicos de los documentos electrónicos

1. Los documentos electrónicos públicos, administrativos y privados, tienen el valor y la eficacia jurídica que corresponda a su respectiva naturaleza, de conformidad con la legislación que les resulte aplicable.

2. La prueba de los documentos electrónicos privados en los que se hubiese utilizado un servicio de confianza no cualificado se regirá por lo dispuesto en el apartado 3 del [artículo 326 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil](#). Si el servicio fuese cualificado, se estará a lo previsto en el apartado 4 del mismo precepto.

Como se aprecia, la Ley, al igual que el Reglamento no afecta la tradicional distinción entre documentos públicos y privados. Distingue entre dos tipos de documentos electrónicos: aquellos en que se ha utilizado un “servicio de confianza no cualificado” (que se corresponde con las firmas electrónicas “avanzada” y “simple” del Reglamento) y aquellos otros en que el “servicio de confianza” utilizado es “cualificado” (que corresponde con la firma “cualificada” del Reglamento).

Los certificados “cualificados” emitidos por “prestadores de servicios de confianza” establecidos en España tendrán una validez máxima de 5 años. Además se establecen las condiciones en que podrán emitir los certificados “cualificados” y las especiales comprobaciones que tendrán que hacer, lo cual entre otras cosas exigirá personación ante los encargados que verifiquen la identidad, con posibilidad de hacerlo mediante videoconferencia si se cumplen ciertas condiciones. También se establece el régimen, de supervisión regulatorio (Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital) y sancionatorio de los prestadores de servicios de confianza.

Por otro lado, la Disposición final segunda modifica el apartado 3 del artículo 326 de la LEC y añade un apartado 4 (se reproduce a continuación el texto íntegro y aparecen en negrita los apartados modificados y añadidos):

Artículo 326 Fuerza probatoria de los documentos privados

1. Los documentos privados harán prueba plena en el proceso, en los términos del artículo 319, cuando su autenticidad no sea impugnada por la parte a quien perjudiquen.

2. Cuando se impugne la autenticidad de un documento privado, el que lo haya presentado podrá pedir el cotejo pericial de letras o proponer cualquier otro medio de prueba que resulte útil y pertinente al efecto.

Si del cotejo o de otro medio de prueba se desprendiere la autenticidad del documento, se procederá conforme a lo previsto en el apartado tercero del artículo 320. Cuando no se pudiese deducir su autenticidad o no se hubiere propuesto prueba alguna, el tribunal lo valorará conforme a las reglas de la sana crítica.

3. Cuando la parte a quien interese la eficacia de un documento electrónico lo solicite o se impugne su autenticidad, integridad, precisión de fecha y hora u otras características del documento electrónico que un servicio electrónico de confianza no cualificado de los previstos en el Reglamento (UE) 910/2014, permita acreditar, se procederá con arreglo a lo establecido en el apartado 2 del presente artículo y en el Reglamento (UE) n.º 910/2014.

4. Si se hubiera utilizado algún servicio de confianza cualificado de los previstos en el Reglamento citado en el apartado anterior, se presumirá que el documento reúne la característica cuestionada y que el servicio de confianza se ha prestado correctamente si

figuraba, en el momento relevante a los efectos de la discrepancia, en la lista de confianza de prestadores y servicios cualificados.

Si aun así se impugnare el documento electrónico, la carga de realizar la comprobación corresponderá a quien haya presentado la impugnación. Si dichas comprobaciones obtienen un resultado negativo, serán las costas, gastos y derechos que origine la comprobación exclusivamente a cargo de quien hubiese formulado la impugnación. Si, a juicio del tribunal, la impugnación hubiese sido temeraria, podrá imponerle, además, una multa de 300 a 1200 euros.

En consecuencia, el documento privado que lleve una firma electrónica basada en un documento electrónico para el que se haya utilizado “certificado cualificado” emitido por un “servicio de confianza cualificado” que figure en el momento relevante en la “lista de confianza de prestadores y servicios cualificados”, **se presumirá que tiene la misma validez** que si hubiera sido firmado con la firma manuscrita.

No obstante lo anterior, respecto a la validez de las **firmas electrónicas simple y avanzada (que según el Reglamento no alcanzan el rango de cualificadas)**, es necesario advertir que también **tienen eficacia jurídica y son legalmente vinculantes**, no pudiendo negarse sus efectos por el simple hecho de no ser firma “cualificada” y pudiendo incluso ser aportadas como medio de prueba en cualquier procedimiento judicial.

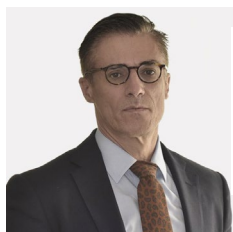
Si se impugnara la validez de estas firmas no cualificadas se procederá conforme al apartado 2 del artículo 326 de la LEC, es decir se procederá a la prueba pericial de “cotejo de letras ú otra prueba” y, en caso de no pedirse esta prueba o no poder acreditarse su autenticidad por el juez, se apreciará según “sana crítica”.

Sin embargo, ninguna de estas dos firmas (avanzada o simple), al contrario que la cualificada, es equiparable a la firma manuscrita, si bien, como se ha dicho, esto no les quita validez jurídica y, por tanto, su uso permite la celebración de contratos o firma de otros documentos con efectos jurídicos, sin llegar al nivel de seguridad de la firma cualificada.

En estos casos, a diferencia de la impugnación de firmas electrónicas reconocidas, la nueva Ley no prevé un procedimiento impugnatorio específico, sino que el que pretenda hacer valer la validez de las firmas simples o avanzadas podrá proponer cualquier medio de prueba que resulte útil y pertinente al efecto, como la pericial (cotejo de letras) o cualquier otra (presencia de testigos, etc.).

Asimismo, puede ser interesante anotar que existe una firma electrónica reconocida notarial (conocida como “FERER”), que permite al notario, en cumplimiento de la [Ley 24/2001 de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social](#), seguir ejerciendo su profesión en el marco de las comunicaciones telemáticas y el comercio electrónico.

Para más información, contactar con:



Juan Escudero Herreros
Departamento Mercantil y Societario
jeh@eja.es

Aviso Legal. El contenido de esta alerta no puede considerarse en ningún caso asesoramiento legal.