

FORO DE ACTUALIDAD

ESPAÑA

LA FIRMA DE CONTRATOS EN PIZARRA DIGITAL COMO FIRMA MANUSCRITA

La firma de contratos en pizarra digital como firma manuscrita

La firma con lápiz óptico sobre una pizarra digital no es inusual hoy en día en el ámbito de los pagos con tarjeta de crédito y podría extenderse a muchos otros en el futuro. Esta práctica comparte elementos propios de la firma manuscrita y de la firma digital, regulada en España por la Ley 59/2003. Con este artículo se pretende delimitar el significado de ambos tipos de firma, con sus características propias, regulación, similitudes y diferencias. Partiendo de esta base, determinaremos si este fenómeno pertenece a alguno de los dos tipos conocidos de «firma» y qué virtualidad puede llegar a tener en nuestro ordenamiento.

Signature of contracts on a digital board as a handwritten signature

Signing with a light pen on a digital board is not unusual nowadays for credit card payments, and it may also expand to other fields in the future. This practice has common features with both the handwritten signature and the digital signature, regulated in Spain by Law 59/2003. This article intends to describe the significance of both types of signature, along with their characteristics, regulation, similarities and differences. With this in mind, we attempt to determine if this phenomenon belongs to any of the two known types of «signature», and what degree of efficacy it may reach in our legal system.

La transposición de la Directiva CE/64/2007, sobre servicios de pago en el mercado interior (obrada en España por la Ley 16/2009) y la completa implantación de la zona única de pagos en euros (SEPA) han traído un importante cambio práctico en la manera en que ejecutamos la hoy día cotidiana tarea de pagar con tarjeta. Como es de común conocimiento, al menos desde 1 de enero de 2011, todas las tarjetas de crédito o débito están equipadas con un chip electrónico, que sustituye en muchos casos la función que cumplía la banda magnética.

Dejando a un lado las consideraciones de tipo técnico sobre este nuevo sistema, el usuario ha notado un importante cambio en la forma en que se valida la transacción: muchos terminales de pago (o TPV) ahora le solicitan que introduzca su número de identificación personal (PIN) en vez de imprimir un recibo para que firme de puño y letra.

Tanto la firma manuscrita como el teclado del PIN son dos formas perfectamente válidas de dejar constancia de la aceptación del cargo por parte del ordenante. No obstante, lo son bajo dos prismas jurídicos distintos que podemos resumir a continuación:

FIRMA AUTÓGRAFA

No tenemos una norma que defina qué es una firma manuscrita, ni parece que se haya echado en falta. Nuestro ordenamiento hace referencia directa a la firma en numerosas ocasiones, en ámbitos tan diversos como el testamento ológrafo (art. 688 del Código Civil), delegación de firma por un órgano administrativo (art. 16 de la LRJPAC) o en el tipo penal del delito societario por abuso de firma en blanco (art. 292 del Código Penal). Todos ellos tienen algo en común: dan por hecha la existencia de un concepto definido y conocido de «firma», pero ninguno lo describe.

No existe consenso sobre el momento en que la estampación del propio nombre al final de un documento empezó a interpretarse como una asunción de su contenido en la esfera jurídica del firmante, pero podría remontarse al menos al Bajo Imperio Romano, con la primera mención a la *subscriptio* encontrada en el Código Teodosiano. Por otro lado, una de las primeras menciones normativas a la forma en que se debe plasmar una firma la encontramos en la *Partida Sexta*, Título I, Ley I, que de forma curiosamente semejante al Derecho vigente dispone: «Otro si dezimos, que el fazedor de testa-

mento deue escreuir su nome en la fin de la carta, diciendo assi: Yo fulano, otorgo que fize este testamento, en la manera que es escrito en esta carta».

Se trata pues de una institución inveterada, cuya descripción y valor jurídico se han ido definiendo de forma consuetudinaria y acogiendo en las normas, y que como tal ha llegado a nuestros días.

Podemos identificar por lo menos tres características que dan a la firma manuscrita su valor probatorio y que la han llevado a ser utilizada durante tanto tiempo:

(i) Es prueba del consentimiento del firmante. Esto es tanto para la asunción de obligaciones contractuales (cuyo valor reside en la presencia de las firmas de todas las partes, pues un contrato firmado por una sola de ellas es equivalente a nada) como para la declaración unilateral de autenticidad o consentimiento con un documento (sea la firma de un acta, una carta o una obra pictórica, o un comprobante de pago con tarjeta). Este valor es el que nos viene dado por la costumbre. No obstante, no es prueba de capacidad ni de ausencia de vicio en el consentimiento.

(ii) Es prueba de que el firmante es determinada persona. El principal valor probatorio de una firma manuscrita reside en que, en caso de falta de reconocimiento, la pericia caligráfica nos permite reconocer con un altísimo grado de seguridad si fue estampada por la persona a la que se le quieren atribuir los efectos jurídicos del consentimiento. La firma es, por tanto, una cualidad del individuo que, con el estado actual de la técnica, permite identificar al firmante.

(iii) Es prueba de que el firmante tuvo acceso físico al documento firmado, dado que la firma se estampa en el propio papel que contiene la información que va a vincularle. Se trata de un gesto físicamente inescindible de su propia mano, que ha tenido que entrar en contacto con el documento. No obstante, no permite despejar las dudas sobre posibles modificaciones o adiciones al documento posteriores a la firma.

Por todo lo anterior, nada impide entender que la firma en una boleta impresa automáticamente por una TPV es modo más que suficiente de dar a entender, tanto frente al comerciante que efectúa la venta como ante la entidad que ejecuta el pago, la aceptación de dicha transacción.

FIRMA ELECTRÓNICA

Contrariamente a la firma autógrafa, la firma electrónica es una institución creada exclusivamente por un acto legislativo, cuyo valor y formas se definen de forma estricta en sus normas reguladoras. Conceptualmente, cabe incluso dudar de su naturaleza de «firma», dado que solo se asemeja a ella en cuanto a algunos de sus efectos jurídicos, pero no en sus elementos definitorios.

Nos referimos a la Ley 59/2003, de Firma Electrónica («LFE»), que la define con carácter general como «*el conjunto de datos en forma electrónica, consignados junto a otros o asociados con ellos, que pueden ser utilizados como medio de identificación del firmante*». Como se ve, esta es una definición amplísima, en la que se pueden encuadrar cosas tan sencillas como la «firma» que suele aparecer en la parte inferior de los correos electrónicos corporativos. No debe esto alarmar a nadie, ya que, como toda prueba, está sometida a un ejercicio de contextualización y sana crítica por parte del intérprete.

La LFE distingue tres tipos de firmas electrónicas, con diferentes efectos para cada una de ellas:

Firma electrónica reconocida

Es aquella que está basada en un certificado electrónico cuya creación y operativa es controlada por una entidad legalmente reconocida para este fin. La LFE se ocupa en profundidad de determinar sus requisitos y elementos y de regular la actividad de los prestadores de servicios de certificación. Es la que mayor grado de seguridad otorga, pues la propia LFE le reconoce expresamente la equivalencia funcional con la firma manuscrita.

No obstante, hay diferencias entre una y otra que no pueden dejar de destacarse. Por un lado, la firma electrónica reconocida es capaz de hacer prueba de algo que antes mencionamos que le era imposible a la firma manuscrita: la integridad del documento firmado. En efecto, el artículo 3.8 de la LFE reconoce esta virtualidad únicamente a este tipo de firma electrónica.

Por otro lado, la propia naturaleza de la firma electrónica, y por mucho que la ley la declare *funcionalmente* equivalente a la manuscrita, impide que pruebe inequívocamente aquellos efectos propios de la inescindibilidad entre firmante y firma. Con los métodos actuales, no hay forma de garantizar que la firma electrónica ha sido efectivamente pue-

ta por el titular del certificado electrónico y no por otra persona que haya conseguido acceder a los datos necesarios para generarla.

Firma electrónica avanzada

Es aquella que *«permite identificar al firmante y detectar cualquier cambio ulterior en los datos firmados, que está vinculada al firmante de manera única y a los datos a que se refiere, y que ha sido creada por medios que el firmante puede mantener bajo su exclusivo control»* (art. 3.2 LFE). La norma da un grado inferior de certidumbre a este sistema, pero no le niega fuerza probatoria, pues también dispone que la impugnación de una firma electrónica avanzada debe seguir los mismos cauces procesales que la impugnación de la autenticidad de cualquier otro documento privado.

En el caso de la firma reconocida, la ley define con detalle un sistema que considera suficientemente seguro como para ser digno de la mayor protección legal. En la firma avanzada, podría decirse que la norma únicamente establece una obligación de resultado y deja el desarrollo técnico y jurídico del sistema de firma a los particulares. No en vano, *«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»* (art. 3.10 de la LFE).

Un ejemplo de este tipo de firma es el mencionado estándar EMV creado por las empresas Europay, Mastercard y Visa. Este sistema ha gozado de un reconocimiento oficial en el marco de SEPA, pero se basa en la aceptación de ciertos documentos contractuales por todas las partes implicadas, que incluyen unos elaboradísimos reglamentos operativos que regulan su funcionamiento con un enorme grado de detalle.

Firma electrónica simple

Es aquella que satisface la definición general de firma electrónica, pero no la de firma electrónica reconocida ni avanzada. Su valor probatorio puede inferirse del artículo 3.9 de la LFE, que dispone 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»*.

En suma, basta con que un documento redactado en soporte electrónico contenga elementos que de alguna manera lo individualicen y lo vinculen a una persona para considerarlo firmado. Si bien una definición tan laxa facilita la falsificación, y por tanto la impugnación, restando credibilidad a este tipo de firma, debe decirse que no es más que la extensión al mundo electrónico del principio antiformalista de nuestro Derecho civil. Estamos perfectamente acostumbrados a que un contrato cerrado oralmente tenga tanta validez como uno firmado en papel, aunque sea menos seguro en términos de prueba (en especial por la limitación cuantitativa del Código de Comercio).

En conclusión, y como ya se ha adelantado, la autenticación de los pagos con tarjeta mediante PIN, propia del sistema EMV, es ampliamente reconocida como una forma de firma electrónica avanzada. Nada cuestiona su validez a la luz de la LFE.

FIRMA CON LÁPIZ ÓPTICO EN PIZARRA ELECTRÓNICA

Llegamos entonces al *quid* del asunto, que justifica la necesidad de las anteriores explicaciones. La técnica ha desarrollado un sistema a medio camino entre las dos formas de firma que conocemos y necesitamos ver si se puede clasificar dentro de una u otra categoría, o constituir una por sí misma.

Por un lado, es el mismo gesto humano indisociable del firmante el que produce la firma. Por otro, la firma se convierte en sí en un documento electrónico (representación de una imagen en formato electrónico), un mapa de bits cuya vinculación con el documento firmado es también obra de artificio electrónico.

A priori debe descartarse la equivalencia a una firma electrónica reconocida y avanzada (ignorando, por el momento, los proyectos para extraer algoritmos únicos a partir de los trazos de una firma, que de consumarse deberían ser objeto de un nuevo estudio).

Por el contrario, sí cabría decir que es indudable que en la definición «laxa» de firma electrónica puede englobarse la inclusión de una imagen identificativa de una persona en un documento en formato electrónico, bien sea un logotipo comercial, bien el escaneado de una firma. No obstante, la virtualidad de la firma manuscrita supera en todos los campos a la firma electrónica simple, lo que haría inútil estudiar una posible doble naturaleza.

Por tanto, debe determinarse primero si podemos incluirla en la primera categoría.

Y aquí encontramos que la jurisprudencia del Tribunal Supremo arroja algo de luz al asunto. La sentencia de 30 de julio de 1996 (rec. 3876/1992) reconoce expresamente que las firmas enviadas por fax son firmas manuscritas con todos sus efectos, y lo hace extensivo *obiter dicta* a otros medios como el télex o el correo electrónico. Dado que el fax no hace otra cosa que digitalizar la firma para luego transmitirla telemáticamente, no parece que haya motivo alguno para hacer distinción en el caso que nos ocupa, en el que la firma también se digitaliza, pero queda vinculada a otro documento electrónico (en vez de al papel de impresión del fax receptor).

El espíritu de la LFE

Sin necesidad de confiar exclusivamente en la analogía con la anterior sentencia, podemos encontrar argumentos en la propia norma que nos permiten corroborar su conclusión.

Tanto la LFE como la directiva de que proviene tienen una intención declarada en sus propias exposiciones de motivos: proteger la confianza en la contratación por medios electrónicos. Se pretende con ellas facilitar el desarrollo de la sociedad de la información, dándole herramientas jurídicas que contri-

buyan a deshacer los reparos que surgen de la falta de presencia física de los contratantes. Este es el bien al que sirve la firma electrónica y el marco en el que debemos interpretar su regulación.

La estampación de la firma en pizarra electrónica es firma manuscrita en cuanto que solo puede hacerse con la propia mano y que necesariamente requiere la presencia del firmante, y por ello no entra en el supuesto de hecho que la LFE pretende ordenar. El propio comerciante que acepta esta firma para validar un pago con tarjeta está presente y puede comprobar directamente los mismos extremos que en el caso de la firma en papel (mientras que en el sistema chip/PIN el único que puede validar la operación es el proveedor del servicio de pago a través de sus sistemas informáticos).

En definitiva, la firma con lápiz óptico en pizarra electrónica no extrae los caracteres esenciales de lo que llevamos siglos entendiendo como firma manuscrita, y la jurisprudencia parece avalar esta concepción, aunque no haya tratado la cuestión de forma directa. En contraste, este sistema no acaba de casar con la definición de firma electrónica, atendiendo a una perspectiva finalista de la norma. Dada además la gran utilidad probatoria de la firma autógrafa, nada debe impedirnos considerarla como tal aunque sea estampada con lápiz óptico.

ANTONIO OCTAVIO CÁMARA LARGO*

* Abogado del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid).