

La Contratación Electrónica es ya una realidad, ¿estamos preparados?

Numerosas entidades de diversos sectores productivos están abordando procesos de contratación electrónica. En este artículo se muestran cuáles son los principales aspectos a tener en cuenta para que dichas contrataciones sean plenamente válidas desde un punto de vista probatorio, haciéndose especial hincapié no sólo en los aspectos jurídicos, sino también en los operativos y tecnológicos. Tenerlos en consideración evitará problemas en sede judicial, así como con el supervisor que corresponda en cada caso.



José Manuel Oliva

En la recientemente celebrada séptima edición del Foro de las Evidencias Electrónicas se han abordado en profundidad cuestiones que sirven para contestar a la pregunta que alumbra este artículo: ¿estamos preparados para la contratación electrónica?

La respuesta depende, a mi modo de entender, de tres fundamentales factores: (i) de la seguridad jurídica de la solución que se utilice; (ii) de los procesos operativos que se establezcan para llevar a cabo la contratación y (iii) de la seguridad tecnológica, considerando dentro de ésta aspectos tales como qué tipo de dispositivos se utilizan para la firma, qué métodos de firma se emplean o qué fiabilidad dispone la plataforma tecnológica que soporta la solución de contratación. Analicemos cada uno de ellos.

PERSPECTIVA JURÍDICA

¿Qué debe ser tenido en cuenta desde una perspectiva jurídica en la contratación electrónica?

Un breve análisis de la legislación vigente nos permite concluir en las premisas necesarias para la válida contratación electrónica: (i) previa puesta a disposición de la información precontractual, (ii) generar una prueba sólida de la emisión de un acto de voluntad por parte de los contratantes y (iii) la posterior puesta a disposición de las partes de un ejemplar del contrato formalizado en soporte duradero.

Para lograr estas obligatorias premisas, se plantea de entrada si el concurso de una tercera parte de confianza del artículo 25 de la Ley

34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico (LSSI) es imprescindible o no.

La respuesta es sencilla. De las tres obligaciones normativamente establecidas, dos son de notificación: la puesta a disposición de la información precontractual y del ejemplar del contrato formalizado. Difícilmente se obtendrá una prueba robusta del cumplimiento de las mismas sin el concurso de la figura regulada en el artículo 25 de la LSSI. Si no se quiere que la acreditación

Se debe ser transparente en los procesos de contratación electrónica y velar por que los procedimientos operativos de este tipo de contrataciones protejan a los clientes, tal y como está siendo demandado por la normativa impuesta por las directivas europeas. La Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo es clara en este sentido y recoge de forma expresa cómo debe hacerse la contratación a distancia si se quiere velar por los derechos de los consumidores.

del cumplimiento de estas obligaciones quede en una mera declaración del empresario emisor del contrato, el concurso de las tercerías deviene imprescindible.

En relación con la tercera de las premisas normativamente establecidas, sobre la emisión de un acto de voluntad sobre un texto concreto, la intervención de tercerías es, si cabe, más importante aún. Si tenemos presente que la emisión del acto de voluntad se produce sobre un texto que se visualiza en pantalla, ¿qué van a hacer aquellos emisores de contratos que aborden el proceso de contratación de una forma unilateral

—esto es, sin una solución de tercería— cuando los clientes digan que ellos emitieron un acto de voluntad respecto a un texto distinto?

Si se trata de perfecciones con firma manuscrita digitalizada y, ante una impugnación, se requerirá de un cotejo contra firma indubitada, ¿cómo van a considerar los órganos judiciales y administrativos que la firma que unilateralmente custodia el emisor del contrato es indubitada? Si se trata de perfecciones mediante remisión de contraseñas de un solo uso, quienes así aborden los procesos de contratación ¿qué van a decir cuando el cliente receptor del contrato diga que no ha sido él quien lo ha firmado y que ha sido el empresario emisor del contrato quién lo firmó?

En definitiva, en mi opinión, el debate sobre la necesidad o no del concurso de terceras partes de confianza debería ser una cuestión superada. Hay muchos motivos y de mucho peso que ponen de manifiesto la imprescindibilidad del concurso de las mismas para una contratación robusta desde un punto de vista probatorio.

Antes de entrar en el análisis del segundo de los factores, cabe poner de manifiesto que dentro de las garantías específicas de formalización, el tercero de confianza debe configurar mecanismos de firma electrónica que cumplan con la normativa de firma electrónica vigente en cada momento;

a día de hoy y de acuerdo con lo establecido en la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica. Logalty aporta a las partes distintos sistemas de firma: firmas manuscritas digitales de trazo basadas en biometría que pueden ser consideradas como firmas electrónicas avanzadas; contraseñas de un solo uso remitidas a dispositivos móviles disociando canales para dar mayor validez a la prueba de perfección; otros mecanismos como el uso de la voz o la utilización de certificados reconocidos.

El reto para Logalty como tercero de confianza que da plena garantía a la contratación electrónica



fue importante, conseguirlo fue determinante para poder responder a la pregunta de si estamos preparados; **la respuesta es sí, lo estamos**. Logalty genera y custodia las pruebas que ofrecen a las partes —en una contratación electrónica— todas las garantías referidas hasta aquí y de forma robusta.

PROCESOS OPERATIVOS

En segundo lugar, **¿qué debe ser tenido en cuenta en los procesos operativos para llevar a cabo la contratación electrónica?**

En mi opinión se deben considerar dos aspectos fundamentales. Por un lado, (i) velar desde la propia operativa por el cumplimiento de las normas que sean de aplicación en cada caso para no perder eficacia probatoria de las pruebas electrónicas generadas por falta de cumplimiento normativo y, por otro lado, (ii) trasladar correctamente al ámbito electrónico toda la funcionalidad operativa que se dispone en el ámbito presencial sin pérdida de garantía alguna para los clientes ni para los empresarios.

Además, se debe ser transparente en los procesos de contratación electrónica y velar por que los procedimientos operativos de este tipo de contrataciones protejan a los clientes, tal y como está siendo demandado por la normativa impuesta por las directivas europeas. La Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo es clara en este sentido y recoge de forma expresa cómo debe hacerse la contratación a distancia si se quiere velar por los derechos de los consumidores. En España, ya desde la Circular 5/2012, de 27 de junio, de Banco de España, se establece el principio de transparencia en la prestación de los servicios bancarios, o más recientemente la Ley 3/2014, de 27 de marzo, que modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y que regula en profundidad las contrataciones entre ausentes.

Conviene indicar que la plataforma tecnológica que se utilice para prestar los servicios de tercería debe estar preparada para cumplir con los requisitos legales y operativos establecidos y responder a las necesidades de rendimiento y disponibilidad (pérdida de datos cero) que son requisitos mínimos, que no máximos, para cualquier solución que soporte servicios tan críticos como aquellos a los que nos referimos.

Además, se debe ser muy cauteloso cuando se abordan procesos de contratación electrónica. Las funcionalidades deben estar diseñadas de tal forma que el paso de la contratación presencial a la electrónica no sea disculpa para la pérdida de ninguna garantía jurídica de las partes que intervienen. Procesos de contratación multicanal, con operativas de multifirma, multinterveniente y multidocumento deben estar perfectamente definidas para que posteriormente, ante cualquier proceso impugnatorio o de supervisión por el regulador, la prueba que se ha generado y cus-



Se debe ser muy cauteloso cuando se abordan procesos de contratación-e. Las funcionalidades deben estar diseñadas de tal forma que el paso de la contratación presencial a la electrónica no sea disculpa para la pérdida de ninguna garantía jurídica de las partes que intervienen. Procesos de contratación multicanal, con operativas de multifirma, multinterveniente y multidocumento deben estar perfectamente definidas para que posteriormente, ante cualquier proceso impugnatorio o de supervisión por el regulador, la prueba que se ha generado y custodiado en la Tercera Parte de Confianza pueda ser fácilmente aportada.

todiado en la Tercera Parte de Confianza pueda ser fácilmente aportada.

SEGURIDAD TECNOLÓGICA

En tercer y último lugar, **¿cuáles son los elementos a considerar relacionados con la seguridad tecnológica en la contratación electrónica para que ésta sea segura?**

Es imprescindible que los procedimientos,

procesos, actores y mecanismos que deben acompañar a la tecnología se utilicen y se diseñen correctamente para que las pruebas sean válidas; la tecnología debe ayudar a asegurar la eficacia probatoria.

Los dispositivos tecnológicos para recabar firmas manuscritas de trazo están ya preparados para ayudar a cumplir con las premisas probatorias comentadas. Los programas que deben capturar los trazos biométricos: velocidad, presión, ángulos de los desplazamientos y todos aquellos otros factores necesarios, ya están preparados. Los

algoritmos matemáticos que permiten comparar datos estáticos y dinámicos también están disponibles. La buena experiencia de usuario, clave para que se extienda la firma manuscrita digital, es similar a la actual en papel y esto es esencial para reducir la resistencia al cambio.

Ahora bien, conviene dejar claro que no vale cualquier dispositivo, no vale cualquier programa de captura, no vale cualquier algoritmo de comparación (la mayoría sólo comparan valores estáticos), no vale cualquier diseño hacia el usuario y no vale utilizar cualquier proceso operativo. Conviene indicar que la plataforma que se utilice para prestar los servicios de tercería debe estar preparada para cumplir con los requisitos legales y operativos establecidos y responder a las necesidades de rendimiento y disponibilidad (pérdida de

datos cero) que son requisitos mínimos, que no máximos, para cualquier solución que soporte servicios tan críticos como aquellos a los que nos referimos.

Por todo ello, y en respuesta a la tercera pregunta, **la tecnología también está preparada.**

Considero importante destacar una de las principales conclusiones a las que se llegó en el Foro de las Evidencias Electrónicas celebrado el pasado 9 de julio. En la mesa donde participaron magistrados, fiscales y procesalistas se indicó que *“en relación al valor probatorio de las comunicaciones, para dar certidumbre a las comunicaciones electrónicas, es imprescindible la intervención de una tercera parte de confianza”*.

El camino ya está marcado, la prueba electrónica ya está aquí y ha llegado para quedarse. Además, a través de la contratación electrónica se consigue una mayor eficiencia en los procesos, ahorros de costes significativos y una reducción del riesgo operacional. También se mejoran los procesos de venta y, en la práctica, se vende más y mejor. Si la contratación se hace con tabletas y firma manuscrita digital, se permite que el usuario no tenga que cambiar sus hábitos, obteniéndose una seguridad jurídica equiparable e incluso superior a la de la firma manuscrita en papel. ■

JOSÉ MANUEL OLIVA
Director General
LOGALTY