

**Eficacia  
del documento  
privado  
electrónico**

---

JOSÉ ÁNGEL  
MARTÍNEZ  
SANCHIZ

# **Eficacia del documento privado electrónico**

---

**JOSÉ ÁNGEL MARTÍNEZ SANCHIZ**  
**Académico de número de la**  
**Real Academia de Jurisprudencia**  
**y Legislación**



Mis primeras palabras han de ser de agradecimiento al Pleno de esta Real Academia por haberme confiado este discurso, preámbulo del nuevo curso académico, y ocasión, por razón del tema elegido, para recordar la figura eminente de Antonio Rodríguez Adrados, cuya jubilación como notario no impidió que nos dejara en los Anales de esta casa luminosas comunicaciones, que conservan hoy en día todo su valor, a pesar de las reformas acaecidas, especialmente el Reglamento eIDAS de la UE 910/2014, de 23 de julio y la Ley complementaria 6/2020, de 11 de noviembre para “*la regulación de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza*”.

## LA SOCIEDAD DIGITAL

El hecho es que nos encontramos inmersos en eso que la Directiva 2000/31 llamó “*sociedad de la información*” en alusión a la extraordinaria expansión de las redes de telecomunicación y, en especial, Internet, como vehículo de transmisión de todo tipo de información. “*Su incorporación a la vida económica y social*” —agregaría la Exposición de Motivos de la Ley 34/2002 de servicios de la sociedad de la información y el comercio electrónico— *ofrece numerosas ventajas como mejora de la eficiencia empresarial, el incremento de las posibilidades de elección de los usuarios y la aparición de nuevas fuentes empleo*”.

El problema estriba en que la sociedad de la información se predica paradójicamente de una sociedad bastante desinformada, en aras de intereses comerciales, lo que está muy bien, a condición de incluir en la ecuación, no a la pluralidad de los usuarios en abstracto, sino a las personas en particular; escribió MARTÍNEZ SARRIÓN<sup>1</sup> “*que el jurista, a diferencia*

---

<sup>1</sup> MARTÍNEZ SARRIÓN, A., *El pesimismo jurídico de George Ripert*, Verbo, 1984. Serie XXIII, núms. 227-228.

*del sociólogo, no juega con tantos por ciento. Sus soluciones intentan abarcar ese ciento por cien que es el hombre*”; en este sentido, bienvenida sea *La Carta de Derechos Digitales* aprobada por nuestro gobierno el 14 de julio de 2021, como marco de referencia, desprovisto, sin embargo, de eficacia normativa.

Habrà que ver el recorrido del acuerdo de 14 de julio de 2022, en el seno de la Unión Europea entre el Consejo y el Parlamento, respecto del Programa del Política 2030 (Camino hacia la Década Digital). El programa establece un procedimiento para el seguimiento y cooperación con el fin de procurar la transformación digital de Europa. Se refiere al área de habilidades e infraestructuras, incluida la digitalización de las empresas y los servicios públicos en línea, así como el respeto de los derechos y principios digitales de la UE para lograr los objetivos generales. En teoría, se trata de conseguir que todos, personas y empresas, tengan las habilidades para participar en la sociedad digital.

Pero la necesidad de fomentar la sociedad digital no debe romper el equilibrio entre los prestadores de servicios y los eventuales usuarios. Es comprensible que aquéllos obtengan ciertas ventajas para su promoción. La historia del capitalismo, como puso de relieve RIPERT<sup>2</sup>, a mediados del pasado siglo, está ligada con los dones que el Estado vino a conceder, por ejemplo en el caso francés, a sociedades, para la explotación de minas, con exclusión de las personas físicas, o la creación de los ferrocarriles, lo que llevó a LAMARTINE, con cierta desmesura, a declarar ante la Cámara que la libertad es incompatible con las grandes compañías, exhortando a no aceptar la sustitución de los privilegios del feudalismo derribado por el feudalismo del dinero.

Sin embargo, tampoco hay que dejarse llevar por la nostalgia o la exageración. Así tomemos el ejemplo de las cuentas corrientes bancarias, casi inexistentes a principios del siglo pasado. En una novela que SIMENON escribió en 1939<sup>3</sup>, el comisario Maigret —por el que siento especial predilección— considera como un hecho sospechoso que el encargado de la cafetería del hotel Majestic dispusiera de una cuenta bancaria a su nombre, pues

---

<sup>2</sup> RIPERT, G., *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, Comares, Granada, p. 58.

<sup>3</sup> SIMENON, G., *Les caves du Majestic*.

todavía no se habían generalizado, a pesar de recurrir a ellas quince años atrás la Administración francesa para el abono de los salarios públicos. Hoy nos puede parecer sorprendente, pero hubo que promocionarlas.

Al final, lo importante, desde un punto de vista legal, es encontrar un camino que reúna la tradición con el progreso. El derecho, como señalaba el autor de *La regla moral en las obligaciones civiles*, es el arte de conducir a los hombres en ese transitar.

Y vamos, me temo, a transitar por el inhóspito terreno lingüístico del Reglamento a la Ley y de la Ley al Reglamento, entre expresiones y conceptos en ocasiones poco perfilados, de redacción confusa y con demasiada frecuencia mal entendidos, lo que no excusa de asumir el riesgo de indagar en esta maraña y proponer aquellas interpretaciones que juzgamos más acordes con la realidad y la naturaleza de las cosas.

Antes de adentrarnos en el documento electrónico me vienen a la memoria las admoniciones de Manuel SERRA DOMÍNGUEZ<sup>4</sup> en su lucha por doblegar el concepto vulgar de presunción en beneficio del propiamente jurídico: *“Gran parte de las normas tienen por destinatarios personas desconocedoras de los términos técnicos del Derecho y, por tanto, tales normas deben ser adaptadas a la mentalidad de las personas a quienes van dirigidas. Pero lo que no se puede permitir es que las personas profesionales del Derecho cofundan conceptos vulgares con conceptos jurídicos, pues en este caso se intentarían efectuar construcciones teóricas valiéndose de instrumentos anfibológicos, adoleciendo por consiguiente de un defecto inicial de perspectiva”*. Algo de esto ocurre en nuestro caso como veremos.

## EL DOCUMENTO ELECTRÓNICO

Tradicionalmente el documento es un escrito que expresa el pensamiento de su autor, sin que afecte a su naturaleza el soporte en el que conste, que puede ser evidentemente electrónico. El Reglamento eIDAS hacía el final del artículo 3 en su número 35 da una definición amplísima *“todo contenido*

---

<sup>4</sup> SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Normas de presunción en el Código Civil y la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Ediciones Nauta, Barcelona, 1963, p. 7.

*almacenado en forma electrónica, en particular texto o registro sonoro, visual o audiovisual”.*

Pero esta definición no diluye el concepto estricto de documento ni los efectos que le son propios. El artículo 3 de la Ley 6/2020 señala que “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*”. Este precepto concuerda con el artículo 17 bis de la Ley del Notariado y ensambla perfectamente con lo dispuesto en los artículos 317, 320 y 326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La Ley no exige, sin embargo, que el documento electrónico este firmado; por tanto, son también documentos de esta índole los correos electrónicos. A pesar de ello, la ausencia de firma plantea la cuestión de si estos correos reúnen la idoneidad necesaria para hacerse valer, en el ámbito civil, como prueba documental en sentido estricto.

El tema ha sido abordado recientemente por el Pleno de la Sala Social del Tribunal Supremo en su sentencia de 23 de julio de 2020. El artículo 207 d) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social solo admite la revisión casacional por errores probatorios respecto de “*los documentos que obren en autos*”. El correo electrónico constaba en autos, pero ¿es un documento a estos efectos?

La Sala parte de la idea de qué la determinación de qué sea documento en el ámbito laboral se ha de resolver, en defecto de previsiones específicas, mediante la aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, en consecuencia, encara la interpretación del artículo 299-2 de esta Ley para introducir la novedosa doctrina de que el correo electrónico es un documento privado de los regulados en el artículo 326 y no una mera reproducción mecánica sujeta a lo dispuesto en el artículo 384 de dicha Ley. A mi modo de ver, el Alto Tribunal podía haber llegado a la misma solución sin ponerse a reinterpretar la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Y es que, la supuesta sustitución del artículo 384 por el 326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil conllevaría la radical consecuencia de convertir el correo electrónico, si no fuera impugnado, en prueba plena para los litigantes,

lo que supone dotarle de una virtualidad probatoria excesiva y no prevista en nuestra ley procesal. El artículo 326 de la Ley de Enjuiciamiento solo centra su interés en los documentos electrónicos provistos de firma cualificada o no. Los correos electrónicos siguen otros derroteros, los fijados en el artículo 292-2 y en el 384 de la misma ley.

Hubiera sido mejor y más comedido argüir que el artículo 207 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social cuando habla de documentos incluye a los correos, aunque no lo sean documentos en sentido estricto, a fin de favorecer su admisión en casación, sin necesidad de violentar la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues ésta solo actúa en defecto de la propia legislación laboral, que tal vez permita una interpretación autónoma e independiente de la prueba documental, a la luz de los artículos 87, 90 y 94, que integran, en mi opinión, el verdadero substrato de esta sentencia, que se vale de ellos, para exportar la interpretación asumida a la Ley de Enjuiciamiento Civil, que pasaba por allí por aquello de su carácter supletorio.

Vayamos, pues, a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

El artículo 87, alusivo a la práctica de la prueba en el juicio, dispone que: *“se admitirán las pruebas que se formulen y puedan practicarse en el acto, respecto de los hechos sobre los que no hubiere conformidad (...) siempre que fueren útiles y pertinentes”*. Y, en su apartado segundo, que *“el juez o tribunal resolverá sobre la pertinencia de las pruebas propuestas y determinará la naturaleza y clase de medio de prueba de cada una de ellas según lo previsto en el artículo 299 de la Ley de Enjuiciamiento y en la presente Ley”*.

La Sala proyecta sobre esta norma la distinción doctrinal entre fuente y medio de prueba, en el sentido de que las fuentes de prueba, que están fuera del proceso, son ilimitadas y los medios de prueba limitados. Ante esta disyuntiva, el Tribunal habrá de establecer la correspondencia entre la fuente y el medio de prueba consiguiente. Sin embargo, el tenor legal evidencia que la prueba viene dada y el juez debe admitirla sin variar su naturaleza.

El artículo 90 bajo el significativo título de *“Admisibilidad de los medios de prueba”* dispone que: *“1. Las partes, previa justificación de la utilidad y pertinencia de las diligencias propuestas, podrán servirse de cuantos me-*



*dios de prueba se encuentren regulados en la Ley para acreditar los hechos controvertidos o necesitados de prueba, incluidos los procedimientos de reproducción de la palabra, de la imagen y del sonido o de archivo y reproducción de datos, que deberán ser aportados por medio del soporte adecuado (...)*”.

Aquí, el precepto parece acoger un principio de tipicidad respecto de los medios de prueba, “*regulados en la Ley*”. Esto conviene a la distinción entre fuentes no reguladas y medios de prueba efectivamente regulados. Pero, la regulación legal, en el calendado artículo 87, incluye cualesquiera pruebas que puedan practicarse.

Si no me equivoco, la distinción entre fuentes y medios de prueba conlleva en el plano lógico que el juez no pueda denegar, si es lícita, la fuente de prueba so pretexto de no encontrar acomodo en alguno de los medios de prueba tipificados. Frente a ello, se podrá argüir, no sin razón, que ese desajuste entre fuente y medio de prueba constituye una entelequia, porque el artículo 299 de la Ley de Enjuiciamiento abarca todos los medios de prueba imaginables por el momento. El caso es que, de ser esto cierto, “*numerus clausus y apertus*” reflejarían una misma realidad. La cuestión doctrinal adquiere, entonces, un tinte meramente nominal, a condición de que quede claro que no corresponde al juez implementar los supuestos de prueba legal. Evidentemente, el juez a la vista de la prueba presentada “*in genere*” (sea fuente o medio de prueba) tendrá que identificarla “*in specie*”. Esta identificación debe ser muy escrupulosa tratándose de la prueba legal, ya que, de alguna manera se impone sobre el juez: este no puede, en consecuencia, restringir ni ampliar los supuestos que la integran, porque carece de facultades al respecto. En rigor, más allá de pruritos de escuela, lo que hay es que el legislador lleva una doble lista: una completamente abierta a cualquier medio de prueba posible, a los que tanto podemos llamar fuentes como medios de prueba (artículo 24 de la Constitución) y otra cerrada respecto de la prueba legal a la que obligadamente ha de sujetar la actuación judicial.

Y terminamos este recorrido por la ley reguladora con el artículo 94, que atiende a la rúbrica de “*prueba documental*” y a cuyo tenor: “*los documentos y otros medios de obtener certeza sobre hechos relevantes que se en-*

*cuentren en poder de las partes deberán aportarse al proceso, si hubieran sido propuestos como prueba por la parte contraria...*”. Parece claro que, entre dichos medios, asimilados a la prueba documental, deben figurar los correos electrónicos. Por esta vía específica se podría justificar la consideración de estos correos como prueba documental a efectos laborales; pero no efectos civiles. Esta misma solución habrá de aplicarse a los otros medios de reproducción mecánica, como los de carácter acústico.

Así planteado el asunto, la jurisdicción laboral albergaría un concepto amplio de documento, extensivo tanto a los correos electrónicos, como a fotografías o cintas de video, en un sentido opuesto al que se venía manteniendo por la misma Sala desde la sentencia de 26 de noviembre de 2012, la cual se ceñía estrictamente a la Ley de Enjuiciamiento Civil sin entrar en las disposiciones comentadas. Esto no es óbice para que la doctrina de esta sentencia sea completamente correcta en lo que atañe a la prueba en el proceso civil, cuando advierte que la Ley vigente, a diferencia de la anterior, ha dado un tratamiento autónomo a los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, diferenciándolos de la prueba documental.

Como era de esperar la Resolución de 23 de julio de 2020 ha dado alas a ciertas opiniones doctrinales<sup>5</sup> que preconizan una equiparación conceptual entre documento en sentido amplio y en sentido estricto, a resultas de incluir en su seno las reproducciones mecánicas del tipo que sean.

Esta idea fue defendida por CARNELUTTI en un contexto diferente, ante la necesidad de dar entrada en el proceso a las reproducciones mecánicas, fundamentalmente la fotografías, que no estaban previstas en la Ley. A su entender: *“La subdivisión más conocida de las pruebas históricas señala la diferencia entre la persona y la cosa, puesto que cada uno de estos dos sujetos puede servir para representación: la persona, en cuanto representa un hecho, se llama testigo; la cosa, en cuanto representa un hecho, se llama documento.”* Pero una vez admitidos

---

<sup>5</sup> Véase “El valor procesal del correo electrónico tras la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2020” de Ana María CHOCRON GIRÁLDEZ, *Diario La Ley*, núm. 9811. Sección doctrina, de 16 de marzo de 2021. También “La impugnación de documentos electrónicos. Orientaciones de práctica forense” de Xavier ABEL LLUCH, publicado en el *Diario la Ley*. Se trata de un trabajo muy interesante, más allá de mi desacuerdo con su concepción del documento en sentido amplio, resultan muy recomendables las indicaciones que realiza sobre la prueba pericial, fruto de su experiencia.

“*expressis verbis*” los medios de reproducción mecánica esta teoría representativa solo conserva su pulcritud estética, ha decaído, porque el documento no representa un hecho, sino que expresa el pensamiento de su autor. En la esfera contractual no hay duplicidad representativa entre negocio y documento, porque éste no es otra cosa que la declaración escrita: no es un cuadro ni un monumento, a pesar de que esta expresión se empleó antiguamente para designar el instrumento público, sino pura y simplemente una única realidad jurídica.

En fin, los correos electrónicos o los mensajes de WhatsApp y la demás reproducciones mecánicas, a las que se refiere el artículo 299-2 de la Ley de Enjuiciamiento, convienen perfectamente con los papeles y notas del artículo 1228 del Código Civil, que como destacaba RODRÍGUEZ ADRADOS<sup>6</sup> no tienen por qué estar firmados, para advertir seguidamente que por esa razón los aludidos correos no estaban incluidos en la Ley de Firma Electrónica —como tampoco en la actual— pues no eran —ni son— documentos electrónicos en sentido estricto, a pesar de ocurrir que la mayor parte del comercio electrónico se desarrollaba —y continúa desarrollándose— por su intermedio. Estas apreciaciones siguen vigentes como las que transcribía de CLEMENTE y CAVANILLAS<sup>7</sup>, a cuyo entender la firma electrónica y en su caso los terceros de confianza configuran el marco ideal de la contratación electrónica, pero no ciertamente el real.

Por tanto, estos correos con indicación de su remitente, pero sin firma, siguen rigiéndose por los artículos 299-2 y 384 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La ausencia de firma impide su consideración como documentos dispositivos, son meras reproducciones de texto.

Los correos electrónicos, desde un punto de vista documental, se aproximan bastante a las antiguas “*notitiae*”. Había muchos tipos de “*notitiae*”: entre ellas las meramente preparatorias del documento, como las dorsales, marginales, breves o imbreviaturas, antes de convertirse en el siglo XIII

---

<sup>6</sup> RODRÍGUEZ ADRADOS, A., “Firma Electrónica y documento contractual”, *Escritura Pública. Ensayos de Actualidad*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2004, pp. 33 y 86 y ss.

<sup>7</sup> CLEMENTE, M. E. y CAVANILLAS, S., *Responsabilidad civil y contratos en internet. Su regulación en la Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*, Comares, Granada, 2003, p. 179, nota 6. Cit. por RODRÍGUEZ ADRADOS, A., *op. cit.*, nota *supra*, p. 86.

en matrices del instrumento público<sup>8</sup>; las “*notitiae testium*” que redactaba o se quedaba el destinatario del acto con la simple indicación de los testigos; “*notitiae consecrationis*” hojitas o tiras de pergamino guardadas en el altar o en su propio relicario en las que se describían las reliquias y que se encerraban con ellas, como un testimonio de su credibilidad; las “*notitiae traditionis*” que ofrecían las más variadas formas, pero que cumplían inicialmente la función de recordatorio, por ejemplo de una donación y del benefactor que la hiciera, a veces escritas en un misal, aunque trasladadas paulatinamente, a partir del siglo IX a los conocidos “*libri traditionum*”, que aparecen en el obispado en Freising bajo el obispo Hitto, así como en Regensburg con el obispo Baturich y posteriormente en los monasterios de Mondsee y Fudda. Eran libros de muy diversa factura: en el siglo X existieron monasterios, cuyos libros consistían en una protocolización de las noticias aportadas; y otros en los que el libro contenía una mera indicación o reseña de la noticia documental; al final, su evolución natural llevó a que fueran un medio de procurar la prueba testimonial y, al cabo, ellos mismos testimonio del negocio.<sup>9</sup>

## CLASES DE DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS

En este punto hay que distinguir entre los documentos contractuales o negociales y los que no lo son. Los documentos contractuales, que constituirán el centro de nuestra atención, son documentos firmados. Decía RODRÍGUEZ ADRADOS<sup>10</sup> que la firma no es un requisito del documento es lo que “hace” el documento, de lo que antes no era más que un proyecto; sin firma no hay documento negocial. Esto lo sabían bien los antiguos, pues como refería Menochius toda la fuerza de la aprobación reside en la firma (“*Tota*

---

<sup>8</sup> Vid. BONO, J., *Historia del Derecho Notarial Español*, T. I, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España. Madrid, 1979, p. 185. Estas notas que eran meros apuntes preparatorios del documento solicitado (“*rogatio*”) se convierten en matrices, en instrumentos públicos, y la *rogatio* explica el autor, no es ya una solicitud sino el otorgamiento mismo del documento.

<sup>9</sup> Vid. REDLICH, O., *Doctrina de los documentos de particulares en la Edad Media* (traducido por Á. Martínez Sarrión), 2.ª edición, La Notaria, Barcelona, 1994, pp. 74 y ss.

<sup>10</sup> RODRÍGUEZ ADRADOS, A., “La firma electrónica”. Comunicación el 5 de junio de 2000 en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

*vis approbationis in subscriptione sit*”). Por tanto, el documento contractual conlleva la firma, manuscrita o electrónica.

La firma electrónica avanzada regulada en el Reglamento eIDAS no es en puridad una firma, sino una versión perfeccionada del antiguo sello que fue perdiéndose en beneficio de la firma autógrafa. Pero que sea un sello algorítmico no impide al artículo 25-2 del Reglamento declarar que la firma electrónica cualificada “*tendrá un efecto jurídico equivalente a una firma manuscrita*”. La firma avanzada no se considera, por el contrario, equivalente a la manuscrita, pero ¿qué le resta esta diferencia? La pregunta tiene su aquel.

Como es bien sabido, la firma manuscrita cumple dos funciones, la indicativa de la persona y, sobre todo, la declarativa, que es vital, pues la firma no es otra cosa que la declaración de voluntad referida al contenido del documento. El artículo 26 del Reglamento requiere de la firma avanzada que esté vinculada de manera única con el firmante, permita la identificación de éste y asegure la integridad de lo firmado; características que comparte con la firma cualificada.

A la vista de estas determinaciones normativas, podemos convenir en que la firma avanzada trata de asegurar la autenticidad formal del escrito, pero no asegura la asunción de su contenido, al igual que ocurría en otros tiempos con los documentos bajo sello privado. La firma avanzada no cumple la función declarativa. Cabe, por supuesto, interrogarse por las razones de este diferente trato con respecto a la cualificada, que al fin y al cabo garantiza esas mismas funciones, aunque sea en un grado superior: ¿Justifica la diferencia gradual la cualitativa? Desde un punto de vista lógico, parece claro que esta pregunta también se puede realizar a la inversa: ¿está justificada la equivalencia entre la firma cualificada y la manuscrita?

Limitémonos por el momento al intrigante asunto de si esta firma avanzada cumple la función declarativa, que es consustancial a toda firma. Que la firma sea un sello no quita que se la ley pueda asignarle esa función declarativa, aun cuando la firma avanzada no equivalga a la manuscrita. También en el pasado, aunque por incultura, hubo sellos privados que eximían de la firma manuscrita. Pensemos en un documento electrónico con firma avanzada que es admitido conforme al artículo 326-3 LEC. ¿qué diferen-

cia existiría respecto de un documento electrónico con firma cualificada no impugnado? Aparentemente ninguna, la autenticidad formal habrá quedado igualmente acreditada y la autenticidad material será en ambos casos cuestionable, pero tal vez más cuestionable en uno que en otro, en la medida en que, pese a su autenticidad formal, la firma avanzada no implica por sí misma la asunción del negocio documentado.

Contrastemos esta solución con la contraria, supongamos, por tanto, que la firma avanzada incorpora la función declarativa, aunque no se asimile a la manuscrita: ¿Qué ventaja reporta a la cualificada esa equiparación de efectos jurídicos entre ambas? ¿Una ventaja probatoria? No parece que sea esa la explicación de su especial régimen probatorio, vinculado, en rigor, a la existencia del certificado cualificado, no a la de equivalencia con la firma manuscrita.

Al final de tanto rodeo, tal vez podamos proponer alguna conclusión. La firma avanzada si no es cualificada carece de la función declarativa inherente a la manuscrita, no es una declaración de voluntad. Esto no quiere decir que no haya contrato en un sistema espiritualista como el nuestro. Contrato hay, pero el documento privado, que lo recoge, no es en este caso un documento dispositivo, sino testimonial en lo que atañe a su contenido. En consecuencia, aunque no se impugne su autenticidad formal o en caso de impugnación cuando se demuestre, su contenido es un testimonio sometido a las reglas de la sana crítica, porque la autenticidad formal se predica de un documento testifical. En cambio, en el documento con firma electrónica cualificada, la impugnación de la autenticidad formal no excusa de impugnar la autenticidad material, pues si no se hace así, la autenticidad formal del documento dispositivo se extiende a la autenticidad material porque su contenido ha sido asumido en virtud de su firma, no en balde equivalente a la manuscrita.

Al lado de las firmas avanzadas se encuentran las firmas electrónicas simples, que en la medida en que sean aceptadas, como ocurre con el registro previo en los códigos seguros de verificación también generan documentos electrónicos, aunque con la desventaja respecto de la firma electrónica cualificada, que ya hemos visto, de no equipararse con la firma manuscrita.

Los documentos privados se basan en el mutuo reconocimiento de las partes y éstas pueden pactar entre ellas un sistema de acreditación como admitía la antigua ley de firma electrónica en su artículo 3-10, siempre que dicho pacto, sin embargo, no altere el régimen de la prueba legal establecido en el artículo 326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues como es notorio el régimen de la prueba es imperativo. Por tanto, pueden establecer claves concertadas, pero no dotar de mayor valor probatorio a la firma electrónica, ni alterar lo dispuesto en el artículo 326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En consecuencia, como advierte Domingo ALAMILLO<sup>11</sup>, las partes firmantes de un contrato pueden emplear una firma electrónica no cualificada dándole el mismo valor que la manuscrita, lo que deberá en su caso considerar el juez, pero sólo desde la perspectiva sustantiva, dado que las normas procesales no son susceptibles de disposición.

Por lo demás, hay que resaltar que el sello de las personas jurídicas no equivale a la firma electrónica. Lo dice con toda claridad la Ley 6/2020 en su Exposición de Motivos cuando aborda la derogación de los antiguos certificados de firma electrónica de las personas jurídicas *“el nuevo paradigma instaurado por el mencionado reglamento implica que únicamente las personas físicas están capacitadas para firmar electrónicamente, por lo que no prevé la emisión de certificados electrónicos a favor de personas jurídicas o entidades sin personalidad jurídica. A éstas se reservan los sellos electrónicos que permiten garantizar la autenticidad e integridad de los documentos tales como facturas electrónicas. Sin perjuicio de lo anterior, las personas jurídicas podrán actuar por medio de certificados de firma de aquellas personas físicas que legalmente les representen”*.

La supresión de los antiguos certificados de firma electrónica de las personas jurídicas, por mucho que la Ley derogada pretendiera que no afectaban a régimen jurídico de la representación orgánica y voluntaria<sup>12</sup>, afectaban y constituían un verdadero peligro al convertir el sello en un poder al portador.

---

<sup>11</sup> ALAMILLO, D., “La nueva ley de servicios de confianza y la firma electrónica cualificada obtenida por videoconferencia: ¿una oportunidad para el despliegue de la administración electrónica?”, *Diario La Ley*, núm. 9.740, de 20 de noviembre de 2020.

<sup>12</sup> *Vid.* GARCÍA MÁZ, F., *Firma electrónica, contratos electrónicos y otras cuestiones*, CUNIEP Editorial, Madrid, 2022, p. 34.

El sello electrónico de la persona jurídica, introducido en su lugar, y que no es firma, solo asegura el origen y la integridad de los datos incluidos, si nos atenemos a lo dispuesto en el artículo 35 del Reglamento, cuya correcta inteligencia anticipa el considerando, a cuyo tenor “*Los sellos electrónicos deben servir como prueba de que un documento electrónico ha sido expedido por una persona jurídica, aportando certeza sobre el origen y la integridad del documento.*”

Otra cosa es que se acepte su utilización voluntariamente o por vía legal como equivalente a una firma electrónica avanzada o cualificada, en la línea de los artículos 9 y 10 de la Ley 39/2015 de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y Procedimiento Común. Pero esa aceptación sólo permite su utilización como un subrogado de la firma, sin transformarse en firma, por lo que su radio de acción probatorio será el que le es consustancial, origen e integridad de lo sellado, sin alcanzar lógicamente a la identificación electrónica del firmante.

Por último, son documentos electrónicos los certificados electrónicos librados por los prestadores de servicios. La palabra certificado o certificación según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, “*documento que asegura la verdad de un hecho*”. La palabra certificado induce a error, pues no es documento el que asegura la verdad del hecho electrónico sino la declaración responsable de quien lo emite. En este sentido es exacta la afirmación contenida en el artículo 3-14 del Reglamento de que es una “*declaración electrónica*”. El documento, en rigor, no certifica, sino que recoge una declaración sobre hechos propios bajo la responsabilidad de declarante, recoge su testimonio; se trata, en definitiva, de un documento testimonial sobre la verdad de los hechos, que de ser cualificado conlleva en juicio una presunción a favor del actor, a reserva de la posible prueba en contrario. Que se presuma correcto o verídico en el limitado ámbito del proceso no significa que sea auténtico, ni siquiera que se presuma auténtico, pues la autenticidad no puede presumirse a priori, cuando esta consecuencia se produce *a posteriori* como resultado de la prueba. Por tanto, es una licencia impropia y en ocasiones interesada afirmar que estos certificados cualificados aparejan una presunción de autenticidad.



Sobre este valor testimonial descansa todo el sistema probatorio vinculado a la firma electrónica cualificada. Sin embargo, estos certificados, que no son documentos públicos, no se prueban a sí mismos.

Manuel GONZÁLEZ-MENESES se ocupa de esta importantísima cuestión en una monografía de imprescindible lectura acerca de *“La eficacia jurídica de los servicios electrónicos de confianza”*<sup>13</sup> a la que me voy a referir repetidamente. Antes de acometer este problema aclara que el sistema de criptografía asimétrica o de doble clave, conocido por PKI da lugar a una relación de tipo triangular que se compone de tres sujetos: el titular de la firma que se supone que es el único que conoce o tiene acceso a la clave privada, que va a emplear para firma archivos mediante su cifrado con esa clave (lo que el Reglamento llama “datos de creación de firma”; el prestador de servicios que da a conocer al público la persona a la que se ha asignado la clave pública como instrumento de verificación de sus firmas electrónicas (“datos de verificación de firmas”); y el tercero destinatario de los mensajes firmados que confía en la información, “la parte que confía” en la terminología de la Ley modelo de UNCITRAL.

*“No obstante, —observa— debemos tener en cuenta que este esquema triangular en realidad es incompleto. Y ello porque el propio certificado es una declaración responsable y como tal debe estar firmado...electrónicamente y, por tanto, tratándose también de una firma electrónica criptográfica, tendrá que apoyarse a su vez en un certificado expedido por otro certificador de firmas de firmas electrónicas, y así sucesivamente, podríamos decir que ad infinitum, de forma recursiva como un grabado de Escher. Este es precisamente uno de los problemas más graves que suscitan los modelos de PKI basados en certificados: cómo verificar la autenticidad de los propios certificados emitidos por una CA en un entorno exclusivamente online, hasta dónde debe verificar en esa cadena de certificaciones el destinatario de un mensaje firmado electrónicamente para que se pueda considerar que ha actuado de forma diligente, como puede el último certificado de la cadena o certificado raíz certificarse a sí mismo.”*

---

<sup>13</sup> RODRÍGUEZ ADRADOS, A., *“La eficacia jurídica de los servicios electrónicos de confianza”*. Conferencia expuesta en la Catedra Fundación del Notariado de ICADE, de la que es director, sobre la seguridad jurídica en la sociedad digital, pendiente de publicación.

Se trata, sin duda de una laguna. Curiosamente, la necesidad de encontrar el certificado raíz plantea curiosamente el mismo problema que suscitaba en la Edad Media la prueba de la propiedad, que ciertamente se trataba de paliar con la “*accessio possessionis*”, pero a condición de haber poseído entre todos los implicados el tiempo necesario para la prescripción adquisitiva. Una solución alternativa, explica Rafael NÚÑEZ LAGOS<sup>14</sup> fue la introducida, a mediados del siglo X, por el Emperador Oton para reducir a tres el número de transmisiones previas sujetas a control, la llamada “*intertiatio*” que dejó sus huellas en los Fueros de Cuenca y Usagre, así como en el Fuero Viejo. También en las Partidas (3.18.114) para cuando “*la carta no fuese fecha por mano de escribano, que seyendo ella escruta por otro, e firmada con dos testigos escritos con sus manos, deue valler en vida de aquellos que escribieron y sus nomes, otorgando ellos que assi fue fecho el pleyto como dice la carta*”. Claro es que los testigos tenían que ser de “*buena fama*” de acuerdo con lo exigido en la ley 32 en el título antecedente, no existían por entonces listas de confianza, aunque tampoco hacía falta, tratándose de testigos de vecindad, que eran bien conocidos en el lugar.

## LA PRUEBA DEL DOCUMENTO ELECTRÓNICO

### 1. Consideraciones generales

A diferencia de los documentos públicos, los documentos privados carecen de autenticidad en la forma y en el fondo. Por tanto, su prueba se proyecta doblemente sobre la autenticidad formal (la autoría del documento) necesaria para su admisibilidad y, una vez admitido, sobre su contenido probatorio, que en principio habrá de valorar el juez conforme a las reglas de la sana crítica.

Este es el sistema que ha venido siguiéndose tradicionalmente en la Ley de Enjuiciamiento; el problema, que sigue latente en la actual, es que esta doble fase no está lo clara que debiera en el artículo 316-1 de la ley que atri-

---

<sup>14</sup> NÚÑEZ LAGOS, R., “El documento medieval y Rolandino”, en *Estudios de Derecho Notarial*, Madrid, 1986. p. 186 y esp. pp. 205 y ss.

buye a los documentos privados, cuya autenticidad no fuere impugnada por la parte a quien perjudiquen el valor de fuerza plena en el proceso.

Con relación a estos documentos con autenticidad no impugnada (sean o no electrónicos) advertía RODRÍGUEZ ADRADOS<sup>15</sup> que la Ley confunde estrepidamente, los dos temas fundamentales que presenta el documento privado en materia de prueba, la admisibilidad en el proceso, para lo que basta esa autenticidad formal, deducida de la no impugnación, y subsiguiente valor del documento para probar su contenido, la autenticidad de fondo, sin apercibirse, como escribe Sebastián REPRESA<sup>16</sup> de que la no impugnación nada tiene que ver con la veracidad del contenido documental.

En la hipótesis de autenticidad formal comprobada tras su impugnación, el hecho de haber sido el documento objeto del debate probatorio permite llevar la prueba al contenido del documento privado.

Reproduzco literalmente la impecable argumentación de Antonio RODRÍGUEZ ADRADOS<sup>17</sup>:

*“A mi manera de ver, el documento privado cuya autenticidad, oportunamente impugnada ha sido comprobada, no hace prueba plena, sino que su valor probatorio ha de ser apreciado por los tribunales conforme a las reglas de la sana crítica. Este es, ante todo, el sistema seguido por nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil por el que debemos inclinarnos en caso duda y no por la prueba legal que constituye evidentemente la excepción. Por otra parte, el cotejo pericial o el otro medio de prueba ha sido valorado para obtener este resultado según las reglas de la sana crítica: no parece lógico que unos medios de prueba sometidos a las reglas de la sana crítica den lugar a la atribución a otro medio de prueba del carácter de prueba plena del que ellos carecen.”*

Hay una cierta incongruencia que proviene de atribuir a la no impugnación los efectos del reconocimiento judicial que se venía exigiendo por la Ley con anterioridad a la presente. La admisión del documento no supone

---

<sup>15</sup> RODRÍGUEZ ADRADOS, A., “La firma electrónica y el documento electrónico”, p. 98.

<sup>16</sup> *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, coordinados por Miguel Ángel Fernández Ballesteros, Rifá Soler y José Francisco Valls Gombau, p. 1539.

<sup>17</sup> RODRÍGUEZ ADRADOS, A., “La firma electrónica y el documento electrónico”, p. 101.

un reconocimiento tácito, que no es ni puede ser, piénsese en el caso de que la parte esté en rebeldía, ¿el desconocimiento del proceso no entraña una suerte de impugnación? Imponer la autenticidad del documento no impugnado sobre su contenido “*a la parte a que perjudique*” alimenta la idea de que subyace una “*contra se pronuntiatio*” una suerte de confesión, actualmente sustituida por la prueba de interrogatorio. Todo ello, mueve a pensar, en que la traslación del efecto probatorio pleno de la autenticidad formal a la sustancial o material constituye una presunción legal: indicio, la autenticidad formal o autoría y consecuencia, la veracidad del contenido documentado. La ausencia de prueba en contrario no debería excluir la valoración del juez conforme a las reglas de la sana crítica, lo mismo que la ausencia de prueba por parte del actor de la autenticidad formal.

En todo caso, sea cual sea el resultado de la prueba, solo tiene eficacia entre partes, en el proceso en el que ha sido aportada, esto es en ese concreto proceso, sin que su eficacia probatoria, pongamos por caso, la del documento no impugnado, se pueda hacer valer en otro proceso ni siquiera entre las mismas partes. Y por supuesto, en todo caso, ese documento al que se reconoce prueba plena en el proceso sigue siendo un documento privado inoponible a terceros.

## **2. La prueba de los documentos electrónicos con firma no cualificada**

La derogada ley de firma electrónica introdujo en este esquema el documento electrónico con firma avanzada y en su caso con la llamada firma reconocida.

No incluyó la Ley a los documentos con firma electrónica simple (no avanzada), como explicaba Antonio RODRÍGUEZ ADRADOS, reconducidos hacia los de reproducción mecánica regulados en el artículo 384 de la Ley. Hoy, como veremos, han sido incluidos en la prueba documental.

El artículo 326-3 en su actual formulación dispone:

“3. Cuando la parte a quien interese la eficacia de un documento electrónico o se impugne su autenticidad, integridad, precisión de fecha u

*hora u otras circunstancias del documento electrónico que un servicio de confianza no cualificado de los previstos en el Reglamento (...) permita acreditar, se procederá con arreglo a lo establecido en el apartado 2 del presente artículo...".* Es decir, con arreglo a lo dispuesto para cualquier documento privado.

El precepto difiere del anterior, como anticipábamos, en un aspecto esencial, no se refiere específicamente a la firma avanzada, sino a cualquier servicio de confianza que no sea cualificado, lo que supone dar entrada a los documentos electrónicos con firma simple, no avanzada, apartándolos del 384 de la Ley.

El otro aspecto diferencial estriba en añadir a la impugnación de la autenticidad, la de integridad, fecha y otras cuestiones. A mi modo de ver, la impugnación de la autenticidad formal supone la negación absoluta de todo el documento, abarca todas ellas. Cabe, sin embargo, que la firma electrónica se haya estampado, pero el documento no reúna las otras calidades, lo que es muy natural en el caso de firma electrónica simple; de ahí, la enumeración abierta a cualesquiera otras circunstancias.

Esto supuesto, la remisión a lo dispuesto en el artículo 326-2 no supone, que, probada la autenticidad impugnada, quede probado su contenido, como hemos observado con antelación.

Y queda el caso de la autenticidad no impugnada, que más allá de la crítica y de la propuesta que me he atrevido a realizar por razones de equidad, en el caso de estos documentos electrónicos sin certificado cualificado, presenta la especialidad de que no producen los efectos de la firma manuscrita. Como he razonado con antelación son documentos meramente testimoniales y la apreciación de su testimonio deberá llevarse a cabo conforme a las reglas de la sana crítica, por cuanto el documento es solo un testimonio por escrito, sin que la firma electrónica represente su asunción.

### **3. El documento electrónico con firma electrónica cualificada**

Con todo, la reforma más novedosa corresponde apartado cuarto de este artículo 326 con relación a los documentos con firma electrónica cualificada.

La Ley 6/2020 declara su Exposición de Motivos explica su fundamento:

*“El Reglamento (UE) garantiza la equivalencia jurídica entre la firma electrónica cualificada y la firma manuscrita, pero permite a los Estados miembros determinar los efectos de las otras firmas electrónicas de confianza y de los servicios de confianza en general. En este aspecto, se modifica la regulación anterior al atribuir a los documentos electrónicos para cuya producción o comunicación se haya utilizado un servicio de confianza una ventaja probatoria. A este respecto se simplifica la prueba, pues basta la mera constatación de la inclusión del citado servicio en la lista de confianza de prestadores cualificados de servicios electrónicos regulada en el artículo 22 del Reglamento.”*

Se reconoce en este párrafo que la reforma del artículo 326 de la Ley de Enjuiciamiento no venía impuesta por la normativa europea. Pero es importante notar que para el legislador *“la ventaja probatoria”* consiste en simplificar la prueba, en el sentido de eximir, en caso de impugnación, que el prestador de servicios deba probar que ha prestado el servicio correctamente al estar incluido en la pertinente lista de confianza.

Sin embargo, la génesis de la reforma obedece, como ha señalado Julio BANACLOCHE<sup>18</sup>, a un error del Consejo de Estado.

En efecto, el Anteproyecto de Ley extraía como única conclusión de figurar en la lista de prestadores de servicios de confianza cualificados la doble presunción *“de haber sido elaborado el documento por el servicio de confianza cualificado”* y *“que éste se ha prestado correctamente”*; lo cual parece enteramente lógico. El anteproyecto agregaba, *“que, si aun así se impugna el documento electrónico, la carga de la comprobación corresponderá al que haya presentado el documento electrónico”*.

El Consejo de Estado objetó que esta previsión que, tenía sentido en la Ley de Firma Electrónica, carece del mismo en el marco del presente anteproyecto. Y más allá de si tiene o no sentido, he aquí el error:

---

<sup>18</sup> BANACLOCHE, J., “Valor probatorio e impugnación de los documentos electrónicos públicos y privados a la luz de la nueva Ley 6/2020 de servicios electrónicos de confianza”, *El Notario del Siglo XXI*, núm. 94, 2020.

*“En cambio, los documentos electrónicos privados generados con un servicio “de confianza cualificado” (...), cuentan con una presunción de certeza e integridad derivado de la sola circunstancia de que el servicio ha sido dispensado por un prestador cualificado.*

*El Anteproyecto no recoge propiamente esta presunción, que resulta de lo dispuesto en el Reglamento (UE) para los diferentes servicios (artículos 25.2, 35.2, 41.2 y 43.2) y, por ello no es necesario reproducir, sino una presunción nueva, adicional a la anterior y no prevista en la legislación precedente”.*

El error del Consejo de Estado radica en que respecto de la firma electrónica el Reglamento no contiene ninguna presunción; el artículo 25-2 citado al respecto, se limita, como sabemos, a establecer *“Que una firma electrónica cualificada tendrá un efecto jurídico equivalente al de una firma manuscrita”*. Ni rastro de presunción.

En cambio, el Reglamento sí contiene presunciones respecto de los servicios cualificados de sello electrónico, sellos de tiempo, de entrega electrónica cualificada y de entrega electrónica cualificada, que se recogen en los artículos correctamente citados en el dictamen.

Pero, y esto me parece crucial, todas estas presunciones tienen especialmente acotado su objeto en función de lo que se certifica: en el sello electrónico de persona jurídica, la integridad del mensaje y el origen de los datos; en el sello cualificado de tiempo, la exactitud de la fecha y hora que indican y la integridad de los datos a los que la fecha y hora están vinculados; y lo mismo ocurre con la entrega certificada y con la autenticación de sitios web.

Esto no es una originalidad del legislador, es una exigencia consustancial a toda presunción legal: el nexo de unión o enlace entre la afirmación base, la correcta prestación del servicio cualificado y la consecuencia, la presunción de exactitud del certificado electrónico, por ejemplo, de la hora y la fecha y de integridad de los datos vinculados a las mismas. En estos casos, existe una correlación lógica entre la correcta prestación del servicio cualificado y el hecho presunto.

Pero no es esto lo que ocurre en el supuesto de la firma electrónica cualificada, del hecho base (igualmente presunto) de la correcta prestación del servicio no se pueden derivar otra presunción que se extienda más allá de los servicios efectivamente prestados por el tercero de confianza cualificado, si no existe un nexo que así lo justifique. El artículo 385 de la Ley de Enjuiciamiento Civil pide dos cosas evidentes: la primera que la certeza del hecho indicio haya quedado establecida mediante la admisión a prueba; la segunda, que no se pruebe la inexistencia del hecho presunto o la falta de enlace con el hecho indicio. Mientras no se resuelva el debate no cabe hablar de autenticidad del documento porque no existe *ab initio*.

El caso es que el Reglamento, tratándose de firma electrónica no introduce ninguna presunción. Nada impide que así lo haga el legislador. Pero, lo que no cabe es que la presunción este desconectada de las prestaciones propias del servicio cualificado. Y esto ocurre cuando se quiere extraer de la correcta prestación del servicio cualificado la identidad del firmante, que bien puede ser una persona distinta de quien solicitó el correspondiente dispositivo. Es verdad que la Ley puede establecer una disposición en sentido contrario, pero se trataría de una ficción, que requeriría su formulación explícita.

El Reglamento es una demostración viviente de cuantísima razón tenía el bueno de Javoleno cuando afirmó que “*omnis definitio periculosa est*”. Examinemos las nociones básicas, sin detenernos en la profusa fraseología empleada que alimenta la confusión:

La identificación electrónica consiste en utilizar en formato electrónico los datos de identificación que representen a una persona de una manera única. Estos datos se incluyen en el medio de identificación electrónica, que se utiliza para la autenticación en línea por el destinatario de firma electrónica; la autenticación consiste únicamente en verificar la identificación electrónica; no genera por sí misma la autenticidad formal del documento. En resumidas cuentas, la identificación electrónica es pura y simple apariencia, no acredita ni puede al autor del documento electrónico.

El certificado de firma electrónica (artículo 3-16 del Reglamento) es una declaración electrónica que vincula los datos de validación de una firma con una persona física y confirma al menos el nombre o el seudónimo de



esa persona. Por tanto, el certificado electrónico no identifica al autor del documento, solo al titular del dispositivo.

Por eso, el artículo 26 del Reglamento contiene unas afirmaciones cargadas de vulgaridad en detrimento de la técnica jurídica, de cuyos excesos nos prevenía el recordado Manuel Serra. En efecto, dice el precepto que la firma avanzada (incluida la cualificada) cumplirá los requisitos siguientes:

- a) Estar vinculada al firmante de manera única.
- b) Permitir la identificación del firmante.

La primera aseveración es falsa, está vinculada de una manera única al solicitante de la firma. Por eso, Manuel GONZÁLEZ-MENESES no duda en calificar esta identificación entre el solicitante y el verdadero firmante como una falacia. La segunda, permitir la identificación del firmante; lo cual, desde el lado del autor, es una posibilidad, pero, desde el punto de vista del destinatario, no es más que una probabilidad difícilmente mensurable.

Una probabilidad difícilmente mensurable y me quedo corto, pues la firma electrónica cualificada es vulnerable en más de un sentido y uno de ellos y, no el menor, es la confianza del usuario en familiares, allegados, amigos, empleados, sin entrar en otras realidades de las que algo diremos.

Por esta razón, la confianza en la firma electrónica cualificada solo puede ser relativa. Y esto es tan cierto, que la misma Administración Pública no se fía demasiado, como se depende del Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo que aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos.

En efecto, el artículo 15 atinente a los sistemas de identificación, firma y verificación, establece como principio que *“Las Administraciones Públicas admitirán en sus relaciones por medios electrónicos sistemas de firma electrónica que sean conformes a lo establecido en la normativa y resulten adecuados para garantizar la identificación de las personas interesadas y, en su caso, la autenticidad e integridad de los documentos electrónicos.”*

Sigue el precepto con los medios de que se pueden valer los interesados que coinciden con los establecidos en la Ley 39/2015 en los artículos 9-2 y 10-4, entre los que ocupa el primer lugar la firma electrónica cualificada. Pues bien, obligación de admitir, pero sin responsabilidad, pues el apartado 4 del precepto comentado declara lo siguiente: *“La Administración no será responsable de la utilización por terceras personas de los medios de identificación personal y firma electrónica del interesado, salvo que concurran los requisitos establecidos en el artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre para la exigencia de responsabilidad patrimonial”* por funcionamiento anormal del servicio público.

Con estos antecedentes podemos entrar ya en el estudio del artículo 326-4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que reproduzco tal cual:

*“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 hubiere formulado la impugnación. Si, a juicio del tribunal la impugnación hubiere sido temeraria, podrá imponerle, además, una multa de 300 a 1200 euros”.*

El primer problema que plantea este precepto es delimitar el ámbito de la presunción, su alcance.

En el derecho derogado, la impugnación obligaba a comprobar que *“el prestador de servicios de certificación, que expide los certificados electrónicos, se cumplen todos los requisitos establecidos en la Ley en cuanto a la garantía de los servicios que presta en la comprobación de la eficacia de la firma electrónica y, en especial, las obligaciones de garantizar la confiden-*

*cialidad del proceso así como la autenticidad, conservación e integridad de la información generada y la identidad de los firmantes”.*

La carga de recabar esta comprobación recaía, como es lógico, en el presentante que afirmaba su derecho.

En la actualidad, se ha simplificado la prueba, que ya no requiere semejante comprobación. Se presume que el tercero de confianza, sometido a supervisión e incluido en la correspondiente lista de prestadores cualificados, ha cumplido con sus obligaciones en los campos que indicaba la anterior redacción, que me he permitido reproducir. Es esto lo que se dice ahora con fórmula más sintética: *“se presumirá que el documento reúne la característica cuestionada y que el servicio de confianza se ha prestado correctamente”.*

Hay que hacer una objeción en lo que toca a la redacción de este precepto, en el sentido de que el orden de las dos presunciones debería ser el inverso. Se trata, en efecto, de una doble presunción en cadena: la primera, que sustenta la siguiente, debe ser que *“el servicio de confianza se ha prestado correctamente”* y la segunda que *“el documento reúne la característica cuestionada”*. Y es que aquellas características cuestionadas, que no dependan directamente de correcta prestación del servicio, no deberían entrar en la presunción salvo que haya un enlace suficiente. Por tanto, en función de la circunstancia este dentro o fuera de la presunción, la carga de la prueba habrá de distribuirse de una manera o de otra, aunque es de suponer que, si como es normal, consiste en hechos impositivos, extintivos o excluyentes, la prueba corresponderá al impugnante.

La presunción admite prueba en contrario respecto del contenido certificado y lógicamente contraprueba respecto del hecho presunto.

En lo que atañe a la prueba en contrario hay que aclarar que la presunción beneficia al actor, pero sin que constituya un privilegio para el tercero de confianza, quien, a resultas de impugnación por la contraparte tendrá que demostrar en su caso el cumplimiento de sus obligaciones y facilitar obviamente la práctica de la pericial contrapuesta. La presunción facilita la prueba del actor, pero no se puede valer de ella el tercero de confianza, si no se quiere convertir su ya bastante menguada responsabilidad en ilusoria. Habrá que tener presente que el prestador de servicios cualificado se en-

cuentra en una posición antitética con el impugnante y que del resultado del litigio puede derivar una posible responsabilidad por su lado.

Dígase como se quiera, la identidad del firmante, de quien estampó la firma, no está certificada ni debiera entrar dentro de la presunción legal. Lo que realmente se presume es que el prestador de servicios cumplió correctamente sus obligaciones e identificó debidamente al solicitante. En contra del correcto cumplimiento de sus obligaciones, el impugnante podría, entre otras cosas, oponer las eventuales sanciones sufridas por esta causa, al menos las de naturaleza muy grave cuya publicación previene la Ley, pero también debería estar en disposición de hacer lo mismo con las graves, ya que cuestionan la fiabilidad del servicio de confianza.

Ahora bien, supuesto que el prestador de servicios hubiere cumplido correctamente con sus obligaciones y que, en efecto, hubiera seguido los procedimientos marcados en el artículo 7 de la Ley para identificación del solicitante, no parece que deba darse la misma fuerza probatoria a la identificación del solicitante por empleados o delegados que a la solicitud con firma legitimada notarialmente. Asimismo, no parece que se puedan reputar igualmente seguras la identificación originaria, por personación física o por videoconferencia, que la identificación derivativa, proveniente de otra firma electrónica cualificada, ni tampoco es igual la presencia física a la videoconferencia que exige una serie de prevenciones añadidas, así para evitar posibles hologramas. El anteproyecto de la Ley 6/2020 según explica el dictamen del Consejo de Estado no siguió, al parecer, la propuesta realizada por la entonces Dirección General de los Registros de que los dispositivos se entregaran a los interesados por medio de notario, cosa que sigue siendo posible, pero que no es necesaria.

Al final, ocurre que toda presunción legal, como consecuencia de su impugnación, se convierte en una presunción judicial, al depender su firmeza de la valoración de la prueba en contrario según las reglas de la sana crítica, de lo que Stein llamó máximas de la experiencia.

En resumidas cuentas, el documento electrónico con firma cualificada da lugar a una prueba simplificada, en el sentido de que se dispensa al actor de aportar nueva prueba en caso de impugnación, porque, en realidad, ya ha presentado una prueba, el certificado electrónico cualificado. Este cer-

tificado se presume correcto, porque ha sido librado por un tercero que se presume que prestó correctamente sus servicios al estar incluido en la lista de confianza de prestadores cualificados. La consecuencia, es que la prueba pasa al impugnante, por las reglas generales de distribución de la prueba, no porque se produzca una inversión de la carga probatoria.

Pero, ello no quiere decir que en este proceso complejo que es la firma electrónica cualificada no se den anomalías. Manuel González-Meneses expone un considerable muestrario de las posibles patologías siguiendo paso a paso sus distintas secuencias, sin necesidad de que intervenga la acción de un tercero malicioso; no digamos, si lo hay, ante la facilidad de copiar o capturar la clave privada, facilitada por los pocos dígitos con los que normalmente la activamos.

Asimismo, en el caso de probarse su autenticidad sigue siendo documento privado por lo que puede negarse igualmente mediante la excepción del documento no leído, la añeja “*schedula non lecta*” muy real, tratándose de documentos electrónicos, por el simple sistema de mandar el archivo sin abrir o por figurar en un idioma desconocido para el firmante, o por cualquier circunstancia que impida la prestación de un consentimiento libre e informado.

Finalmente, sea cual sea resultado de la prueba, solo produce efectos respecto de las partes litigantes y en el ámbito estricto del proceso, sin que la autenticidad probada en el mismo pueda salir de su recinto ni valga para otro proceso ni sea, por supuesto oponible a terceros, porque sigue siendo, en definitiva, un documento privado.<sup>19</sup>

## LA EFICACIA EXTRAJUDICIAL DEL DOCUMENTO PRIVADO ELECTRÓNICO

### 1. Larga búsqueda de la autenticidad extrajudicial

La eficacia de los documentos privados radica fundamentalmente en que se suelen cumplir: Pero, en otro caso, ya desde antiguo, su utili-

---

<sup>19</sup> Vid. RODRÍGUEZ ADRADOS, A., “La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 43, 2002, pp 265 y ss.

dad radicaba en la esperanza, como ahora sigue ocurriendo, de que no fueren impugnados.

Por ello se buscó la autenticidad durante siglos para encontrarla al final en una obra de nueva especie, el documento público notarial, porque hasta entonces los antiguos notarios, como escritores profesionales, redactaban documentos privados. Hubo que esperar a la Decretal Scripta Authentica del papa Alejandro III (en el año 1167 o 1169) respecto del “*notarius iuratus*” y a la glosa ordinaria que, mediante la identificación del antiguo tabelio con el tabularius, reconoció al notario la condición de persona pública.<sup>20</sup>

Pero esta es otra historia, entretanto la historia del documento atestigua la utilización sin éxito de diversos medios, entre ellos el documento sellado, directamente emparentado con la firma electrónica.

El sello se utilizaba en las tablillas romanas, que solían incluir en los dípticos o en los trípticos una doble redacción en el exterior de las tablillas e idéntica en el interior que era cerrado con cintas sobre las que se imponía el sello de las partes y de los testigos. El sello era una cerradura, que permitía en caso necesario comparar la redacción exterior con la interna a salvo de manipulaciones.

Una derivación de este sistema encontramos en un papiro del 166 d. de C. de Seleucia Pieria en Siria<sup>21</sup>. Se trata de un contrato de venta, primero en redacción objetiva, luego repetido de propia mano en redacción subjetiva por el vendedor. El borde superior del papiro estaba doblado y cerrado con siete sellos de las partes y testigos. En esta parte cerrada se encuentra una repetición abreviada del contenido principal a fines de prueba.

El resumen cumplía la función del *hash*, solo que en letras en vez de guarismos y cerrado en lugar de encriptado.

Sin embargo, aunque el documento ha llegado a nuestros días, la seguridad dependía de su subsistencia. Por eso, los tabeliones bizantinos recurrieron al procedimiento de la “*impositio fidei*” que consistía en depositar el original redactado por ellos a determinadas autoridades que tenían la po-

---

<sup>20</sup> Vid. BONO, J., *op. cit.*, pp. 167 y 168, notas 13 y 14.

<sup>21</sup> REDLICH, O., *op. cit.*, p. 2, nota 2.

testad de “*actorum conficiendorum*” que tenían a su cargo los libros de “*commentarii o acta*”. Desde el año 366 se otorga esta función a los magistrados municipales “*gesta municipalia*”.

Cumplían estas autoridades una doble función la de recibir directamente la declaración de voluntad, por ejemplo un testamento, o la de recibir el documento redactado, como en la insinuación de donaciones, que convertían en público tras un procedimiento muy formal ante el magistrado con tres curiales y el escritor de la ciudad (*exceptor públicus* o *tabularius*) que componían la autoridad que había de comprobar la conformidad de documento con la voluntad del actor y el contenido del documento expuesto antes de protocolizar toda la actuación. Este protocolo se firmaba por el magistrado y por el escritor, se incorporaba a los “*gesta*” y para el peticionario y a su requerimiento se expedía un duplicado. Se trataba de una función notarial. Este “*tabularius*” autoridad es con quien identifica la Summa Azonis y la Glosa Ordinaria al tabelión antepasado de los notarios.

El caso es que, para resumir, en la Alta Edad Media, Europa occidental se divide en dos aéreas fundamentales, la románica en que van adquiriendo protagonismo los escritores profesionales, y una zona más inculta, desprovista de escritores o con escritores anónimos como sucedía —y todavía sucede en Inglaterra— y el norte de Francia y Alemania.

Los ingleses parecen ser que fueron los inventores de la carta partida o “*chartae divisae*” que contenían, como las tablillas romanas, en un mismo soporte una doble redacción, pero una detrás de otra, consecutivas, separadas por la palabra “*quirografaria*” y más tarde por las primeras letras del alfabeto, por donde se partían los respectivos ejemplares, uno para el autor y otro para el destinatario. La reunión de los dos ejemplares permitía constatar su autenticidad formal en juicio, pero quedaba a expensas de la buena fe de las partes y en su caso de la suerte que no fuera adversa para uno de los ejemplares.

Para remediar este problema, se recurrió en ocasiones a estampar en cada ejemplar el sello de ambas partes o de cada una de ellas en el ejemplar del otro contratante. Incluso, se daba el caso de que se agregara un tercer ejemplar que se depositaba en una persona de confianza.

Este procedimiento recuerda bastante al procedimiento de la firma electrónica simétrica en que cada parte posee la misma clave para descifrar el documento inicial.

Este sistema, sin embargo, cuando los sellos dejaron de ser escasos y todo el mundo podía disponer de uno, decayó en beneficio de documento sellado por una autoridad, “*sigillum authenticum*” de manera que las gentes acudían al obispo o a un conde palatino para que impusiera su sello en el documento. Se trataba de sello en cosa ajena, que cuando se prestaba por mano pública otorgaba autenticidad al documento, como señala la citada Decretal de Alejandro III. Con todo, el sello en cosa ajena tenía una parte débil: aseguraba la existencia del documento, la autenticidad formal y también que su contenido era exacto, pero el sellante se desvinculaba de sus consecuencias, en especial de incumplimiento de sus obligaciones por el autor. La fórmula de rogación usual del sello era simplemente “*sin riesgo*”.<sup>22</sup>

Este sistema recuerda mucho a la firma electrónica de doble clave o PKI, pero sobre su indudable ventaja resultante de la encriptación, hay que señalar que no acredita la autenticidad del documento extrajudicialmente, porque el tercero de confianza carece de fe pública, sin que, por otra parte, asuma las consecuencias de la posible ilicitud del documento, sin perjuicio de que su responsabilidad por la prestación del servicio resulte legalmente muy aminorada como tendremos ocasión de ver.

## 2. La falta de autenticidad de los documentos electrónicos

La falta de autenticidad deriva de que no son documentos públicos. La Ley 6/2020 distingue en su artículo 3 entre documentos electrónicos, públicos, administrativos y privados para establecer “*que tienen la eficacia que corresponda a su respectiva naturaleza*”. Y en la disposición adicional primera, intitulada “*Fe pública y servicios electrónicos de confianza*” insiste en que “*Lo dispuesto en esta Ley no sustituye ni modifica las normas que regulan las funciones que corresponden a los funcionarios que tengan le-*

---

<sup>22</sup> REDLICH, O., *op. cit.*, esp. p. 125.



*galmente atribuida la facultad de dar fe en documentos en lo que se refiere al ámbito de sus competencias”.*

Los documentos privados electrónicos, cualquiera que sea la naturaleza de su firma, se rigen por lo establecido en el Código Civil solo producen efectos entre las partes (artículo 1225) y, por eso mismo, los documentos privados hechos para alterar lo pactado en escritura pública, según el artículo 1230, no producen efecto contra tercero.

### **3. La falta de oponibilidad a terceros**

Los documentos privados carecen, por consiguiente, de la oponibilidad asociada a los documentos públicos por el artículo 1218 del Código Civil respecto al “*hecho que motiva su otorgamiento y la fecha de éste*”.

El hecho del otorgamiento se corresponde con el negocio o contrato otorgado, como demuestra insuperablemente Antonio Rodríguez Adrados en su memorable conferencia “*Escrituras, contraescrituras y terceros.*”<sup>23</sup>

Esta disposición viene de antiguo, así lo puso de manifiesto —explica Adrados— Dumoulin en sus comentarios a la costumbre de París, tras distinguir entre la eficacia negocial y la eficacia documental, para establecer en cuanto a ésta, que, a su parecer la fe pública del documento no tiene lugar solo entre las partes y sus herederos sino que se produce “*quoad contra omnes*”, “*contra quoscumque extraneos*”. Y esta eficacia no se limita a la autenticidad corporal, está también comprendida la autenticidad ideológica o de contenido “*rei totaliter gestae*”, pero con una restricción “*ad limites substantiam facti*”, esto es a lo dispositivo del acto, excluidas las declaraciones enunciativas —que son a las que se refiere el segundo apartado del artículo 1218— que no producen efecto sino entre partes.

En otra ocasión<sup>24</sup> he recordado a Juan Ignacio MORENO y su tratado sobre el otorgamiento de los instrumentos públicos, escrito en 1847<sup>25</sup>, abogado

---

<sup>23</sup> Dada en la Academia Matritense del Notariado el 12 de mayo de 1978, publicada en los Anales XXII-ii, pp. 239-391 y en sus *Escritos* III, pp. 282 y ss.

<sup>24</sup> “La escritura pública entre la autonomía de la voluntad y la inscripción”. Conferencia en la Academia Matritense del Notariado dada el 12 de mayo de 2009, publicada en los *Anales*, p. 315.

<sup>25</sup> *Vid.* p. 21 de la citada obra.

que fuera catedrático de la Escuela del Notariado que con razón indicaba que “*el otorgamiento no consiste en la material redacción del hecho que por su medio se desea hacer constar*” es necesario añadir “*que se trate de un hecho lícito y honesto que le sirva de objeto*” y concluía: “*Los hechos que sirven de objeto a instrumentos son los contratos y disposiciones testamentarias*”.

#### **4. La no presunción de legalidad**

Del artículo 1218 y del 1219 resultan las presunciones de veracidad y de integridad del instrumento público: también una presunción de legalidad, entre otras cosas, porque es presunción de exactitud implica la de la validez del negocio documentado, pues se da fe de una realidad jurídica, solo es oponible aquello que existe y el negocio nulo, de “*nec ullus*” conlleva la inexistencia o irrelevancia del negocio, por eso Juan Ignacio Moreno exigía que el hecho del otorgamiento fuera lícito. Y es que no hay eficacia sin validez. No cabe predicar el carácter oponible de una realidad insustancial como el negocio nulo. La presunción de veracidad de la escritura pública coincide con la de validez. Históricamente surgen unidas en el juramento de fidelidad y han estado siempre entremezcladas y se presuponen, no hay verdad sin validez.<sup>26</sup>

El documento privado electrónico no produce ninguna presunción de validez, como es lógico por su condición de documento privado, pero también por el hecho de restar encriptado, lo que lógicamente puede ser muy conveniente para determinados negocios, que buscan la oscuridad para fines ilícitos. Evidentemente, ni que decir tiene que no constituyen títulos ejecutivos.

#### **5. La posible presunción de integridad documental**

Lo que si puede asegurar el documento electrónico con firma cualificada es la integridad documental. Lo explica con su habitual claridad González-Meneses respecto del caso más frecuente, consistente en usar la función hash, que se desarrolla de la siguiente manera: primero se calcula el hash

---

<sup>26</sup> *La escritura pública entre la autonomía de la voluntad y la inscripción*, p. 317.

del archivo que se quiere firmar, este hash es lo que se cifra con el algoritmo de cifrado y la clave privada del firmante; y lo que se envía al destinatario es el archivo original en claro junto con el hash cifrado y el certificado que informa sobre la clave pública del remitente. Por su parte, lo que hace el equipo de destino es aplicar la clave pública que consta en el certificado sobre el hash cifrado que se ha recibido, con lo que obtiene un hash en claro; a continuación, se calcula el hash del archivo que se ha recibido y, una vez obtenidos los dos hashes, se comparan: si coinciden podemos estar seguros de la absoluta integridad del archivo recibido.

Pero advierte González-Meneses, el sistema de firma electrónica criptográfica puede dar lugar a que el firmante firme algo que no quería firmar. Así, explica, cabe que yo vea en la pantalla de mi ordenador un determinado texto, pero cuando activo la aplicación, lo que sucede en el interior de mi dispositivo, no es algo que yo vea y controle. Para el usuario de un dispositivo informático, la operación técnica de firma, el cifrado de un archivo aplicando un algoritmo a una determinada clave privada, es una verdadera caja negra, un ámbito opaco a su conocimiento y control. En definitiva, el usuario se está fiando de que el dispositivo funciona correctamente y que es precisamente ese archivo que está visualizando el que resulta firmado.

Precisamente, por esto la fiabilidad de este instrumento que es la firma electrónica criptográfica depende en una gran medida del concreto entorno informático en que opera el usuario correspondiente, tanto el que firma como el que recibe el mensaje. Evidentemente, advierte Meneses, no es lo mismo la aplicar una firma electrónica en el ámbito de mi propio sistema de información y luego remitir el documento firmado por correo electrónico a su destinatario, que aplicar esa misma firma en un entorno ajeno, en particular la web de la contraparte del negocio. En efecto:

*“En el primer caso, nunca tengo una seguridad absoluta, porque mi dispositivo o mi sistema puede haber sido hackeado y puedo sufrir una maniobra de phishing, pero se supone que tengo más control y seguridad. En el segundo caso, cuando empleo mi firma en un entorno informático ajeno, me tengo que fiar de allí las cosas se están haciendo correctamente, en concreto que la información contractual que se me está mostrando es precisamente aquella —toda ella y solo ella— que resultará firmada cuando*

*en esa web se me pida que introduzca los datos de activación de creación de mi firma.”*

Este problema, nos dice el autor, lo advierte Ignacio Alamillo, que critica precisamente que el Reglamento eIDAS incluya en su regulación de los dispositivos cualificados de creación de firmar los equipos y programas informáticos empleados para gestionar y proteger los datos de creación de firmas, pero no *“las aplicaciones de creación de firmas”*. Y con toda lucidez —señala MENESES— nos dice, literalmente: *Este enfoque resulta criticable porque deja fuera del sistema de control público de garantías de la firma electrónica nada más y nada menos que a la aplicación que se emplea para crear la firma electrónica, por lo que dicha aplicación podría actuar de manera fraudulenta, mostrando un documento en pantalla, pero remitiendo —al dispositivo cualificado de creación de firma electrónica, para la creación de la firma— el resumen criptográfico de un documento diferente al que realmente se mostró.*

*En efecto, al alcanzar la certificación únicamente al dispositivo cualificado de firma, queda fuera del marco de garantías precisamente lo más importante de la función social de la firma, que es la vinculación entre la declaración de voluntad con el texto sobre el que la misma recae, algo que es especialmente relevante dada la especial naturaleza de los documentos electrónicos.*

Y concluye ALAMILLO: *“Quizá sea preciso, de lege ferenda, la conveniencia de extender el modelo de control público (...) a las aplicaciones de firma electrónica también, en especial cuando las misma se empleen para generar fuentes de prueba con presunción legal asociada, al objeto de no situar a los firmantes o creadores de sellos en situaciones de potencial indefensión”.*

Se da la circunstancia, además, de que los documentos electrónicos para ser considerados originales, por su propia naturaleza, necesitan justificar que el contenido del acto no ha sufrido ninguna alteración, conforme indica Olivia AUDIC<sup>27</sup> por lo que esa integridad resulta muy conveniente.

---

<sup>27</sup> AUDIC, O., *Les fonctions du document en droit privé*, Bibliothèque de l'Institut André Tunc, 2004, p. 168.

Y acontece, que, en efecto, el dispositivo de creación de firma o el sello electrónico en su caso pueden asegurar la integridad, más allá de la caja negra de que hablaba Manuel González-Meneses, pero esa integridad documental no conlleva necesariamente la integridad negocial.

Hay una diferencia que conviene destacar entre la integridad de los documentos públicos y de los privados. En la escritura pública, por ejemplo, para salvaguardar los terceros a los que el instrumento público es oponible, según hemos visto, el Código destina dos preceptos, el 1219 y el 1230 destinados a mantener la identidad o correspondencia entre la integridad documental y la integridad negocial: nada impide que las partes modifiquen una escritura pública, pero si esa modificación se hace en documento privado, nada prueba en relación a terceros, y , si se hace en escritura pública, tampoco que salvo que la escritura posterior se hubiere anotado en un registro público competente o al margen de la escritura matriz y trasladado a la copia.

Los documentos privados electrónicos, porque son privados (artículo 1225) solo acreditarán la integridad documental respecto de sus otorgantes. Y aún esa integridad documental, en el caso de que se deba hacer valer en juicio, presenta el problema de que no representa una verdadera integridad negocial, pues pueden haberse firmado electrónicamente documentos modificativos, o peor, elaborado una sucesión de documentos diversos con idéntica fecha para servirse de ellos a conveniencia.

## **6. El documento privado y su fehaciencia**

En cuanto a la fecha el documento privado nada acredita respecto de terceros, solo obtiene fecha fehaciente en los supuestos regulados en el artículo 1227 del Código Civil. En todos los casos, la fehaciencia deriva de un hecho extrínseco al documento, de un “*posterius*”: la muerte de uno de los firmantes, o porque haya sido incorporado a un registro público o depositado a un funcionario público.

La fehaciencia se regula en el Código Civil, no en la Ley de Enjuiciamiento. Ello no se debe a una casualidad ya que efectos no solo en el ámbito procesal sino también en la esfera extrajudicial: acredita a todos los efectos que su fecha no es posterior a la del hecho (por todo, entrega al funcionario

o registro público), lo que, por ejemplo, permite acreditar el inicio de los plazos de prescripción.

La fehaciencia, es importante destacarlo, no es presuntiva, es fáctica, por el hecho de su entrega al funcionario público.

Así, en teoría, dos fechas: la de documento privado en sí mismo (inoponible a terceros) y la del hecho ulterior, fehaciente (oponible a terceros dentro y fuera del proceso).

Si trasladamos estas apreciaciones a la eventual incorporación del documento a una plataforma electrónica con sello temporal, habrá que distinguir en función de la naturaleza de esa plataforma pública o privada. La incorporación a una plataforma privada, aun provista de sello temporal cualificado, no es fehaciente.

El distinto tratamiento entre plataforma pública y privada no es un capricho legal. El sello temporal proviene de una entidad privada que garantiza su exactitud bajo su responsabilidad. Supone la garantía personal privada que no es homologable con la autenticidad que recibe del Estado el funcionario público.

El sello temporal no da fehaciencia. Tampoco en la plataforma pública de la que un dispositivo o pertenencia que opera como un elemento de seguridad interna. La fehaciencia no la da el sello, sino una naturaleza pública de la plataforma.

La Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 7 de marzo de 2022 deniega con razón la inscripción en el Registro Mercantil de una escritura de elevación a público de acuerdos sociales adoptados en una Junta General convocada mediante un correo remitido a los socios a través de un tercero de confianza cualificado. Los estatutos sociales permitían la convocatoria mediante correo certificado con acuse de recibo. El registrador deniega la inscripción por cuanto no se acredita que la Junta haya sido convocada mediante carta certificada con acuse de recibo, remitida a través de la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, SA (artículos 173 LSC, 22-4 de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre y 97 y 112 del RRM).

El Centro Directivo niega que la administración de la sociedad pueda modificar unilateralmente el sistema de comunicación previsto en los Esta-

tutos. Seguidamente, deniega la pretendida fehaciencia de la comunicación realizada por el prestador de servicios cualificado.

En este sentido, señala que, según el artículo 22-4 de la Ley 43/2010, únicamente las comunicaciones realizadas por el prestador del servicio postal universal (Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos) gozan de la presunción de veracidad y fehaciencia.

## 7. No es título inscribible

Finalmente, los documentos electrónicos con firma cualificada no son —ni deben ser— títulos inscribibles en los Registros públicos. Valen a este respecto las consideraciones de don Claudio Antón DE LUZURIAGA:

*“Por lo mismo que se han atribuido a la inscripción efectos tan importantes, ha sido preciso rodearla de solemnidades que aseguren la legitimidad de los títulos en que se funda, y esa es la razón por la que se exige en el citado artículo 1821 (del Proyecto de García Goyeba) que aquellos títulos consten en escritura pública y siendo providencias judiciales en certificación auténtica. Esto mismo requieren las leyes de los países regidos por el sistema alemán.*

Esto mismo, señalaba el primer proyecto de ley presentado en Alemania para la trasposición de la Directiva de herramientas digitales por el Estado de Renania y que ha marcado la pauta seguida finalmente en Alemania, con una argumentación que nos recuerda la cita de Luzuriaga:

*“En el párrafo 1 del artículo 13 quater de la Directiva se establece claramente que ésta se entenderá sin perjuicio de la legislación nacional que designe, de conformidad con los sistemas jurídicos y tradiciones de los Estados miembros, autoridades, personas u organismos encargados de la tramitación de los procedimientos en línea. Por consiguiente, el mantenimiento probado y fiable del Registro Mercantil en los tribunales de registro no se ve afectado, al igual que la participación central de los notarios como titulares independientes de un cargo público. Esto es particularmente necesario para mantener el alto nivel de exactitud y fiabilidad de los registros que ha existido hasta ahora en Alemania, incluso en el caso de los*

*procedimientos en línea, que se basa en gran medida en la comprobación de la corrección material por los notarios, en el sistema de administración preventiva de la justicia en su conjunto y en el principio del doble control por el notario y el tribunal de registro.”*

Decía BETTI que el negocio es un acto humano peligroso<sup>28</sup> sobre las partes pesan cargas de identificación, capacidad jurídica, legalidad y de sapiencia o prudencia. En los documentos privados estas cargas se asumen por los contratantes. En el caso de las escrituras públicas en una dosis muy considerable por el notario autorizante. Por ello, el documento público se suman dos factores fundamentales la autenticidad formal y sustancial y la responsabilidad del notario civil, penal y disciplinaria.

Todos estos factores en su conjunto justifican la exigencia del título público para la inscripción en el Registro de la Propiedad y en el Mercantil. Es necesario que acceda un título público, porque como escribió GÓMEZ DE LA SERNA<sup>29</sup>: *“El objeto de la inscripción no es dar fuerza a los actos que por sí mismo no la tienen, bien sea por defectos en su parte intrínseca, o en su forma, sino solo hacerlos públicos”* en el sentido, me permito añadir, de darles publicidad.

Y añadía MORELL, *“que es imposible borrar el artículo 33 de la Ley Hipotecaria”* a cuyo tenor la inscripción no convalida los títulos nulos con arreglo a las leyes. *Es una consecuencia del sistema aceptado por el legislador —observaba— supeditada la inscripción al título, si este es nulo, ya sea por razón del contrato o de la obligación en el contenida, ya por razón de la transmisión y su consiguiente adquisición, la inscripción es en principio nula también, puesto que ni añade ni quita al título.”*

En rigor, la inscripción registral por su carácter público incorpora las presunciones de autenticidad, validez e integridad, pero esas cualidades no son extensibles al documento que se inscribe, que las tendrá en función o no de su carácter público o privado.<sup>30</sup>

<sup>28</sup> BETTI, E., *Teoría general de negocio jurídico*, Comares, Granada, 2000, p. 103.

<sup>29</sup> GÓMEZ DE LA SERNA, R., *La ley hipotecaria. Comentada y concordada con la legislación anterior española y extranjera*, T. I, Madrid, 1862, art. 33, pp. 619 y 620.

<sup>30</sup> Extraigo esta idea de una observación que me hizo, en una ocasión, el profesor Banacloche.



La firma electrónica cualificada no es, por otra parte, una prueba privilegiada que permita que el documento privado devenga título inscribible, pues no deja de ser privado y carece de autenticidad y de los controles consustanciales a un documento público<sup>31</sup>.

El tema de la autenticidad es importante y se ha planteado con ocasión del posible acceso al Registro Mercantil, por ejemplo, de aquellos contados casos en los que está previsto la inscripción en el Registro Mercantil de documentos privados en el sentido de sustituir la legitimación notarial de la firma por la firma electrónica cualificada.

De entrada, hay que dejar claro que la firma electrónica cualificada equivale a la manuscrita pero no es auténtica ni puede serlo sin la intervención notarial (Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2010. Ponente Excmo. Sr. Herrero Pina). De ahí que no sea redundante la eventual legitimación por el notario de una firma electrónica cualificada estampada en un documento privado, ya que la legitimación aporta ese plus que es la autenticidad y la inherencia entre la firma electrónica y su titular. La identificación notarial dota de autenticidad real a la firma electrónica cualificada que deviene prueba plena, oponible a terceros (artículos 1218 del Código civil y 319 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

---

<sup>31</sup> Entre ellos, de primera importancia la legalidad del documento. Conviene en este punto deshacer algún malentendido acerca de qué sea un control formal y un control material o sustancial: no es lo mismo supervisar a posteriori un documento, aun incluyendo su contenido dispositivo, que evaluar a priori o coetáneamente la legalidad del negocio que se pretende realizar. En el primer caso, se contrae al documento, es un control formal o epidérmico, su único horizonte es el escrito. Por el contrario, el notarial no está circunscrito al texto documental, sino que supone necesariamente el trámite de audiencia, lo que permite apreciar el contexto, los motivos o pretensiones de las partes para analizar el fondo de la cuestión. El control de legalidad notarial va precedido de una o varias audiencias, la última el otorgamiento del documento público, y esa audiencia representa una diferencia cualitativa respecto del control formal de un escrito como ocurre con la calificación registral.

El juicio notarial de legalidad al ser necesariamente previo o al menos coetáneo respecto del documento se proyecta sobre la realidad que conforma el negocio y que se plasma documentalmente. En este punto está mucho más próxima al control judicial de legalidad. Al igual que el juez, el notario examina los hechos, las motivaciones y alegaciones de las partes en el trámite de audiencia. La diferencia estriba en que la escritura pública no falla como la sentencia en un procedimiento contradictorio a favor de una de las partes, sino que expresa su consentimiento. Pero es de esencia, tanto en el procedimiento judicial como para la escritura pública, la oralidad o el trámite de audiencia. La audiencia (ya sea presencial o en casos concretos mediante videoconferencia) es una garantía para las partes que ejercen su libertad contractual y es, al tiempo, imprescindible para ejercer el control de legalidad.

*La escritura pública entre la autonomía de la voluntad y la inscripción*, p. 317.

La Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, de 9 de marzo de 2022, negó la inscripción de una escritura de elevación a público de un acuerdo social acreditado mediante certificación firmada electrónicamente, sin que ésta se encontrara legitimada notarialmente. Señala el Centro Directivo: *Si la documentación de los acuerdos sociales es generalmente privada y a la inscripción registral de esos mismos acuerdos le anuda el legislador determinados efectos jurídicos, singularmente la presunción de su existencia y validez (cfr. Artículo 20 del Código de Comercio), lógico es que se exijan cautelas que brinden garantías de la existencia y contenido de esos acuerdos, incluso en el supuesto de que para su acceso al Registro sea precisa su elevación a público. Estas cautelas se traducen en limitar el círculo de las personas legitimadas para poder acreditar la existencia de los mismos y elevarlos, en su caso, a públicos y la necesaria constancia en el Registro de la identidad de tales personas. No otra cosa significa la determinación de las personas que pueden certificar o elevar a públicos los acuerdos que no son ellas las llamadas a adoptar, y el hecho de que el nombramiento o apoderamiento de todos ellos esté sujeto a inscripción (...) Pues bien, de poco servirían esos mecanismos de seguridad si no fuera acompañado de otro que diera certidumbre a que la persona legitimada para exteriorizar la voluntad social es realmente la que lo hace y ese mecanismo es la legitimación de firma”.*

La legitimación de la firma conlleva la imputación de la firma a la persona dotada de la función certificante. En el caso de una firma electrónica cualificada, el notario que la legitime garantiza que ha sido estampada por su titular por haberla puesto a su presencia.

De ahí que haya que estar en desacuerdo con un “*obiter dictum*” de la Resolución de 23 de mayo de 2022 con relación a la rectificación de una referencia catastral mediante una instancia firmada electrónicamente al parecer con firma cualificada. La resolución confirma la negativa a extender el asiento de presentación, basada en el 420 del Reglamento Hipotecario, por no hallarse legitimada notarialmente dicha firma o haber sido, en su defecto, ratificada por el registrador, en la medida en que resulta necesario acreditar la identidad del firmante de la instancia.

Y aquí viene el *obiter dictum* “*debe presentarse la instancia con firma electrónica cualificada, no en papel en el Registro, sino vía telemático en la sede electrónica del Colegio de Registradores y en conclusión —señala— “que debe presentarse telemáticamente en el Registro, a través del portal de presentación de documentos privados habilitado en la sede electrónica de los registradores , o si se presenta en soporte papel debe contener la firma legitimada notarialmente, o al menos ratificada ante el registrador”*”.

Naturalmente, la alternativa que se sugiere no es procedente, ya que el artículo 420 del Reglamento Hipotecario ni se plantea la existencia de ese portal, que es una facilidad, pero no, con la simple remisión telemática a dicho portal, la necesaria identificación del solicitante por medio de la legitimación notarial o la ratificación en presencia del registrador, a fin de que la identidad del solicitante resulte indubitada. La presentación en el portal no puede, por demás, generar automáticamente el asiento, sino que necesita para ello la mediación del registrador incluida la ratificación en su presencia.

En fin, para terminar esta exposición parece conveniente insistir en que el sistema de la firma electrónica cualificada no dota de autenticidad al documento, sino que ofrece una seguridad o fiabilidad relativa basada en la responsabilidad del prestador de servicios, tema con el que pongo fin a esta conferencia.

## **EL PRIVILEGIO EXCLUYENTE DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS TERCEROS DE CONFIANZA**

Es un hecho notorio que estas nuevas tecnologías nacen en un clima de desconfianza, que no solo es fruto del desconocimiento o de la brecha digital, sino que responde en buena medida a la falta de seguridad jurídica.

El Reglamento eIDAS principia con el siguiente considerando: “*La creación de un clima de confianza en el entorno en línea es esencial para el desarrollo económico y social. La desconfianza, en particular debida a la inseguridad jurídica percibida, hace que los consumidores, las empresas y los administraciones públicas duden a la hora de realizar transacciones por la vía electrónica y adoptar nuevos servicios*” Esa confianza pasa por imponer a los prestadores de servicios la responsabilidad por los perjui-

cios ocasionados a cualquier persona física o jurídica (considerando 37) y por establecer niveles de seguridad (bajo, sustancial y alto) en lo que atañe (considerando 16) a la *“identificación electrónica para establecer la identidad de una persona, garantizando así que la persona que afirme poseer una identidad determinada es de hecho la persona a quien se ha atribuido dicha identidad”*.

La pregunta que dejo momentáneamente en el aire es: ¿seguridad jurídica para quién?

En este sentido, yendo más allá del Reglamento eIDAS nuestra Ley 6/2020 advierte en su exposición que *“se establece un régimen jurídico específico para los citados servicios electrónicos de confianza cualificados, consecuente con las elevadas exigencias de supervisión y seguridad que soportan y cuyo reflejo es la singular relevancia probatoria que poseen respecto de los servicios no cualificados. Se refuerza así la seguridad jurídica de las transacciones electrónicas entre empresas, particulares y Administraciones públicas.”*

Anteriormente hemos examinado la eficacia probatoria de los documentos con firma electrónica cualificada, quizá no tan relevante. Pero lo que importa destacar es que este refuerzo jurídico no corresponde a una responsabilidad exigente por parte de estos terceros de confianza, sino todo lo contrario, ya que la Ley carga los riesgos sobre los usuarios y limita la responsabilidad de aquéllos al solo caso de actuación dolosa o negligente. Y, como pone de manifiesto, en una admirable monografía, Manuel GONZÁLEZ-MENESES<sup>32</sup>, resulta criticable que no se haya previsto para la firma electrónica una norma semejante a la contenida en el Real Decreto Ley 19/2018 de Servicios de Pago y otras medidas financieras respecto de la pérdida, sustracción, captura o copiado subrepticio de una tarjeta de crédito, que impone al proveedor del servicio de pago la devolución al ordenante del importe de la operación no autorizada, siempre que éste haya cumplido su obligación de comunicar la contingencia; no obstante lo cual, según el artículo 46, la omisión del aviso solo supone, para el ordenante, si no está incurrido en dolo o fraude, la pérdida de un máximo de 50 euros.

---

<sup>32</sup> Pendiente de publicación por la Fundación del Notariado.

Tal vez una medida similar arruinaría los deseos de expansión del sistema, mientras no se desarrolle y consolide, pero no cabe duda de hay aquí una laguna que debe ser colmada de alguna manera, pues la firma electrónica es mucho más peligrosa para el consumidor que cualquier instrumento de pago existente.

No voy a insistir demasiado en este tema que considero, sin embargo, crucial. Pues resulta evidente que todo el artilugio jurídico relativo a la firma electrónica cualificada pretende justificarse por la responsabilidad de los prestadores de servicios y ésta es, decepcionantemente, una responsabilidad privilegiada, muy disminuida por el legislador, en perjuicio de los usuarios, como se desprende de las siguientes observaciones:

*Primera.* El artículo 11 de la Ley 6/2020 viene a establecer un régimen de no responsabilidad. En este sentido, denuncia GONZÁLEZ-MENESES, solo dice cuando no responden estas empresas, pero no cuando responden, lo que hace pensar en la influencia de los llamados CPS, acrónimo con el que se designan las previsiones unilaterales que los prestadores de servicios establecen para delimitar su responsabilidad.

Acontece, en efecto, que el artículo 11 de la Ley bajo el antetítulo de “*Limitaciones de responsabilidad de los prestadores de servicios*” contiene en realidad exoneraciones. La deriva no pasa desapercibida al dictamen del Consejo de Estado, que, sin embargo, estima que “*esta regulación encuentra cobertura en la remisión contenida en el artículo 13-3 del Reglamento UE a “las normas nacionales sobre responsabilidad”, que no son solo aquellas que versan sobre el procedimiento aplicable, sino también otras, como “por ejemplo” —dice el considerando 37—, las relativas a “la definición de los perjuicios o de la intencionalidad o negligencia”. Precisamente, el anteproyecto contempla supuestos en que los daños y perjuicios derivados del servicio no obedecen a la intencionalidad o negligencia del prestador, sino a la de sus usuarios o destinatarios*”.

Pero el considerando 37 lo que realmente señala es que los prestadores pueden introducir “*limitaciones, en determinadas circunstancias, relativas a la utilización de servicios que prestan*” descargándoles de responsabilidad “*por los perjuicios derivados de la utilización de los servicios que superen dichas limitaciones.*”

Es decir, las limitaciones, como reitera el artículo 13.2 versan sobre la utilización de los servicios por los usuarios, de modo que, si se rebasan, no responda el prestado. Pero la enumeración que realiza el artículo 11 de la Ley no expresa limitaciones, sino obligaciones: ser veraz en la información suministrada; no avisar de cualquier modificación de las circunstancias que incidan en la prestación del servicio; negligencia en la conservación de sus datos de creación de firma; no solicitar la suspensión o revocación del certificado en caso de duda en cuanto a la confidencialidad de sus datos; utilizar los datos de creación de firma expirado el certificado.

Sin embargo, las obligaciones se cumplen o incumplen total o parcialmente, pero no se sobrepasan, a diferencia de las limitaciones. La extralimitación en la utilización exime de responsabilidad; el incumplimiento de una obligación plantea la cuestión de si es o no la causa del perjuicio, sin exonerar al prestador de las consecuencias de su propio incumplimiento en el caso de concurrir con el del usuario, a reserva, ciertamente, de una eventual moderación de la responsabilidad por los tribunales a la luz del artículo 1103 del Código Civil.

El artículo 13-1 del Reglamento declara que, sin perjuicio de las limitaciones, previstas en el apartado siguiente, *“los prestadores de servicios de confianza serán responsables de los perjuicios causados de forma deliberada o por negligencia a cualquier persona física o jurídica en razón del incumplimiento de las obligaciones establecidas en el presente Reglamento.”*

Ya es llamativo el hecho de que el Reglamento solo contemple la responsabilidad por hecho propio. Pero, desde luego, lo no que no autoriza es que el prestador quede liberado de toda responsabilidad por su propio incumplimiento sobre la base de que hubo igualmente incumplimiento del usuario.

El artículo 13-1 añade al final, que en el caso del prestador de servicios cualificados se presumirá la intencionalidad o negligencia, salvo que pruebe que tales perjuicios se produjeron sin intención o negligencia. Por tanto, parece razonable que en los casos del artículo 11 de la Ley tendrá que demostrar que esos perjuicios obedecen exclusivamente a la actuación intencional o negligente del usuario. El incumplimiento del usuario no debe eximir al prestador cualificado de la obligación de probar su diligencia. Esta conclusión tiene, asimismo, importancia a la hora de interpretar correctamente la

nueva regulación de la prueba documental en el artículo 326-4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

*Segunda.* Es llamativo que se hayan rebajado los importes establecidos en la ley anterior tanto respecto del seguro de responsabilidad civil (artículo 9-3b) y como de las posibles sanciones a la mitad (art. 19).

Me parece preocupante la caracterización de la infracción en el caso de realizar todas las comprobaciones previas previstas en el Reglamento de la Unión y en su artículo 7; está bien que la ausencia de alguna, por ejemplo, contentarse con una fotocopia del DNI o del poder de representación conlleve infracción grave, lo que no me parece acertado es que solo sea muy grave cuando la ausencia de comprobación afecte a la mayoría de los certificados expedidos en el año anterior al procedimiento sancionador. La comprobación de la identidad o representación es fundamental, las omisiones no incidentales debieran ser no graves, sino siempre muy graves.

Las infracciones se sancionan con multa: las graves de 50.001 a 150.000 y las muy graves de 50.001 hasta 300.000 euros. Son, sin embargo, graduables; así en función del grado de culpabilidad; la persistencia en la conducta infractora; la naturaleza y cuantía de los perjuicios causados, la reincidencia en el año siguiente a la resolución sancionadora, el número de personas afectadas por la infracción; la gravedad del riesgo generado.

Las sanciones muy graves serán publicadas por el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, con indicación en su caso de los recursos interpuestos contra ellas. La regulación me parece muy complaciente con los prestadores de servicios, pues las sanciones graves, que van asociadas al incumplimiento de las obligaciones legales, en especial las atinentes a la comprobación de la identidad o de sus atributos, también deberían publicarse, ya que permiten hacerse una idea de la fiabilidad del servicio, de su imagen fiel, en definitiva, siendo un indicio muy valioso para contrarrestar la presunción *ex* artículo 326-4 de la LEC. Por último, son roja que solo sea falta leve “*publicar información no veraz o no acorde con esta Ley y el Reglamento (UE)*”.

Y volvemos al principio. Es comprensible que el afán por potenciar unos servicios de gran utilidad social y económica se estimule mediante la atri-

bución de ciertas ventajas, pero siempre que no generen un desequilibrio en beneficio de las empresas que los prestan y en perjuicio de sus usuarios. Esta es una perspectiva, la del consumidor, que el Reglamento eIDAS no ha considerado suficientemente y que constituye, sin duda, una de las debilidades del sistema, que parece necesario corregir más pronto que tarde para evitar abusos.

*Discurso de la Sesión solemne de apertura  
del curso académico 2022/2023  
de la Real Academia de Jurisprudencia  
y Legislación de España.*

17 de octubre, 2022



