

EL USO DE LA FIRMA ELECTRÓNICA DESPUÉS DEL COVID-19

17 de junio de 2020

1. ¿Qué impacto ha tenido el COVID-19 en el ámbito legal?

Sin duda alguna vivimos actualmente uno de los momentos más convulsos y difíciles de nuestra historia reciente. La crisis sanitaria desatada por el COVID-19 está teniendo un gran impacto desde el punto de vista humano, económico y social, y ha hecho que, súbitamente, debamos replantearnos todos nuestros hábitos y modos de vida.

Es época de problemas y, como profesionales del sector legal, de búsqueda de soluciones. Y es precisamente aquí cuando, en todos los ámbitos de esta lucha contra el COVID-19, nos encontramos ante un elemento común: la vuelta a viejos remedios que nos ayuden a superar esta crisis.

Paracetamol, frente a la fiebre; confinamiento, lavado de manos, guantes y mascarillas, para evitar la expansión del virus; fortalecimiento de sectores como el sanitario y el agrario, frente a otros sectores tradicionalmente más poderosos... Parece que lo "antiguo" vuelve a estar de moda.

Pues bien, el sector legal no es una excepción a esta tendencia. En las últimas semanas nos hemos encontrado recurriendo a figuras y principios que muchos creían ya olvidados. Es el caso del principio *rebus sic stantibus*, de la imposibilidad sobrevenida del cumplimiento de la prestación por causa de fuerza mayor, etc., instrumentos todos que ya teníamos a nuestra disposición en nuestro ordenamiento jurídico, aunque su utilización fuera residual.

Ahondando un poco más en nuestro fondo de armario jurídico, nos parece fundamental sacar de nuevo a relucir una figura que, ante la limitación a la libre circulación de personas y las medidas anti contagio establecidas durante el estado de alarma decretado por el gobierno el pasado 14 de marzo, debe asumir un papel muy importante en la realidad jurídica no sólo española, sino mundial: [la firma electrónica](#).

2. ¿Cuál es la normativa aplicable a la firma electrónica?

Como decíamos, no descubrimos nada nuevo en cuanto a esta figura que ya lleva entre nosotros desde hace dos décadas. Concretamente, desde la aprobación del Real Decreto Ley 14/1999 de 17 de septiembre, que fue derogado por la vigente Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica (la "[Ley de Firma Electrónica](#)"). Además de lo anterior, desde el 1 de julio de 2016 es de aplicación plena un nuevo reglamento europeo sobre la materia (el Reglamento 910/2014 del

Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de julio de 2014), conocido como "**Reglamento eIDAS**" (*electronic IDentification, Authentication and trust Services*).

El Reglamento eIDAS es de aplicación directa a todos los países miembros de la UE y deroga la directiva comunitaria sobre cuya base se promulgó la vigente Ley de Firma Electrónica. Es por ello que nuestra normativa estatal queda desplazada en lo regulado en el Reglamento eIDAS y deberá adaptarse al nuevo marco normativo que establece dicho reglamento. En diferentes sectores ya se ha producido esta adaptación (véase la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), sin embargo la Ley de Firma Electrónica debe todavía amoldar sus términos al nuevo marco normativo que contempla este reglamento. Son dos las iniciativas legislativas que se han producido en este ámbito con el Anteproyecto de Ley de Servicios de Confianza aprobada en Abril de 2018, o el más reciente Proyecto de Ley Reguladora de Determinados Aspectos de los Servicios Electrónicos de Confianza, de febrero de 2020 que, de aprobarse, derogaría la vigente Ley de Firma Electrónica.

3. ¿ Qué clases de firmas electrónicas tenemos disponibles?

La vigente Ley de Firma Electrónica realiza la siguiente clasificación de las firmas electrónicas:

- (a) En primer lugar define la **firma electrónica en sentido general**, señalando que es el conjunto de datos en forma electrónica, consignados junto a otros o asociados con ellos, que pueden ser utilizados como medio de identificación del firmante.
- (b) En segundo lugar habla de la **firma electrónica avanzada**, definiéndola como la firma electrónica que:
 - (i) permite identificar al firmante;
 - (ii) permite detectar cualquier cambio ulterior de los datos firmados;
 - (iii) está vinculada al firmante de manera única y a los datos a que se refiere; y
 - (iv) ha sido creada por medios que el firmante puede utilizar, con un alto nivel de confianza, bajo su exclusivo control.
- (c) Por último, considera **firma electrónica reconocida** a la firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido y generada mediante un dispositivo seguro de creación de firma.

No obstante lo anterior, es importante señalar que el Reglamento eIDAS ha introducido algunos cambios en la clasificación anterior ya que habla de **firma electrónica cualificada**, en términos equivalentes a la firma electrónica reconocida, considerando como tal a aquella firma electrónica avanzada creada mediante un dispositivo cualificado de creación de firmas electrónicas (los que reúnan las características mencionadas en el Anexo II del Reglamento eIDAS) y que se basa en un certificado cualificado de firma electrónica (aquellos que reúnen los requisitos mencionados en el Anexo I del Reglamento eIDAS).

El Reglamento eIDAS introduce además nuevas e interesantes figuras en el ámbito electrónico entre las que cabe destacar la de los **sellos electrónicos**. Se trata de una figura similar a la de la firma electrónica pero vinculada a una persona jurídica. Estos 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, y pueden ser igualmente avanzados o cualificados siguiendo criterios similares a los de la firma electrónica. Además,

señala el Reglamento eIDAS, cuando una transacción exija el sello electrónico cualificado de una persona jurídica, deberá ser igualmente aceptada una firma electrónica cualificada del representante autorizado de la persona jurídica.

4. ¿Cuáles son los efectos jurídicos de la firma electrónica avanzada? ¿y de la firma cualificada?

Dejando a un lado la firma electrónica simple (que entendemos no reúne los requisitos de seguridad demandados por las transacciones inmobiliarias que normalmente llevamos a cabo), las **firmas electrónicas avanzadas** presentan un grado de fiabilidad muy alto debido a la utilización de nuevas tecnologías que permiten, no sólo identificar al firmante de un determinado documento electrónico con un alto grado de confianza, sino también garantizar la integridad de los datos firmados descartando cualquier modificación de los datos. Esto indudablemente supone una ventaja a tener en cuenta a la hora de formalizar contratos por esta vía.

No obstante lo anterior, como se deduce de lo ya expuesto, nuestro ordenamiento considera que dentro de esas firmas electrónicas avanzadas existe una subespecie, la de la **firma electrónica cualificada**, que aporta una mayor seguridad o fiabilidad, particularmente en lo relativo a la identificación del firmante.

En este sentido, hemos de tener en cuenta que, hasta el momento, este tipo de firma electrónica ha requerido de la identificación presencial del firmante (o de un representante autorizado de la persona jurídica, según los casos) por parte del prestador cualificado de los servicios de confianza para la emisión del pertinente certificado cualificado de firma electrónica (esto es, la declaración electrónica que vincula los datos de validación de una firma con una determinada persona), lo cual no es necesario en el caso de la firma electrónica avanzada. Esto evidentemente resta "agilidad" a la firma electrónica cualificada aunque, como veremos, le proporciona una gran ventaja a efectos jurídicos.

Precisamente, el Reglamento eIDAS establece en su artículo 25 que **la firma electrónica cualificada tendrá un efecto jurídico equivalente al de una firma manuscrita**. Además, en su empeño por reforzar y fomentar las transacciones electrónicas en el mercado interior europeo, señala que una firma electrónica cualificada basada en un certificado cualificado emitido en un Estado miembro, será igualmente reconocida como una firma electrónica cualificada en todos los demás Estados miembros.

Por lo tanto, las ventajas de la firma electrónica cualificada son dos:

- (a) Se lleva a cabo una equivalencia funcional entre este tipo de firma electrónica y la firma manuscrita. Por lo tanto, la firma electrónica cualificada es válida para cumplir, en relación con la información contenida en el documento electrónico (véase un contrato privado de arrendamiento o de compraventa), la misma función que la firma autógrafa con relación a un documento suscrito en papel, y permitirá la entrada en vigor de la presunción de que el texto del contrato ha sido querido en su integridad.

Del mismo modo, en el supuesto de que una norma nacional nos exija para un determinado supuesto una firma manuscrita, este requisito, con relación a un documento electrónico, se entenderá satisfecho mediante la firma electrónica cualificada que, como hemos visto, se considera especialmente fiable por parte del ordenamiento jurídico.

- (b) Esta firma será reconocida en nuestro país aunque haya sido emitida en otro estado de la Unión Europea, lo cual supone un aliciente más para la utilización de firma electrónica en transacciones inmobiliarias realizadas en España a través de sociedades extranjeras.

Todo lo anterior no quiere decir ni mucho menos que las firmas electrónicas simples o, sobre todo, las avanzadas no tengan efectos en nuestro ordenamiento jurídico. Todo lo contrario. El Reglamento eIDAS establece claramente que "*no se denegarán efectos jurídicos ni admisibilidad como prueba en procedimientos judiciales a una firma electrónica por el mero hecho de ser una firma electrónica o porque no cumpla los requisitos de la firma electrónica cualificada*".

Por lo tanto, la utilización de firmas electrónicas avanzadas será perfectamente válida y recomendable en transacciones inmobiliarias por las características que mencionábamos con anterioridad (identificación del firmante y control del contenido) y por su mayor agilidad frente a la firma electrónica cualificada (ya que no requiere de una identificación presencial previa del firmante, ni de la emisión de un certificado cualificado o de la utilización de un dispositivo cualificado de creación de firmas electrónicas).

La principal diferencia entre ambas firmas (avanzada y cualificada) la encontramos fundamentalmente en el ámbito probatorio. Así, de acuerdo con la Ley de Firma Electrónica, si se impugna la autenticidad de una firma electrónica reconocida (ahora cualificada), bastará con probar que:

- (a) se trata de una firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido (cualificado según el Reglamento eIDAS) que cumple todos los requisitos y condiciones establecidos legalmente para los mismos; y
- (b) la firma se ha generado mediante un dispositivo seguro (cualificado según el Reglamento eIDAS) de creación de firma electrónica.

Acreditados estos extremos por parte del titular de los datos de creación de la firma, se presumirá la autenticidad de la firma electrónica cualificada, siendo las costas, gastos y derechos que origine la comprobación exclusivamente a cargo de quien hubiese formulado la impugnación.

No obstante lo anterior, si se impugna la validez de una firma electrónica avanzada, no podríamos recurrir a esa "vía rápida" para probar su autenticidad. En este caso, por el contrario, deberíamos servirnos de cualesquiera otros medios de prueba admitidos en derecho. Es aquí donde cobraría especial importancia el servicio y la tecnología empleada por el prestador de servicios de confianza. Evidentemente, si el sistema utilizado para identificar al firmante hace que la probabilidad de suplantación del mismo sea casi un imposible, la prueba judicial de su autenticidad no debería ser un problema.

5. ¿En qué operaciones inmobiliarias podría ser muy útil la firma electrónica?

Vistas las garantías que proporciona la firma electrónica desde un punto de vista jurídico y probatorio, el contexto actual generado por el COVID-19 (con estrictas limitaciones a la libertad de movimiento de las personas y con el evidente riesgo de contraer o expandir la enfermedad) nos plantea un escenario óptimo para implementar su uso en determinadas transacciones inmobiliarias.

Así, como exponíamos anteriormente, la firma electrónica:

- (a) no requeriría de un desplazamiento de las partes al lugar pactado para proceder a la firma del contrato de que se trate;
- (b) permitiría identificar a los firmantes con un alto grado de confianza a pesar de su no atención presencial;
- (c) aportaría tranquilidad sobre el control del contenido de los contratos firmados por esta vía; y
- (d) supondría un ahorro de costes y de logística sumamente importante al evitar el desplazamiento de los firmantes y de los asesores legales de las partes, y al eliminar papel y los envíos de documentación por correo ordinario o electrónico.

No obstante lo anterior, es importante destacar que el uso de la firma electrónica deberá producirse en el ámbito de operaciones inmobiliarias que se formalicen en **documento privado**, por lo que su uso quedará vetado en aquéllos supuestos en los que, bien por imperativo legal o por voluntad de las partes, se pretenda la elevación a público del contrato de que se trate.

Sin embargo, como es bien sabido, la inscripción en el Registro de la Propiedad, si bien muy recomendable en muchos casos, no es obligatoria en nuestro ordenamiento jurídico salvo en contados supuestos. Es por ello que nos encontramos actualmente con un gran número de contratos que pueden formalizarse en documento privado y que son susceptibles de implementar el uso de la firma electrónica. Es el caso de:

- (a) **Contratos de arrendamiento**. Como es sabido, la mayoría de estos contratos (tanto de vivienda como para uso distinto del de vivienda) se formaliza en documento privado debido a los elevados costes fiscales a asumir por la elevación a público.

Además, en la práctica, es muy habitual que, ante la falta de firmantes debidamente apoderados situados en la misma localización, terminen intercambiándose estos contratos por correo electrónico entre las partes con el compromiso de enviar por mensajería los originales debidamente firmados (con el consiguiente riesgo de pérdida o acceso a su contenido por parte de un tercero).

- (b) **Ofertas vinculantes o Heads of Terms (HoTs)** de las operaciones a llevar a cabo. Es indudablemente práctica habitual intercambiar estos documentos por correo electrónico mediante el envío de copias firmadas en formato PDF.
- (c) **Compraventas**. Si bien en este caso nuestra recomendación siempre es que la adquisición definitiva de la propiedad de un determinado activo inmobiliario se formalice en escritura pública y acceda al Registro de la Propiedad, no es menos cierto que en la actualidad nos encontramos frecuentemente ante los llamados *forward purchase agreements* o promesas de compraventa, en cuya virtud una de las partes se obliga a comprar un determinado activo una vez se hayan cumplido determinadas condiciones (construcción del propio activo, obtención de determinados permisos urbanísticos o licencias, aprobación definitiva de los pertinentes instrumentos de gestión, etc.).

En estos casos, aunque la adquisición definitiva de la propiedad una vez cumplidas las condiciones pactadas se lleve a cabo en escritura pública, es práctica habitual que la firma del *forward purchase agreement* se realice en documento privado. Por ello, la firma electrónica se postula como un recurso ideal en los tiempos en que vivimos.

6. Conclusiones

Parece claro que, más aún en estos momentos de incertidumbre que vivimos, se hace necesario utilizar todos los medios a nuestro alcance para avanzar con mayor seguridad hacia la salida de esta crisis.

Sin duda alguna, la implementación del uso de la firma electrónica en el ámbito inmobiliario será una herramienta muy valiosa para continuar cerrando operaciones evitando riesgos innecesarios, sin perder por ello elementos tan necesarios en una relación jurídica como el control y la confianza en el contenido de lo firmado.

Desde Hogan Lovells estamos a vuestra disposición para proporcionaros más información al respecto y hacer un estudio más detallado de vuestro caso particular, por lo que os animamos a contactar con nosotros en este sentido.

Contactos



Emilio Gómez
Socio
T +34 91 349 82 72
emilio.gomez@hoganlovells.com



Miguel Ferre
Asociado senior
T +34 91 349 80 06
miguel.ferre@hoganlovells.com

www.hoganlovells.com

"Hogan Lovells" or the "firm" is an international legal practice that includes Hogan Lovells International LLP, Hogan Lovells US LLP and their affiliated businesses.

The word "partner" is used to describe a partner or member of Hogan Lovells International LLP, Hogan Lovells US LLP or any of their affiliated entities or any employee or consultant with equivalent standing. Certain individuals, who are designated as partners, but who are not members of Hogan Lovells International LLP, do not hold qualifications equivalent to members.

For more information about Hogan Lovells, the partners and their qualifications, see www.hoganlovells.com.

Where case studies are included, results achieved do not guarantee similar outcomes for other clients. Attorney advertising. Images of people may feature current or former lawyers and employees at Hogan Lovells or models not connected with the firm.

©Hogan Lovells 2020. All rights reserved.