

# **Inmediación notarial y nuevas tecnologías. Una visión europea**

# Inmediación notarial y nuevas tecnologías. Una visión europea

Adelanto Especial de N° Extraordinario



Autor: **José M. García Collantes** | ([ver bio](#))

**Resumen:** Desde hace tiempo se nos vienen planteando a los notarios dos interrogantes: ¿Es posible nuestra intervención sin presencia física ante nosotros? ¿En qué medida pueden las nuevas tecnologías ser utilizadas para ello? Es necesario examinar sus posibilidades y sus límites a la luz de las novedades que vienen de Europa. Rectamente entendidas, pueden ser una buena oportunidad para actualizar la función notarial y abrir nuevos cauces a la contratación a distancia.

**Palabras clave:** intervención notarial; nuevas tecnologías; digitalización; videoconferencia; intermediación.

# 1. Introducción

El tema que vamos a tratar seguidamente tiene una extraordinaria actualidad debido precisamente al COVID-19. La pandemia está ampliamente extendida por el planeta y gran parte de él está o ha estado sometida a estricto confinamiento. Se fomenta el teletrabajo y se reduce la presencia física a lo absolutamente imprescindible. Y la sociedad mira a los notarios y nos pregunta si nuestra función sigue exigiendo ineludiblemente la presencia física o si no disponemos de un sistema que nos permita seguir prestando nuestro servicio –que, no olvidemos, es público– a través de la red.

Y es en este contexto en el que surge, en el mes de abril de este año 2020, una propuesta del [Consejo General del Notariado de España](#) al Gobierno de la Nación en la que se plantea un programa completo y ambicioso de desarrollo tecnológico, en el que, entre otras cosas, se contempla la posibilidad de que una serie de negocios jurídicos pueda ser autorizada por notarios sin exigir la presencia física ante el notario o, mejor dicho, sustituyendo esta por un sistema de comparecencia mediante videoconferencia. El caso no es aislado, pues, en Francia, su Gobierno, como consecuencia de la epidemia, ha admitido con carácter general –si bien temporalmente mientras dure la enfermedad– la posibilidad de que los notarios autoricen documentos mediante videoconferencia ([Decreto 2020-395 de 3 de abril](#) autorizando la escritura notarial a distancia durante el período de urgencia sanitaria).<sup>[1]</sup> En realidad, ambas iniciativas son una consecuencia mediata de una tendencia que está ya firmemente asentada en la legislación de la Unión Europea y que tiene su exponente principal en la [Directiva de Digitalización Societaria UE 1151/2019](#) de 20 de junio del Parlamento y del Consejo, que impone a los Estados miembros la obligación de establecer un sistema de constitución de sociedades y creación de sucursales íntegramente “en línea”, incluso si la constitución de la sociedad o la creación de la sucursal se ha de realizar ante notario.

Ante todo esto, es lógico que todo notario sensato se pregunte ¿qué sucede entonces con nuestro irrenunciable principio de intermediación? Dejemos la respuesta para más adelante y concentrémonos antes en el examen concreto de los términos en los que se desarrollan tanto la propuesta española como la directiva comunitaria que acaban de ser aludidas. No nos detendremos en la reforma francesa pues, debido a su carácter temporal y transitorio y a su precipitada elaboración, no es fácil que se perpetúe, al menos en los términos concretos en los que ha sido establecida.

## 2. La Directiva UE 1151/2019 de 20 de junio de la Unión Europea

Aclaremos, en primer término, que las directivas son leyes que emanan directamente de los órganos legislativos de la Unión Europea y que son de transposición obligatoria para todos los Estados miembros, los cuales tienen un plazo para incorporarlas a sus legislaciones nacionales. Al hacer esa transposición o incorporación, los Estados pueden adaptar la directiva a sus peculiaridades nacionales, pero en ningún caso pueden alterar o variar las líneas que la directiva ha marcado.

Aclarado esto, digamos que la [directiva](#) que vamos brevemente a comentar es el final de un largo proceso que comenzó siendo una amenaza para los notariados de la Unión Europea y que, sin embargo, ha acabado siendo una magnífica oportunidad de recuperar competencias en materia societaria por parte de aquellos notariados europeos que no disponían de ellas. En efecto, el origen de la actual directiva se encuentra en una propuesta presentada en el año 2014 (la denominada [propuesta de directiva SUP](#)) en la cual se pretendía establecer un sistema de constitución de

sociedades íntegramente telemático, “en línea”. Para ello, se creaba un proceso que, básicamente y simplificando un poco, disponía la necesidad de que en todos los registros de comercio centrales de cada Estado de la Unión debieran existir formularios multilingües de constitución de sociedades a disposición de los ciudadanos de la Unión Europea. Estos entraban en las “webs” respectivas identificándose con sus certificados de firma electrónica, rellenaban el formulario elegido, lo enviaban al registro de comercio del Estado en el que pretendían domiciliar su sociedad y el proceso quedaba terminado y la sociedad, inscrita y existente.

Indudablemente, el proceso era sencillo y barato y simplificaba y facilitaba el proceso constitutivo de una sociedad. Pero también era extraordinariamente peligroso: ponía en funcionamiento a nivel comunitario un instrumento tan complejo como un ente societario -persona jurídica- sin ningún tipo de control previo de identificación o de capacidad del fundador, por ejemplo, bastando para ello la simple utilización de un certificado de firma electrónica ordinario, olvidando las limitaciones que toda firma electrónica lleva consigo y sin caer en la cuenta, además, de que hoy día el robo de identidad digital es, desgraciadamente, algo frecuente y habitual. Es evidente que tal sistema de constitución terminaba con la presencia notarial en los países en los que esta era necesaria. En concreto, son trece los Estados (de los veintisiete que componen la Unión) que requieren la intervención notarial en la constitución de sociedades. Tales Estados representan el 65% de la población de la Unión Europea.

La reforma proyectada suscitó fuertes críticas negativas en amplios sectores de la Unión. Desde un punto de vista estrictamente jurídico, fueron dos los puntos en los que se centró la crítica.

En primer término, la insuficiencia de la identificación. En efecto, acudir a un sistema como el proyectado supone desconocer los límites de la firma electrónica. Como todos sabemos, la firma electrónica implica que, en un determinado momento, a un ciudadano -que en ese momento sí se ha identificado debidamente- se le ha dado un dispositivo de firma. Pero no significa que, con posterioridad, cada vez que lo utiliza esté en su sano juicio, tenga capacidad para emitir una determinada declaración de voluntad, comprenda lo que está firmando o que sea él quien está poniendo en funcionamiento ese dispositivo. Le pueden haber robado la tarjeta y alguien que conozca las claves la puede estar utilizando o incluso puede ser que el titular haya fallecido.

En segundo lugar, la crítica acentuó los efectos perniciosos que para la existencia un registro de comercio creíble y fiable tenía la ausencia de controles en la constitución de sociedades. Recordemos algo que es esencial: la fiabilidad y credibilidad de los datos contenidos en un registro de comercio depende fundamentalmente de la fiabilidad y credibilidad de la fuente que los alimenta. De ahí la importancia de establecer en la constitución de sociedades -y en cualquier otro negocio jurídico susceptible de inscripción registral- un filtro previo, una autoridad -como los notarios- que garantice que los datos que van a ser inscritos son creíbles y fiables.

Finalmente, esta propuesta de directiva no prosperó y se olvidó. Pero volvió de nuevo en el año 2016, aunque sobre bases bastante distintas y mucho más cautelosas. Fue determinante para el cambio de actitud una serie de escándalos financieros que se habían producido en algunos países comunitarios que habían permitido la creación de sociedades sin rigor ni control alguno. Paradigmático fue el caso de las sociedades Envestio y Kuetzal. Se trataba de dos sociedades constituidas conforme a la legislación de Estonia. En este país no se exige notario ni autoridad alguna en el momento constitutivo, que se puede hacer telemáticamente desde el propio ordenador del fundador. Ambas sociedades captaban recursos entre ahorradores del mundo entero con el fin de dedicarlos a proyectos empresariales y pequeños préstamos, que se anunciaban como muy rentables. Pero nada había detrás, salvo un engaño de considerables proporciones y con total opacidad de sus promotores. De ahí que la nueva propuesta de 2016, que, tras el correspondiente trámite legislativo se convirtió en la [Directiva 1151](#), fuera más matizada.

La nueva norma se apoya en tres pilares fundamentales: digitalización, compatibilidad y seguridad. La **digitalización** implica que es obligatorio establecer en todos los países de la Unión un procedimiento de constitución societaria y creación de sucursales que pueda ser desarrollado íntegramente “en línea”. La **compatibilidad** significa que lo anterior no supone que hayan de desaparecer los sistemas europeos que imponen un control preventivo notarial en la creación de sociedades. Es más, la directiva admite y favorece tal control con tal de que se realice en línea. Es el principio de respeto a las tradiciones jurídicas de cada país. La **seguridad** supone que el legislador comunitario no quiere que la agilidad de los procedimientos telemáticos se consiga a costa de perder garantías, por lo cual opta por elevar los niveles mínimos de control en materia de identificación, capacidad jurídica y legitimación de los otorgantes, legalidad del objeto y la denominación, fiabilidad de la información de los registros, lucha contra el fraude y el “pirateo empresarial” (sic), lo cual constituye una magnífica oportunidad para aquellos notariados que carecen de competencias en materia societaria para ofrecer sus servicios y cubrir así los huecos de seguridad que la nueva norma exige.

Es muy significativo, en el sentido apuntado, que la directiva admita que los Estados pueden acudir, cuando existan sospechas de falsificación, a controles electrónicos complementarios de identidad, capacidad y legalidad aludiendo expresamente a las “videoconferencias u otros medios en línea que ofrezcan una conexión audiovisual en tiempo real”.

Conviene remarcar, finalmente, que la directiva menciona expresamente a lo largo de su articulado a los notarios, reconociéndoles su papel de garantes de la seguridad jurídica preventiva.

La directiva otorga a los Estados un plazo de transposición o incorporación obligatoria de sus principios a las respectivas legislaciones nacionales: dos años más uno de prórroga. Es decir, países como España, que exigen la constitución societaria ante notario, tendrán que desarrollar en el indicado plazo un sistema de creación de sociedades en el cual la intervención notarial sea ejercida telemáticamente. Advertamos que el procedimiento en línea no es excluyente sino que es compatible con que sigan existiendo los procedimientos hasta ahora vigentes en cada Estado.

### **3. La propuesta del notariado español de abril de 2020**

Como decíamos al principio, en el mes de abril del presente año y siguiendo la estela marcada por la directiva societaria, el Consejo General del Notariado de España presentó al Gobierno de la Nación un sugestivo paquete de medidas tendentes a ofrecer la posibilidad de que determinados negocios jurídicos pudieran ser otorgados ante notario pero sin necesidad de presencia física ante el mismo, acudiendo a medios alternativos y singularmente a la videoconferencia. El programa ha tenido una notable repercusión en los medios de comunicación más importantes y se encuentra actualmente en estudio en el Ministerio de Justicia.

En principio, teniendo en cuenta el carácter experimental, tal sistema no se ofrece con carácter general sino que queda limitado al otorgamiento de negocios jurídicos que no impliquen contraposición de interés entre las partes intervinientes. En ese sentido, queda limitado a actos unilaterales (especialmente poderes y sus revocaciones, cancelaciones de garantías, etc.) o plurilaterales pero en los que no existe contraposición de intereses inicial (principalmente sociedades).

Es la videoconferencia (con unos mínimos “estándares” técnicos de seguridad) el medio a través del cual se produce la comunicación entre notario y ciudadano, y, lógicamente, el aspecto más problemático está centrado en los medios a través de los cuales se ha de producir la identificación

del compareciente por parte del notario. Ningún problema habrá cuando el notario lo conozca. En caso contrario y teniendo en cuenta que la identificación se ha de hacer telemáticamente, se ha pensado en reforzar los niveles de seguridad de los certificados digitales de firma electrónica; en primer término, exigiendo el nivel máximo de seguridad en los certificados de firma electrónica de entre los tres admitidos por la reglamentación europea en la materia: la denominada firma electrónica reconocida. Pero no creemos que eso sea suficiente. Habrá que comprobar que la imagen que aparece en la pantalla coincide con otra indubitada extraída del medio de identificación utilizado. En este sentido, nuestra propuesta es la de exigir documentos de identificación que incorporen un *chip* con la imagen del titular. Los actuales documentos de identidad españoles, los futuros documentos de identidad europeos y determinados pasaportes biométricos ya lo hacen. Sobre este supuesto, se trataría entonces de desarrollar una aplicación que permitiera acceder telemáticamente a la base de datos del Ministerio del Interior (o a una base de datos interna del notariado), confrontando ambas imágenes y descubriendo así cualquier posible falsificación documental.

El resto del procedimiento no será muy diferente del presencial. Notario y compareciente se conectarían a través de sus respectivos ordenadores. El compareciente indicaría su voluntad al notario. Este redactaría el documento y lo firmarían con su firma electrónica otorgante y notario. El notario lo traspasaría a papel y lo conservaría en su protocolo ordinario y expediría una copia autorizada electrónica al otorgante. La posibilidad de formar un protocolo electrónico también puede ser considerada, por supuesto, pero se trata de un problema diferente.

## 4. El principio de intermediación notarial y las nuevas tecnologías

Todos hemos estudiado en nuestros libros y hemos aprendido de nuestros maestros que la función notarial descansaba en la observancia estricta de una serie de principios configuradores de la misma. Estos principios eran los de rogación, control de legalidad, consejo y asesoramiento, redacción e **intermediación**. Este último principio exige del notario la intermediación a los hechos, actos o negocios jurídicos que documenta de manera que la fe pública garantiza, ante todo, la exactitud de los hechos que el notario ve, oye o percibe por sus sentidos.

La gran pregunta es ¿sigue vigente este principio en una comparecencia telemática como la que estamos proyectando? Y la respuesta no puede ser otra que la positiva. Es indudable que a través de una pantalla es más imperfecto el sistema de comunicación entre personas pero también lo es que nos permite desarrollar una conversación larga con quien está al otro lado de la misma y apreciar su capacidad, entender su voluntad y cerciorarnos de que comprende el contenido del documento que va a ser autorizado por nosotros notarios. No se suprime, aunque sí se matiza, el principio de intermediación.

El notariado tiene ocho siglos de existencia y ha sabido en todo momento adaptarse a los signos de los tiempos. Y la sociedad actual nos está pidiendo este nuevo paso. Es evidente que todos seguiremos prefiriendo una comparecencia presencial, pero no olvidemos que el sistema de videoconferencia difícilmente se convertirá en regla general.

En cualquier caso, el objetivo de estas líneas es el de exponer lo que ahora mismo está sucediendo en España y en la Unión Europea. El futuro inmediato irá marcando el ritmo de reformas que, ahora mismo, no son aún definitivas. A partir de ahí, cada notariado nacional y, en especial, el notariado argentino han de obrar conforme a lo que la situación de cada sociedad demande en cada momento,

que no tiene por qué suponer la aceptación acrítica de cualquier iniciativa que venga de fuera.

No olvidemos finalmente que las posibles reformas, caso de acometerse, habrán de ir acompañadas, e incluso estarán determinadas, por los instrumentos técnicos de los que cada notariado disponga y necesite: ineludiblemente, un único sistema de comunicación o red privada virtual (VPN notarial), una plataforma telemática también única, una firma electrónica notarial dotada de los más exigentes niveles de seguridad (firma electrónica notarial reconocida, en la terminología usual), fundamentalmente. Y todo ello proporcionado preferentemente por un centro tecnológico propio del notariado, que en España es la ANCERT ([Agencia Notarial de Certificación](#)), sociedad de responsabilidad limitada cuyo único socio es el Consejo General del Notariado.

## Notas

<sup>[1]</sup> [N. del E: los hipervínculos a normativa online dirigen a fuentes oficiales; última consulta en todos los casos: 25/6/2020].