

**XXIV Congreso Internacional del Notariado Latino
Ciudad de México 2004**

**Tema II:
El Notario y la contratación electrónica**

Ponencia de la Delegación Alemana

**Sigrun Erber-Faller, Notaria
Hallhof 6
87700 Memmingen**

Revisión: 14 de Abril de 2004

Índice

A. Introducción.....	4
B. Utilización del tratamiento electrónico de datos y procedimientos de firma electrónica.....	5
I. Datos estadísticos disponibles.....	5
1. Situación de los hogares.....	5
2. Situación de las empresas.....	6
3. Conclusiones para la utilización de procedimientos de firma electrónica.....	6
II. Legislación nacional, proyectos y actividades por parte del notariado.....	7
1. Legislación.....	7
2. Proyectos del Estado Federal.....	7
3. Proyectos de los Estados Federados.....	8
4. Actividades por parte del notariado.....	9
C. Fundamentos jurídicos de la infraestructura de seguridad.....	10
I. Fundamentos técnicos de la firma electrónica.....	10
II. Ley y Reglamento de Firma Electrónica.....	11
1. Remisión de la forma electrónica a la Ley de Firma Electrónica.....	11
2. La Ley de Firma Electrónica como marco técnico-administrativo de la firma electrónica y de la infraestructura de seguridad.....	11
D. Fundamentos jurídicos de la contratación electrónica.....	15
I. Introducción a la Ley de Requisitos de Forma.....	15
II. Aspectos generales.....	15
1. Formas modernas de contratación.....	15
2. Problemática.....	16
3. Fundamentos técnico-organizativos de una solución.....	16
4. Consecuencias para los requisitos de forma.....	17
III. Cuestiones particulares.....	17
1. Significado de la ley.....	17
2. La forma escrita simple como base para formas escritas superiores.....	23
3. La forma electrónica como equivalente a la forma escrita.....	23
4. Impedimentos en la introducción del documento firmado electrónicamente.....	24
IV. Aspectos de Derecho Constitucional.....	25
1. Competencia legislativa.....	25
2. Referencias de Derecho Fundamental.....	25
V. Referencias de Derecho Europeo.....	27
1. Directiva sobre Firma Electrónica y Directiva sobre el Comercio Electrónico (e-Commerce) como fuentes de derecho.....	27
2. Indicaciones para el derecho nacional.....	28
VI. Valoración.....	30
E. El documento electrónico como prueba ante los tribunales.....	31
I. Introducción.....	31
II. La situación jurídica en detalle.....	32
1. Tratamiento del documento escrito en el Derecho Probatorio.....	32
2. Tratamiento del documento electrónico en el Derecho Probatorio.....	34
III. Referencias de Derecho Europeo.....	37
1. Forma y efecto probatorio.....	37
2. Requisitos de Derecho Europeo respecto al efecto probatorio.....	37

IV. Valoración	37
F. Notariado y tráfico jurídico electrónico	38
I. Utilización del tratamiento electrónico de datos y comunicación electrónica en el notariado ...	38
1. Situación de los notarios	38
2. Situación de las organizaciones profesionales	39
3. El Registro de la Propiedad y el Registro Mercantil automatizados como los más importantes interlocutores externos	40
II. El acta notarial electrónica	43
1. Estado actual del debate	43
2. La autenticación de firmas electrónicas	43
3. La compulsación de copias electrónicas	45
4. El acta electrónica	45
5. La certificación y la autenticación electrónicas a distancia	46
6. Implementación en la práctica.....	47
7. Equivalencia funcional de la forma electrónica notarial	48
III. Nuevos servicios notariales en el tráfico jurídico electrónico.....	48
IV. Resumen provisional.....	48
V. Certificación profesional del notariado	49
1. Proyecto piloto "Certificación de los notarios tras la Ley de Firma Electrónica y la Red de Notarios"	49
2. Perspectivas de futuro	52
G. Resumen	54
Textos legales.....	56
Bibliografía.....	60
Anexo (Imágenes)	63

A. Introducción

Con ocasión del XX Congreso Internacional del Notariado Latino celebrado entre el 27 de abril y el 2 de mayo de 1992 en Cartagena (Colombia) se planteó por primera vez con el tema "Documentos electrónicos y seguridad jurídica" la cuestión en el orden del día del notariado Internacional de qué **repercusiones tendrían las nuevas tecnologías de la información y la comunicación en las actas notariales y su tratamiento en el derecho.**

El entonces ponente alemán, el Notario Jörg Bettendorf, analizó¹ diversos aspectos de este tema, tales como el concepto de documento electrónico, sus riesgos específicos, el documento electrónico como documento privado, el documento electrónico y la actividad notarial y la contratación a distancia. En sus conclusiones expresó, conforme al estado en el que entonces se encontraba el derecho, que el empleo de documentos electrónicos **sólo era posible en actos jurídicos no formales** y que en el Derecho Probatorio el documento electrónico estaba sujeto al **principio de la libre valoración de la prueba**. Únicamente consideraba defendible la introducción del documento electrónico en el ámbito del Derecho Formal en caso de utilización de garantías técnicas adicionales, como la **"firma electrónica"**, e hizo hincapié en que su disposición precisaba la colaboración entre técnicos y legisladores y que además era necesaria la inclusión en una jerarquía de certificación. En el Derecho Probatorio consideraba posible la **equiparación del documento electrónico y el documento privado**, mientras que en el Derecho Material se inclinaba a pensar en la imposibilidad de dicha equiparación en virtud de la dificultad de atribuir con suficientes garantías la firma electrónica al firmante debido a la ausencia de características individuales. Por otra parte hizo referencia a la problemática de la elaboración y el envío no permitidos de documentos electrónicos, la manipulación, la comprobación de acceso, la garantía del carácter confidencial y la protección contra actos de sabotaje. Para el aprovechamiento racional de las oportunidades que brindan las nuevas tecnologías consideraba necesario que se desarrollara un **estándar de seguridad** equivalente a los métodos tradicionales.

Desde entonces han pasado 12 años. El desarrollo que el derecho referente a la firma electrónica², el documento electrónico y la comunicación electrónica han experimentado en Alemania es enorme. En 1992 no existían ni en el Derecho Civil ni el Derecho Procesal regulaciones específicas para documentos electrónicos, no existía ninguna ley de firma electrónica y el Derecho Europeo no hacía referencia a este tema. Aunque se tenía conocimiento científico de las tecnologías en las que se basa la firma electrónica, éstas sólo se utilizaban con fines de codificación en el ámbito militar y de seguridad nacional. Las propuestas para crear una infraestructura general de certificación y poner a disposición de todos los usuarios eficaces **procesos** criptográficos asimétricos que permitieran la creación de firmas electrónicas seguras y la codificación para una comunicación fiable fueron acogidas con recelo por los organismos públicos. Sin embargo, como ocurre siempre que existe una idea de un producto, se dispone de la correspondiente tecnología y se prevé una demanda adecuada, en sistemas organizados de economía de mercado no es posible frenar su desarrollo. En su ponencia en el XX Congreso de la Unión Internacional del Notariado Latino (U.I.N.L.), el Sr. Bettendorf vaticinó dicho desarrollo y favoreció en gran medida el debate sobre las cuestiones jurídicas relacionadas con este tema. El objetivo de la presente ponencia es mostrar el **estado actual** y el posible **desarrollo futuro** de la cuestión.

¹ Publicado en: XX Congreso Internacional del Notariado Latino en Cartagena (Colombia) 27.4.-2.5.1992, Ponencias de la Delegación Alemana editadas por el Consejo Federal del Notariado.

² En lo sucesivo, los conceptos de firma digital y firma electrónica se utilizarán como sinónimos.

B. Utilización del tratamiento electrónico de datos y procedimientos de firma electrónica

I. Datos estadísticos disponibles

Las últimas estadísticas oficiales sobre determinados aspectos de la sociedad de la información corresponden a los años 2000 a 2002. No se dispone de datos más recientes.

1. Situación de los hogares

a) Acceso a Internet

El informe anual Eurostat de 2003³ compara las cifras de acceso a Internet de los hogares con las de los años 2000 y 2001. Según estos datos, en el año 2000 el 19% de los hogares en toda la Unión Europea tenía acceso a Internet con una variación entre el 6 y el 48%, mientras que este porcentaje se situaba en Alemania en torno al 12%. En 2001, el porcentaje de hogares con acceso a Internet en la UE ascendía al 36%, con una variación entre el 11 y el 64%, frente al 38% de los hogares alemanes. La Oficina Federal de Estadística⁴ informó en un comunicado de prensa del 6 de febrero de 2003 que en el primer trimestre de 2002 alrededor de 16 millones de hogares alemanes disponían de acceso a Internet, lo cual equivale a un 43%. Así pues, Alemania se situó en el año 2002 por encima de la media europea (40%), pero por debajo de la de los países más importantes de la UE.

b) Ordenadores personales

Según el mismo comunicado de prensa de la Oficina Federal de Estadística, en el primer trimestre de 2002 había un ordenador personal en el 55% de los hogares alemanes y el 92% de todos los hogares con conexión a Internet (también) utilizaban el ordenador para conectarse a la red. En este sentido, sólo el 15% de los accesos a Internet se realizaban desde ordenadores portátiles y tan sólo el 8% desde teléfonos móviles (en esta pregunta era posible indicar varias respuestas).

c) Aspectos sociales

La disponibilidad de un acceso a Internet está relacionada con los ingresos: el 77% de los hogares con unos ingresos netos mensuales superiores a 3600 € tenían en 2002 una conexión a Internet, frente al 24% de los hogares con ingresos inferiores a 1300 €. Por otra parte, los hombres utilizan Internet más que las mujeres, los jóvenes más que los mayores y las personas con un elevado nivel de estudios más que las que tienen un nivel de estudios bajo.

d) Fines de utilización de Internet

En 2002, los fines de utilización de Internet fueron principalmente el envío y la recepción de correo electrónico (75%), la búsqueda de información sobre productos y servicios (65%), así como de escuelas o estudios (42%). El 26% de los usuarios utilizó Internet para acceder a servicios eGovernment (gobierno electrónico), de los cuales tan sólo el 12% descargó formularios y sólo el 6% envió los formularios completos de nuevo vía Internet a las autoridades. El 22% destinó su conexión a Internet en casa también a fines profesionales.

³ Los datos de Eurostat citados se han obtenido de la página Web <http://www.eu-datashop.de>.

⁴ Los datos de la Oficina Federal de Estadística citados se han obtenido de su página Web <http://www.destatis.de>.

e) e-Commerce (comercio electrónico)

El 45% de los usuarios de Internet de 10 o más años y el 51% de los usuarios mayores de edad realizaron compras online durante 2002, sobre todo libros y revistas seguidos de ropa y artículos de deporte, grabaciones de audio y video, software, hardware y electrónica. Los usuarios que no quisieron comprar a través de la red alegaron como motivos la falta de confianza relacionada por ejemplo con cuestiones de seguridad en pagos mediante tarjeta de crédito, temor al uso indebido de datos personales y dudas sobre la posibilidad de efectuar reclamaciones y con relación a las condiciones de entrega y al derecho de devolución.

2. Situación de las empresas

a) Acceso a Internet

En el caso de las empresas, las estadísticas de la UE correspondientes al año 2001 muestran un porcentaje medio de acceso a Internet de algo más del 70%. Las cifras correspondientes a Alemania no aparecen en ese informe. La variación entre países oscila en Europa entre el 50 y el 90%. Los datos de la Oficina Federal de Estadística para el año 2002 situaban en el 71% el número de empresas alemanas que utilizaban Internet para el desarrollo de su actividad, con una variación entre el 76% del sector industrial, el 63% en la actividad comercial y de alojamiento y el 78% del sector servicios.

b) Equipamiento técnico

En 2002 prácticamente todas las empresas de más de 19 empleados utilizaban ordenadores independientemente del sector al que pertenecieran. Las empresas más grandes disponían en su gran mayoría de acceso a Internet y de correo electrónico. En empresas con menos de 20 empleados, este porcentaje se situaba por debajo del 60%. Más de la mitad de los trabajadores tenía ordenador en su puesto de trabajo y la mitad de ellos, acceso a Internet. En empresas dedicadas al tratamiento de datos y del sector de Investigación y Desarrollo, la proporción de puestos de trabajo con ordenador ascendía a más del 90%.

c) Fines de utilización de Internet/Intranet

Las empresas más pequeñas utilizaron Internet para realizar transacciones bancarias (Online-banking) y las empresas más grandes para obtener información y estudiar el mercado. El uso de Intranet se limita básicamente a grandes empresas: el 84% de las empresas con más de 250 empleados disponía en el año 2002 de Intranet frente a algo más del 15% de las empresas más pequeñas. Casi un tercio de las empresas tenían una página Web, porcentaje que aumentaba hasta casi el 90% en el caso de grandes empresas con más de 250 empleados.

d) e-Commerce (comercio electrónico)

En el año 2002, únicamente el 8% de las empresas utilizaba Internet para vender sus productos y la clientela procedía en un 90% de Alemania. El 24% de las empresas utilizaron Internet para el aprovisionamiento de mercancías y la obtención de servicios, pero principalmente sólo con fines informativos. El porcentaje de mercancías pedidas y servicios solicitados a través de Internet fue sólo del 1%. El volumen de negocio y los gastos en mercancías y servicios fueron en otros sistemas de red, como por ejemplo EDI, dos y hasta tres veces superiores a los correspondientes al comercio por Internet.

3. Conclusiones para la utilización de procedimientos de firma electrónica

Puesto que todas las aplicaciones mencionadas son **posibles sin procedimientos de firma electrónica** y no se dispone de ningún tipo de dato estadístico para la ampliación y utilización de tecnologías de firma electrónica y de seguridad en la vida económica general y en la administración, la única conclusión que podemos obtener es que a este campo tecnológico aún no se le concede en la práctica el significado que en realidad debería tener⁵. Esto puede deberse a que en especial los actos jurídicos vinculados a la forma escrita aún no se celebran y gestionan en una proporción considerable a través de la telecomunicación electrónica si bien ya se dan las condiciones legales para ello, las cuales se exponen a continuación. Sin embargo, en el ámbito no formal se siguen **subestimando los riesgos referentes a la seguridad**.

II. Legislación nacional, proyectos y actividades por parte del notariado

1. Legislación

Por una parte, el estado alemán fomenta el tráfico jurídico electrónico mediante la legislación. La base necesaria para ello se ha conseguido una vez establecidos en primer lugar los requisitos técnicos en la Ley y el Reglamento de Firma Electrónica federales (1997/2001) que se exponen en el punto C., efectuadas después las modificaciones de derecho civil y procesal en la "Ley (Federal) de Adaptación de los Requisitos de Forma del Derecho Privado y otros Requisitos al Tráfico Jurídico Moderno" (2001) expuesta en el punto D. y fijadas por último las regulaciones sobre el acto administrativo electrónico en la "Tercera Ley (Federal) de Modificación de Requisitos del Derecho de Procedimiento Administrativo" (2002) y en las leyes equivalentes de los estados federados. El acto administrativo electrónico no es objeto de esta ponencia.⁶

2. Proyectos del Estado Federal

Una segunda posibilidad de fomento por parte del Estado Federal es desarrollar mediante proyectos campos de aplicación para una tecnología de futuro.

Los objetivos del Gobierno para el fomento de la sociedad de la información en Alemania son ambiciosos. Siguiendo la estela del plan de acción de la Unión Europea eEurope 2005⁷ se desarrolló en primer lugar la iniciativa BundOnline 2005⁸. Entre tanto, el Gobierno Federal ha elaborado

⁵ Véase a este respecto la Resolución del Consejo de la UE del 18 de febrero de 2003, DO de la UE C 48/8 de 28.2.2003, sobre la aplicación del plan de acción eEurope 2005 que en su introducción cita los documentos ya publicados a este respecto del Consejo y la Comisión y que en el Anexo contiene orientaciones generales para el ejercicio de evaluación comparativa y el proyecto de una lista de indicadores para la evaluación comparativa del plan de acción, en la cual aparece como uno de los puntos principales la seguridad de las infraestructuras de información.

⁶ Para su comprensión es no obstante fundamental que la remisión básica hasta ahora vigente de las leyes administrativas en el ámbito del acto administrativo que debe efectuarse por escrito a la forma escrita recogida en el Código Civil alemán (BGB) se haya aplicado a la forma electrónica. Dado que los poderes públicos no proceden mediante actos administrativos sino mediante contratos de derecho público, esta ponencia no dedica exclusivamente un capítulo a este tema ya que las cuestiones del artículo 126 del BGB que se desean analizar en esta ponencia pueden aplicarse de forma análoga a los contratos de derecho público.

⁷ Véase nota 5

⁸ Puede encontrarse más información al respecto en <http://www.bund.de/BundOnline-2005-6164.htm>.

además el "Programa de Acción de la Sociedad de la Información en Alemania 2006"⁹. En el correspondiente documento publicado por el Ministerio Alemán de Capacitación e Investigación se constata en primer lugar que, en la valoración del Foro Económico Mundial, Alemania ha pasado de ocupar el último año el puesto 17 en el ranking de los países de la tecnología de la información a ocupar el 10 y se espera que mejorando. Los objetivos concretos hasta el año 2006 abarcan los campos de la **gestión digital, la investigación y el desarrollo tecnológico, la formación, el gobierno electrónico (eGovernment), la firma electrónica, la salud electrónica (eHealth) y la seguridad en la tecnología de la información**. En particular se prevé por ejemplo que el uso de Internet se extienda al 75% de la población, que como mínimo el 40% de las PYMES utilicen el eBusiness, que el Estado Federal, los Estados Federados y los ayuntamientos pongan en marcha el 50% de sus proyectos online, que el Gobierno Federal ofrezca online los 440 servicios susceptibles de ofrecerse en Internet, gestionar de forma totalmente electrónica los procedimientos de concesión estatales, emitir tarjetas bancarias con función de firma digital y desarrollar el pasaporte digital.

El Gobierno Federal invierte, sólo en el ámbito de eGovernment, que abarca al propio Estado Federal, a los estados federados y a los organismos locales, 1.650 millones de euros.

Como ya se ha dicho, en el ámbito federal existe la base jurídica para el acto administrativo electrónico: la Ley Federal de Procedimiento Administrativo y otras leyes administrativas se modificaron con la "Tercera Ley de Modificación de Requisitos del Derecho de Procedimiento Administrativo" del 21 de agosto de 2002 y se publicaron de nuevo.¹⁰ En este sentido, con el artículo 3a de la Ley de Procedimiento Administrativo (VwVfG) entre otros el legislador introdujo la posibilidad de sustituir la forma escrita por la forma electrónica y con el artículo 34a, la posibilidad de la autenticación administrativa electrónica.

3. Proyectos de los Estados Federados

Los Estados Federados también han desarrollado sus conceptos de eGovernment y en este sentido colaboran estrechamente con los ayuntamientos. Las nuevas tecnologías de información y comunicación hacen posible la aparición de una **administración "digital"** y en el futuro podrá prescindirse de algunas formas de acceder a las autoridades. El primer paso del eGovernment consiste, como en el caso federal, en ofrecer información general que puede proporcionarse y obtenerse sin problemas de seguridad. Casi todos los Estados Federados y ayuntamientos disponen ya de estos servicios y los ofrecen a los ciudadanos a través de sus páginas Web. Entre ellos se encuentra la publicación de los horarios de las piscinas, así como por ejemplo la descarga de determinados formularios en el ayuntamiento virtual.

Ofrecer algunos servicios online, como por ejemplo la presentación de una solicitud, supone las mismas dificultades que en el caso federal. En los estados federados existen ya muchos ejemplos. En Bremen es posible con ayuda de la firma electrónica comunicar el estado del contador a las empresas de suministro energético públicas o solicitar al Registro Civil un certificado de matrimonio. Esslingen ofrece a los titulares de una firma electrónica la declaración online del impuesto canino y la licencia de obras online. En Nuremberg es posible solicitar por Internet la tarjeta de aparcamiento para residentes.

⁹ El texto completo de este programa se encuentra en la página Web del Ministerio Alemán de Capacitación e Investigación: <http://www.bmbf.de>

¹⁰ BOE I, 102 ss.

Como ejemplo sobre el modo de proceder de los Estados Federales podemos hacer referencia al concepto eGovernment del Gobierno del Estado de Baviera del 16 de julio de 2002,¹¹ en el que se describen dos campos de actuación principales. En primer lugar la **oferta de servicios administrativos electrónicos** a los ciudadanos y después la **mejora de la estructura interna de la Administración**. En este contexto se mencionan explícitamente los procedimientos de firma electrónica, para cuya implementación se ha elaborado un concepto en colaboración con el Ministerio de Interior.¹² Las **firmas electrónicas** cualificadas están previstas en concreto en el ámbito del acto administrativo **formal**. En la página Web del Gobierno bávaro pueden encontrarse 62 proyectos de eGovernment que ya han sido llevados a la práctica o se están haciendo realidad, de los cuales los de mayor interés para los notarios son el mapa catastral electrónico, el tráfico jurídico electrónico con los tribunales, la declaración fiscal electrónica y la consulta electrónica del Registro de la Propiedad y del Registro Mercantil.

También en este caso existe ya la base jurídica para el acto administrativo electrónico: el 24 de diciembre de 2002 se aprobó la "Ley para la consolidación de actividades administrativas electrónicas" publicada el 31 de diciembre de 2002 en el Boletín Oficial de Bavaria¹³. De esta forma se incluyeron en la Ley de Procedimiento Administrativo bávara en concreto pero también en algunas leyes administrativas especiales las regulaciones legales necesarias desde el punto de vista del derecho federado para autorizar los actos administrativos electrónicos.

4. Actividades por parte del notariado

La presentación anterior de los datos estadísticos y los progresos efectuados en el ámbito gubernamental y administrativo del Estado Federal y de los Estados Federados no deben hacer pensar en que los precursores de los fundamentos jurídicos en el ámbito del tráfico jurídico electrónico fueron la administración o el Estado. La **necesidad de una comunicación más segura y fiable** se detectó en primer lugar en el **notariado** y posteriormente en otras profesiones liberales. En este sentido, la prioridad no era el acto administrativo electrónico, sino la **configuración de las relaciones de Derecho Privado**.

El Consejo Federal del Notariado sentó ya en 1992 a raíz del XX Congreso de la U.I.N.L. con su **proyecto "Tráfico Jurídico Electrónico"** las bases para un desarrollo que en última instancia ha llevado a la introducción de la forma electrónica como equivalente de la forma escrita en el Código Civil alemán (BGB) y a regulaciones específicas sobre el documento electrónico en el Ordenamiento Procesal Civil alemán (ZPO).

En 1993, 1995 y 1997, el Consejo Federal del Notariado organizó una serie de actos interdisciplinarios bajo el nombre de "**Forum del Tráfico Jurídico Electrónico**" que tenían como objetivo concienciar sobre este tema a legisladores, a las autoridades estatales, a la administración y a los expertos, así como dar a conocer la firma digital como instrumento de organización legal.

¹¹ El documento y un resumen de los proyectos se encuentran en la página Web del Gobierno bávaro, <http://www.bayern.de>

¹² El concepto también está disponible en la página Web del Gobierno bávaro.

¹³ Boletín Oficial de Bavaria 962

El Consejo Federal del Notariado buscó a conciencia en distintas áreas de actividad la colaboración de representantes de la economía, de las asociaciones o de las administraciones competentes para plasmar sus ideas en soluciones ampliamente consensuadas.

A partir de 1995, el Consejo Federal del Notariado desarrolló en colaboración con los Ministerios de Justicia de Sajonia y de Bavaria un **proyecto piloto para la introducción del tráfico jurídico electrónico en el Registro de la Propiedad**.

En 1997 se aprobó la primera Ley de Firma Electrónica basada en las propuestas de la "**Ley sobre Tráfico Jurídico Electrónico**" **proyectada por el Consejo Federal del Notariado** en 1995. En el año 2001 entró en vigor la Ley de Firma Electrónica sobre la base de la experiencia acumulada entre tanto y de las indicaciones de la Directiva Europea sobre Firma Electrónica. Las ideas fundamentales de la ley original fueron refrendadas no obstante por la Directiva y pudieron por tanto mantenerse en la nueva Ley de Firma Electrónica. Ejemplo de ello las entidades de certificación "autorizadas", ahora denominadas "acreditadas".

Con la Ley de Adaptación de los Requisitos de Forma del Derecho Privado al Tráfico Jurídico Moderno, en 2001 se introdujo en el BGB la forma electrónica como equivalente básico de la forma escrita, para lo cual la correspondiente norma hace referencia a la Ley de Firma Electrónica. El modelo para esta norma se tomó del texto "**Ley sobre Tráfico Jurídico Electrónico**" proyectado por el Consejo Federal del Notariado ya mencionado. Para una firma electrónica equivalente a la forma escrita es suficiente una firma electrónica avanzada en el sentido recogido en la Directiva Europea.

Al principio las modificaciones no afectaron a la forma notarial. Sin embargo, un grupo de trabajo del Consejo Federal del Notariado se ocupó de desarrollar propuestas legislativas adecuadas que recientemente se han incluido en un proyecto de ley del Ministerio Federal de Justicia que **prevé la autenticación electrónica**. En un futuro cercano, la transmisión electrónica de actas notariales, por ejemplo al **Registro de la Propiedad** y al **Registro Mercantil**, tampoco debería encontrar ningún impedimento por lo menos desde el punto de vista legal.

Más adelante se exponen más detalladamente las leyes y propuestas legislativas mencionadas elaboradas por el notariado alemán.

C. Fundamentos jurídicos de la infraestructura de seguridad

I. Fundamentos técnicos de la firma electrónica

No es necesario volver a explicar ampliamente el **funcionamiento de la firma electrónica**. Sobre este tema hay numerosas publicaciones:¹⁴ En los comités de la U.I.N.L. también se ha tratado ampliamente este tema.¹⁵

¹⁴ Sirvan como ejemplo: Reisen/Mrugalla, Digitale Signaturen – Prinzip und Sicherheitsinfrastruktur y Bieser, Das Signaturgesetz – Die gesetzliche digitale Signatur unter rechtlichen und praktischen Aspekten, ambas obras en: Erber-Faller, Elektronischer Rechtsverkehr.

¹⁵ La Asamblea de Socios de la U.I.N.L. aprobó en su sesión de octubre de 1998 en Buenos Aires (Argentina) un documento de trabajo y una resolución que después se pusieron a disposición de todos los notariados miembros. En

Las firmas electrónicas digitales se basan en **procesos criptográficos asimétricos**. Con una clave privada secreta, la firma electrónica se genera mediante un complejo proceso matemático de tal forma que queda inseparablemente vinculada a los datos firmados. Esta firma electrónica se verifica mediante una clave pública disponible en un directorio de acceso general. Para el titular de la clave doble se emite un certificado que también puede verificarse posteriormente a través de un directorio de acceso general y mediante el cual es posible obtener la identidad del firmante. La generación de la clave y la gestión de los directorios corresponden a la entidad de certificación.

En lo sucesivo estas relaciones se consideran sabidas.

II. Ley y Reglamento de Firma Electrónica

1. Remisión de la forma electrónica a la Ley de Firma Electrónica

En Alemania, los contratos pueden ser **en principio no formales**. En la medida en que la celebración del contrato requiera una forma prescrita por la ley, en primer término de las consideraciones se toma como caso de aplicación principal la **forma escrita** regulada en el artículo 126 del Código Civil alemán (BGB). Además, desde la aprobación de la "Ley de Adaptación de los Requisitos de Forma del Derecho Privado y otros Requisitos al Tráfico Jurídico Moderno" del 13 de julio de 2001¹⁶, el BGB reconoce la **forma electrónica** introducida en el artículo 126a como equivalente de la forma escrita. Para cumplir el requisito de forma electrónica, "el otorgante de la declaración debe incluir en ésta su nombre y dotar al documento electrónico de una firma electrónica cualificada según la Ley de Firma Electrónica. En el caso de un contrato, cada una de las partes debe firmar electrónicamente del modo descrito en el párrafo 1 un documento idéntico". La también nueva **forma textual** recogida en el artículo 126b no requiere este tipo de garantías y, por tanto, no está permitida como equivalente a la forma escrita. Ésta última forma y las formas superiores de la autenticación notarial y de la certificación notarial se tratan más adelante.

La forma electrónica sólo se recoge por tanto en el derecho civil mediante la remisión a la Ley de Firma Electrónica.

2. La Ley de Firma Electrónica como marco técnico-administrativo de la firma electrónica y de la infraestructura de seguridad

a) Historia

La Ley de Firma Electrónica entró en vigor por primera vez el 1 de agosto de 1997. El 1 de noviembre de 1997 se aprobó el Reglamento de Firma Electrónica con disposiciones complementarias. Alemania se convirtió así en uno de los primeros países de Europa y del mundo con una reglamentación de este tipo. Como consecuencia del posterior debate, sobre todo a escala europea, y de la aprobación de la Directiva Europea sobre Firma Electrónica, la Ley y el Reglamento

ellos también se trataba ampliamente el funcionamiento de la firma electrónica y sus posibles repercusiones en el notariado. Con motivo de las sesiones del Consejo Permanente y de la Asamblea de Socios de la U.I.N.L. en Quebec (Canadá) a principios de octubre de 2003 se aprobó la "Política para la certificación de firmas electrónicas por parte de Notarios en los países miembros de la U.I.N.L." propuesta por la Comisión de Informática y Seguridad Jurídica y la Comisión encargó seguir trabajando en ella.

¹⁶ Publicada en el BOE I, 1542

de Firma Electrónica fueron enmendados teniendo en consideración las primeras experiencias en la práctica y las indicaciones de la Directiva. La versión actualmente vigente de la Ley de Firma Electrónica entró en vigor el 22 de mayo de 2001 como "Ley sobre Condiciones Marco para Firmas Electrónicas"¹⁷ y el nuevo Reglamento de Firma Electrónica, el 16 de noviembre de 2001.¹⁸

b) Ámbito de aplicación

El apartado 2 del artículo 1 de la Ley de Firma Electrónica alemana regula explícitamente que la **aplicación de firmas electrónicas es facultativa** siempre y cuando las **disposiciones legales** no prescriban determinadas firmas electrónicas. Este tipo de disposiciones incluyen por ejemplo el ya mencionado artículo 126a del BGB, que más adelante se trata con más detalle, en lo referente a la forma electrónica y las anteriormente citadas leyes de procedimiento administrativo o leyes administrativas especiales en lo referente a actos administrativos electrónicos.

c) Infraestructura de certificación

La Ley de Firma Electrónica alemana dedica su segunda parte a la actividad de las entidades de certificación, denominadas en la ley "**proveedores de servicios de certificación**". En principio, en Alemania este tipo de actividad **no requiere autorización**. Teniendo en cuenta que la seguridad de una firma electrónica depende en gran medida de la seguridad de la actividad de la entidad de certificación, el apartado 2 del artículo 4 de la Ley de Firma Electrónica exige no obstante al proveedor la fiabilidad y competencia necesarias para llevar a cabo un servicio de certificación, una provisión de fondos (seguro de responsabilidad civil) y otros requisitos. Se considera fiable a quien ofrece la garantía de cumplir como proveedor de servicios de certificación las disposiciones legales normativas para el desarrollo de su actividad. Para comprobar la competencia hay que remitirse a las personas que desarrollan la actividad. El resto de los requisitos se cumplen si se parte de la base de un concepto de seguridad que cumple la Ley y el Reglamento de Firma Electrónica.

d) Entidades de certificación virtuales

Al contrario que su predecesora, la nueva Ley de Firma Electrónica permite también la creación de "entidades de certificación virtuales". Así, el apartado 5 del artículo 4 permite que un proveedor de servicios de certificación delegue "dentro de su concepto de seguridad ... **tareas... en terceros**". Esta disposición beneficia al Consejo Federal del Notariado, ya que está acreditada como proveedor de servicios de certificación pero la tecnología pertenece a la sociedad Deutsche Post eBusiness GmbH.

e) Identificación

Para la concesión de certificados cualificados es requisito imprescindible la identificación fiable de las personas que solicitan este tipo de certificados, puesto que de lo contrario posteriormente peligra la **asignación de las firmas electrónicas** a los firmantes (reales o supuestos). Un certificado cualificado puede contener datos relacionados con la profesión u **otros datos personales (atributos)**. En la medida en que en él se certifique una característica profesional, esto deberá ser autorizado también en el marco de la actividad de certificación de los colegios profesionales puesto que esta es la **base jurídica para el justificante notarial electrónico**.

f) Concepto de certificado cualificado

¹⁷ BOE I, 876

¹⁸ BOE I, 3074

El certificado cualificado debe firmarse con una firma electrónica cualificada y su contenido está fijado por la ley. En él se incluye concretamente por ejemplo el nombre del titular de la clave de firma electrónica, la clave de verificación de la firma electrónica asignada, los algoritmos en los que se basa dicha clave, el número correlativo de certificado, el período de validez del certificado, la denominación del proveedor de servicios de certificación que emite el certificado, datos sobre las restricciones al uso de la clave de firma electrónica, la identificación como certificado cualificado y, en su caso, atributos.

g) Obligaciones de la entidad de certificación en caso de certificados cualificados

Los certificados cualificados deben ser **bloqueados** inmediatamente por el proveedor de servicios de certificación cuando el titular de la clave de firma electrónica o su representante así lo soliciten, cuando el proveedor finalice su actividad y ningún otro proveedor continúe con ella o cuando la autoridad inspectora ordene dicho bloqueo. En el caso de atributos profesionales también puede solicitar el bloqueo el Colegio Profesional pertinente.

h) Obligaciones de documentación y responsabilidad

Todas las medidas de seguridad descritas deben ser documentadas por el proveedor de servicios de certificación de tal forma que los datos y su autenticidad **puedan verificarse en cualquier momento** y que la documentación **no pueda ser modificada a posteriori de forma imperceptible**. El proveedor responde del cumplimiento de las disposiciones legales y de la función de sus productos y servicios. Para cubrir este riesgo se utiliza el ya mencionado seguro de responsabilidad civil por una cuantía de cómo mínimo 250.000 € por cada reclamación.

i) Finalización de la actividad de una entidad de certificación

Si el proveedor de servicios de certificación finaliza su actividad deberá **comunicarlo** a la autoridad inspectora y procurar que sus certificados sean **asumidos** por otro proveedor. Si no es así deberá **bloquearlos**.

j) Acreditación voluntaria

Más allá de los requisitos mencionados aplicables a todos los proveedores de servicios de certificación existe la posibilidad de la acreditación voluntaria. El **derecho** a obtener una acreditación nace cuando el proveedor demuestra que cumple las disposiciones de la Ley y del Reglamento de Firma Electrónica. Con la acreditación se concede un **sello de calidad** que el proveedor puede utilizar en su publicidad en competencia con proveedores no acreditados. La acreditación sólo se concede si el concepto de seguridad se ha verificado y constatado ampliamente en cuanto a su idoneidad y realización práctica.

k) Cometidos de la "instancia suprema"

Los proveedores de servicios de certificación acreditados obtienen su certificado de la "autoridad competente", es decir de la Autoridad Reguladora de Telecomunicaciones y Correo de Bonn, la denominada "instancia suprema". Esta autoridad publica en su página Web¹⁹ los nombres, direcciones y otros medios de comunicación de los proveedores de servicios de certificación acreditados, la revocación o anulación de una acreditación, los certificados cualificados emitidos por ésta y su bloqueo, así como, en su caso, la finalización y la prohibición de la actividad de un proveedor de servicios de certificación acreditado. Para la certificación por parte de la instancia suprema no se necesita por tanto la denominada "cross certification" con todos sus problemas

¹⁹ <http://www.regtp.de>

derivados de la comprobación de la fiabilidad de las entidades de certificación implicadas. En el ámbito de la instancia suprema y de aquellos proveedores de servicios de certificación que derivan su certificado de la instancia suprema, el Estado asume directamente la responsabilidad sobre la comprobación de calidad.

En el ámbito de la acreditación, la **infraestructura de certificación** se divide, debido a los procesos mencionados, obligatoriamente en **dos niveles** (instancia suprema / entidad de certificación acreditada). Dado que (sólo) en el ámbito de la cualificación no existen procesos equivalentes a éstos, en este caso son posibles ahora en virtud de la nueva Ley de Firma Electrónica, y al contrario de lo que ocurría con su predecesora, **infraestructuras de certificación de varios niveles**.

Por tanto, cuando se recurre a un proveedor de servicios de certificación acreditado se consigue tanto un **muy alto nivel de seguridad** de los productos y servicios utilizados, como una cadena ininterrumpida de certificados de alta seguridad.

l) Firmas electrónicas extranjeras y productos para firmas electrónicas

La Ley de Firma Electrónica alemana parte del supuesto de la **equivalencia** entre firmas electrónicas de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo cuando éstas cumplen lo dispuesto en la Directiva sobre Firma Electrónica. Las firmas electrónicas de terceros países se equiparan cuando el certificado "se emite como certificado cualificado y está indicado para una firma electrónica ... (en el sentido de la Directiva)" y además el proveedor de servicios de certificación está acreditado en un país de la UE o del EEE u otro proveedor conforme a la Directiva responde del certificado en la UE o el certificado está reconocido en el marco de un acuerdo bilateral o multilateral entre la UE y el tercer país o una organización internacional.

m) Campos de aplicación de firmas electrónicas cualificadas y acreditadas

Fue una decisión política y muy discutida del legislador tomada a partir de la Directiva Europea sobre Firma Electrónica considerar suficientes las firmas electrónicas cualificadas para la firma electrónica en el marco de la forma electrónica descrita en el artículo 126a del BGB. Sin embargo, para los Colegios Profesionales estas firmas electrónicas no son suficientes debido a los vacíos de seguridad conocidos puestos de manifiesto por la UE por consideraciones económicas. Éstos utilizan para sus proyectos productos y servicios de entidades de certificación acreditadas, tal y como puede comprobarse en cualquier momento echando un vistazo a la página Web de la Autoridad Reguladora de Telecomunicaciones y Correo. De la **lista de proveedores de servicios de certificación acreditados** publicada en esa página Web se deduce que ya el 22 de diciembre de 1998 se autorizó el centro Telesec de Deutsche Telekom AG como primera entidad de certificación en virtud de la antigua Ley de Firma Electrónica²⁰ y a continuación Deutsche Post Signtrust (23 de febrero de 2000) y el Consejo Federal del Notariado (14 de diciembre de 2000). En virtud aún de la antigua ley, también se concedió autorización a Deutsche Post eBusiness GmbH como sucesora de Deutsche Post Signtrust, a Datev eG como organización profesional del sector de la asesoría fiscal y a los Colegios de Asesores Fiscales de Nuremberg, Bremen y el Sarre.

Hoy en día hay un total de 23 proveedores de servicios de certificación acreditados. En esta cifra se tiene en cuenta ya que en el año 2003 se revocó una acreditación, la única hasta ahora. Del resto de

²⁰ Con la primera Ley de Firma Electrónica aún no existía el procedimiento de acreditación voluntaria, sino únicamente la posibilidad de solicitar una autorización. La nueva Ley de Firma Electrónica contiene, en relación al mismo perfil de solicitud, una disposición transitoria según la cual las autorizaciones en su día concedidas se consideran acreditaciones.

los proveedores, 18 son organizaciones profesionales del campo del notariado, la asesoría fiscal y la abogacía. Sólo los cinco restantes pertenecen al sector comercial propiamente dicho.

D. Fundamentos jurídicos de la contratación electrónica

I. Introducción a la Ley de Requisitos de Forma

Con la **Ley de Adaptación de los Requisitos de Forma del Derecho Privado y otros Requisitos al Tráfico Jurídico Moderno** (en lo sucesivo, Ley de Requisitos de Forma), el legislador pretendía adaptar el Derecho Privado alemán a la evolución del tráfico jurídico moderno, al desarrollo de las tecnologías de la información y la comunicación y a las Directivas Europeas del 13 de diciembre de 1999 sobre el establecimiento de un marco comunitario para la firma electrónica y del 8 de junio de 2000 sobre el comercio electrónico.²¹

La ley modifica el BGB en la Parte General y en el Derecho de las Relaciones Obligatorias, otras leyes de Derecho Civil, el ZPO y otros reglamentos de procedimiento, incluidos aquellos del ámbito de la jurisdicción voluntaria, y finalmente normas individuales de otros campos del Derecho Público referentes a requisitos de forma. Los **puntos clave** de la ley son la **introducción en el BGB de la forma electrónica** al mismo nivel que la forma escrita y de la **forma textual** a un nivel inferior (ambas se tratan más adelante), así como la utilización de documentos electrónicos en el marco de los reglamentos de procedimiento judiciales y la argumentación mediante el documento firmado electrónicamente (que se tratan en el punto E de esta ponencia).²²

El problema de la “**opposabilité**” (oponibilidad) no tuvo que resolverse en el derecho alemán ya que en Alemania no es posible llevar a cabo un acto jurídico sin respetar la forma prescrita, de forma que éste sólo es eficaz inter partes pero no es oponible a terceros. Un acto jurídico que requiere una determinada forma debe respetar dicha forma para ser eficaz inter omnes o bien es completamente ineficaz. Esto equivale a la eficacia básicamente constitutiva de la inscripción en el Registro de la Propiedad o en el Registro Mercantil. Por tanto, en lo sucesivo, no se tratarán cuestiones de este tipo.

II. Aspectos generales

1. Formas modernas de contratación

La variedad técnica de los instrumentos de trabajo y medios de comunicación actuales queda reflejada en la forma en la que en el tráfico jurídico moderno se efectúan declaraciones de voluntad de cualquier tipo, se celebran contratos y se hacen valer los derechos derivados de éstos. En la vida jurídica y económica actual ya no se puede prescindir por ejemplo del teléfono, el fax o el correo electrónico y en la práctica han tomado también ampliamente los tribunales.²³ Su utilización lógica

²¹ Argumentación oficial del proyecto de ley, Actas parlamentarias (BT-Drs.) 14/4987, 1.

²² Argumentación oficial, BT-Drs. 14/4987, 1.

²³ Aunque la incertidumbre originada por la diversa jurisprudencia de diferentes tribunales sobre si una firma escaneada cumple el requisito de forma escrita en escritos procesales determinantes fue aparcada momentáneamente por la Cámara Conjunta de los Tribunales Supremos de Justicia Federales con su resolución del 5 de abril de 2000, ésta fue eliminada definitivamente de la forma escrita general del BGB con su aprobación. La decisión deja patente que la jurisprudencia

en el tráfico jurídico individual y masivo, el cada vez mayor arrinconamiento del papel como instrumento de comunicación y documentación en el ámbito legalmente relevante y la consecuente dedicación de la doctrina jurídica y la jurisprudencia a la clasificación dogmática de este tipo de declaraciones de voluntad han incrementado la convicción de la singularidad de las formas de declaración no escritas en el tráfico jurídico y la dificultad de la argumentación mediante éstas.²⁴

2. Problemática

Lo que en el caso de la declaración verbal siempre ha sido evidente, es decir su fácil disponibilidad y los bajos costes por una parte, pero también su fugacidad, su manipulabilidad y su impugnabilidad, en especial la incertidumbre sobre el autor, parece cada vez más un problema de las formas de comunicación modernas al margen de la forma escrita tradicional.²⁵ Este tipo de declaraciones conllevan en última instancia un considerable riesgo procesal en procesos basados en ellas.

3. Fundamentos técnico-organizativos de una solución

Los problemas de declaraciones no materializadas son desde hace tiempo objeto de debate entre técnicos y juristas.²⁶ Por este motivo no es tan destacable que el progreso técnico buscara medios para superar las dificultades detectadas²⁷ mientras la jurisprudencia se empleaba a fondo sobre la base de las leyes entonces vigentes para eludir este tipo de casos y en parte se originara una casuística de casos aislados apenas realizable.²⁸ Por el contrario es mucho más sorprendente que relativamente pronto un amplio diálogo interdisciplinar entre expertos de distintas ramas, de la política y la gestión, de la industria y el comercio, de las asociaciones profesionales, de entidades representantes de los intereses de consumidores y otros interesados, estableciera la base para propuestas de solución generales.

La firma electrónica digital se consideró enseguida una esperanza para solucionar los más diversos problemas técnicos y legales de la tecnología moderna de la información y la comunicación. La definición, el diseño y la inclusión organizativa se regulan en la Ley de Firma Electrónica²⁹ alemana ya comentada en el punto C. y en el Reglamento de Firma Electrónica³⁰, lo que hace posible que las

se ha abierto a la comunicación electrónica al margen de la legislación, sin que se hayan resuelto no obstante las cuestiones en materia de seguridad que se han planteado hasta ahora en la práctica y que fueron objeto también de la Ley de Requisitos de Forma alemana. En la práctica esto ha sido muy bien acogido (véanse *Lewinska y Römermann/van der Moolen*).

²⁴ La disertación de *Kuhn* presenta, con la aportación de numerosas pruebas, el estado del debate sobre actos legales electrónicos antes de comenzar con el debate sobre una forma electrónica con propuestas de solución propias. La disertación de *Rapp* analiza asimismo, con una amplia evaluación de jurisprudencia y bibliografía ante el trasfondo de Ley de Requisitos de Forma y con la inclusión de aspectos europeos y de derecho comparado, la idoneidad de las firmas electrónicas para garantizar la calidad de forma.

²⁵ El congreso celebrado por el Consejo Federal del Notariado y TeleTrusT Deutschland e.V. los días 18 y 19 de noviembre de 1993 "Tráfico Jurídico Electrónico – Procedimientos de firma electrónica digitales y condiciones marco" documentado como tomo de congreso, así lo puso de manifiesto mediante ponencias conjuntas de técnicos y juristas.

²⁶ *Fritzsche/Malzer, Kuhn*, con más referencias

²⁷ Para ello se desarrollaron los procedimientos tratados en el punto C.

²⁸ Para escritos procesales determinantes véase la nota 23; menos transigente era la jurisprudencia en caso de requisitos formales de derecho material, véase Tribunal Supremo 121, 224, según los cuales para la "concesión escrita" del compromiso de fianza del artículo 766 del BGB la transmisión por fax no es suficiente.

²⁹ Véase especialmente el comentario de *Roßnagel* en "Recht der Multimediendienste".

³⁰ *Roßnagel*, véase nota anterior.

más diversas leyes puedan adoptar mediante referencia a estas disposiciones regulaciones que presuman la firma electrónica.

4. Consecuencias para los requisitos de forma

La Ley de Requisitos de Forma convierte la **firma electrónica cualificada** en la **característica fundamental** de la nueva **forma electrónica**. En el caso de la también nueva forma textual se renuncia conscientemente a una característica de seguridad comparable. La ley establece así una base para una dogmática diferenciada de la declaración de voluntad no verbal y no materializada en papel, del correspondiente acto de procedimiento y de la valoración de la prueba mediante este tipo de declaraciones. La forma escrita en su disposición tradicional y las formas escritas cualificadas de la autenticación pública y de la certificación notarial, así como determinadas disposiciones especiales,³¹ no se ven afectadas por la ley.

III. Cuestiones particulares

1. Significado de la ley

La introducción de nuevas formas de declaraciones en el BGB constituye un hito en la evolución del derecho cuyo significado dogmático-legal no evaluarse en toda su extensión. Hasta ahora únicamente existía la declaración no formal (no especialmente regulada) y la forma escrita con sus distintas características. La declaración electrónica tenía lugar exclusivamente en ámbitos no formales independientemente de la inversión efectuada en su seguridad. Ahora por el contrario hay un **equivalente electrónico a la forma escrita**.

A la forma escrita siempre se le han atribuido funciones fundamentales con respecto a las cuales deben medirse ahora las nuevas formas electrónica y textual. La equiparación básica de la forma escrita y la forma electrónica vino precedida por tanto de un intenso debate sobre la **equivalencia de función**.³²

Las razones de que hasta ahora la ley no haya adquirido un mayor significado práctico son diversas y deben buscarse en los ámbitos técnico, administrativo e incluso legal. En primer lugar, podría deberse a que la ley es aún joven y a que el orden jurídico alemán sólo acepta requisitos de forma como excepción y, por tanto, la mayor parte del tráfico jurídico que recurre a la forma escrita lo hace sin que exista una obligación legal. En este aspecto no era necesaria ninguna legislación. En el ámbito de la forma los mayores problemas podrían deberse a la necesidad de un equipamiento apropiado con la técnica adecuada y a la cuestión aún no resuelta satisfactoriamente de la interoperabilidad de distintos procedimientos de firma electrónica. Las reservas socioculturales aún existentes actualmente contra los procedimientos de firma electrónica es probable que pierdan importancia con la cada vez mayor expansión de los mismos, la reducción de los costes y la costumbre. En este sentido hay que recordar la evolución de las estadísticas expuesta anteriormente.

a) El concepto de forma escrita en el párrafo 1 del artículo 126 del Código Civil alemán (BGB)

³¹ P. ej. la transmisión del título de propiedad (art. 925 BGB) o el testamento escrito por el testador (art. 2247 BGB).

³² Bettendorf en: Elektronische Rechtsverkehr, 16.

El punto de apoyo del concepto de forma escrita es el artículo **126 del BGB**. Prácticamente todas las disposiciones que prevén la forma escrita hacen referencia directa o indirectamente a él y deben conciliarse con esta norma básica: el propio BGB y otras regulaciones de derecho civil utilizan el concepto de forma escrita en multitud de ocasiones bien sin modificar o bien con modificaciones en casos individuales.³³ Los reglamentos de procedimiento³⁴ han desarrollado con el tiempo su concepto específico de forma escrita, el cual no obstante se define regularmente en delimitación y derivación del concepto del BGB, al igual que en el Derecho Administrativo.³⁵ Por tanto, para entender el significado de la Ley de Requisitos de Forma es necesario en primer lugar entender del **significado de la forma escrita**.

aa) Documentos

La forma escrita presupone en primer lugar un “documento”. Lo que es un documento en este contexto no puede deducirse de la ley en sí misma. La doctrina jurídica define el concepto como “**declaración de ideas materializada en un escrito**”.³⁶ Seguramente, el concepto de documento del BGB debe entenderse en un sentido algo distinto que por ejemplo en el derecho penal.³⁷

Según la opinión general, para la **materialización** se considera en principio medio soporte del documento cualquier material que pueda tomarse con las manos, desde una pizarra de barro, piedra o cera hasta el papel actual, pasando por los papiros o los pergaminos. La perdurabilidad del medio puede en cualquier caso significar una diferencia gradual, así como el modo por el que el medio se completa con escritura o texto. Lo que la escritura o el texto es como forma de expresión de una declaración de ideas parece estar tan claro para el legislador que estos conceptos ni se han definido en el BGB ni forman parte en absoluto del texto de la ley. De esto se deduce que incluso un testamento escrito en la arena puede cumplir en principio el requisito de forma escrita, si bien este ejemplo extremo no tiene apenas un significado práctico.³⁸

En la vida jurídica y administrativa actual esto tiene que ver normalmente con **documentos en papel**. El papel es un producto estandarizado que se encuentra a disposición de cualquiera a un precio asequible, que se acepta sin reservas en los procesos comerciales y de tramitación habituales y para cuyo transporte existen métodos probados. Dado que en una sociedad desarrollada de carácter occidental la gran mayoría de la población sabe leer y escribir, la “**declaración de ideas materializada**” de esta forma constituye un **acto cotidiano** fácil de llevar a la práctica.

b) Firma o marca personal

Tampoco el concepto de **firma**³⁹ está definido en la ley, aunque en general tampoco es necesario ya que se trata de un acto arraigado como lógico en la conciencia de la ciudadanía y que nadie se plantea. La costumbre exige, al margen de los requisitos de forma del BGB y otras leyes, que se

³³ Véase *Palandt/Heinrichs* art. 126 nota 1.

³⁴ Para el ZPO por ejemplo *Zöller/Greger*, artículo 130.

³⁵ *Schmitz/Schlatmann*, Nueva Revista de Derecho Administrativo (NVwZ) 2002, 1284, *Roßnagel*, Revista La Administración Pública (DÖV) 2001, 223, ambas con más referencias.

³⁶ *Bettendorf*, en: EDV-Dokumente und Rechtssicherheit, 36.

³⁷ *Palandt/Heinrichs* art. 126 notas 2 y ss. frente a *Tröndle/Fischer*, art. 267 nota 2.

³⁸ El Tribunal del Reich tuvo que decidir en su resolución publicada en la Revista de Juristas Alemana (DJZ) 15, 594 sobre un testamento escrito sobre una pizarra.

³⁹ *Palandt/Heinrichs*, art. 126 notas 5 y ss.

firmen escritos de los más distintos tipos. También se considera lógico que la firma tenga lugar a menudo en **contextos de relevancia legal** y que después tenga también **consecuencias legales**.

En los casos en los que la jurisprudencia se ha ocupado de la cuestión de si una firma lo es en sentido legal, el concepto ha tenido por lo general que delimitarse del denominado **monograma**⁴⁰, es decir una abreviación del nombre que por ejemplo se utiliza para indicar que una persona en cuestión ha visto un texto pero que no necesariamente lo ha querido firmar y convertirlo así en "su" declaración. No se exige que la firma sea legible, pero sí **que pueda reconocerse como rúbrica**.⁴¹ Recientemente el Tribunal Supremo ha tenido que ocuparse de la cuestión de si para firmar un acta notarial es suficiente con indicar el nombre de pila⁴² y resolvió que no en una decisión que fue muy criticada por los notarios⁴³. El acta en cuestión se consideró por tanto nula. En efecto es difícil comprender por qué esto debe ser así en el caso de un acta notarial que en su introducción contiene todos los datos de los partícipes necesarios para su exacta identificación, pero un testamento escrito por el propio testador puede ser firmado únicamente con el nombre de pila sin que ello afecte a su validez.⁴⁴

Acertadamente se ha indicado que la **firma electrónica tiene mucho parecido con la marca personal como firma**.⁴⁵ Sin embargo, junto con la firma, la autenticación notarial prevista por la ley de una marca personal para el cumplimiento de la forma escrita no tiene relevancia en la práctica. Esto puede deberse a que, en una sociedad caracterizada por la escritura como es la nuestra, los analfabetos también disponen de una rúbrica que reproducen en caso de necesidad, lo que les permite pasar inadvertidos como tales en una sociedad en la que el analfabetismo no está bien visto. La capacidad del autor de una declaración para poder leerla y escribirla íntegramente no es ningún requisito inherente a la forma escrita,⁴⁶ de modo que las declaraciones firmadas de este modo son formalmente eficaces.⁴⁷ Lo mismo se aplica a las declaraciones redactadas en un idioma extranjero que no es habitual para el firmante.

c) El otorgante

El otorgante del documento es aquél a quien debe atribuirse la declaración de ideas materializada en sentido real, es decir **aquella persona que ha estampado la firma que aparece en el documento**. En el caso de que el documento esté firmado por un representante, el otorgante es por tanto el propio representante y no el representado a quien legalmente es imputable la declaración. Incluso en la actuación autorizada con otro nombre, en la cual el representante firma con el nombre del representado y obliga por tanto a éste de forma válida, el representante sigue siendo el otorgante del documento en el sentido del requisito de forma. Si alguien firma con otro nombre con la intención de engañar al otorgante, en este caso el otorgante también es el firmante. No existe pues ningún caso equiparable a la representación, sino en su caso falsedad documental punible.

⁴⁰ Tribunal Federal Supremo, Revista Nueva Revista Semanal Jurídica (NJW) 1967, 2310.

⁴¹ Tribunal Federal Supremo, Revista NJW 1987, 1334; 1994, 55.

⁴² Tribunal Federal Supremo, Revista Notarial Alemana (DNotZ) 2003, 269.

⁴³ Heinemann, Revista DNotZ 2003, 243 con más referencias

⁴⁴ Otra es la cuestión de si de esta forma queda demostrada la autoría.

⁴⁵ *Fritzsche/Malzer*, en el lugar citado.

⁴⁶ En el procedimiento de certificación notarial, para los analfabetos son de aplicación disposiciones especiales.

⁴⁷ Otra cuestión es si su contenido es el adecuado, en especial si en caso necesario pueden ser impugnadas por equivocación o engaño.

De los dos casos mencionados se deduce claramente una **diferencia fundamental con respecto a la firma electrónica**. Si alguien crea una firma electrónica con herramientas cedidas a él con esta finalidad, las regulaciones legales sobre la actuación con otro nombre pueden aplicarse directamente. Sin embargo, si dichas herramientas han sido robadas, en el caso de las firmas electrónicas generadas por el ladrón no se puede hablar de falsificación. La firma electrónica como tal es auténtica y el certificado remite por lo demás adecuadamente a la persona que lo ha concedido. Al contrario que la firma manuscrita, la firma electrónica no va unida físicamente a la persona. Teniendo en cuenta esta "**interfase persona-máquina**", la **atribución de firmas electrónicas** debe por tanto efectuarse en otro nivel. Por este motivo, los pros y contras de los mecanismos de atribución en el Derecho Civil y en el Derecho Procesal se tratan en el punto E. con relación al artículo 292a del ZPO.⁴⁸

d) Los objetivos de forma

La firma como parte fundamental de la forma escrita y la forma escrita como un todo persiguen distintos **objetivos de forma** destacados por la jurisprudencia y la doctrina jurídica.⁴⁹

aa) La función de identidad permite reconocer mediante la firma el otorgante de la declaración. El otorgante es evidente en caso de una firma legible y en caso de una firma ilegible, la rúbrica es por lo general tan individualizada que puede "reconocerse".

En el caso de una firma electrónica, esta función debe ser asumida por el certificado, lo cual sólo es posible si el usuario de la firma electrónica es identificado adecuadamente antes de su emisión. Por este motivo, la Ley y el Reglamento de Firma Electrónica conceden a la identificación el importante significado ya comentado.

En el caso de la forma textual es suficiente con que se "mencione" la persona del declarante.

bb) La función de autenticidad de la firma debe demostrar que la declaración procede del otorgante, es decir que la firma es auténtica. En caso de duda, la autenticidad puede demostrarse mediante un análisis comparativo de la letra o con un peritaje. En estos casos, la autenticación pública reduce el riesgo procesal prácticamente a cero.

Como ya se ha dicho, esto es distinto en el caso de la firma electrónica. Muchos malentendidos en los controvertidos debates sobre la equivalencia de la firma manuscrita y la forma electrónica se deben al especial significado en sentido jurídico concedido al concepto de "**autenticidad**". Al contrario que para los especialistas en firmas electrónicas, para los juristas una firma electrónica no es auténtica simplemente cuando puede ser atribuida mediante el certificado a una persona conforme a lo dicho en aa), sino sólo si realmente le pertenece en ese caso concreto. La diferencia tiene consecuencias sobre todo en los casos de herramientas de firma electrónica robadas.

⁴⁸ Las empresas de Internet y de crédito económico han solicitado con vehemencia una atribución en el proceso legislativo, véase *Schröter*, J.: Rechtssicherheit im elektronischen Geschäftsverkehr, WM 2000, 2134. Las asociaciones de consumidores y el Consejo Federal del Notariado se han opuesto, ya que de lo contrario el riesgo de errores técnicos y de manipulación es asumido por el firmante.

⁴⁹ Encontrará una amplia comparación de los objetivos de forma de la forma escrita y de la forma electrónica en *Rapp*, 156 y ss.

Debido a la argumentación legal, la forma escrita no pretende poder desempeñar la función de autenticidad en el sentido jurídico.

cc) La **función de conclusión** de la firma manuscrita hace referencia a la prueba del final y del carácter voluntario de una declaración. Por este motivo, la jurisprudencia ha manifestado sus reflexiones en contra de la "firma superior" en las órdenes de transferencias bancarias, ya que una firma de este tipo no concluye espacialmente el texto al que se refiere.⁵⁰

La función de conclusión no plantea ningún problema en el caso de la firma electrónica puesto que ésta abarca como un todo el texto firmado electrónicamente.

Esta función no está clara en el caso de la forma textual, ya que ésta requiere que la "conclusión de la declaración debe hacerse patente mediante la reproducción de la firma o de otra forma".

dd) La **función de advertencia** de la firma y de la forma escrita es utilizada por numerosas disposiciones cuando se trata de concienciar al declarante de que un acto jurídico puede tener consecuencias legales vinculantes para él. En la ciudadanía está arraigada desde hace siglos la convicción de que la firma al final de un escrito hace por lo general que se originen derechos reclamables que también pueden imponerse y que precisamente por esta razón se exige la firma de la parte contraria. A la función de advertencia se le atribuye por tanto una relevancia social especial, ya que debe proteger contra la asunción precipitada de relaciones legales.⁵¹

La cuestión de si la forma electrónica puede desempeñar la función de advertencia fue una de las más controvertidas de esta parte de la Ley de Requisitos de Forma.⁵² Sin embargo, al final y como resultado se resolvió afirmativamente para el caso general.

En el caso de la forma textual, el legislador ya parte de la base de que ésta no puede desempeñar la función de advertencia.

ee) Junto con la de advertencia, la **función de prueba** es la principal en la vida cotidiana. La imposición de derechos se ha facilitado considerablemente en los sistemas jurídicos del Derecho Civil escrito con los documentos escritos. El ZPO prevé regulaciones especiales para la **argumentación con documentos**, en el **proceso documental** es posible dictar una sentencias con medios más sencillos. Así pues, en la práctica, los documentos constituyen una clase específica de argumentación de alta seguridad. En la mayoría de los casos de la forma escrita arbitraria, la función de prueba podría ser el motivo de que los partícipes se pongan acuerdo en una forma que no les sea impuesta por ley. También podría ser la razón de que la gran cantidad de documentación escrita en la vida jurídica mantenga una relación inversamente proporcional con la relativamente baja cantidad de requisitos de forma.

En el ámbito de la función de prueba es especialmente evidente que la firma electrónica representa un elemento de hecho comparable a la firma manuscrita en el sentido de un **equivalente funcional**. Sin embargo, esto *no* significa que se traten de operaciones del mismo tipo. Aunque la "interfase persona-máquina" de la firma electrónica a pesar de, o precisamente debido a, la decisión del

⁵⁰ Tribunal Federal Supremo 113, 48.

⁵¹ Opinión unánime, véase por ejemplo *Palandt/Heinrichs* art. 125 nota 1.

⁵² Indecisión con amplia argumentación y otras referencias *Rapp*, 163.

legislador de disponer con el artículo 292a del ZPO una regla de prueba para documentos firmados electrónicamente da lugar a controvertidos debates sobre la seguridad de la atribución de los documentos firmados electrónicamente,⁵³ su valor probatorio en la cuestión de la manipulación ulterior de un documento firmado electrónicamente está reconocido en circunstancias normales.⁵⁴

La **forma textual tampoco pretende en este caso poder cumplir los objetivos de forma**. Dado que el legislador la considera entre otras cosas apropiada para utilizarse en ámbitos en los que las relaciones jurídicas pueden anularse fácilmente,⁵⁵ la función de prueba sería incluso contraproducente para este objetivo de forma. El jurista de formación tradicional se encuentra en este punto no obstante con el paradójico resultado de que la declaración (probada) efectuada verbalmente o de cualquier otro modo no formal es vinculante sin ningún tipo de reservas, mientras que esto no parece ser así en el caso de la forma textual.⁵⁶

ff) La función de control de la forma escrita está indicada en relación con el artículo 34 de la Ley contra la Competencia Desleal (versión anterior) para operaciones relevantes en materia del derecho de cárteles, pero también podría ser importante por ejemplo en el ámbito de la jurisdicción voluntaria en los requisitos de formas escritas superiores como la declaración autenticada y certificada notarialmente cuando se trata de la publicación en registros públicos. En este caso es posible que la función de control no se haya "descubierto" hasta ahora porque la gran importancia que se concede al papel del notario como garante de todas las demás funciones. El contenido exacto de los estatutos de sociedades de capital, de operaciones inmobiliarias o de solicitudes de declaraciones de herederos, por nombrar tan sólo algunos ejemplos relevantes en la práctica, sólo puede ser verificado y formulado adecuadamente por el notario y tener por tanto un efecto descongestionador en el ámbito judicial si se recogen en un escrito que implique la presunción de la integridad.⁵⁷ De la misma forma, el control judicial de estos contratos requiere que se presenten por escrito.

En la introducción de la forma electrónica como equivalente de la forma escrita simple, la función de control no tuvo **ninguna relevancia** aunque, por los mismos motivos que en el caso de la función de prueba, esta forma podría desempeñar esta función en el ámbito mencionado. Sin embargo, tan pronto como las formas escritas superiores tengan un equivalente electrónico, la cuestión deberá analizarse.⁵⁸

⁵³ *Fritzsche/Malzer* en el lugar citado; El valor probatorio de las firmas electrónicas en relación al otorgante no depende en última instancia de la calidad de la infraestructura de seguridad, véase *Rapp*, 163, y *Jungermann*, que dedica toda su disertación al análisis de esta cuestión.

⁵⁴ Sobre los factores de seguridad de firmas electrónicas: *Roßnagel*, *Recht der Multimediadienste*, Introducción a la Ley de Firma Electrónica nota 27.

⁵⁵ Argumentación oficial, BT-Drs. 14/4987, 18.

⁵⁶ La argumentación dogmática para la introducción de la forma textual sigue estando en este punto especialmente poco clara. Sin embargo se tiende a hacer que las relaciones contractuales puedan resolverse fácilmente, tal y como muestran los derechos de revocación introducidos en las leyes de protección de los consumidores en virtud de las directivas europeas. En relación a su efecto desestabilizador en el marco de relaciones contractuales véase *Richter*, G.: *Vorsorge als Prinzip einer sozialen Rechtsordnung in Europa*, Edición especial 2002 de la Revista Notarial Alemana (DNotZ) con las ponencias del 26 Congreso Notarial Alemán celebrado entre el 19 y el 22 de junio de 2002 en Dresden.

⁵⁷ Esto se garantiza mediante el procedimiento de certificación notarial.

⁵⁸ Para la autenticación ya existe una iniciativa del Ministerio de Justicia Federal basada en propuestas del Consejo Federal del Notariado.

La forma textual también debe adaptarse en este contexto. Sería demasiado fácil eludir los correspondientes objetivos de control en virtud de su "falta de forma cualificada".⁵⁹

gg) Por último, a los objetivos de forma ya mencionados, en el caso de la **certificación notarial** hay que añadir como tareas más dignas **la función de asesoramiento y asistencia** que no obstante no depende del soporte material de la declaración sino que queda garantizada por las **obligaciones oficiales del notario**, que debe cumplir personalmente, recogidas sobre todo en la Ley Federal de Notarios y en el procedimiento de certificación. Es evidente que ni la forma escrita simple, ni la forma electrónica, ni la autenticación pública ni tampoco la forma textual pueden desempeñar una función de este tipo que por otra parte tampoco pueden reclamar.

2. La forma escrita simple como base para formas escritas superiores

La forma escrita domina el mundo de las formas habitual recogido en el BGB. El artículo 126 es por tanto la norma básica a la que se refieren las **formas superiores**, completada en cada caso con **características adicionales**.

El artículo 128 del BGB no regula en sí mismo la **certificación notarial**, sino que remite a las **regulaciones de la Ley alemana de Legalización Documental** (BeurkG) sobre la certificación notarial que por su parte tampoco contienen ninguna definición del acta notarial. La BeurkG es, por su sistema, más bien una ley de procedimiento que regula el proceso de elaboración del acta notarial y que en este sentido prevé como lógico que el producto final de este proceso sea un documento en papel que contenga una declaración de ideas materializada firmada por el o los otorgantes. Las normas de procedimiento deben además garantizar la autenticidad, en el sentido de que tanto la procedencia del otorgante (identificación de los partícipes) como la corrección del contenido de las declaraciones realizadas queden garantizadas, concretamente mediante asesoramiento e información según el artículo 17 de la BeurkG.

El artículo 129 del BGB determina para la **autenticación pública** que "la declaración debe redactarse por escrito y que la firma del declarante debe ser autenticada por un notario". También aquí se da por tanto más importancia al documento en papel, con el cual debe procederse en este caso según las disposiciones de la BeurkG sobre la autenticación de firmas y marcas personales. Estas disposiciones otorgan a la **identificación** de los partícipes un significado fundamental que sin embargo no termina en ellas.⁶⁰

3. La forma electrónica como equivalente a la forma escrita

La **comparación** establecida en relación con los objetivos de forma **entre la forma escrita simple y la forma electrónica** llevó en el procedimiento legislativo al resultado de que si bien ambas circunstancias no son idénticas, las dos presentan puntos fuertes y puntos débiles específicos y sin embargo se da una **equivalencia de función**⁶¹ básica que en principio justifica la equiparación de la

⁵⁹ Por ejemplo la recomendación en contra de la forma textual de la Comisión de Derecho e Interior del Parlamento Alemán efectuada en el marco del procedimiento legislativo, BR-Drs. 535/1/00.

⁶⁰ Sobre las funciones de la autenticación más allá de la identificación: *Bettendorf*, Elektronischer Rechtsverkehr und Schriftform des Zivil- und Prozessrechts, 424.

⁶¹ Con excepciones: El legislador se ha reservado la potestad de no admitir en todos los casos la forma electrónica como equivalente a la forma escrita y además prescribe exclusivamente la forma escrita en el art. 484 apartado 1 frase 2, art. 492 apartado 1 frase 2, art. 623, 630 frase 2, art. 761 frase 2, art. 766 frase 2, art. 780 frase 2 y art. 781 frase 2 del BGB,

forma escrita simple y la forma electrónica. Esta decisión no era en ningún caso obligatoria, sino que vino motivada fundamentalmente por razones políticas.⁶²

La **equiparación no se mantiene estrictamente** en el Derecho Civil. Así, el legislador ha dispuesto que la forma escrita puede ser sustituida por la forma electrónica pero sólo si la ley no indica otra cosa y esto sucede en todas las situaciones en las que el legislador era de la opinión de que la forma electrónica no puede cumplir, o aún no suficientemente, algunos objetivos de forma. En la mayoría de los casos se trata de **normas destinadas a la protección de los consumidores**, en las cuales se planteaba la cuestión de si la forma electrónica puede garantizar la función de advertencia.⁶³

Al margen de todas las reflexiones, la Ley de Requisitos de Forma y el debate unido a ella demuestran que la **equiparación** tanto completa como gradual del documento escrito y del documento firmado electrónicamente es posible desde el punto de vista legal. Las posteriores correcciones no afectan al principio básico.

Dado que las formas superiores también se derivan del documento escrito, muy pronto se propuso su introducción en el proyecto legislativo o bien extender posteriormente la forma electrónica a estas formas. Hasta la fecha esto no ha ocurrido de lege lata en Alemania.

4. Impedimentos en la introducción del documento firmado electrónicamente

En las consultas para el proyecto de ley se objetó contra la forma electrónica que, en comparación con la forma escrita, originaba elevados **costes** y precisaba unos **conocimientos especiales** que no eran generalizados. Los documentos firmados electrónicamente sólo podían ser enviados y recibidos por aquellas personas que dispusieran de un ordenador con el hardware y el software apropiados y que supieran utilizarlo. Esto excluía de su utilización a una amplia proporción de la población. Además existía el peligro de que la parte económicamente más fuerte de un negocio jurídico **impusiera** a la más débil la forma electrónica, lo que bajo determinadas circunstancias podría suponer una ventaja para ésta. De igual forma, se instó a los estados federados a que pudieran definir por sí mismos la introducción de la comunicación electrónica en el proceso y no por ejemplo a ser obligados a realizar **inversiones** que no están previstas en sus presupuestos.

En una **comparación de los costes** para la adquisición de los correspondientes requisitos técnicos, la forma escrita sale mejor parada. Pero no siempre ha sido así. La forma escrita no ha estado siempre al alcance de todos y a un precio asequible. Lo mismo ha sucedido recientemente con la utilización de medios de comunicación técnicos como el teléfono o el fax, que desde su invención e introducción en el mercado también han tenido que pasar años para que llegaran a amplios sectores de la población. Así pues, en el caso de la forma electrónica, su utilización masiva no se conseguirá hasta que no se alcance una masa crítica y, como en los casos ya mencionados, en éste el sector industrial será el primero en alcanzarla, antes que los particulares, los tribunales y las autoridades.

en el art. 73 frase 2 del HGB y en el art. 2 apartado 1 frase 2 de la Ley relativa a la información sobre las condiciones esenciales aplicables a una relación laboral (NachweisG). Sobre el problema de si las excepciones se ajustan al Derecho Europeo advierte ampliamente *Rapp* (pág. 166).

⁶² La discusión sobre el porvenir de la posición de Alemania se inició entre otros con este argumento. Posiblemente también fue significativo el deseo del Gobierno Federal de no quedarse en un segundo plano político primero en la elaboración y más tarde en la transposición de la Directivas Europeas sobre la firma electrónica y sobre el comercio electrónico.

⁶³ Véanse las disposiciones enumeradas en la nota a pie de página número 61.

Sin embargo, la presión administrativa sobre la forma electrónica es especialmente fuerte puesto que en **Internet** se han depositado muchas esperanzas como **medio de distribución** y las formas de distribución actuales a través de medios de telecomunicación se consideran demasiado inseguras. Con la posibilidad de la **consulta a distancia del Registro de la Propiedad y del Registro Mercantil** y la **aceptación del fax** se han levantado muchas expectativas para la jurisdicción contenciosa.⁶⁴ Por tanto, al margen de los inevitables contratiempos, la utilización del documento firmado electrónicamente podría ser sólo una cuestión de tiempo.

IV. Aspectos de Derecho Constitucional

1. Competencia legislativa

Según el número 1 del apartado 1 del artículo 74, la competencia para la **legislación sobre el Derecho Civil** corresponde al **Estado Federal**. El proyecto de gobierno⁶⁵ considera las reglamentaciones en él contenidas según el punto 2 del artículo 72 de la Ley Fundamental alemana (GG) necesarias para la consecución de las mismas condiciones de vida en todo el territorio alemán.

2. Referencias de Derecho Fundamental

Hasta ahora, la cuestión de los **requisitos de forma** no se ha tratado de forma especial desde puntos de vista de Derecho Constitucional en la jurisprudencia y en la bibliografía. La causa de ello bien podría ser que la estructura tradicional de los requisitos de forma y su tratamiento en el derecho están profundamente arraigados en la conciencia de los ciudadanos y son ampliamente aceptados.

a) Apartado 1 del artículo 1 y apartado 1 del artículo 2 de la Ley Fundamental alemana como garantes de la autonomía privada

El punto de partida del Derecho Constitucional son el apartado 1 del artículo 1 y el apartado 1 del artículo 2 de la GG que, en el marco del principio general de la autodeterminación de las personas y de la libertad de acción general, garantizan la **autonomía privada** que, por su parte, incluye el derecho al libre desarrollo de su personalidad.⁶⁶ La libertad contractual es una de sus principales formas de manifestación y se refiere a la libertad de cada cual para desarrollar bajo su propia responsabilidad sus condiciones de vida mediante contratos.⁶⁷ Es por tanto más que un derecho de defensa frente a injerencias estatales. A este respecto, los dos derechos fundamentales mencionados tienen un verdadero efecto de "irradiación" que también se extiende en forma de la denominada **eficacia horizontal** a la **aplicación del Derecho Privado**.⁶⁸ En la medida en que los derechos fundamentales establecen una escala de valores objetiva, para el legislador nace la obligación positiva de lograr un estatuto legal que ponga freno al riesgo de amenazas para el Derecho Fundamental, de lo cual en pocas ocasiones se deriva una obligación para el legislador de adoptar determinadas regulaciones.⁶⁹

⁶⁴ *Liwinska*, en el lugar citado

⁶⁵ BT-Drs. 14/49/4987, 13.

⁶⁶ Lepa, art. 2 nota 6; Palandt, Resumen de art. 104 nota 1 y s. con otras referencias

⁶⁷ Palandt, Introducción al art. 145 nota 7.

⁶⁸ Lepa, VI, VIII y s.

⁶⁹ Lepa en el lugar citado

b) Límites de la autonomía privada

La autonomía privada como valor fundamental irrenunciable de un orden jurídico y constitucional liberal⁷⁰ tiene **sus límites** según el punto 2 del artículo 2 de la GG, como cualquier forma de libertad de acción, allí donde se ven afectados los **derechos de los demás, el orden constitucional o la ley moral**. Debido al peligro de uso indebido, por ejemplo frente a posiciones de debilidad económicas y sociales o como instrumento de ejercicio de poder social, la legislación y la jurisprudencia se ven obligadas además a prevenir abusos a partir del **principio de estado social** recogido en el apartado 1 del artículo 20 de la GG.⁷¹ Son ejemplo de ellos las prohibiciones legales que según el artículo 134 del BGB provocan la nulidad de un acto jurídico ya celebrado o la cláusula general del artículo 138 del BGB y la jurisprudencia sentada a este respecto.⁷²

c) La forma en el Derecho como garante de la libertad contractual

Según las anteriores reflexiones sobre la autonomía privada, el BGB parte del supuesto de la **libertad de forma** de las declaraciones de voluntad. La **forma** representa una restricción a la libertad de acción general y por tanto se considera una **excepción** que precisa de justificación, la cual debe medirse por los **objetivos de forma** anteriormente expuestos.

Las formas actuales y sus objetivos no pretenden por ejemplo una protección mediante prohibiciones⁷³ como los artículos 134 y 138 del BGB o una protección mediante mecanismos expost como los derechos de revocación tan habituales en las directivas europeas⁷⁴. Por el contrario ponen a disposición del tráfico jurídico un **sistema gradual de reglas preventivas** que con distintos requisitos deben conducir a la emisión de declaraciones de voluntad "correctas". Este sistema se corresponde con el principio de **proporcionalidad**, según el cual los requisitos aumentan con la importancia de un acto jurídico. Frente a los costes que conllevan, estos requisitos pueden suponer también un beneficio importante para el individuo y la generalidad.⁷⁵ En este sentido, el legislador puede partir de la base de que una legislación de este tipo tiene en cuenta los principios de la autonomía privada porque en el caso típico ideal permite al individuo, y concretamente a la parte más débil de una relación contractual, llevar a cabo actos legales bajo su propia responsabilidad y controlados por él mismo.

El Estado no estaba en efecto obligado, como ya se ha dicho, a garantizar en el BGB la autonomía privada exactamente de la forma explicada anteriormente, pero lo ha hecho de forma prácticamente continuada desde hace más de cien años. Además, no en última instancia por la influencia del derecho comunitario, **otros mecanismos de protección** han ganado importancia, tales como los ya

⁷⁰ Palandt, Resumen del art. 104 nota 1

⁷¹ Palandt en el lugar citado

⁷² Palandt, Art. 138 nota 1

⁷³ Las prohibiciones suponen una restricción especialmente fuerte de la autonomía privada que debe quedar limitada a situaciones de hecho especialmente no deseadas.

⁷⁴ Aunque los derechos de revocación no son en principio ajenos al orden jurídico alemán, constituyen una excepción a la regla pacta sunt servanda y por tanto no debería abusarse de ellos porque si no existe el riesgo de que la libertad contractual se vea afectada en sentido contrario si ya no puede confiarse en contratos celebrados de forma eficaz y ello perjudica a la seguridad jurídica.

⁷⁵ Los costes procesales en los Estados Unidos, donde no existe ningún requisito de forma para el tráfico jurídico privado, son en comparación con los estados federados del derecho civil prescrito entre cuatro y siete veces superiores. Véase a este respecto *Schwachtgen, A.*: Auf dem Weg zur weltumspannenden Authentizität – Ein Berufsstand als Garant der Rechtssicherheit wirtschaftlicher Entwicklung, Revista Notarial Alemana (DnotZ) 1999, 268, 270 y s.

mencionados derechos de revocación, obligaciones de información, legitimación procesal conjunta, controles judiciales de contenidos contractuales y otras formas de manifestación. De la misma forma fue necesario solucionar muchos problemas y emprender modificaciones legales. Sin embargo, los **requisitos de forma del BGB** no se modificaron hasta la introducción de la forma electrónica y de la forma textual y por este motivo planificar su **desarrollo ulterior** acorde al sistema fue un reto especial. Las nuevas formas deberán poderse medir en función de cómo se acoplan a la gradación existente y de su idoneidad para garantizar la autonomía privada mediante el cumplimiento de los correspondientes objetivos de forma.

V. Referencias de Derecho Europeo

1. Directiva sobre Firma Electrónica y Directiva sobre el Comercio Electrónico (e-Commerce) como fuentes de derecho

La **Ley de Firma Electrónica** y la **Ley de Requisitos de Forma** transponen⁷⁶ conjuntamente la parte de derecho civil y los aspectos técnico-organizativos de la firma electrónica necesarios para la referencia al derecho civil de la **Directiva sobre Firma Electrónica**⁷⁷ y la **Directiva sobre el Comercio Electrónico**⁷⁸. Aproximadamente, la delimitación de contenido entre las directivas equivale al esquema Directiva sobre Firma Electrónica/Ley de Firma Electrónica y Directiva sobre el Comercio Electrónico/cuestiones de derecho civil. Sin embargo, este esquema no se cumple en todos los casos puesto que por una parte no todos los sistemas jurídicos representados en la Unión Europea hacen una distinción entre Derecho Público y Derecho Privado y por otra, las reglamentaciones se superponen.

Sin embargo, ambas directivas ponen de manifiesto que para el **desarrollo económico** futuro en el comercio interior es de gran importancia un **grado lo más elevado posible de integración y armonización** en el ámbito de los servicios de información y comunicación y de las tecnologías en las que éstos se basan por una parte y en el terreno de las relaciones jurídicas que surgen o que se llevan a cabo por medios electrónicos por otra. Las directivas tan sólo han podido definir un marco dentro del cual los estados miembros tienen un **margen de maniobra para la transposición** y por lo tanto es previsible que se den diferencias legales. Pero técnicamente las directivas tampoco pueden disponer de principio a fin la **interoperabilidad** del hardware, el software y los procedimientos. Por tanto, en el futuro deberán producirse aún considerables desarrollos por parte de la industria y el comercio hasta alcanzar una amplia **convergencia** real de los distintos órdenes jurídicos y de los productos. Establecer una base para ello era uno de los objetivos principales de las directivas.

El establecimiento de un marco jurídico para una posterior interoperabilidad técnica de la firma electrónica, su reconocimiento jurídico internacional, la prestación internacional de servicios de información y comunicación (por ejemplo de servicios de certificación) y la contratación electrónica segura y sus requisitos teniendo en cuenta los intereses de los estados miembros, del

⁷⁶ No se tratan otras necesidades de transposición de estas directivas. Véase al respecto por ejemplo los distintos informes recogidos en *Roßnagel*, Recht der Multimediadienste.

⁷⁷ Directiva 1999/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo del 13 de diciembre de 1999 por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica, DO L 13/12 de 19.01.2000

⁷⁸ Directiva 2000/31/UE del Parlamento Europeo y del Consejo del 8 de junio de 2000 relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular del comercio electrónico en el mercado interior. ("Directiva sobre el Comercio Electrónico")

comercio y de la industria, de los colectivos profesionales y de los consumidores suponía la cuadratura del círculo. Por este motivo, los procedimientos de ambas directivas se desarrollaron de forma extraordinariamente **controvertida** y esta incoherencia de los textos debe atribuirse a los compromisos que fue necesario adoptar para llegar a un acuerdo. Además, estas incoherencias han dificultado obviamente la transposición de las directivas al derecho nacional.

2. Indicaciones para el derecho nacional

De las directivas se derivan en particular las siguientes **premisas de transposición**:

a) Concepto de firma electrónica

La "**firma electrónica**" se define en el artículo 2 de la Directiva sobre Firma Electrónica, al igual que la "firma electrónica avanzada" que a su vez, si se basa en certificado cualificado, aparece recogida como "**firma electrónica cualificada**" en la Ley de Firma Electrónica y por tanto en la forma electrónica.

b) Equiparación jurídica de la firma y la firma electrónica

Según el apartado 1 del artículo 5 de la Directiva sobre Firma Electrónica, la "firma electrónica avanzada basada en un certificado cualificado" debe "a) satisfacer el **requisito jurídico de una firma** en relación con los datos en formato electrónico del mismo modo que una firma manuscrita satisface dichos requisitos en relación con los datos en papel" y "b) admitirse como **prueba** en procedimientos judiciales."

Al contrario que la admisibilidad como prueba (véase el punto E.), la **calidad de forma** de las firmas electrónicas representa un considerable problema. Con la nueva Ley de Firma Electrónica, las firmas electrónicas cualificadas pueden, conforme a lo indicado en el artículo 3 de la directiva, emitirse más fácilmente que con la Ley de Firma Electrónica anterior. Ahora, la prestación de servicios de certificación ya no puede condicionarse a la obtención de una **autorización previa**. En el caso de entidades de certificación que proporcionen firmas cualificadas, la Ley de Firma Electrónica prevé únicamente **actuaciones represivas** si ya han surgido problemas.

Como ya se ha dicho, el legislador alemán decidió no obstante mantener el sistema de la primera Ley de Firma Electrónica en relación a las entidades de certificación autorizadas ya existentes en ese momento y trasponerlas al sistema de las **entidades de certificación voluntariamente acreditadas** dispuesto tras la Directiva sobre Firma Electrónica. Aquellas entidades que solicitan la acreditación son sometidas, como en su día las entidades autorizadas, a una detallada **verificación preventiva** por la que se legitima la concesión a estas entidades de la acreditación como "**sello de calidad**". El legislador europeo permite esto con el fin de incrementar el nivel de los servicios de certificación prestados después de que esta cuestión fuera una de las más discutidas en los procedimientos de las directivas. Sin embargo, para los efectos jurídicos regulados en el artículo 5 de la Directiva sobre Firma Electrónica no se puede obtener un nivel superior.

Por este motivo, el artículo 126a del BGB hace referencia únicamente a la firma electrónica cualificada y para la forma electrónica conserva procedimientos que no se verificaron oficialmente antes de concederles una acreditación y se dieron por buenos. Esta circunstancia supone un claro **paso atrás de los requisitos** con respecto a las observaciones previas al procedimiento legislativo

de la Ley de Requisitos de Forma en las que se hacía referencia en la versión anterior de la Ley de Firma Electrónica, que sólo regulaba las entidades de certificación autorizadas. Según esa ley, sólo los procedimientos ofrecidos por las entidades equivalentes a las entidades de certificación acreditadas hubieran satisfecho la forma electrónica.

El nivel ahora alcanzado representa un **compromiso** por el que se ha luchado intensamente. Por fin ganó el argumento político-económico de que sólo mediante la armonización europea podía plantarse cara al dominio tecnológico de Estados Unidos en este terreno, ya que con una armonización de sus leyes de firma electrónica el gigante norteamericano se hace aún más fuerte que la Unión Europea.

La **problemática de la referencia dinámica**, que en caso de modificaciones de la Directiva sobre Firma Electrónica podría conducir a otra adaptación a la baja del nivel de requisitos de la Ley de Firma Electrónica alemana y en consecuencia a una pérdida de valor de la forma electrónica y por tanto a una influencia de la legislación de la Unión Europea en un campo clave del Derecho Civil en el cual la UE no tiene ninguna competencia legislativa, se trató ampliamente y originó un controvertido debate en los preámbulos de la Ley de Requisitos de Forma. En particular la repercusión del Comité formado en virtud del artículo 9 de la Directiva aún no está del todo clara. Éste podría ser utilizado por los gobiernos de los estados miembros cuyos intereses se vieran representados en menor medida en la versión vigente de la Directiva para llevar una y otra vez el tema al orden del día con la consecuencia de que la perdurabilidad y en última instancia la seguridad jurídica se pondrían constantemente en tela de juicio en este ámbito tan sensible.

c) Contratación electrónica

La Directiva sobre el Comercio Electrónico (e-Commerce) va en su artículo 9 un paso más allá que el artículo 5 de la Directiva sobre Firma Electrónica. El apartado 1 determina que debe permitirse la **celebración de contratos por medios electrónicos**. En especial, las disposiciones legales no pueden impedir la celebración de este tipo de contratos o declararlos ineficaces. Los contratos sobre bienes inmuebles, el ámbito de la autenticación y la certificación pública, los contratos de fianza y las garantías presentadas por personas, así como los contratos en el ámbito del Derecho Familiar o del Derecho de Sucesión, quedan excluidos según el apartado 2.

En la medida en que los contratos electrónicos deben ser posibles, el legislador nacional pudo elegir entre prever la **libertad de forma**⁷⁹ o atenerse a los **requisitos de forma** pero ofrecer en este caso un **equivalente electrónico**. Dado que la autenticación y la certificación notariales no se recogen en el apartado 1 del artículo 9, para las formas superiores no existía la necesidad de la transposición.⁸⁰ Ello sí afectaba sin embargo a la forma escrita, sustituida posteriormente en virtud del derecho alemán por la forma electrónica pero sólo si la ley no dispone otra cosa. La reserva es seguramente inofensiva en el ámbito de las excepciones según el apartado 2 del artículo 9. En la medida en que además se vean afectados requisitos de forma escrita en los cuales se excluya la sustitución, si es

⁷⁹ En los prolegómenos de la Ley de Requisitos de Forma, esto fue revisado intensamente y al final no ha provocado la eliminación de los requisitos de forma, sino en algunos casos sólo la equiparación a la baja de la forma escrita con la forma textual, por ejemplo en la frase 1 del apartado 3 del artículo 5 y en el número 1 del 8 de la Ley Federal de Pequeñas Parcelas, en la frase 1 del apartado 1 del artículo 5 de la Ley de Limpieza del Registro de la Propiedad, en el apartado 1 del artículo 6 del Reglamento del Canon de Utilización, etc.

⁸⁰ El Consejo Federal del Notariado ha propuesto ya varias veces desarrollar también en este caso un equivalente electrónico.

preciso el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas deberá aclarar en cada caso concreto si la reserva se ajusta al Derecho Europeo.⁸¹

d) Forma textual

En el caso de la forma textual no deberían temerse **conflictos europeos**, ya que por definición no está vinculada a un determinado medio.

VI. Valoración

Al margen del controvertido debate sobre el procedimiento legislativo y exceptuando la valoración por separado aún por hacer de cada uno de los requisitos, a la Ley de Requisitos de Forma hay que atribuirle el mérito de constituir, junto con la **forma electrónica**, una oportuna **propuesta para la emisión segura de declaraciones de voluntad** en el tráfico jurídico. La forma electrónica se ha incluido en la Parte General del BGB de forma concisa y conforme al sistema. Mediante la referencia dinámica a la Ley y al Reglamento de Firma Electrónica se han podido evitar regulaciones técnicas en la definición de la forma y de cada uno de los requisitos de forma y al mismo tiempo no obstante asegurarse que la forma electrónica hace referencia constantemente a los requisitos técnicos actuales. Esto habla en favor por una parte de la Ley de Requisitos de Forma y por otra de la calidad de las regulaciones ya centenarias en materia de declaraciones de voluntad y actos jurídicos del BGB y deja patente que una **actualización** de este tipo, incluso con la inclusión de indicaciones europeas, puede llevarse a cabo sin **profundas injerencias en la doctrina de los actos jurídicos**.

Frente a esto, la **forma textual** constituye un "cuerpo extraño" para el cual no se ha comprobado ni la necesidad de regulaciones ni la consecución de objetivos de forma y es probable que no obtenga una gran relevancia en la práctica más allá de los ámbitos que ya le han sido asignados hasta la fecha⁸². Su verdadero inconveniente radica en la sobre-regulación que se manifiesta en ella y en el desdibujamiento de la hasta ahora clara delimitación dogmática entre la libertad de forma como caso normal y la forma escrita como el hasta ahora límite formal inferior como caso excepcional.

En la práctica aún no se ha producido la **confirmación** de la forma electrónica. Las aplicaciones para procedimientos de firmas electrónicas con o sin referencia a actos jurídicos no son hasta ahora muy numerosas en el ámbito de la firma electrónica cualificada.⁸³ En el caso de otras innovaciones técnicas hoy imprescindibles como el teléfono o el fax también fue necesario que pasara mucho tiempo desde su invención hasta su afianzamiento en el mercado. La falta de interoperabilidad y los motivos relacionados con los costes tienen siempre un efecto ralentizador sobre el desarrollo de aplicaciones masivas. Sin embargo, cuando su utilización se generaliza suficientemente los precios bajan y las posibilidades de utilización se multiplican. Es deseable que la "masa crítica" de los participantes se supere lo antes posible para alcanzar así el objetivo perseguido con la Ley de

⁸¹ Véase nota de pie de página 61.

⁸² Hasta ahora no existía una definición de la forma textual. Algunos elementos de hecho especiales de la forma escrita simplificada constituían no obstante el modelo para la forma textual y pertenecen hoy a su ámbito de aplicación, como por ejemplo la Ley para la Regulación de la Renta en Alquileres.

⁸³ El AWV (grupo de trabajo de gestión económica) prepara a este respecto una publicación que verá la luz en breve.

Requisitos de Forma, poner a disposición del público en general un tráfico jurídico electrónico seguro.

E. El documento electrónico como prueba ante los tribunales

I. Introducción

Con la **Ley de Adaptación de los Requisitos de Forma del Derecho Privado y otros Requisitos al Tráfico Jurídico Moderno** (Ley de Requisitos de Forma), el legislador ha regulado, junto con los fundamentos jurídicos para la contratación electrónica tratados en el punto D. y tal y como ya se ha mencionado, la utilización de documentos electrónicos en el marco de los reglamentos de procedimiento judiciales y la argumentación mediante el documento firmado electrónicamente.

El documento electrónico como parte de la **documentación procesal electrónica** no debería tratarse aquí, ya que se trata de una cuestión regulada en los reglamentos de procedimiento de forma especial e independientemente de la contratación electrónica y de la argumentación mediante documentos electrónicos. En este contexto, a la hora de decidir a favor o en contra de procedimientos de firma electrónica las cuestiones referentes a los costes se tuvieron más en cuenta que en el caso de la forma electrónica del artículo 126a del BGB debido a las reflexiones de los estados federados en particular, puesto que repercuten directamente sobre los presupuestos públicos, en especial sobre los de los estados federados.⁸⁴ Por tanto, el propósito de alcanzar requisitos y definiciones unificados sobre la forma electrónica en el ámbito del Derecho Civil y de los ordenamientos procesales no ha podido alcanzarse por razones políticas y financieras. Pero aunque esto sea una pena, no repercute directamente sobre la forma del contrato celebrado electrónicamente ni sobre la decisión judicial en conflictos jurídicos basados en este tipo de contratos.

La **argumentación** y la **valoración de la prueba** basadas en documentos, así como el **valor probatorio** de un documento, representan un problema vinculado directamente a la correspondiente forma de derecho civil. Se trata por así decirlo de la cuestión sobre las **funciones de la forma** llevada al proceso judicial, de las cuales la más importante en este caso es la **función de prueba**. Por tanto debe determinarse qué lugar ocupa el documento electrónico en el sistema de los medios de prueba.

El ZPO reconoce cinco tipos distintos de argumentación:

- mediante reconocimiento judicial (art. 371 y ss. ZPO)
- mediante pruebas testimoniales (art. 373 y ss. ZPO)
- mediante informes de peritos (art. 402 y ss. ZPO)
- mediante pruebas documentales (art. 415 y ss. ZPO)
- mediante la declaración a las partes (art. 445 y ss. ZPO)

Al contrario de lo que el nuevo derecho de los requisitos de forma sugería, el legislador no pudo decidir introducir el documento electrónico existente en la forma recogida en el artículo 126a del

⁸⁴ Véase a este respecto las consideraciones del concepto citado en la nota a pie de página número 12 del Ministerio de Interior de Bavaria.

BGB en el sistema de prueba documental. Por el contrario, con el artículo 292a del ZPO reguló legalmente por primera vez un **caso de apariencia de prueba (prueba prima-facie)**.

II. La situación jurídica en detalle

1. Tratamiento del documento escrito en el Derecho Probatorio ⁸⁵

La prueba mediante documentos se regula en el artículo 415 y ss. del ZPO. Las **normas de procedimiento** para el tratamiento de las pruebas documentales están recogidas en el artículo 420 y ss. del ZPO. Así, en concreto, según el artículo 420, la **argumentación** se realiza **mediante la aportación de los documentos**. La característica principal de las disposiciones sobre la prueba documental es que la ley dispone para **documentos auténticos y correctos** (artículo 419) **reglas de prueba legales** que **restringen** en gran medida el **principio de libre valoración de la prueba** según el artículo 286 del ZPO. Si el documento presenta vicios aparentes, se aplica el principio de libre valoración de la prueba según el artículo 419.

Por lo demás, la ley distingue entre documentos públicos y documentos privados:

a) Documentos públicos

aa) Definición

Los documentos públicos son certificados emitidos por **autoridades o personas designadas públicamente** para ello (**notarios, funcionarios de consulados, etc.**) sobre declaraciones de derecho privado o público de terceros (art. 415), sobre declaraciones y decisiones de las autoridades (art. 417) y sobre observaciones (art. 418). El procedimiento y la competencia para el levantamiento de documentos públicos están regulados en la **Ley de Legalización Documental**.

bb) Valor probatorio

El apartado 1 del artículo 415 determina que los **documentos certificados** suponen una **prueba completa de la operación otorgada ante la autoridad o ante el fedatario** cuando se cumplen los requisitos de forma legales y el fedatario ha actuado dentro de sus atribuciones. Así pues prueban la **realización** de la declaración otorgada, pero no la corrección del contenido. En el caso de un acta notarial, la fuerza probatoria incluye también la **identidad personal** del declarante, así como la **integridad** y la **corrección** de la declaración de voluntad otorgada en un acto jurídico. Según el punto 2 se permite la prueba de que la operación se hubiera otorgado de forma incorrecta. Sin embargo, la carga de la prueba corresponde en este caso a aquél que la alega.

Según el artículo 417 referente a documentos públicos sobre **declaraciones de voluntad propias de una autoridad**, éstas constituyen una **prueba completa de su contenido**. La prueba de que la autoridad ha efectuado la declaración otorgada (fuerza probatoria formal) es concluyente. La prueba en contrario sólo puede referirse pues a la fuerza probatoria interna (material). En el caso del certificado de herederos esto significa que no es posible ninguna prueba en contrario sobre la cuestión de la concesión de dicho certificado cuando éste es auténtico y correcto. La prueba en

⁸⁵ La siguiente exposición recoge las conclusiones de *Geimer* en *Zöller*, *Zivilprozessordnung zum Urkundsbeweis*.

contrario debe referirse pues a la corrección del contenido, es decir, a que el derecho sucesorio se haya documentado incorrectamente. Los motivos o los argumentos de la decisión no forman parte pues ni de la fuerza probatoria formal ni de la material de este tipo de documentos.

El artículo 418 se refiere a **documentos públicos sobre observaciones** del fedatario, es decir documentos que no recogen ni declaraciones de terceros (art. 415) ni declaraciones de voluntad de la autoridad (art. 417). Este tipo de documentos constituyen una **prueba completa de los hechos en ellos recogidos**. Según el apartado 2 de la normativa, la prueba de la incorrección de los actos documentados está permitida siempre y cuando las leyes de los estados federados no excluyan o restrinjan dicha prueba. También en este caso es imprescindible que el documento sea auténtico y correcto. Así, un certificado de defunción prueba la muerte de una persona, pero no la causa de la muerte.

Hay documentos públicos cuyas distintas partes pueden incluirse en varias de las disposiciones mencionadas. El testamento notarial por ejemplo contiene especificaciones del notario sobre la persona y la capacidad testamentaria del causante y por tanto, según el artículo 415 prueba la realización de las declaraciones sobre la última disposición del causante, según el apartado 3 del artículo 418 junto con los artículos 10 y 28 de la BeurkG, la identidad del causante y según el apartado 1 del artículo 418, la constatación de la firma de puño y letra, pero en ningún caso la capacidad jurídica o testamentaria constatada por el notario en el documento puesto que ésta es una valoración legal efectuada por el notario fruto de sus observaciones.

b) Documentos privados

aa) Definición

Los documentos privados (art. 416) son **declaraciones efectuadas y firmadas por personas privadas**, incluso cuando la firma se autentique públicamente. El caso de aplicación más importante son las declaraciones efectuadas cumpliendo los requisitos de forma escrita según el artículo 126 del BGB. Incluso los documentos que se han previsto como públicos pero que no son válidos como tales por vicios de forma pueden ser eficaces como documentos privados.

En el derecho procesal civil, la **firma** no constituye una **característica sustancial** del documento cuando la autoría de éste puede deducirse del resto de su contenido (apartado 2 del artículo 439). Esto supone una diferencia con respecto a los requisitos de forma escrita, que exigen la firma como característica sustancial. Así pues hay documentos escritos que no cumplen la forma escrita desde el punto de vista del Derecho Civil pero que pueden ser objeto del procedimiento documental en el proceso civil. Hasta la fecha éstos eran documentos privados no firmados en el ámbito no formal. Ahora la forma textual cubre el ámbito de estos documentos. El segundo ámbito de aplicación de la forma textual al margen de la declaración de ideas materializada, es decir el ámbito de las declaraciones grabadas electrónicamente pero no provistas de una firma electrónica o de una firma electrónica cualificada, se encuentra fuera de la prueba documental. La argumentación se realiza mediante reconocimiento judicial o mediante informes de peritos.

bb) Valor probatorio

Según el artículo 416 los documentos privados, siempre y cuando estén firmados por el otorgante o estén provistos de una marca personal autenticada notarialmente, constituyen una **prueba completa**

de que las declaraciones contenidas en ellos han sido realizadas por los otorgantes. En este caso también es necesario que el documento no presente vicios aparentes. A diferencia del documento público, en relación a la autenticidad de un documento privado no es necesario presentar la prueba en contrario, sino que es suficiente con cuestionar dicha **autenticidad**. Según el apartado 1 del artículo 440 es quien aporta la prueba quien debe demostrar su autenticidad. El apartado 2 del mismo artículo aporta una simplificación cuando la autenticidad cuestionada se refiere al escrito que se encuentra por encima de la firma o de la marca personal si la autenticidad de la firma está clara o si la marca está autenticada notarialmente. En este caso es de nuevo la parte que no aporta la prueba la que debe presentar la prueba en contrario en relación a la autenticidad del escrito. Así pues, por lo general la cuestión se concentra en quién ha firmado el documento.

2. Tratamiento del documento electrónico en el Derecho Probatorio

a) Aspectos generales

Por lo general, el **documento electrónico** se incluye en el proceso mediante el **reconocimiento judicial** y de forma alternativa o complementaria en caso necesario el Tribunal registra las pruebas tras consultar a peritos.

Por tanto, el documento electrónico **nunca ha encontrado dificultades para acceder al proceso**. El problema anglosajón de la "**admissability**", es decir el requisito de que un juez deba declarar en primer lugar admitida la utilidad del documento electrónico como prueba en el proceso, es pues ajeno al Derecho Procesal alemán. Cualquiera prueba puede clasificarse en uno de los cinco tipos de argumentación mencionados y sólo las partes deciden sobre su inclusión en el proceso.

El Derecho Procesal alemán no concede más valor a la prueba testimonial como es el caso en el ordenamiento procesal anglosajón, pero tampoco se lo concede **a la prueba documental**. Sin embargo, de facto, la prueba documental siempre ha tenido un papel destacado en el Derecho Civil. Aunque en los tipos de argumentación mencionados no se le atribuye ningún papel especial en la inclusión en el proceso, la prueba documental se considera más **fiable** que los otros tipos de prueba y disfruta por tanto de **privilegios** no sólo por parte de las **reglas de prueba legales** que restringen la libre valoración de la prueba, sino también en relación a los artículos 592 y ss. del ZPO que disponen el **proceso documental** como clase de proceso simplificado para el caso en concreto de existir un derecho al pago de una suma de dinero y existan pruebas documentales de todos los hechos necesarios para argumentar dicho derecho.

En la comparación documento escrito/documento electrónico debe destacarse que para el documento escrito se aplican las reglas de prueba legales antes expuestas, que en el caso del documento público pueden ir hasta la presunción de la corrección del contenido de la declaración. Por tanto, en general el **riesgo procesal** en el caso de documentos es relativamente **bajo**, y en el caso de **documentos públicos, muy bajo**. Este podría ser el motivo de que la escritura en sus distintas variantes haya sido el medio utilizado habitualmente desde siempre, incluso en el ámbito no formal, allí donde se alegan derechos contractuales. Por tanto no es sorprendente que el debate sobre el documento electrónico no sólo considerara desde el principio la forma electrónica como equivalente a la forma escrita, sino que también en el Derecho Procesal se buscara continuamente la comparación con el documento escrito.

b) Situación jurídica debido a la Ley de Requisitos de Forma

c) El documento electrónico

aa) Hasta ahora, el **documento público electrónico** no está previsto de lege lata en la BeurkG, pero es muy probable que esto cambie muy pronto.⁸⁶

bb) El **documento electrónico privado** se regula en los artículos 126a y ss. del BGB. Sin embargo, tradicionalmente, los documentos electrónicos no están sujetos como ya se ha visto a la prueba documental sino al reconocimiento judicial con libre valoración de la prueba. En el debate sobre la Ley de Requisitos de Forma esto fue criticado por los técnicos, puesto que no merece la pena utilizar procedimientos de firma electrónica de calidad debido al **riesgo procesal** que aún existe. Sin embargo también se hizo hincapié en que en la correcta evaluación de la función de seguridad de los procedimientos de firma electrónica la libre valoración de la prueba debía llegar hasta el punto de que como mínimo en cumplimiento de los requisitos de la Ley de Firma Electrónica se excluyera prácticamente la posibilidad de una falsificación. También se debatió la capacidad que se podía atribuir a la jurisprudencia para alcanzar la elevada estimación unitaria de los procedimientos de firma electrónica cualificados y acreditados necesaria para la seguridad jurídica en una valoración al mismo tiempo adecuada de las diferencias de seguridad existentes con respecto a los demás procedimientos.

Se habría sugerido adoptar un artículo 416a del ZPO que de forma análoga al artículo 416 reconozca a los **documentos electrónicos con firma electrónica cualificada la misma fuerza probatoria que a los documentos escritos privados mencionados en el artículo 416**. En ese caso, el artículo 440 del ZPO se hubiera podido aplicar sin problemas a las actas electrónicas no reconocidas y la autenticidad también tendría que ser demostrada por la parte correspondiente. La autenticidad en el sentido del apartado 2 del artículo 440 se podría demostrar sin embargo más fácilmente en el caso de la firma electrónica cualificada que en el caso del documento escrito, ya que por lo general mediante el certificado se podría comprobar quién es el otorgante.

Dado que al legislador se le antojaba prematuro este tipo de inclusión del documento electrónico con firma electrónica cualificada en el sistema probatorio del ZPO vista la falta de experiencia con este tipo de documentos en el proceso, aunque en el procedimiento legislativo se solicitó reiteradamente y de forma masiva por parte de la Administración⁸⁷ proteger los intereses de los destinatarios de documentos firmados electrónicamente, existía una considerable presión política. En este contexto, la introducción propuesta a modo de alternativa de una **norma de atribución de derecho material** sólo para documentos electrónicos, que sería ajena al sistema y no tendría precedente, fue finalmente rechazada y en lugar de ella se redactó el nuevo, e igualmente ajeno al sistema, artículo 292a del ZPO, el cual se tratará más adelante.

En efecto, la forma electrónica experimenta actualmente un determinado auge en la valoración del documento firmado electrónicamente dentro del Derecho Probatorio del ZPO. El recién incluido artículo 292a del ZPO entra en un campo desconocido desde el punto de vista del sistema legal. Este artículo no equipara el documento firmado electrónicamente con el **documento escrito** tal y

⁸⁶ Véase el ya mencionado proyecto del Ministerio Federal de Justicia, el cual hasta ahora no se ha publicado con la posibilidad de ser citado.

⁸⁷ *Schröter*, J.: Rechtssicherheit im elektronischen Geschäftsverkehr, WM 2000, 2134; Véase también nota a pie de página nº 41.

como se solicitó en un principio.⁸⁸ Por el contrario deja el tema, no sin dificultad, en el **ámbito del reconocimiento judicial**, donde se encontraba previamente y tal y como otros sectores habían propuesto en un principio.⁸⁹ La Ley de Requisitos de Forma introduce por primera vez una **forma regulada jurídicamente de la apariencia de prueba** para el reconocimiento judicial que, en contra de todas las consideraciones previamente manifestadas en cuanto al sistema y a política legal, presume que la firma electrónica cualificada procede por norma general de la persona que ha expedido el correspondiente certificado. De esta forma, el documento electrónico con firma cualificada adquiere en el proceso una **posición extraordinariamente fuerte**, comparable como mínimo con la de la prueba documental en cuanto a su efecto decisivo en el proceso pero que por el momento ahora no tiene ningún equivalente en el derecho procesal.

La **apariencia de prueba** o **prueba prima-facie** no es una sexta forma de prueba, sino una **posibilidad de la valoración de la prueba** desarrollada por la jurisprudencia. Con ella, la demostración de la causalidad o la culpa en el transcurso típico de acontecimientos también es posible sin la justificación exacta de los hechos gracias a **principios basados en la experiencia**. Un ejemplo tomado de la jurisprudencia es por ejemplo el principio basado en la experiencia de que las huellas dactilares son únicas. Sin embargo, la jurisprudencia ha rechazado aceptar el principio de que un fax procede de aquél de quien procede el protocolo de recepción. Si existe un principio basado en la experiencia, se realiza una **prueba provisional** que puede ser rebatida mediante una **sencilla prueba en contrario** si se prueba la firme posibilidad de otro desarrollo de los acontecimientos distinto al que indica la experiencia.

Sobre todo por parte de los bancos se ha propuesto en relación con **casos de uso indebido de tarjetas "EC" (Eurocheque)** aplicar en estos casos también las reglas de la apariencia de prueba. El argumento de las entidades bancarias concluye que en caso de alegaciones de utilización de tarjetas EC por parte de terceros no autorizados el titular de la tarjeta debe haber revelado de forma intencionada o no el número PIN, puesto que en la práctica por motivos técnicos no hay otro modo de obtener el PIN debido al alto nivel de seguridad de la tecnología utilizada. La jurisprudencia de las instancias judiciales inferiores respaldó en un primer momento el argumento de las entidades bancarias, pero sin embargo después lo rechazó de nuevo cuando los expertos expusieron dudas fundadas sobre la seguridad. A pesar de que la experiencia es desproporcionadamente mayor en el caso de la utilización de tarjetas EC comparada con la aún mucho más reciente tecnología de firma electrónica, por ahora la jurisprudencia no acepta en el caso de las tarjetas EC **ningún principio basado en la experiencia** concluyendo que las transacciones con tarjetas EC normalmente ordenadas por el propietario de la tarjeta. Hasta la fecha por tanto los principios básicos de la apariencia de prueba no son aplicables a este caso.⁹⁰

Aún más sorprendente es que el legislador con el artículo 292 a del ZPO, descolgándose de toda la experiencia en un ámbito para el cual no hay todavía ni una sola resolución judicial, ha introducido la apariencia de prueba regulada por ley después de haber rechazado sin embargo su equiparación con la prueba documental.

⁸⁸ *Erber-Faller*, Gesetzgebungsvorschläge der Bundesnotarkammer zur Einführung elektronischer Unterschriften, en el lugar citado.

⁸⁹ *Mehullis*, K.: Zum Regelungsbedarf bei der elektronischen Willenserklärung, MDR 1994, 109.

⁹⁰ *Bettendorf*, Elektronischer Rechtsverkehr, 23, con otras referencias

Sin embargo es posible que en un futuro no muy lejano esta equivocada decisión sea corregida de nuevo como mínimo en parte por la **Ley de Comunicación con la Justicia**,⁹¹ cuyo proyecto ya está disponible. Después deberá anularse el artículo 292a del ZPO y sustituirse por una reglamentación acorde al sistema. Así, es previsible que el nuevo artículo 371a del ZPO determine que para documentos privados electrónicos dotados de una firma electrónica cualificada se apliquen convenientemente las disposiciones sobre la fuerza probatoria de los documentos privados. Muy relacionado con esto se encuentra no obstante de nuevo la apariencia de prueba regulada por ley. Para documentos públicos electrónicos se aplica convenientemente el artículo 437. Además, un nuevo artículo 416a del ZPO deberá regular la fuerza probatoria de la impresión de un documento público electrónico. La norma equipara una impresión a la que se le ha añadido una nota de autenticación con una copia compulsada de un documento público. Con la nueva reglamentación el legislador quiere, como lo demuestra la argumentación del proyecto de ley, dejar claro por una parte que el documento electrónico pertenece sistemáticamente al ámbito del reconocimiento judicial, pero que desde el punto de vista de los efectos probatorios en el futuro se equipará en gran medida a la prueba documental.

III. Referencias de Derecho Europeo

1. Forma y efecto probatorio

En el Derecho Europeo, el debate sobre la forma y sobre los efectos probatorios se desarrolló de forma paralela, de modo que para obtener el trasfondo necesario para comprender dicho debate podemos remitirnos a las indicaciones sobre Derecho Europeo recogidas en el punto D. de esta ponencia.

2. Requisitos de Derecho Europeo respecto al efecto probatorio

Según el apartado 1 del artículo 5 de la Directiva sobre Firma Electrónica, "las firmas electrónicas avanzadas basadas en un certificado cualificado" deben "b) admitirse como **prueba** en el proceso judicial".

En lo concerniente a la introducción del documento firmado electrónicamente en el proceso, Alemania no ha tenido necesidad de realizar ninguna transposición ya que, como ya se ha dicho, en virtud del ZPO los documentos electrónicos de cualquier tipo siempre han estado admitidos sin problemas en el proceso judicial como **objeto de reconocimiento judicial** con o sin contar con la opinión de un perito. En este punto, la Directiva se refiere al problema ya mencionado de la "admissability" de los órdenes jurídicos anglosajones, en cuyo sistema de prueba testimonial este tipo de medios de prueba no encajan bien y por lo tanto deben pasar un proceso de admisión.

El artículo 292a del ZPO, o una reglamentación posterior en un nuevo artículo 371a del ZPO, no estaba por tanto indicado desde el punto de vista del Derecho Europeo.

IV. Valoración

⁹¹ Consultable y <http://www.bmj.bund.de>

Así pues, hay que dejar claro que la forma electrónica se recogió en el BGB según el modelo de la forma escrita y se asimiló en gran medida a ésta en sus efectos, pero que en el ZPO un documento electrónico sigue tratándose como un objeto de reconocimiento judicial si cumple la forma electrónica aunque con más restricciones que la prueba documental en cuanto a la libre valoración de la prueba. El legislador no ha podido aclarar de forma concluyente la fractura del sistema y la diferencia de valoración que esto supone.

Cabe esperar que los papeles de las partes en el proceso se desplacen según la nueva norma favor de aquél sobre el que recae la carga de la prueba para la contratación electrónica. Dado que a la parte que aporta la prueba no le corresponde la **completa carga de la prueba**, de forma análoga al documento escrito, si presenta un documento firmado electrónicamente y se cuestiona la autenticidad de la firma electrónica, sino que es **la otra parte quien debe rebatir la prueba**, la carga de la prueba podría en todos los casos inclinarse a favor del autor de la firma electrónica, real o hipotético, a pesar de que el legislador, debido a la singularidad técnica de la firma electrónica, ha decidido *en contra* de una normativa de atribución de derecho civil y *en contra* de una equiparación de derecho civil sin restricciones. En primer lugar debe comprobarse cómo eludirá la jurisprudencia la nueva forma de la apariencia de prueba.

F. Notariado y tráfico jurídico electrónico

I. Utilización del tratamiento electrónico de datos y comunicación electrónica en el notariado

1. Situación de los notarios

El 1 de enero de 2003 había en Alemania un total de 10.024 notarios,⁹² 1.654 que tenían esta actividad como profesión exclusiva y 8.370 que la ejercían junto con la de abogado. No existen datos estadísticos oficiales sobre la utilización del tratamiento electrónico de datos en el notariado.

Sin embargo, en general, **la tendencia podría ser la misma que en el caso de las empresas.**⁹³ A partir de una encuesta no representativa y no publicada realizada en 1994 por el Consejo Federal del Notariado en el marco de la preparación de su proyecto piloto sobre la comunicación electrónica con oficinas del Registro de la Propiedad para notarios de las más distintas áreas regionales y de escribanías de diversa estructura se sabe que en ese momento aproximadamente el 80% de los notarios utilizaban el ordenador. Desde entonces, es decir diez años después de la encuesta, este porcentaje podría acercarse al 100%.

Muchas escribanías, en especial las de los profesionales más jóvenes, disponen de **correo electrónico**. Sin embargo son pocos los compañeros que tienen su **propia página Web** ya que las posibilidades de publicidad para la profesión son limitadas y la prestación de servicios notariales a

⁹² Fuente: Estadística Notarial del Consejo Federal del Notariado que puede consultarse en su página Web. Los 488 notarios que desarrollan su actividad en la parte de Württemberg de Baden-Württemberg como funcionarios públicos junto a notarios exclusivos y notarios abogados y los 150 notarios jueces que trabajan en la parte de Baden no son miembros de una Cámara de Notarios y por tanto no están sujetos directamente a la Ley Federal de Notarios (BNotO). Como funcionarios públicos o jueces no son trabajadores autónomos. Su situación laboral constituye una excepción justificada históricamente. Debido a su pequeño número y a que estas diferencias no son objeto del tema aquí tratado, en lo sucesivo no se tendrán en consideración.

⁹³ Véase punto B. I. 2. de esta ponencia

través de Internet de una forma que se ajuste al derecho profesional sólo es posible en menor medida.⁹⁴ Por tanto, en general, la elaboración de una página Web con un diseño atractivo, con los gastos y el mantenimiento que ello conlleva, no merece la pena. La compra de material de oficina o la obtención de bibliografía jurídica a través de Internet podría suponer en el notariado un porcentaje insignificante.

No obstante para abrir la red a la profesión como medio de información y de presentación, varias **cámaras de notarios** ofrecen a sus miembros, en el marco de sus directorios electrónicos de notarios, la posibilidad de utilizar una página Web diseñada según criterios estandarizados. En dicha página pueden incluirse online, de forma gratuita y ajustada al derecho profesional datos como direcciones, números de teléfono, números de fax, horarios de atención al público u otros datos útiles, como conocimientos de idiomas o similares, para poner en contacto al notario con el público.

Aquellos notarios que forman parte de la **Red de Notarios** tienen la posibilidad de utilizar una firma electrónica cualificada de alta seguridad dentro y fuera de una red de comunicación interna de la profesión con acceso seguro a Internet. Hasta el momento, 138 compañeros en 84 escribanías hacen uso de esta posibilidad. Además, el Consejo Federal del Notariado ofrece a los compañeros que no desean formar parte de la Red de Notarios la posibilidad de utilizar únicamente el procedimiento de firma electrónica. Según datos del Consejo Federal del Notariado a fecha de enero de 2004, hasta ahora se han emitido 209 certificados de este tipo.

2. Situación de las organizaciones profesionales

Las organizaciones profesionales, es decir el **Consejo Federal del Notariado**⁹⁵ y las **Cámaras de Notarios** de los estados federados,⁹⁶ el **Instituto Notarial alemán**,⁹⁷ el Instituto de Abogados alemán – **Instituto Especial de Notarios** -⁹⁸ y la **Revista Notarial Alemana**,⁹⁹ tienen una amplia presencia en Internet, facilitan a sus miembros ofertas profesionales a través de la red y también disponen de correo electrónico. Por ejemplo, el Instituto Especial de Notarios publica las **actividades de formación continua** en su página Web y es posible reservar una plaza online. La confirmación de la reserva se efectúa de forma inmediata también a través de la red. Sin embargo, la factura, la documentación de los congresos y posteriormente el certificado de participación se envían por correo postal por motivos legales y prácticos respectivamente. Las páginas Web de las Cámaras de Notarios contienen, además de **información general** sobre el notariado y sus organizaciones, **textos de relevancia profesional** y una gran cantidad de puntos de ayuda para el público en general, tales como el **directorio de las Cámaras de Notarios o de los notarios inscritos en una determinada Cámara** o enlaces a otras páginas Web de interés. La página Web del Instituto Notarial alemán está dedicada especialmente a las cuestiones jurídicas de las áreas de relevancia para los notarios en forma de **dictámenes, jurisprudencia, bibliografía y legislación**. Así pues, accediendo a la página Web de una de las organizaciones, cualquier notario que disponga de conexión a Internet puede hoy en día buscar de forma selectiva información en las áreas que le

⁹⁴ En su artículo publicado en la Revista de la Práctica Notarial alemana (NotBZ) 99, 239 y ss., *Becker* analiza detalladamente las particularidades legales de la utilización de Internet por parte de notarios.

⁹⁵ <http://www.bnotk.de>

⁹⁶ Se puede acceder a estas Cámaras a través de los enlaces de la página Web del Consejo Federal del Notariado.

⁹⁷ Se puede acceder a través de los enlaces de la página Web del Consejo Federal del Notariado.

⁹⁸ Se puede acceder a través de los enlaces de la página Web del Consejo Federal del Notariado.

⁹⁹ Se puede acceder a través de los enlaces de la página Web del Consejo Federal del Notariado.

interesen. Sin embargo, la búsqueda online en la base de datos del Instituto Notarial alemán sólo es posible para los profesionales que forman parte de la Red de Notarios. La firma electrónica sirve en este caso como garantía de acceso.

3. El Registro de la Propiedad y el Registro Mercantil automatizados como los más importantes interlocutores externos

Los artículos 126 a 134 de la Ley Reguladora del Registro de la Propiedad alemana (GBO) y el artículo 8a del Código de Comercio alemán (HGB) se incluyeron mediante la Ley de Agilización del Procedimiento de Registro (RegVBG)¹⁰⁰ del 20 de diciembre de 1993 en la GBO. Constituyen la base jurídica para la gestión automatizada del Registro de la Propiedad y del Registro Mercantil. De esta forma se abre la posibilidad para los estados federados de poder aprovechar las ventajas del tratamiento electrónico de datos para la racionalización y la agilización de los procedimientos de registro, así como de ofrecer un mejor servicio en el tráfico jurídico. En particular, los usuarios habituales pueden consultar online el contenido de los registros. En el caso del Registro de la Propiedad, la comunicación para la consulta online se establece mediante un proceso de marcado telefónico que comprueba la autorización de acceso mediante características de hardware y de software, aunque está prevista la implantación de la tecnología de Internet. La consulta online del Registro Mercantil ya se lleva a cabo a través de Internet.

a) Gestión en papel

Habitualmente la gestión del Registro de la Propiedad se lleva a cabo en papel, aunque en distintos formatos, originalmente como tomo inseparable y más recientemente en hojas sueltas intercambiables, del mismo modo que el Registro de la Propiedad se gestiona mediante fichas. Este es el punto en común de las por lo demás distintas formas de documentación a lo largo de la historia del Registro de la Propiedad o del Registro Mercantil¹⁰¹. La gestión en papel también determina decisivamente el proceso de inscripción en el registro, la consulta del mismo, la realización de copias,¹⁰² etc. El cambio de escribir a mano a escribir a máquina ya significó una considerable simplificación y mejora de la gestión del Registro de la Propiedad, si bien no supuso ningún cambio fundamental de los procedimientos predeterminados por utilizar como medio el papel.

b) Gestión asistida

Las primeras reflexiones sobre la gestión racional del Registro de la Propiedad con ayuda de sistemas de tratamiento electrónico de datos se remontan al año 1970¹⁰³. Sin embargo, a principios de los años 80 hubo que renunciar temporalmente a los planes para la completa automatización del Registro de la Propiedad por no disponer de procedimientos que permitieran registrar los datos anteriores y por los elevados costes del volumen de memoria necesario.

En su lugar, en distintos estados federados se desarrollaron procedimientos para la gestión asistida del Registro de la Propiedad y del Registro Mercantil que utilizaban el tratamiento electrónico de datos para registrar cómodamente con ayuda de módulos de texto las inscripciones en el registro y para la impresión de dichas inscripciones, notificaciones de ejecución, de la correspondencia con las autoridades catastrales y de otros escritos.

¹⁰⁰ BOE I, 2355.

¹⁰¹ Véase el detallado informe en *Meikel/Böhringer* Introducción A (con otras referencias)

¹⁰² *Demharter* Art. 126 nota 1

¹⁰³ Véase el conciso resumen en *Schöner/Stöber* Nota 84 y s. con otras referencias

Lo común a estos procedimientos es que la utilización del tratamiento electrónico de datos se limita al rol de sistemas de escritura inteligentes para la elaboración en papel de registros de la propiedad y mercantiles. Dichos procedimientos finalizan con la plasmación en papel de los datos registrados, por lo cual no fue necesario modificar las leyes relativas a la gestión del Registro de la Propiedad y del Registro Mercantil para regular esta utilización del tratamiento electrónico de datos.

c) Gestión totalmente electrónica

La novedad introducida con la Ley de Agilización del Procedimiento de Registro (RegVGB) consiste en que el Registro de la Propiedad y el Registro Mercantil pueden gestionarse como "fichero automatizado". Es decir no se materializan con su impresión en papel ya que el contenido de la memoria de datos constituye en sí mismo el Registro de la Propiedad o el Registro Mercantil.

El Registro de la Propiedad o el Registro Mercantil gestionados automáticamente constan de tres partes principales:

aa) El **sistema de producción** permite en concreto la elaboración de los textos de inscripción.

bb) A esto hay que añadir un **componente de archivo**. Se trata del "fichero automatizado", es decir la pieza clave del Registro de la Propiedad electrónico. Su ampliación viene determinada, al igual que la del sistema de producción, por el ritmo de trabajo en la Oficina del Registro de la Propiedad.

cc) Los datos grabados se recuperan con el **componente de búsqueda** para permitir la consulta del Registro de la Propiedad automático.

Por el momento, la gestión electrónica no afecta a los formularios de ambos registros. Los fundamentos jurídicos ya aparecen recogidos en el artículo 10a de la Ley reguladora del Registro de la Propiedad (GBO) y en el apartado 3 del artículo 8 del Código de Comercio alemán (HGB) respectivamente. Sin embargo, hasta la fecha no es previsible que se realice una adaptación técnica en el caso del Registro de la Propiedad. De la posibilidad según la frase 3 del apartado 1 del artículo 8 de presentar electrónicamente determinados documentos como las cuentas anuales y las cuentas consolidadas se hace un uso ocasional.

d) Formatos de datos y registro de datos anteriores

Existen **distintos sistemas, pero hasta ahora ninguna interfase abierta**. Como en el caso de las distintas particularidades técnicas de los procedimientos asistidos, en el caso del Registro de la Propiedad electrónico no se prevé un procedimiento único para toda Alemania. Los estados federados deciden de forma individual los sistemas a utilizar y los pasos a seguir en la transformación. Las leyes no recogen ningún procedimiento técnico y por tanto tampoco prevén ningún requisito explícito en cuanto al formato de datos. Éste viene determinado más bien por las particularidades reales y económicas y por tanto puede ser diferente de un estado a otro. Esto supone el peligro de que algunas de las ventajas específicas del Registro de la Propiedad o del Registro Mercantil automático, como la posibilidad de transmitir y obtener datos, de consultas online o similares, terminen en las fronteras de los distintos estados. Esto sólo puede evitarse si se prevén interfases abiertas de las que hagan uso todos los sistemas. De otro modo, una consulta remota unitaria a nivel federal no será posible sin atravesar una y otra vez el sistema de autorización y de tasas.

Datos CI y NCI: Los datos registrados mediante sistemas de tratamiento de textos se graban normalmente como datos de texto en forma de información codificada (IC). Así se obtienen por ejemplo textos de inscripción en el sistema de producción. El Registro Mercantil contiene menos

datos y por tanto se registró de nuevo desde el principio introduciendo manualmente todos los textos. En el caso del Registro de la Propiedad de Baviera, esto no resultó factible por razones económicas,¹⁰⁴ mientras que en Sajonia tras la "conversión" se adoptó un nuevo concepto de registros y fue necesario registrarlos de nuevo también textualmente¹⁰⁵. En Baviera se decidió utilizar escáneres para sacar una imagen de cada página, digitalizarla y grabarla como lo que denomina información no codificada (INC). Aunque el espacio necesario en memoria para la INC es diez veces mayor, la reducción del coste de las unidades memoria hace no obstante que, en caso de grandes volúmenes de datos, este tipo de registro sea preferible desde el punto de vista económico a la introducción de IC. La representación combinada de IC nueva e INC escaneada en la pantalla se realiza de tal forma que el usuario no puede apreciar ninguna diferencia.

Post-tratamiento OCR: La posterior conversión de INC en IC es posible en cualquier momento con los denominados programas OCR (Optical Character Recognition). La calidad de la conversión depende no obstante en gran medida de la calidad de los originales. Las inscripciones escritas a mano, la distinta calidad de la letra, los habituales solapamientos de líneas y textos en los libros de los registros dan lugar a una tasa de reconocimiento tan mala que el necesario post-tratamiento manual hace que este procedimiento tampoco resulte práctico actualmente.

Desarrollos futuros: Proyectos pilotos del Consejo Federal del Notariado en colaboración con las Administraciones de Justicia de Baviera y Sajonia han demostrado¹⁰⁶ que es posible lograr otros efectos de racionalización y agilización con una mayor integración del tratamiento de datos por parte de la Ofical del Registro de la Propiedad o del Registro Mercantil y notarios por ejemplo con la captura y transmisión de datos electrónicos, pero antes hay numerosos problemas organizativos, técnicos y legales que solucionar. La notificación de ejecución electrónica se demostró directamente factible, pero aún no se ha llevado a la práctica. De todos modos, en el Registro de la Propiedad automático existe el "ping de notario", una notificación automática de una inscripción que permite al notario consultar después el Registro de forma selectiva.

e) Principios básicos para un tratamiento de datos correcto

En la gestión automática del Registro de la Propiedad o del Registro Mercantil deben observarse los principios básicos de un tratamiento de datos correcto. Se trata de un conjunto de requisitos derivados de la naturaleza del tratamiento de datos automático.¹⁰⁷

Se requieren **disposiciones contra el acceso no permitido** de personas a los dispositivos de tratamiento de datos y a los datos grabados. Esto implica que los dispositivos deban estar en lugares separados, de forma que sólo se permita el acceso a personas autorizadas, así como mecanismos de identificación y autenticación de hardware y software (PIN, protección de clave de acceso). Si el dispositivo está conectado a instalaciones de telecomunicación también debe impedirse el acceso de terceros desde el exterior (hackers).

También debe evitarse **la pérdida y la manipulación de los datos**. Para ello, además de garantizar el perfecto funcionamiento estableciendo condiciones apropiadas de uso y el adecuado mantenimiento, para lograr una configuración de procesos ampliamente segura contra accesos erróneos y efectuar comprobaciones de plausibilidad adecuadas al programa deben adoptarse

¹⁰⁴ Las estimaciones concluyeron que sólo en la Oficina del Registro Civil de Munich tenían que registrarse 6 millones de páginas de datos anteriores.

¹⁰⁵ Véase *Göttlinger* en el lugar citado

¹⁰⁶ Informes sobre la actividad del Consejo Federal del Notariado en 1995, Revista Notarial Alemana (DnotZ) 96, 720 s. y 1996, DNotZ 97, 520 s. así como el informe de fin de proyecto (no publicado)

¹⁰⁷ Art. 126 N° 1 GBO, anexo al art. 126 N° 3 y art. 64 a 66 del Reglamento del Registro de la Propiedad.

medidas tales como la implementación de adecuadas tecnologías de grabación (WORM, CD-ROM), la realización de copias de seguridad y su conservación en un lugar aparte, el registro en un protocolo de las modificaciones efectuadas y por último la inclusión de la firma electrónica al final de cada inscripción.

La **disponibilidad permanente de los contenidos grabados** tiene un significado especial y puede suponer, en función de los avances técnicos y las nuevas exigencias en materia de seguridad, un cambio de los componentes a utilizar.

II. El acta notarial electrónica

1. Estado actual del debate

El debate en Alemania parte actualmente de la base de que el acta notarial electrónica, al igual que el acta notarial en papel, es el **resultado del habitual proceso de certificación** que regula en sus puntos clave la actividad de asesoramiento y asistencia del notario. Sólo en la medida en que afecte al tratamiento de las actas deberán adoptarse regulaciones complementarias. La postura actual de las asociaciones notariales en Alemania al respecto es que por el momento el notario debe seguir levantando actas sobre papel, si bien esto no será siempre así tal y como demuestran el Registro de la Propiedad y el Registro Mercantil gestionados ya completamente de forma electrónica. Sin embargo, el acta disponible exclusivamente en una memoria de datos electrónica plantea grandes problemas en cuanto a la seguridad de los datos a los que el notario no puede ser ajeno. Por este motivo, en el Registro de la Propiedad automático el acceso a y la manipulación de la memoria de datos electrónica se regulan de la forma más explícita posible técnica y administrativamente.¹⁰⁸ Una caída temporal o completa del Registro de la Propiedad, que al contrario que el sistema francés no se limita a la publicación de las actas sino que publica también las relaciones jurídicas con efecto constitutivo de la inscripción, provocaría daños incalculables, lo que hace que la inversión en seguridad deba ser lo suficientemente elevada. No como ocurre con la consulta remota del Registro de la Propiedad como registro público, en el caso del acta notarial en el tráfico jurídico no existe una necesidad de este tipo para el tratamiento automático de datos. Por el contrario, la principal necesidad en este caso es poder transferir actas electrónicamente, en especial a los registros públicos, unidas a una solicitud de inscripción y eventualmente incluso en un formato que permita el posterior tratamiento directo de los datos.

2. La autenticación de firmas electrónicas

El artículo 129 del BGB constituye la norma de referencia para todas las disposiciones legales que prescriben la autenticación notarial de firmas. Según éste, "la declaración debe ser redactada por escrito y la firma del declarante debe ser autenticada por un notario". Como ya se ha dicho, la necesidad directa de una forma electrónica equivalente nacería por ejemplo en virtud del **artículo 29 de la GBO y del artículo 12 del HGB en la presentación electrónica de solicitudes** en el Registro de la Propiedad o de forma equivalente en el Registro Mercantil.

La redacción por escrito de la declaración por parte del interesado o del notario podría sustituirse fácilmente por la forma electrónica (sencilla) prevista según el artículo 126a del BGB incluso en relación con el artículo 129 del BGB. Sin embargo es preciso que el interesado como titular de una

¹⁰⁸ Véase pie de página 107.

clave de firma electrónica pudiera generar firmas que satisficieran los requisitos de la firma electrónica. Si no es así podría intercalarse una especie de "método combinado" en forma de nota en la cual el notario aclarara que el interesado ha manifestado la declaración en cuestión pero que por no disponer de una clave de firma electrónica propia no puede firmar electrónicamente el documento y por tanto es el notario quien firma la declaración con su propia clave en lugar del interesado.

La autenticación de firma por parte de un notario exigida por ley no sólo está regulada en el BGB, sino que a este respecto también son oportunos los **artículos 39 y 40 de la Ley alemana de Legalización Documental (BeurkG)**. En ellos queda claro que el acto de **autenticación no constituye únicamente una certificación de firma** que incluye las obligaciones de documentación escritas a observar por el notario, sino **constataciones y valoraciones** que el notario debe efectuar previamente.¹⁰⁹ La nota de autenticación es por tanto el resultado de un proceso intelectual vinculado al servicio personal del notario imposible en el proceso electrónico. Sin embargo la nota en sí puede existir, como la declaración del interesado cuya firma debe autenticarse, en forma de datos digitales y posteriormente, de forma análoga a la forma electrónica (simple) incluirse en ella la firma electrónica del notario como equivalente a la firma e incluir en ésta a su vez el atributo profesional notarial como equivalente al sello.

Una declaración de esta forma transmitida electrónicamente podría verificarse en la Oficina del Registro de la Propiedad comprobando en primer lugar la firma en relación a la identidad y después el certificado de atributos en relación a la calidad de notario.

Con el **Proyecto de la Ley de Comunicación con la Justicia (JKomG)**,¹¹⁰ una autenticación electrónica de este tipo está mucho más cerca de hacerse realidad. Su primer objetivo es abrir el proceso civil y las judicaturas al tratamiento electrónico de documentos. Los partícipes en el proceso (jueces, abogados, ciudadanos) tendrían en el futuro la posibilidad de utilizar formas de comunicación electrónicas en igualdad de condiciones que la forma escrita (tradicionalmente vinculada al papel) o la forma verbal. Sin embargo, los requisitos de forma vigentes hasta ahora no deberían modificarse cualitativamente en caso de utilización de un medio de transferencia electrónico. Para plasmar las diferencias del derecho vigente en el trabajo electrónico, el proyecto hace una diferenciación entre firma electrónica simple, avanzada, cualificada o una firma electrónica basada en un certificado verificable en cualquier momento. Ésta última sólo es ofrecida actualmente por proveedores de servicios de certificación acreditados (los denominados, *trustcenters*). El proyecto modifica la BeurkG con la inclusión de un nuevo artículo 39a titulado "Certificados electrónicos simples" cuya literalidad es la siguiente: "Las autenticaciones y otros certificados en el sentido recogido en el artículo 39 pueden expedirse electrónicamente. El documento creado para ello debe contener una **firma electrónica cualificada** según la **Ley de Firma Electrónica** alemana basada en un certificado **que puede verificarse en cualquier momento**. El certificado debe ir unido a una **confirmación de la calidad de notario** por parte del organismo competente. En el certificado debe indicarse el lugar y la fecha de expedición." La ley debería introducirse en el sector de los notarios antes del uno de abril de 2005. Es decir, a partir de ese momento, si el proyecto se convierte puntualmente en ley, todos los notarios deben disponer de los instrumentos necesarios para poder llevar a cabo autenticaciones electrónicas.

¹⁰⁹ Amplia exposición al respecto en Bettendorf, Elektronischer Rechtsverkehr und Schriftform des Zivil- und Prozessrechts, en: Notar und Rechtsgestaltung, Colonia 1998.

¹¹⁰ Puede consultarse en la página Web del Ministerio de Justicia alemán, en <http://www.bmj.bund.de>

3. La compulsación de copias electrónicas

La compulsación de copias regulada en el artículo 42 podría adquirir un nuevo significado si, en el marco del desarrollo electrónico de procedimientos, la Administración o las autoridades necesitan documentos digitales pero los originales de éstos sólo existen en papel. Por ejemplo en el caso de certificados, actas del registro civil, contratos u otros documentos legalmente relevantes no van a ser suficientes las "copias" digitales realizadas con escáneres u otros tipos de registro de datos por un interesado, por ejemplo un solicitante frente a la administración pública. Por el contrario puede imaginarse que el desarrollo electrónico de procedimientos dará lugar exclusivamente a documentos digitales y que si un interesado necesita un certificado autenticado sobre papel, una simple impresión no será suficiente.¹¹¹ Un ejemplo que ya se da hoy en día en el sector notarial es el Registro de la Propiedad automático, del cual la Oficina del Registro de la Propiedad realiza "impresiones oficiales" que según el artículo 131 de la GBO cumplen la función legal de las copias compulsadas de los libros del Registro de la Propiedad.

En los casos relevantes para la práctica notarial, el notario debería en primer lugar llevar a cabo una valoración sobre el tipo y la calidad del documento del cual se solicita una copia compulsada¹¹². Si el original es un documento en papel es posible aplicar convenientemente como hasta ahora el artículo 42 de la Ley de Legalización Documental (BeurkG). Si el acto de autenticación se refiere a un documento digital debería comprobarse por ejemplo si éste presenta una firma electrónica o no y si durante su verificación se ha detectado alguna circunstancia relevante. Para la nota de autenticación final, la firma del notario y la estampación del sello se seguirá aplicando la legislación vigente si el original es un documento digital y el resultado que se desea es un documento en papel. En el caso inverso, se aplica de forma análoga lo indicado en el punto 2. En el futuro apartado 4 del artículo 42, la ya mencionada Ley de Comunicación con la Justicia prevé en el caso de la autenticación de una impresión de un documento electrónico que contiene una firma electrónica cualificada según la Ley de Firma Electrónica que el resultado de la verificación de firma electrónica se documente.

4. El acta electrónica

El artículo 128 del BGB contiene, como el artículo 129, un elemento de referencia que prevé el procedimiento de autenticación notarial pero que no lo regula en sí mismo. A este respecto es oportuna de nuevo la BeurkG.

Para la certificación de declaraciones de voluntad y otras operaciones de certificación que no se enmarcan en los grupos mencionados no es válida a priori ninguna valoración diferente. Por el contrario, la certificación de declaraciones de voluntad en concreto fue regulada de forma especialmente detallada por el legislador para garantizar que el procedimiento de certificación cumpliera su finalidad allí donde **debe advertirse al interesado sobre la celebración precipitada de contratos, debe obtenerse una garantía especial de prueba o se precisa seguridad y claridad**

¹¹¹ Este caso ya es derecho vigente en el ámbito del procedimiento administrativo en virtud del artículo 33 de la VwVfG. En el documento de trabajo ya varias veces mencionado del Ministerio Federal de Justicia, para la autenticación pública se propone una regulación apropiada en el marco de la BeurkG.

¹¹² En el caso de documentos digitales sería más apropiado hablar de impresión autenticada u oficial para ceñirnos al artículo 131 de la GBO.

jurídicas en relación a la publicación de registros públicos. La diferencia con respecto a los actos de autenticación reside por tanto en que mediante numerosas normas de procedimiento debe garantizarse que las declaraciones efectuadas son "**auténticas**", es decir, que no sólo han sido expresadas por el interesado, sino que también es esa su voluntad. Esto implica de forma especial la **comparecencia personal del interesado** y el **cumplimiento personal de las normas de procedimiento por parte del notario**. Por tanto, la sustitución mediante medios electrónicos es incompatible con la finalidad del procedimiento de certificación en el ámbito de los requisitos de forma notariales.

Distinto es el caso en relación al **resultado** del procedimiento de certificación, el **escrito**. Éste puede, al igual que los resultados de procedimientos de autenticación, emitirse tanto de forma electrónica como en papel. A este respecto podemos por tanto remitirnos a lo mencionado para la autenticación electrónica.

5. La certificación y la autenticación electrónicas a distancia

Lo mencionado anteriormente no contradice de ningún modo el deseo de que el notario como "tercero neutral" acepte las declaraciones de voluntad coincidentes transmitidas por medios de telecomunicación de dos partes contractuales que no se encuentran en el mismo lugar, documente su recepción y redacte un medio de prueba electrónico o en papel sobre la operación. El asesoramiento legal o la preparación pericial, así como las actividades de ejecución, también guardan una estrecha relación en una circunstancia de este tipo. Al notario también se le podría solicitar la realización de actos similares a la autenticación en el tráfico jurídico electrónico. Para este tipo de servicios, en el tráfico jurídico electrónico podría surgir una necesidad de hacerlo conforme a las funciones tradicionales del notario y hoy en día es ya factible en el marco del artículo 24 de la Ley Federal de Notarios (BNotO) al margen de la actividad de certificación como "**otra actividad de asistencia**" para los interesados. Este nuevo tipo de servicios deben considerarse una deseable ampliación del espectro de la demanda de asistencia jurídica notarial, para la cual la Red de Notarios o cualquier otra concepción técnica constituyen una base especialmente apropiada. Sin embargo, actualmente, no pueden confundirse con la certificación notarial legalmente establecida que persigue los objetivos especificados en cada caso concreto por el legislador y que no está a disposición ni del notario ni de los interesados.

La decisión de autorizar también la "**certificación electrónica a distancia**" en el ámbito de los requisitos de forma notariales podría ser tomada exclusivamente por el legislador mediante una valoración previa sobre qué objetivos de forma se pretenderían alcanzar. Podría pensarse en primer lugar en una clasificación en función de los objetivos de forma ya expuestos y en el futuro desarrollar una nueva forma notarial que permita al mismo tiempo celebrar electrónicamente un acto jurídico a distancia en el cual las partes no tienen ningún contacto físico pero cada una de ellas comparece ante un notario. De este modo el único inconveniente sería que la negociación no se llevaría a cabo de forma directa. Sin embargo los objetivos de forma de la certificación podrían mantenerse como se han expuesto. Para contratos internacionales empresariales o de compra-venta de bienes inmuebles por ejemplo un procedimiento de este tipo no sería factible puesto que este tipo de negocios implican en la mayoría de los casos una fase de verificación más larga y se intercambian borradores que por lo general se basan en propuestas de los asesores. La verificación de corrección definitiva correspondería como es habitual al correspondiente notario presente que tendría que comprobar en función de sus normas con el partícipe que comparece ante él el texto del contrato antes de que sea firmado electrónicamente por el partícipe y el notario. Una vez enviado, la

otra parte contractual y su notario podrían refrendar el contrato y después devolver el documento. Los notarios implicados deberían grabar el texto contractual junto con el cronomarcador en un archivo electrónico a partir del cual pudieran emitirse copias en papel y electrónicas. Esta forma de certificación a distancia no sería esencialmente diferente de la hasta ahora fiable certificación con poderes, de la certificación bajo reserva de la posterior autorización o de la división de un acto jurídico en oferta y aceptación, cuyo problema conocido radica en que en caso de abuso con estas formas una parte contractual puede ser excluida con el eficiente asesoramiento por parte del notario.

Una segunda clasificación se daría **sin** la actualmente imprescindible **comparecencia personal del partícipe ante un notario**. Esto parece factible por ejemplo en el ámbito de las certificaciones de hechos y de las autenticaciones, en la mayoría de las cuales se trata de probar el envío correcto desde el punto de vista del contenido de una declaración de voluntad y de que el texto enviado posiblemente tenga que incluir un cronomarcador fiable. Para determinadas certificaciones de hechos, como por ejemplo negociaciones de prioridad relacionadas con derechos de autor, este tipo de procedimiento sería factible y suficiente cuando en virtud de la calidad del procedimiento de firma electrónica es posible la identificación de los partícipes con garantías suficientes y si la obra a proteger existe en formato electrónico. El notario debería por tanto documentar la perfecta recepción, aclarar las cuestiones que puedan presentarse a través de medios de telecomunicación electrónicos y grabar el texto recibido con su firma electrónica y un cronomarcador en su archivo, a partir del cual posteriormente es posible realizar una copia electrónica o en papel, así como expedir un certificado sobre el momento de la recepción. Puesto que el notario también debe poder emitir copias en papel a partir de una recopilación electrónica de documentos, en este sentido no se plantearía la cuestión de si el destinatario de este tipo de declaraciones ya puede recibir documentos firmados electrónicamente.

Por el contrario, en el **derecho alemán del registro de la propiedad y otros registros**, la autorización de una “autenticación electrónica a distancia” no sería compatible con principios básicos de las correspondientes materias legales. El derecho procesal competente en este caso exige la entrega en persona de las declaraciones de los partícipes relevantes de forma autenticada públicamente y excluye la representación encubierta; una autenticación a distancia permitiría sin embargo una representación encubierta puesto que el poder de disposición de firmas electrónicas siempre puede concederse a terceros. Esta rigidez de forma tiene su origen en la formalización del procedimiento de registro, en consecuencia de la cual los numerosos efectos jurídicos de una entrada en el registro (pérdida del derecho, fe pública) están basados fundamentalmente en las declaraciones de los partícipes. Sería muy práctico que en el caso de la autenticación sin comparecencia a la autoridad judicial le fuera imposible comprobar datos importantes que, como la mayoría de edad, la dirección o el régimen legal del implicado no pueden deducirse del certificado electrónico. Además, en el derecho del registro, determinados mecanismos de seguridad de derecho penal sólo pueden ser implementados mediante garantías con sanción penal en persona. En el requisito de la comparecencia personal reside por tanto un elemento clave del acta pública que pretende evitar así el posterior litigio (civil o penal) si las declaraciones han sido efectuadas por la persona indicada de forma voluntaria, sin haber sido sometida a engaño y estando en posesión de su plena capacidad jurídica.

6. Implementación en la práctica

Un primer paso hacia el acta notarial totalmente electrónica consistirá en la práctica en que, aunque las actas originales redactadas en papel por el notario se seguirán conservando, éstas podrán además

grabarse y transmitirse electrónicamente. La propuesta ya mencionada presentada a iniciativa del Consejo Federal del Notariado por el Ministerio Federal de Justicia para la modificación de la (BeurkG) prevé para la autenticación electrónica que con ésta puede certificarse la coincidencia de un documento en papel y una copia electrónica o de un documento electrónico y una impresión en papel. Este tipo de autenticación está muy relacionada con la compulsación de copias en su esencia y en su método. En este contexto, la actividad del notario no se ve modificada esencialmente con los nuevos medios. No obstante, tampoco se vería modificada cuando el texto del acta, independientemente de si ésta desemboca en una autenticación de firma o en una certificación del registro o si abarca todo el acto jurídico, se guardara posteriormente en una **memoria documental exclusivamente electrónica**.¹¹³

7. Equivalencia funcional de la forma electrónica notarial

Otra cuestión es la **equivalencia funcional** de la forma notarial tradicional y de la forma notarial electrónica. Ésta no se limita a ilustrar cómo se realiza un acta notarial, sino que lleva en concreto a una comparación de la **utilización en el tráfico jurídico**. Los aspectos más importantes en este sentido son, debido a una **reforzada función de prueba**,¹¹⁴ la transmisión electrónica segura y el modelo como medio de prueba en el proceso. Una forma electrónica así entendida puede hacerse realidad de forma segura con la utilización de procedimientos de firma electrónica. Sin embargo, en este contexto, las firmas electrónicas cualificadas no serán suficientes. Por el contrario se requiere la utilización de procedimientos acreditados de los cuales ya dispone el notariado alemán.

III. Nuevos servicios notariales en el tráfico jurídico electrónico

Si hablamos de nuevos servicios, como por ejemplo la documentación segura como prueba de operaciones de comunicación, la documentación de contratos privados celebrados a distancia al margen del campo de acción de los notarios, la custodia no material de datos por parte del notario o las ya mencionadas certificación y autenticación a distancia, etc., su desarrollo y oferta para el tráfico jurídico general es, desde la perspectiva de un notario alemán, perfectamente posible y deseable, además de compatible con su papel como prestario de un servicio público. Actualmente, este tipo de actividades aún están **al margen de la actividad de certificación** y, como ya se ha dicho, hoy por hoy aún están dentro de lo que se considera **otra asistencia jurídica**. Actualmente, dado el importante peso de los actos jurídicos que requieren certificación, junto con el acta notarial "clásica" transmitida electrónicamente, su significado es marginal. Aún es impredecible si esto cambiará en un futuro cercano y para una mayor cantidad de operaciones. Sin embargo podría ser ventajoso para el notariado de todo el mundo reflexionar a tiempo sobre cómo los notarios pueden satisfacer una necesidad de este tipo, en especial la del tráfico jurídico a grandes distancias, como por ejemplo el tráfico jurídico internacional, que sería el principal beneficiado.

IV. Resumen provisional

¹¹³ El notariado austriaco ha desarrollado un modelo de cómo puede ser un archivo documental electrónico, concretamente un archivo central que exime al notario de la problemática.

¹¹⁴ Véase a este respecto las explicaciones sobre el efecto probatorio del acta notarial en el Derecho Procesal en el punto E. de esta ponencia.

El tan a menudo evocado desarrollo a modo de explosión del tráfico jurídico electrónico no ha llegado por el momento como mínimo al ámbito de los notarios. Esto podría deberse a que no es el tráfico jurídico general sino el Estado quien decide sobre la introducción del acta notarial electrónica. Dado que el Estado sigue una política de innovación muy conservadora que se concentra en la mejora de las organizaciones propias interna y que hoy por hoy aún se opone a un **acceso online técnicamente eficaz al Registro de la Propiedad y la presentación electrónica de solicitudes en todos los registros públicos**, en este terreno no es previsible que por el momento se produzcan cambios fundamentales. Un impulso importante sería también **la introducción de formularios electrónicos para el Registro de la Propiedad y el Registro Mercantil**, un aspecto que con la consecución de los fundamentos jurídicos no ha prosperado hasta la fecha. Tampoco parece fácil la comunicación con los demás, extraordinariamente heterogéneos, partícipes en el tráfico jurídico. Y esto no cambiará hasta que no se implementen tecnologías ampliamente compatibles.

V. Certificación profesional del notariado¹¹⁵

1. Proyecto piloto "Certificación de los notarios tras la Ley de Firma Electrónica y la Red de Notarios"

a) ¿Por qué un proyecto de este tipo?

En el notariado se planteaba cada vez más la necesidad de intercambiar con partícipes en actas, con sus asesores legales, fiscales y financieros, así como con compañeros de profesión y otros interlocutores, correo electrónico (también sujeto al secreto profesional del funcionario). La Ley de Agilización del Procedimiento de Registro (RegVGB) del 20 de diciembre de 1993¹¹⁶ posibilitó, como base para la consulta online del Registro de la Propiedad y del Registro Mercantil, la comunicación electrónica con dos interlocutores principales de los notarios del ámbito de la jurisdicción voluntaria. También los catastros se gestionan ya de forma electrónica en varios estados federados alemanes. Tanto la mayoría de organizaciones profesionales como de los notarios utilizan a nivel interno los sistemas de tratamiento electrónico de datos. Entre ellos podrían mantener frecuentemente correspondencia por medios electrónicos con muy pocos gastos. Frente a las **ventajas de la comunicación electrónica**, en todos estos ejemplos existe el **riesgo** de que por ejemplo los datos electrónicos lleguen a conocimiento de personas no autorizadas o lleguen falseados al destinatario.

Para hacer posible un comunicación fiable, confidencial y segura desde el punto de vista de la manipulación para fines profesionales debían por tanto definirse **escenarios y requisitos** que a su vez debían ser en primer lugar objeto de un proyecto piloto para de esta forma, sobre la base de la **experiencia**, se pudieran ir sumando paso a paso numerosos usuarios y aplicaciones. Otro punto de vista también importante para el periodo de la fase posterior de puesta en funcionamiento era además la posibilidad de incluir en el estado de la técnica nuevos **aspectos de seguridad** y ponerlos a disposición de todos los colegas de forma centralizada.

¹¹⁵ Sobre los proyectos profesionales en el ámbito de la abogacía y de la asesoría fiscal véanse las aportaciones de Scherf y Leistenschneider en: Erber-Faller: Elektronischer Rechtsverkehr.

¹¹⁶ BOE I, 2182.

b) Evaluación del tráfico jurídico electrónico en el notariado

aa) Volumen de comunicación

En un estudio del Consejo Federal del Notariado sobre la distribución del volumen de comunicación de los notarios entre sus interlocutores profesionales principales se obtuvieron los resultados expuestos en la imagen 1 (véase anexo). En esos resultados, las cifras absolutas tienen menor interés que la **distribución relativa de las operaciones de comunicación entre interlocutores individuales** o entre categorías de interlocutores. Con una gran diferencia, el primer lugar lo ocupan las oficinas del Registro de la Propiedad, seguidas de las autoridades financieras, bancos, entidades municipales y el Registro Mercantil. Todos los organismos mencionados son interlocutores institucionales de los que cabe suponer que se utilizan sistemas de tratamiento electrónico de datos y que a medio plazo estarán preparados para la transmisión de datos electrónica ya que ésta se considera ventajosa por ambas partes. Al mismo tiempo, en estos sectores se alcanzará rápidamente una "masa crítica" que hará que la comunicación electrónica resulte rentable.

bb) Análisis de los casos

Considerando las relaciones de comunicación mediante un caso típico como puede ser la compra de terrenos (véase imagen 2 del anexo) resulta aún más evidente que el notario trabaja en un campo heterogéneo. Con algunos interlocutores hoy por hoy ya es posible la comunicación electrónica pero con otros no. Con un simple vistazo al mundo jurídico y administrativo se constata que la transición del papel a la electrónica es paulatina, si bien el fin del papel no es previsible. Por tanto no debemos esperar del futuro una oficina sin papeles, sino más bien **poder desenvolvernos de la forma más eficaz posible en un entorno mixto**.

c) La Ley de Firma Electrónica como base jurídica de la certificación profesional

El título del proyecto piloto hace referencia a un aspecto clave del plan, aun cuando la certificación no es el único ámbito nuevo o fundamental en este contexto. La certificación según la Ley de Firma Electrónica constituye desde el punto de vista político profesional un tema tan importante que debe ser tratada con detalle.

aa) Derecho vigente

Los conceptos principales de la Ley de Firma Electrónica son la **firma digital**, la **entidad de certificación** y el **certificado**. A este respecto nos remitimos al punto C, en el que ya se ha expuesto que las normas sobre la concesión y el bloqueo de certificados prevén que la entidad de certificación tenga que **identificar de forma fiable** a las personas que solicitan un certificado. La entidad de certificación debe además, a petición de un solicitante, incluir datos sobre la autorización de derecho profesional en el certificado de clave de firma electrónica o un **certificado de atributos** siempre y cuando dicha autorización le sea demostrada de forma fiable. Además ya se ha explicado que la entidad de certificación debe bloquear un certificado por ejemplo cuando un titular de una clave de firma electrónica o su representante así lo solicitan o cuando el certificado se haya conseguido mediante datos falsos. En caso de que los datos sobre una cualificación profesional sean falsos, el colegio profesional también puede solicitar dicho bloqueo.

En virtud de la situación jurídica vigente corresponde a las entidades de certificación **identificar** a los futuros titulares de claves y **constatar los atributos**. Si en el procedimiento legislativo de la Ley de Firma Electrónica alemana ya fue problemático determinar la importancia de la identificación y si no se trata de una tarea (exclusivamente) notarial, poco después de la entrada en vigor de la ley se

detectaron los especiales problemas que pueden surgir en caso de una certificación de atributos incorrecta. Si el certificado de atributos debe por ejemplo reflejar adecuadamente un poder concedido para un acto jurídico o un poder legal, establecer oportunamente restricciones a la utilización de firmas digitales en el tráfico jurídico electrónico o expresar características profesionales, son necesarias unas **cualidades legales** de las que típicamente dispone el notario y no la entidad de certificación profesional. Así pues, para la entidad de certificación destinada a prestar un servicio técnico-administrativo se originan bien considerables costes por la necesidad de contratar personal suficientemente cualificado o bien riesgos de responsabilidad si se emite un certificado falso. Las cuestiones sobre qué relación mantiene una actividad de este tipo con respecto a la Ley contra los Abusos en el Asesoramiento Jurídico, la cual reserva la prestación de asesoramiento jurídico a los profesionales de la justicia, y sobre qué valor tienen en el tráfico jurídico los certificados de atributos que se expiden sin una cualificación experta suficiente no han sido por lo visto hasta ahora objeto ni de investigaciones teóricas ni de conflictos jurídicos. Sin embargo, debido a la cada vez mayor expansión de este tipo de certificados, los problemas no van a hacerse esperar. Por este motivo, Telesec, como primera entidad de certificación autorizada ha decidido de inmediato en relación con su autorización emitir únicamente certificados de atributos en colaboración previa con notarios. Los detalles se recogen en una circular del Consejo Federal del Notariado.¹¹⁷

bb) Consecuencias para la certificación profesional

La argumentación del proyecto de la Ley de Firma Electrónica considera la certificación para el tráfico jurídico general como una **actividad profesional** que en principio debe ser prestada por **empresas en competencia**. Esta formulación es compartida por la **Directiva Europea sobre Firma Electrónica** y otras iniciativas tanto internacionales como supranacionales para el tráfico jurídico y comercial electrónico. En efecto, el *Bundesrat* alemán¹¹⁸ hizo hincapié en el procedimiento legislativo sobre el "parentesco" de la certificación con determinados aspectos de la actividad notarial, en particular el deber de identificación y la utilización de los datos en certificados en relación con la autenticación, y manifestó sus reflexiones en contra de la Ley de Firma Electrónica, reflexiones que se derivaban también de forma similar del trabajo del Consejo Federal del Notariado. Sin embargo, el Parlamento alemán (*Bundestag*) aún no las ha ratificado.

Posteriormente se ello se sacó la extraña conclusión de que la **certificación profesional** también podía ser llevada a cabo exclusivamente por empresas y la actuación de los colegios profesionales se limitaría a la aportación de información para la concesión o el bloqueo de certificados de atributos. Sin embargo, el legislador se manifestó en contra de esta postura en el marco de la reforma del derecho profesional notarial, tal y como queda claro en la argumentación del borrador del apartado 2 del artículo 78 de la Ley Federal de Notarios. Según este, la autorización incluye desempeñar "otras tareas destinadas a conseguir su creación," además de la **competencia del Consejo Federal del Notariado para constituir y gestionar una entidad de certificación**. De esto no se podrá deducir sin embargo un enunciado general para todos los derechos profesionales. Por otra parte, la Ley de Firma Electrónica no sería el lugar apropiado para fijar este tipo de regulaciones específicamente profesionales. Por el contrario, para cada ámbito en particular será necesario verificar si existen o es necesario alcanzar normas o acuerdos de autorización respectivamente en los colegios profesionales competentes.

¹¹⁷ Circular 47/98, en el anexo de *Erber-Faller*: Elektronischer Rechtsverkehr.

¹¹⁸ Cámara baja legislativa en la cual los Estados Federados defienden sus intereses.

Por otra parte, la existencia de una norma de autorización no supone para el colegio profesional la **obligación** de constituir su propia entidad de certificación. En cada caso concreto deberá comprobarse detenidamente si los requisitos de la Ley de Firma Electrónica pueden ser cumplidos por un único sector profesional o esto sólo es posible en colaboración con otras profesiones y si la constitución de una "entidad de certificación virtual" (véase punto C.) en colaboración con un proveedor profesional o la simple referencia de los miembros de la profesión en los servicios de los proveedores profesionales y al mismo tiempo la colaboración de los colegios profesionales en la certificación de atributos es la solución adecuada.

d) Implementación técnica en el notariado

Para proporcionar al notariado alemán una base práctica para el tráfico jurídico electrónico, el Consejo Federal del Notariado ha desarrollado la **Red de Notarios**, gestionada por la sociedad Notarnet GmbH que dispone en Colonia de un centro de competencia que proporciona el soporte técnico necesario a los notarios y asesora a las organizaciones profesionales.

Se trata de lo que se denomina una "virtual private network" (VPN) a la cual los usuarios pueden conectarse. Éstos reciben en una **tarjeta inteligente** una **firma electrónica digital** con un **atributo** que los identifica como notarios, un **mecanismo de codificación** y otra clave que puede ser utilizada como **mecanismo de autenticación** en aplicaciones notariales. La **certificación es llevada a cabo por el Consejo Federal del Notariado como lo que se denomina entidad de certificación virtual** (véase el punto C.) Además se ha previsto un **acceso a Internet especialmente seguro**. De esta forma la red permite la comunicación segura tanto con miembros de la red como con interlocutores externos.

A través de la red, los notarios pueden acceder a la base de datos de dictámenes y jurisprudencia del Instituto Notarial Alemán. En el futuro se aspira a permitir también el acceso al Registro de la Propiedad electrónico, la presentación electrónica de solicitudes a la oficina del Registro de la Propiedad y al Tribunal Mercantil y la consulta online de formularios de registro.

2. Perspectivas de futuro

En relación a la Red de Notarios, el Consejo Federal del Notariado reflexiona sobre **otras aplicaciones** tales como un **Registro Testamentario central** que podría diseñarse sobre la base técnica del **registro de poderes para asistencia y disposiciones de enfermos** que actualmente se encuentra en fase de introducción.

Si el legislador introdujera el acta notarial electrónica también debería regularse la **problemática del archivo**. El notariado alemán no tiene todavía experiencia práctica en este sentido mientras que el notariado austriaco sí la tiene ya. A este respecto, la experiencia en Alemania se limita únicamente al Registro de la Propiedad electrónico, puesto que éste tiene también carácter de documento público. La Red de Notarios o la sociedad Notarnet GmbH son infraestructuras que reaccionarán ante este tipo de desarrollo.

Con la Red de Notarios, el notariado alemán ha dado un gran paso hacia el **afianzamiento de su futuro en Alemania**. Con su elevado grado de equipamiento con ordenadores y conexiones a Internet, así como con los proyectos llevados a cabo hasta ahora, este sector está bien preparado para no sólo salir airoso del debate sobre la seguridad de las tecnologías de la información, sino

también para ponerse al frente del mismo en Alemania con sus propias propuestas sobre el acta electrónica, para la comunicación electrónica y para nuevos servicios electrónicos.

Sin embargo, para el **futuro del notariado en el mundo** será necesario no sólo seguir impulsando la libre circulación del acta notarial en papel, sino conseguir lo mismo lo más pronto posible para el formato electrónico. En este sentido se insta a la U.I.N.L. a actuar como catalizador entre sus notariados miembros, a desarrollar conceptos y al mismo tiempo dar a conocer la aspiración política del notariado de sentar técnica y jurídicamente las bases del libre tráfico de servicios notariales también en un mundo dominado por la electrónica. La U.I.N.L. está especialmente llamada a difundir entre sus miembros y sus interlocutores externos la necesidad de **desarrollar tecnologías apropiadas**, de su **utilización en el ámbito de la actividad notarial** y de establecer **elevados requisitos para la certificación notarial así como para el procedimiento de certificación notarial en el tráfico jurídico electrónico** con el fin de obtener e incrementar el valor añadido de la actividad notarial también en el campo del tráfico jurídico electrónico.

G. Resumen

- Alemania ha alcanzado ya un **alto grado de expansión del tratamiento electrónico de datos**, incluso en el ámbito del notariado. El Estado Federal y los Estados Federados fomentan el objetivo de incrementar la utilización del tratamiento electrónico de datos en el ámbito de la gestión y la administración con la inversión de numerosos recursos. Los puntos clave en este sentido son el equipamiento técnico con ordenadores y la tecnología de Internet. Los **procedimientos de firma electrónica** aún no han alcanzado una relevancia adecuada en la práctica.
- Existe una **Ley de Firma Electrónica** y un **Reglamento de Firma Electrónica**. Las disposiciones de Derecho Europeo de la Directiva sobre Firma Electrónica se han transpuesto al derecho nacional. La actividad de una entidad de certificación no requiere en principio ninguna autorización específica. Además, la ley ofrece la posibilidad de una acreditación voluntaria para la obtención de un sello de calidad concedido oficialmente. En este ámbito de trascendental importancia para el notariado, los requisitos técnico-administrativos prevén una infraestructura de certificación a dos niveles con "instancia suprema".
- Están permitidas las **entidades de certificación** que no cumplen las disposiciones de la Ley de Firma Electrónica. Sin embargo, las firmas electrónicas proporcionadas por éstas ni satisfacen la forma electrónica ni gozan de ningún privilegio en el proceso. Por tanto, este tipo de entidades de certificación no pueden afirmar que expiden firmas electrónicas cualificadas.
- La **utilización** de firmas electrónicas es **facultativa**.
- En el Derecho alemán, **los actos jurídicos formales** constituyen una excepción. Si se desea celebrar un negocio jurídico formal por medios electrónicos, esto es posible en el ámbito de la **forma electrónica**.
- El **Código Civil alemán** regula la **forma electrónica** según el **modelo de la forma escrita**. La forma electrónica requiere que el texto de la declaración esté provisto de una firma electrónica cualificada según la Ley de Firma Electrónica. La forma escrita puede sustituir a la forma electrónica en cualquier caso. La forma electrónica puede sustituir a la forma escrita por regla general pero no en los casos excepcionales determinados explícitamente por el legislador.
- El **Ordenamiento Procesal Civil** considera el documento electrónico como **objeto de inspección**. Si el documento electrónico contiene una firma electrónica cualificada, la ley supone en virtud de un principio de experiencia regulado expresamente (prueba prima-facie) que el documento es auténtico, es decir que procede del titular del correspondiente certificado de firma electrónica. Esta inspección sólo puede verse afectada por hechos que suponen serias dudas sobre si la declaración ha sido realizada por deseo del titular de la clave de firma electrónica.

- El **notariado alemán** con su proyecto "**Tráfico Jurídico Electrónico**" se ha esforzado prontamente en fomentar la utilización del tratamiento electrónico de datos y los procedimientos de firma electrónica en su campo y ha contribuido de forma decisiva en el desarrollo de las bases de derecho público, civil y procesal para la firma electrónica. El Consejo Federal del Notariado es una **entidad de certificación acreditada** que emite tarjetas inteligentes para la firma digital, la codificación y con un certificado de atributos como **justificante notarial**. La Red de Notarios constituye una infraestructura a través de la cual los notarios pueden comunicarse entre ellos y externamente. La base de datos electrónica de dictámenes judiciales del Instituto Notarial Alemán y el denominado registro asistencial, en el que se registran poderes para la asistencia y disposiciones de enfermos, representan aplicaciones ya existentes a las que seguirán otras.
- La **comunicación** con los registros gestionados automáticamente, en concreto el **Registro de la Propiedad** y el **Registro Mercantil**, no tiene lugar hasta la fecha a través de la Red de Notarios. Para el Registro de la Propiedad, la conexión para la consulta online se establece mediante un procedimiento de marcado telefónico que verifica la autorización de acceso mediante características de hardware y de software. Sin embargo está prevista la introducción de Internet. La consulta online del Registro Mercantil ya se lleva a cabo a través de Internet. Por el momento no es posible la presentación electrónica de solicitudes.
- La introducción de la **autenticación pública electrónica** en virtud del proyecto de una Ley de Comunicación con la Justicia está prevista para el 1 de abril de 2005 para notarios. La **certificación electrónica** y el **archivo documental electrónico** podrían introducirse sobre la base de las infraestructuras concebidas por el notariado. Sin embargo, su disposición y su ámbito de aplicación precisan posteriores reflexiones. El legislador sólo puede introducir una **certificación electrónica a distancia** en ámbitos en los cuales el requisito de forma no exija la declaración en persona de forma voluntaria, sin engaños y con plena capacidad jurídica.
- La **prestación de nuevos servicios notariales** como la documentación de operaciones de comunicación o la custodia no material de datos parece muy útil y debería fomentarse.
- Es necesario desarrollar **estándares equiparables a nivel mundial** para el documento notarial electrónico que permitan que el libre tráfico documental funcione perfectamente también sin papeles y el acta notarial electrónica se acepte internacionalmente. La U.I.N.L. está llamada a difundir entre sus miembros y sus interlocutores externos la necesidad del **desarrollo de tecnologías apropiadas**, de su **utilización en el ámbito de la actividad notarial** y de **elevados requisitos para la certificación notarial así como para el procedimiento de certificación notarial en el tráfico jurídico electrónico**.

Textos legales

§ 126 BGB Schriftform

(1) Ist durch Gesetz schriftliche Form vorgeschrieben, so muss die Urkunde von dem Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift oder mittels notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet werden.

(2) Bei einem Verträge muss die Unterzeichnung der Parteien auf derselben Urkunde erfolgen. Werden über den Vertrag mehrere gleich lautende Urkunden aufgenommen, so genügt es, wenn jede Partei die für die andere Partei bestimmte Urkunde unterzeichnet.

(3) Die schriftliche Form kann durch die elektronische Form ersetzt werden, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt.

(4) Die schriftliche Form wird durch die notarielle Beurkundung ersetzt.

§ 126 a BGB Elektronische Form

(1) Soll die gesetzlich vorgeschriebene schriftliche Form durch die elektronische Form ersetzt werden, so muss der Aussteller der Erklärung dieser seinen Namen hinzufügen und das elektronische Dokument mit einer qualifizierten elektronischen Signatur nach dem Signaturgesetz versehen.

(2) Bei einem Vertrag müssen die Parteien jeweils ein gleichlautendes Dokument in der in Absatz 1 bezeichneten Weise elektronisch signieren.

§ 126 b BGB Textform

Ist durch Gesetz Textform vorgeschrieben, so muss die Erklärung in einer Urkunde oder auf andere zur dauerhaften Wiedergabe in Schriftzeichen geeignete Weise abgegeben, die Person des Erklärenden genannt und der Abschluss der Erklärung durch Nachbildung der Namensunterschrift oder anders erkennbar gemacht werden.

§ 128 BGB Notarielle Beurkundung

Ist durch Gesetz notarielle Beurkundung eines Vertrags vorgeschrieben, so genügt es, wenn zunächst der Antrag und sodann die Annahme des Antrags von einem Notar beurkundet wird.

§ 129 BGB Öffentliche Beglaubigung

(1) Ist durch Gesetz für eine Erklärung öffentliche Beglaubigung vorgeschrieben, so muss die Erklärung schriftlich abgefasst und die Unterschrift des Erklärenden von einem Notar beglaubigt werden. Wird die Erklärung von dem Aussteller mittels Handzeichens unterzeichnet, so ist die in § 126 Abs. 1 vorgeschriebene Beglaubigung des Handzeichens erforderlich und genügend.

(2) Die öffentliche Beglaubigung wird durch die notarielle Beurkundung der Erklärung ersetzt.

§17 BeurkG (Prüfungs- und Belehrungspflichten)

(1) Der Notar soll den Willen der Beteiligten erforschen, den Sachverhalt klären, die Beteiligten über die rechtliche Tragweite des Geschäfts belehren und ihre Erklärungen klar und unzweideutig in der Niederschrift wiedergeben. Dabei solle darauf achten, dass Irrtümer und Zweifel vermieden sowie unerfahrene und ungewandte Beteiligte nicht benachteiligt werden.

(2) Bestehen Zweifel, ob das Geschäft dem Gesetz oder dem wahren Willen der Beteiligten entspricht, so sollen die Bedenken mit den Beteiligten erörtert werden. Zweifelt der Notar an der Wirksamkeit des Geschäfts und bestehen die Beteiligten auf der Beurkundung, so soll er die Belehrung und die dazu abgegebenen Erklärungen der Beteiligten in der Niederschrift vermerken.

(2a) Der Notar soll das Beurkundungsverfahren so gestalten, dass die Einhaltung der Pflichten nach den Absätzen 1 und 2 gewährleistet ist.

(3) Kommt ausländisches Recht zur Anwendung oder bestehen darüber Zweifel, so soll der Notar die Beteiligten darauf hinweisen und dies in der Niederschrift vermerken. Zu Belehrung über den Inhalt ausländischer Rechtsordnungen ist er nicht verpflichtet.

§ 286 ZPO Freie Beweiswürdigung

(1) Das Gericht hat unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei. In dem Urteil sind die Gründe anzugeben, die für die richterliche Überzeugung leitend gewesen sind.

(2) An gesetzliche Beweisregeln ist das Gericht nur in den durch dieses Gesetz bezeichneten Fällen gebunden.

§ 292 a ZPO Anscheinsbeweis bei qualifizierter elektronischer Signatur

Der Anschein der Echtheit einer in elektronischer Form (§ 126 a des Bürgerlichen Gesetzbuchs) vorliegenden Willenserklärung, der sich auf Grund der Prüfung nach dem Signaturgesetz ergibt, kann nur durch Tatsachen erschüttert werden, die ernstliche Zweifel daran begründen, dass die Erklärung mit dem Willen des Signaturschlüssel-Inhabers abgegeben worden ist.

§ 415 ZPO Beweiskraft öffentlicher Urkunden über Erklärungen

(1) Urkunden, die von einer öffentlichen Behörde innerhalb der Grenzen ihrer Amtsbefugnisse oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person innerhalb des ihr zugewiesenen Geschäftskreises in der vorgeschriebenen Form aufgenommen sind (öffentliche Urkunden), begründen, wenn sie über eine von der Behörde oder der Urkundsperson abgegebene Erklärung errichtet sind, vollen Beweis des durch die Behörde oder die Urkundsperson beurkundeten Vorganges.

(2) Der Beweis, dass der Vorgang unrichtig beurkundet sei, ist zulässig.

§ 416 ZPO Beweiskraft von Privaturkunden

Privaturkunden begründen, sofern sie von den Ausstellern unterschrieben oder mittels notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet sind, vollen Beweis dafür, dass die in ihnen enthaltenen Erklärungen von den Ausstellern abgegeben sind.

§ 417 ZPO Beweiskraft öffentlicher Urkunden über amtliche Anordnung, Verfügung oder Entscheidung

Die von einer Behörde ausgestellten, eine amtliche Anordnung, Verfügung oder Entscheidung enthaltenden öffentlichen Urkunden begründen vollen Beweis ihres Inhalts.

§ 418 ZPO Beweiskraft öffentlicher Urkunden mit anderem Inhalt

(1) Öffentliche Urkunden, die einen anderen als den in §§ 415, 417 bezeichneten Inhalt haben, begründen vollen Beweis der darin bezeugten Tatsachen.

(2) Der Beweis der Unrichtigkeit der bezeugten Tatsachen ist zulässig, sofern nicht die Landesgesetze diesen Beweis ausschließen oder beschränken.

(3) Beruht das Zeugnis nicht auf eigener Wahrnehmung der Behörde oder der Urkundsperson, so ist die Vorschrift des ersten Absatzes nur dann anzuwenden, wenn sich aus den Landesgesetzen ergibt, dass die Beweiskraft des Zeugnisses von der eigenen Wahrnehmung unabhängig ist.

§ 440 ZPO Beweis der Echtheit von Privaturkunden

Die Echtheit einer nicht anerkannten Privaturkunde ist zu beweisen.

Steht die Echtheit der Namensunterschrift fest oder ist das unter einer Urkunde befindliche Handzeichen notariell beglaubigt, so hat die über der Unterschrift oder dem Handzeichen stehende Schrift die Vermutung der Echtheit für sich.

§ 126 GBO Führung (des Grundbuchs) als automatisierte Datei

(1) Die Landesregierungen können durch Rechtsverordnung bestimmen, dass und in welchem Umfang das Grundbuch in maschineller Form als automatisierte Datei geführt wird. Hierbei muss gewährleistet sein, dass

1. die Grundsätze einer ordnungsgemäßen Datenverarbeitung eingehalten, insbesondere Vorkehrungen gegen einen Datenverlust getroffen sowie die erforderlichen Kopien der Datenbestände mindestens tagesaktuell gehalten und die originären Datenbestände sowie deren Kopien sicher aufbewahrt werden;
2. die vorzunehmenden Eintragungen alsbald in einen Datenspeicher aufgenommen und auf Dauer inhaltlich unverändert in lesbarer Form wiedergegeben werden können;
3. die nach der Anlage zu diesem Gesetz erforderlichen Maßnahmen getroffen werden.

...

§ 10 a GBO Aufbewahrung auf Datenträgern; Nachweis der Übereinstimmung

(1) Die nach § 10 oder nach sonstigen bundesrechtlichen Vorschriften vom Grundbuchamt aufzubewahrenden Urkunden und geschlossenen Grundbücher können als Wiedergabe auf einem Bildträger oder auf anderen Datenträgern aufbewahrt werden, wenn sichergestellt ist, dass die Wiedergabe oder die Daten innerhalb angemessener Zeit lesbar gemacht werden können. Die Landesjustizverwaltungen bestimmen durch allgemeine Verwaltungsanordnung Zeitpunkt und Umfang dieser Art der Aufbewahrung und die Einzelheiten der Durchführung.

...

§ 8 a HGB Ermächtigung der Landesregierungen; automatisierte Dateien

(1) Die Landesregierungen können durch Rechtsverordnung bestimmen, dass und in welchem Umfang das Handelsregister einschließlich der zu seiner Führung erforderlichen Verzeichnisse in maschineller Form als automatisierte Datei geführt wird. Hierbei muss gewährleistet sein, dass

1. die Grundsätze einer ordnungsgemäßen Datenverarbeitung eingehalten, insbesondere Vorkehrungen gegen einen Datenverlust getroffen sowie die erforderlichen Kopien der Datenbestände mindestens tagesaktuell gehalten und die originären Datenbestände sowie deren Kopien sicher aufbewahrt werden;
2. die vorzunehmenden Eintragungen alsbald in einen Datenspeicher aufgenommen und auf Dauer inhaltlich unverändert in lesbarer Form wiedergegeben werden können;
3. die nach der Anlage zu § 126 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 der Grundbuchordnung erforderlichen Maßnahmen getroffen werden.

...

Bibliografía

Becker: Das automatisierte Abrufverfahren des elektronischen Grundbuchs, Documento del Consejo Federal del Notariado en el Informe del Instituto Notarial Alemán 1997/23;

Bettendorf, J.: EDV-Dokumente und Rechtssicherheit, en: Consejo Federal del Notariado, Ponencias de la Delegación Alemana en el XX. Congreso Internacional del Notariado Latino, Colonia, 1992;

idem: Elektronischer Rechtsverkehr und Schriftform des Zivil- und Prozessrechts, en: Cámara de Notarios de Renania / Asociación del Notariado de Renania, Notar und Rechtsgestaltung. Tradition und Zukunft, Colonia, 1998;

idem: Elektronischer Rechtsverkehr in: Erber-Faller, Elektronischer Rechtsverkehr, Neuwied, 2000;

Bredl, SOLUM-STAR – Das maschinell geführte Grundbuch, Noticias de la Asociación de Notarios de Bavaria (MittBayNot) 97, 72;

Britz, J.: Urkundenbeweisrecht und Elektroniktechnologie. Eine Studie zur Tauglichkeit gesetzlicher Beweisregeln für elektronische Dokumente und ihre Reproduktion im Zivilprozess, Munich, 1996;

Consejo Federal del Notariado: Elektronischer Rechtsverkehr – Digitale Signaturverfahren und Rahmenbedingungen, Colonia 1995;

idem: Documentación del Congreso del Segundo Foro "Tráfico Jurídico Electrónico" en el XXI. Congreso Internacional del Notariado Latino el 03.06.1995 en Berlín, de venta en el Consejo Federal del Notariado, Mohrenstraße 34, 10117 Berlín;

idem: Documentación del Congreso del Tercer Foro "Tráfico Jurídico Electrónico" el 13.03.1997 en Colonia, de venta en el Consejo Federal del Notariado (ver referencia anterior);

Demharter, J.: Grundbuchordnung, 21^o Edición, Munich 1995;

Erber-Faller, S.: Gesetzgebungsvorschläge der Bundesnotarkammer zur Einführung elektronischer Unterschriften, CR 1996, 375;

idem: Elektronischer Rechtsverkehr und digitale Signaturen in Deutschland. Bisherige Entwicklungen, internationale Bezüge und Zukunftsperspektiven aus notarieller Sicht, en: Cámara de Notarios de Renania / Asociación del Notariado de Renania, Notar und Rechtsgestaltung. Tradition und Zukunft, Colonia, 1998;

idem: Perspektiven des elektronischen Rechtsverkehrs, MittBayNot 1995, 182;

idem: Berufsständische Projekte des Notariats, en: Erber-Faller, Elektronischer Rechtsverkehr, Neuwied, 2000;

Frenz, Ein Jahrhundert-Gesetz für die Freiwillige Gerichtsbarkeit, *Revista Notarial Alemana* (DNotZ) 94, 153;

Fritzsche, J./Malzer, H.: Ausgewählte zivilrechtliche Probleme elektronisch signierter Willenserklärungen, DNotZ 1995, 3;

Geis, I.: Die digitale Signatur – Eine Sicherheitstechnik für die Informationsgesellschaft. Ein Leitfaden für Anwender und Entscheider, Eschborn 2000;

Göttlinger, Pilotprojekt Elektronisches Grundbuch: Einsatz in Sachsen, DNotZ 95, 370;

Hammer, V./Bizer, J.: Beweiswert elektronisch signierter Dokumente, *Revista DuD* 1993, 689;

Hähnchen, S.: Das Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr, *Revista NJW* 2001, 2831;

Hontheim, G.: Das Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsverkehr, *Revista NWB* 2001, 3249;

Jansen, T.: Zivilrechtliche Aspekte des e-Commerce. Die EU-Richtlinie für den elektronischen Geschäftsverkehr, *DSWR* 2000, 125;

Jungermann, S.: Der Beweiswert elektronischer Signaturen, Eine Studie zur Verlässlichkeit elektronischer Signaturen und zu den Voraussetzungen und Rechtsfolgen des § 292 a ZPO, Frankfurt a.M., 2002;

KEHE/Bearbeiter, Grundbuchrecht, Kommentar, 5^o Edición, Berlín 1999;

Kindl, J.: Elektronischer Rechtsverkehr und digitale Signatur, *MittBayNot* 1999, 29;

Köhler, H.: Die Unterschrift als Rechtsproblem en: Consejo Federal del Notariado, Homenaje a Helmut Schippel en su 65^o cumpleaños, Munich 1996;

Kuhn, M.: Rechtshandlungen mittels EDV und Telekommunikation, Munich 1991; *Lepa, M.*: Der Inhalt der Grundrechte, Munich, 1985;

Leue, A.: Die neuen Formvorschriften des Privatrechts, Münster, 2002;

Liwinska, M.: Übersendung von Schriftsätzen per Telefax – Zulässigkeit, Beweisbarkeit und Fristprobleme, *MDR* 2000, 500;

idem: Anmerkung zum Beschluss des Gemeinsamen Senates der obersten Gerichtshöfe des Bundes vom 5.4.2000, *MDR* 2000, 1089;

Maennel, F.: Elektronischer Geschäftsverkehr ohne Grenzen – der Richtlinienvorschlag der Europäischen Kommission, *MMR* 1999, 187;

Mallmann, R./Heinrich, E.: Schriftform bei Geschäften im Internet, *ZRP* 2000, 470;

Malzer, H.: Zivilrechtliche Form und prozessuale Qualität der digitalen Signatur nach dem Signaturgesetz, DNotZ 1998, 96;

Nöcker, G.: Urkunden und EDI-Dokumente, CR 2000, 176;

Nowak, U.: Der elektronische Vertrag – Zustandekommen und Wirksamkeit unter Berücksichtigung des neuen "Formvorschriftenanpassungsgesetzes", MDR 2001, 841;

Oertel, K.: Der elektronische Rechtsverkehr in der notariellen Praxis, Noticias de la Cámara de Notarios de Renania (MittRhNotK), 2000, 181;

Palandt/Bearbeiter, Bürgerliches Gesetzbuch, 63^a edición, Munich, 2004;

Redeker, H.: EU-Signaturrichtlinie und Umsetzungsbedarf im deutschen Recht, CR 2000, 455;

Römermann, V./van der Moolen, M.: Schriftsätze per Computerfax: Willkommen im 21. Jahrhundert, BB 2000, 1640;

Roßnagel, A.: Die Simulationsstudie Rechtspflege. Eine neue Methode zur Technikgestaltung für Telekooperation/Projektgruppe Verfassungsverträgliche Technikgestaltung e.V. (Provet), Berlin 1994;

Idem: Recht der Multimedien Dienste, Kommentar, Munich 2003;

Schippel, H.: Die elektronische Form: Neue Formvorschriften für den elektronischen Rechtsverkehr, en: Böttcher/Hueck/Jähne, Homenaje a Walter Odersky en su 65º cumpleaños el 17 de julio de 1996, Berlin 1996;

Schlechter, R.: Sicherheit im Internet – Grundzüge einer europäischen Rechtspolitik, K & K 1998, 147;

Schmittner, S.: Digitale Signaturen als Herausforderung und Chance, BWNotZ 2001, 107;

Strauch, S.: Rechtliche und archivische Probleme der digitalen Signatur, en: Homenaje a Alexander Lüderitz, Munich 2000;

Ultsch, M.: Zivilrechtliche Probleme elektronischer Erklärungen – dargestellt am Beispiel der Electronic Mail - , DZWir 1997, 466;

Rapp, C.: Rechtliche Rahmenbedingungen und Formqualität elektronischer Signaturen, Munich, 2002;

Viefhues, W.: Die digitale Signatur in der juristischen Praxis, ZAP 2001, 1109;

Zöller, ZPO, 23^a Edición, Colonia 2002.

Anexo (Imágenes)

Kommunikationsvolumen mit ausgewählten Kommunikationspartnern

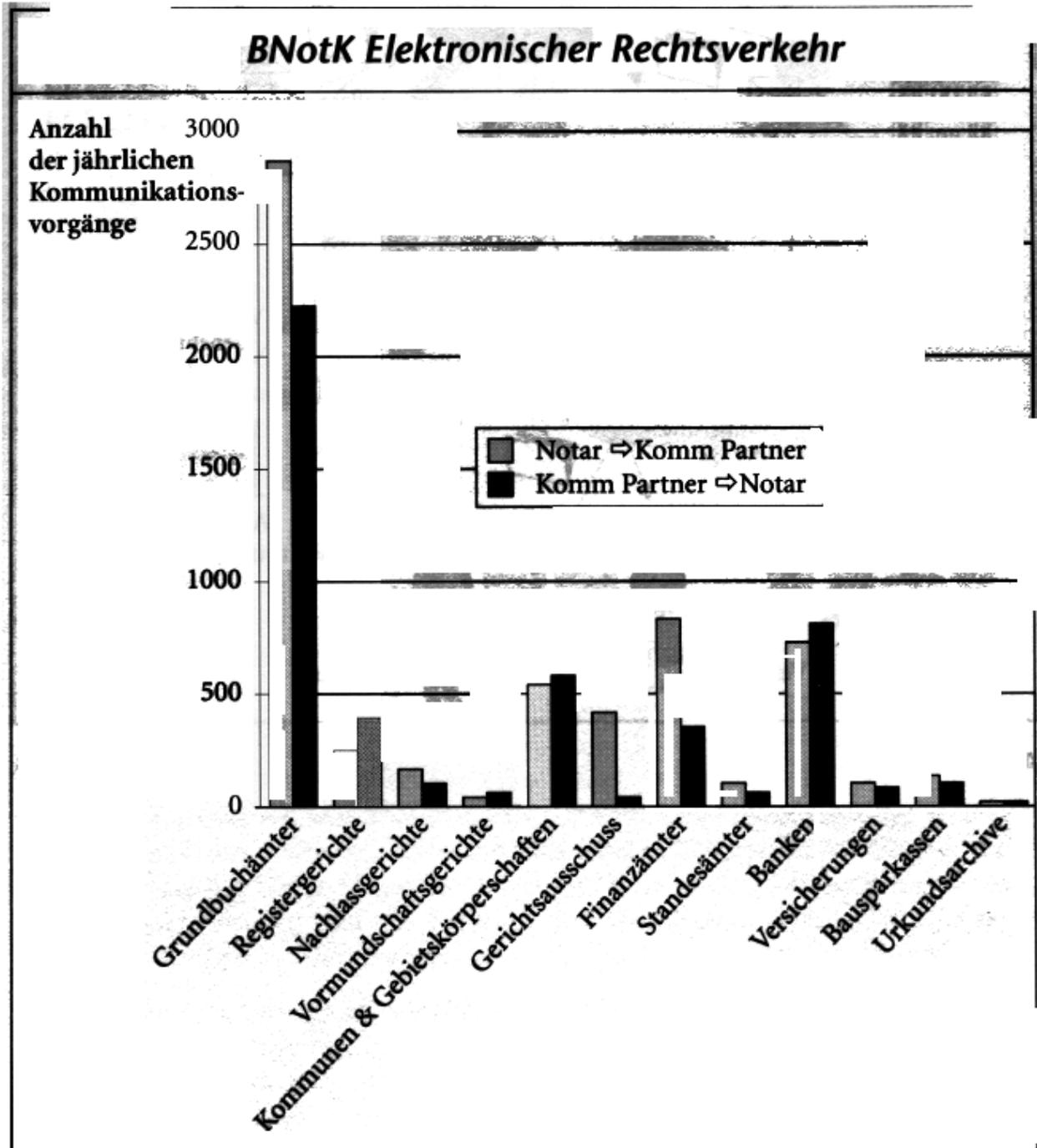


Abb. 1

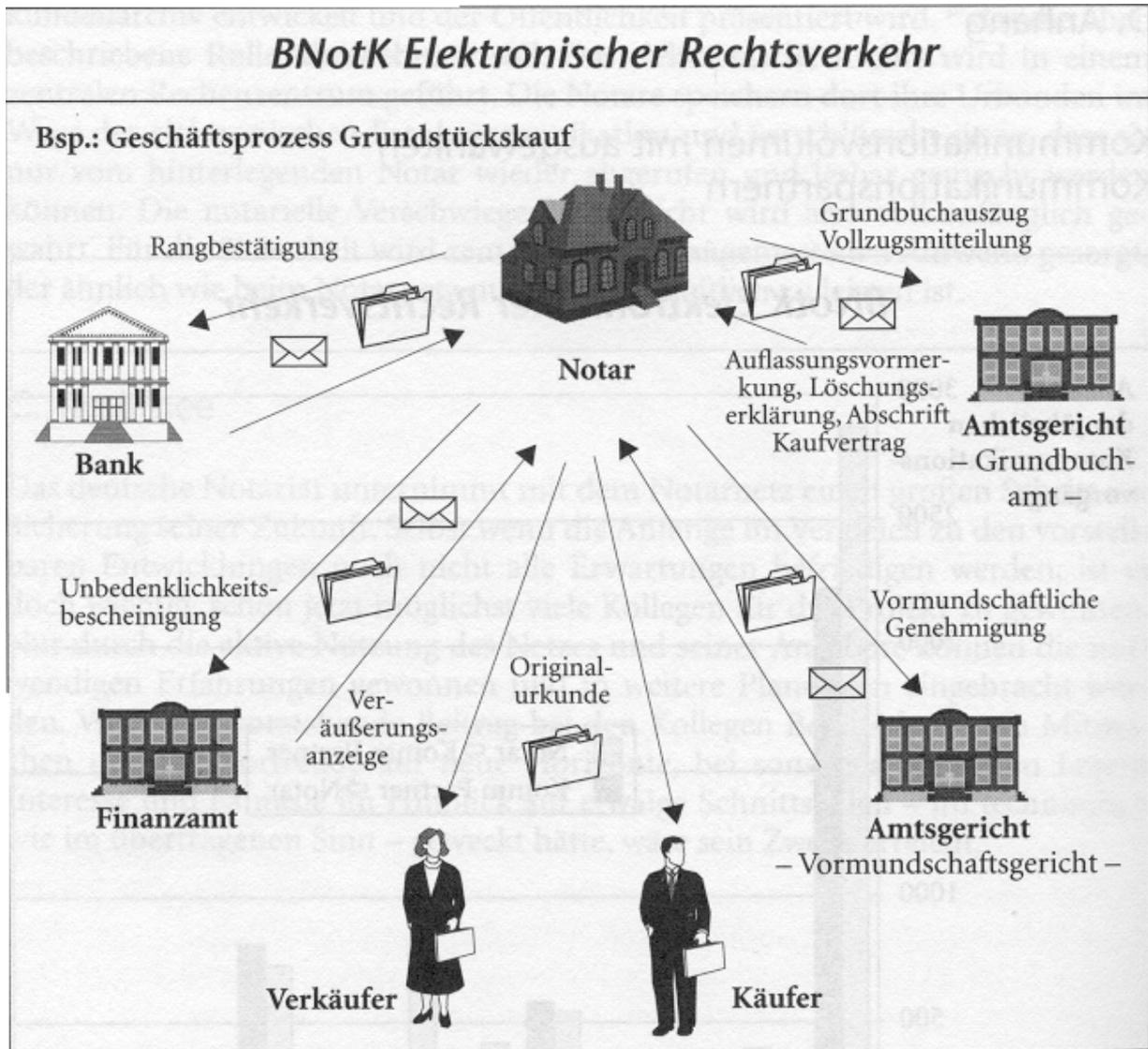


Abb. 2