

Problemas derivados de la utilización de plataformas electrónicas de contratación

Manuel LAFUENTE SUÁREZ

Doctor en Derecho. Abogado ONTIER

Diario La Ley, Nº 8608, Sección Tribuna, 18 de Septiembre de 2015, Ref. D-338, Editorial **LA LEY**

LA LEY 5191/2015

Tal como se recoge en el título del presente artículo, el punto de partida de estas reflexiones jurídicas que a continuación expondremos lo constituye la promulgación de la Ley 56/2007, de Medidas de impulso de la Sociedad de la Información, que en su art. 2 establece taxativamente, para aquellas empresas que presten servicios al público de especial trascendencia económica, la obligación de disponer de un medio de interlocución telemática, que mediante el uso de certificados reconocidos de firma electrónica permita a los usuarios, al menos, los trámites de contratación electrónica de servicios y suministros, así como la modificación o rescisión del contrato; la consulta de los datos del cliente; la presentación de quejas e incidencias; y el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición previstos en la normativa reguladora de la protección de datos de carácter personal.

¿Y cuáles son a los efectos de esta obligación las empresas que tienen la consideración de prestadoras de servicios al público de especial trascendencia económica? Pues el mismo artículo mencionado nos aclara que serán todas aquellas que agrupen a más de cien trabajadores o su volumen anual de operaciones exceda de 6.010.121,04 euros, y en ambos casos que operen en los sectores económicos relacionados con servicios de comunicaciones electrónicas a consumidores, o bien servicios financieros destinados a consumidores, que englobarían tanto los servicios bancarios de crédito o pago, como los servicios de inversión, los seguros privados los planes de pensiones y la actividad de los corredores de comercio, incluyéndose también los servicios de suministro eléctrico a consumidores finales, los servicios de agencia de viajes, los de transporte de viajeros, y las actividades de comercio al por menor. Y todo ello sin perjuicio de que el Gobierno, o en su caso, los órganos competentes de las CC.AA. puedan ampliar excepcionalmente la lista de empresas según se considere la necesidad.

A la vista de la enumeración de los sectores afectados (comunicaciones, servicios financieros, seguros, etc.), tradicionalmente generadores de numerosos conflictos jurídicos relacionados con el consentimiento contractual prestado y sus posibles vicios, a nadie se le escapa la trascendencia que a efectos probatorios pudiera tener el sistema de firma electrónica utilizado por las plataformas telemáticas cuya obligatoriedad, en sus relaciones comerciales con los consumidores, instaura el art. 2 de la referida Ley 56/2007; e igualmente resulta patente el

interés de las empresas titulares de estas plataformas electrónicas en que la firma electrónica utilizada cumpla con lo dispuesto en la Ley 59/2003, de Firma Electrónica, y se ajuste en sus parámetros a los que dicha normativa establece para el uso de certificados reconocidos de firma electrónica; debiendo igualmente tenerse en cuenta que, con fecha de 23 de julio de 2014, se ha aprobado en el ámbito de la Unión Europea el Reglamento 910/2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por el que se deroga la Directiva 1999/93/CE, si bien dicha derogación no tendrá efectos hasta el 1 de julio de 2016 (art. 50), por lo que se establece un régimen transitorio de tal manera que los dispositivos seguros de creación de firma cuya conformidad se haya determinado con arreglo a la Directiva 1999/93/CE se considerarán dispositivos cualificados de creación de firma electrónica con arreglo a la nueva normativa; y los certificados reconocidos expedidos con anterioridad se considerarán como certificados cualificados conforme al nuevo reglamento hasta que caduquen; y en cuanto a los Prestadores de Servicios de Certificación que emitan certificados reconocidos en la actualidad, si bien se les obliga a presentar un informe de evaluación por el organismo supervisor correspondiente, que tendrá que ser creado por cada Estado, se les concede un periodo de carencia que alcanza hasta el 1 de julio de 2017; razones todas estas que explican que, dada la amplitud de los plazos concedidos por el Reglamento para la adaptación, en nuestro país apenas se haya dado difusión a dicha normativa pese a que ha transcurrido ya un año desde su aprobación.

Sentado lo anterior, en términos generales la validez de los contratos celebrados por vía electrónica deriva del art. 23 Ley 34/2002, de 11 de junio, de Servicios de la Sociedad de la Información, que equipara sus efectos a los de los contratos tradicionales cuando «concurran el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez» añadiendo que, en caso de exigirse por la Ley que el contrato o cualquier información relacionada con el mismo conste por escrito, este requisito se entendería satisfecho si el contrato o la información se contiene en un soporte electrónico.

En esta misma línea de equiparación del contrato celebrado en soporte papel y el celebrado por vía electrónica, el art. 24 de la referida Ley establece que la prueba de éste último se sujeta a las reglas generales del ordenamiento jurídico, «siendo admisible en juicio como prueba documental el soporte electrónico en que conste el contrato».

En cualquier caso, centrándonos en el tema que nos ocupa, es necesario establecer desde un principio cuales son los problemas que plantean los contratos celebrados electrónicamente y validados mediante este tipo de firma, que son principalmente dos:

- **1.** Garantizar la identidad del contrato y la veracidad de los datos contenidos en los mensajes cifrados.
- **2.** Acreditar la identidad de los contratantes.

Y precisamente este es el gran reto que se plantea para cualquier plataforma telemática de contratación, y estos son los dos problemas a los que la normativa vigente en materia de firma

electrónica trata de dar solución con la intervención de los Prestadores de Servicios de Certificación de Firmas Electrónicas Reconocidas.

En virtud del art. 3.4 Ley 59/2003, de 19 de diciembre, «la firma electrónica reconocida tendrá respecto de los datos consignados en forma electrónica el mismo valor que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel». En relación con esto último, el apartado anterior de este mismo artículo dispone que «Se considera firma electrónica reconocida la firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido y generada mediante un dispositivo seguro de creación de firma».

Para la emisión de un certificado reconocido, el prestador de servicios de certificación debería cumplir los requisitos dispuestos en los arts. 11, 12 y 13 Ley 59/2003, de 19 de diciembre; pero en cualquier caso existe un dato fundamental a tener en cuenta y es que *para que efectivamente la firma electrónica y el contrato celebrado electrónicamente tengan plena validez jurídica y despliegue plenos efectos probatorios en juicio es preciso que previamente el prestador de servicios de certificación haya identificado plenamente y mediante comparecencia personal la identidad de cada uno de los firmantes y su relación personal con las claves de firma facilitadas previamente a la contratación y con las que se ha llevado a cabo dicha contratación.*

Sólo en este caso, en el que existiría *lo que la normativa denomina certificado reconocido*, la fuerza probatoria que podría alcanzarse en el curso ordinario de los negocios llevados a cabo a través de las plataformas electrónicas de contratación y en un eventual procedimiento judicial sería plena.

No obstante lo anterior, esto no significa que el resto de firmas electrónicas no amparadas por un certificado reconocido carezcan de valor probatorio alguno, pues no en vano el apartado 9 del art. 3 Ley 59/2003, cuyo tenor es sustancialmente idéntico al del art. 25 del nuevo Reglamento (UE) 910/2014, contiene una declaración general sobre los efectos jurídicos de cualquier firma electrónica, sea cual sea su formato, al señalar que «no se negarán efectos jurídicos a una firma electrónica que no reúna los requisitos de firma electrónica reconocida en relación a los datos a los que esté asociada por el mero hecho de presentarse en forma electrónica» (1), debiendo igualmente tenerse en cuenta que el apartado 10 del mismo artículo finaliza consagrando el principio de autonomía de la voluntad de las partes contratantes al establecer que «a los efectos de lo dispuesto en este artículo, cuando una firma electrónica se utilice conforme a las condiciones acordadas por las partes para relacionarse entre sí, se tendrá en cuenta lo estipulado entre ellas».

Todo ello viene a reducir a la postre la discusión no tanto a la validez o no de la firma electrónica utilizada, sea cual sea su forma o clase, como a la fuerza probatoria de una u otra firma en caso de impugnación.

Pero ¿cuál es en la práctica la realidad del funcionamiento habitual de las plataformas telemáticas de contratación?, y lo que es más importante ¿cumplen dichas plataformas con la obligación de garantizar la veracidad de los datos contenidos en los mensajes cifrados (garantía

de integridad del contrato y no repudio), y con la garantía de la acreditación de la identidad de los contratantes?

Con carácter general, el punto de partida de cualquier plataforma de contratación vía página web se basa en unos parámetros básicos que, en síntesis, se apoyan en la implementación de la firma mediante un sistema con los siguientes pasos: 1) Email al firmante (consumidor), con link a una web externa de contratación; 2) acceso del firmante a la web de contratación desde un PC o dispositivo móvil; 3) recepción de un SMS o de un mensaje vía mail con una clave de un solo uso; 4) revisión del contrato en la web de contratación y aceptación de las condiciones contractuales desde el PC o dispositivo insertando la clave recibida.

El problema de la integridad de los datos y la veracidad de los mismos tiene su solución en la criptografía asimétrica, que es el fundamento del que parte cualquier firma electrónica mínimamente desarrollada y cuyo empleo no supone problema alguno para cualquier plataforma electrónica de las existentes en el mercado. Pero para poder dar solución al problema de seguridad sobre la identidad del emisor, la criptografía debe basarse en una adecuada infraestructura de manejo de claves y productos adecuados que permita identificar en forma indubitada a particulares y corporaciones con sus claves públicas, a través de terceras partes intervinientes dotadas de cierto grado de confianza (los llamados en nuestra legislación Prestadores de Servicios de Certificación o, como señala el Reglamento (UE) 910/2014, Prestadores de Servicios de Confianza), sin cuya intervención los usuarios no podrían saber con quién están tratando en la red. «El importante papel que se atribuye a estas entidades tiende a completar el círculo de seguridad y confianza en la red. Puesto que el hecho de ser los mensajes datos y declaraciones de voluntad íntegros y veraces, no prueba por sí mismo la identidad de su autor, de aquella persona a quien hayan de imputarse. (...) El procedimiento que se ha alzado como garante de la identidad del receptor y emisor de mensajes es el del tercero de confianza que emite certificados digitalmente: es decir, las llamadas entidades de certificación (en el argot informático-jurídico se utiliza con bastante frecuencia la expresión "autoridades certificadoras", carente de todo rigor, pues ninguna autoridad pública les está delegada), denominadas también, en los textos legislativos, proveedores y prestadores de servicios de certificación» (2) .

Efectivamente, el mayor problema que plantea cualquier plataforma de contratación electrónica, y el mayor reto que dichas plataformas suponen para cualquier proveedor interesado en implementarlas, es que siendo su fin último agilizar la suscripción de nuevos contratos, limitando al máximo la intervención de intermediarios y agilizando los trámites, el hecho de que la Ley (3) exija como paso previo para la emisión de un certificado de firma electrónica reconocida por un PSC la comparecencia personal ante éste del interesado en obtener tal certificado, o la acreditación notarial previa de su firma, puede suponer perder las razones de comodidad y celeridad contractual que se predicen de la contratación electrónica.

Así pues, la mayor dificultad para cualquier interesado en implementar una plataforma electrónica contractual es garantizar, dentro de unos parámetros legales y técnicos razonables, la identidad del futuro contratante/suscriptor, aún sin poder ofrecer la plena fuerza probatoria

que implica per se la firma electrónica reconocida, que como hemos dicho requiere de una personación previa ante el PSC a efectos de lograr la plena identificación personal. Y ¿cómo pueden alcanzarse esas garantías mínimas razonables pese a la falta de personación? ¿Cuál es la opción más razonable atendiendo al estado actual de la técnica? Ciertamente la respuesta no es fácil, y precisamente ese era el reto que se nos planteaba al inicio de éste artículo, pero entendemos que la posible solución que conjugaría los parámetros tanto de la celeridad y agilidad, que se busca en cualquier contratación electrónica, con los de consecución de las máximas garantías que legal y técnicamente pueden ofrecerse utilizando una firma electrónica no reconocida, debería pasar por implementar un sistema que técnicamente permita, mediante la intervención de un PSC acreditar la identidad de la Operadora que empleando su firma electrónica reconocida (pues siendo la titular de la plataforma electrónica si tiene la posibilidad previa de identificarse convenientemente ante un PSC) enviar al cliente el SMS o el mail con el texto del contrato y la clave de firma de un solo uso, certificando que la misma habría enviado ese concreto texto a un determinado número de dispositivo móvil o dirección IP, y que ese número o dirección IP habría recibido tal texto, generándose en el momento de la utilización de la clave de un solo uso (generada para cada concreto cliente y remitida con el texto del contrato) un documento que debería contener un resumen de todo el *iter* contractual y llevar la firma electrónica del PSC autorizado, lo que garantizaría la trazabilidad del contrato y permitiría, a nuestro juicio y salvo superior criterio, establecer de manera suficiente la identidad del tercero contratante, de tal manera que, atendiendo a los principios generales sobre la carga y valoración de la prueba que rigen en nuestro ordenamiento, la posición del emisor del contrato electrónico en caso de impugnación por parte del tercero contratante estaría suficientemente garantizada.

(1)

Dicho artículo del Reglamento comunitario debe ponerse igualmente en relación con los arts. 35 (Efectos jurídicos del sello electrónico), 41 (Efectos jurídicos de los sellos de tiempo electrónico), 43 (Efecto jurídico de un servicio de entrega electrónica certificada), y con el ya citado art. 46 (Efectos jurídicos del documento electrónico).

[Ver Texto](#)

(2)

LÓPEZ MARTÍNEZ DE SEPTIEN, Oscar, «Aspectos Jurídicos de la Firma Electrónica: Anteproyecto del Real Decreto-Ley sobre Firma Electrónica», en Notariado y Contratación Electrónica, pág. 249.

[Ver Texto](#)

(3)

El art. 12 Ley 59/2003 establece la obligación previa de comprobar la identidad y circunstancias personales de los solicitantes de todo prestador de servicios de certificación que emita certificados reconocidos, debiendo cumplir dicha comprobación con lo dispuesto en el art. 13 que para las personas físicas exige «personación ante los encargados de verificarla y se acreditará mediante el documento nacional de identidad, pasaporte u otros medios admitidos en derecho. Podrá prescindirse de la personación si su firma en la solicitud de expedición de un certificado reconocido ha sido legitimada en presencia notarial». Y para las personas jurídicas deberán comprobarse además, «los datos relativos a la constitución y personalidad jurídica y a la extensión y vigencia de las facultades de representación del solicitante mediante los documentos públicos que sirvan para acreditar los extremos citados de manera fehaciente y su inscripción en el correspondiente registro público si así resulta exigible. La citada comprobación podrá realizarse, asimismo, mediante consulta en el registro público en el que estén inscritos los documentos de constitución y de apoderamiento, pudiendo emplear los medios telemáticos facilitados por los citados registros públicos».

[Ver Texto](#)