



REVISTA LEX MERCATORIA
ISSN 2445-0936



Vol. 18, 2021. Artículo 6
DOI: 10.21134/lex.vi18.1445

PROPUESTA DE ADAPTACIÓN DE LA DIRECTIVA DE DIGITALIZACIÓN 2019/1151 A LA VISTA DEL DERECHO COMPARADO

Segismundo Álvarez Royo-Villanova

Notario de Madrid

La Directiva (UE) 2019/1151 de 20 de junio de 2019 modifica la Directiva (UE) 2017/1132 tiene dos objetivos: permitir la creación de sociedades y sucursales en línea y “facilitar información exhaustiva y accesible sobre las sociedades” también a través de medios electrónicos, ampliando la información que debe proporcionarse gratuitamente y mejorando la interconexión entre registros. Aunque me ocupo aquí solo del primero, no hay que olvidar que el acceso público y gratuito a la información fundamental del Registro Mercantil -sobre todo si fuéramos capaces de ofrecerla en inglés- sería una gran mejora de la competitividad de nuestro sistema jurídico mercantil.

La Directiva no define expresamente lo que es constitución en línea, pero su concepto se deduce del considerando 15, y de los artículos 13.octies.1 y 13.undecies: lo que se exige es que el sistema permita la constitución de una sociedad sin necesidad de presencia física ante ninguna autoridad ni de presentación en papel de documentos. A partir de ahí deja libertad a los Estados Miembros para mantener sus sistemas.

A diferencia de la propuesta de Societas Unius Personae (COM(2014) 212), que preveía una sociedad unipersonal con un tipo propio y único en la UE, la Directiva solo quiere que los Estados miembros permitan la constitución en línea de sociedades nacionales. Esto supone por una parte, que no hay armonización del Derecho de sociedades: cada Estado miembro tiene sus propias normas sobre los distintos tipos de sociedades y su funcionamiento interno que no se ven afectadas por esta Directiva¹.

Por otra, que se respetan también las formalidades que se exigen en cada Estado miembro, con el único límite de que deben permitir la constitución y presentación de documentos sin presencia física de los interesados en línea ante una autoridad. Así resulta del art. 13. quater.1, que expresamente se refiere al respeto de que los sistemas nacionales “designen a cualquier persona u organismo habilitado en virtud del Derecho nacional para tratar cualquier aspecto de la constitución en línea de sociedades”. En el número 2 se hace referencia a que no se modifican “los procedimientos y requisitos establecidos en Derecho nacional, incluidos los relativos a los procedimientos jurídicos para el otorgamiento de los instrumentos de constitución”. En el número 3 de dicho artículo se añade el respeto a los requisitos del derecho nacional “en relación con la autenticidad, exactitud, fiabilidad y credibilidad y la forma jurídica adecuada de los documentos”. El único límite, reiterado en los puntos 2 y 3 es que “sean posibles la constitución en línea, tal como se contempla en el artículo 13 undecies, y el registro en línea de una sucursal, tal como se contempla en el artículo 28 bis, así como la presentación en línea de documentos e información”.

Además, el legislador nacional puede determinar el ámbito de aplicación de la constitución en línea. La Directiva solo obliga a incluir a las sociedades limitadas y permite “la exclusión de la constitución en línea en aquellos casos en que el capital social de la sociedad se suscriba mediante contribuciones en especie.” (art- 13.octies.4). La razón de esta exclusión es que la falta de utilización de servicios bancarios puede ser un indicador de riesgo de blanqueo de capitales.

¹ Álvarez Royo-Villanova, Segismundo. “Proposal Regarding the Use of Digital Tools and Processes in Company Law: The Practitioner’s Perspective” *European Company and Financial Law Review*, vol. 16, no. 1-2, 2019, pp. 149-189. <https://doi.org/10.1515/ecfr-2019-0001>

Este esquema supone que los Estados pueden mantener sus sistemas sustantivos y formales de constitución de sociedades, y en particular la intervención notarial en dicha constitución. La Directiva (art 13. quater.1) deja a salvo la intervención de *“cualquier persona u organismo habilitado en virtud del Derecho nacional para tratar cualquier aspecto de la constitución en línea de sociedades”* y el 13.octies.4, 13.nonies y 13.undecies se refieren expresamente a la actuación de los notarios. También es importante señalar que la propia Directiva reconoce que no se trata solo de respetar las tradiciones (considerando 19) sino de mantener las garantías que ofrece la intervención notarial, pues como el considerando 20 explica el fundamento de esta intervención es *“combatir el fraude y el pirateo empresarial, y ofrecer garantías sobre la fiabilidad y la credibilidad de los documentos e información contenidos en los registros nacionales... A tal efecto, los Estados miembros deben estar facultados para requerir la participación de notarios o abogados en cualquier fase de los procedimientos en línea”*. Para evitar cualquier duda, el artículo 13.nonies insiste en que la intervención notarial se puede requerir también cuando se utilicen estatutos tipo.

Sin embargo el mantenimiento de la función notarial no puede hacerse en la forma típica hasta ahora en todo el notariado latino, que es la de la presencia física de los otorgantes ante notario para la lectura y firma de la escritura. Esta era la tradición en todos los sistemas de notariado latino, y además la exigencia estaba justificada porque el notario realizaba unas actuaciones que requerían de esa presencia: identificar a las partes, juzgar su capacidad, explicar el contenido de la escritura y asesorarlas, y finalmente recoger su consentimiento presenciando su firma. Lo que sucede es que el estado actual de la técnica

permite ya la realización de estas actividades de forma equivalente a la presencial con la utilización de medios técnicos. Es curioso que el periodo de adaptación de la Directiva ha coincidido con la pandemia, durante la cual hemos visto como muchas actividades para las que la presencialidad se consideraba esencial, desde el trabajo en la oficina a la docencia, han pasado a realizarse a través de una presencia virtual.

La directiva no solo permite mantener la intervención notarial y la considera como un medio útil para evitar el fraude sino que además da algunas orientaciones de cómo se pueden adaptar por las legislaciones nacionales. Algunos países de nuestro entorno han empezado a adaptar la Directiva, lo que también se puede tener en cuenta de cara a proponer una regulación en nuestro país.

El primer problema que se plantea es como identificar a los comparecientes a distancia, es decir sin su presencia física ante el notario con exhibición de sus DNIs o pasaportes como se hace ahora. La Directiva (art. 13.ter) obliga a los Estados a admitir sistemas de identificación electrónica que cumplan los requisitos del art. 6.1 del Reglamento 910/2014, es decir: que hayan sido establecidos por un Estado Miembro el marco de un sistema de identificación electrónica incluido en la lista publicada por la Comisión; que el nivel de seguridad de los medios de identificación electrónica sea igual o superior al nivel de seguridad exigido por el Estado miembro en general para la constitución de sociedades; que el nivel de seguridad sea sustancial o alto. Recordemos que los niveles de seguridad (bajo, sustancial o alto) vienen definidos en el art. 8 del Reglamento 910/2014. La conclusión sería que los Estados miembros deben admitir medios de identificación electrónica de otros miembros del mismo nivel que requiere para sus propios sistemas naciona-

les de identificación electrónica para la constitución de sociedades. Hay que tener en cuenta que solo existe la obligación de admitir las solicitudes de nacionales de Estados Miembros y no de terceros países.

Esto no impide a los Estados Miembros establecer requisitos adicionales siempre que respeten el principio de no presencia física. El considerando 20 se dice que *“debe dejarse a los Estados miembros el desarrollo y la adopción de los medios y los métodos para llevar a cabo esos controles”* y que *“eso incluye requerir la participación de notarios o abogados en cualquier fase de los procedimientos en línea”*. El considerando 22 habla concretamente de *“controles electrónicos complementarios de identidad ... que pueden incluir, entre otros, videoconferencias u otros medios en línea que ofrezcan una conexión audiovisual en tiempo real.”* Este control complementario puede considerarse conveniente porque la identidad digital, que se acredita a través de la firma electrónica, se basa en un archivo informático entregado a una persona que lo activa a través de una contraseña. Esto supone que cualquier persona que haya conseguido esos elementos (el programa o tarjeta para aplicar la firma y el PIN o contraseña) puede suplantar la personalidad del firmante.

Por esta razón, los Estados con sistema notarial que están en proceso de trasponer la Directivas han optado por requerir esos controles complementarios.

En Italia se ha aprobado el pasado 20 de abril una Ley de Delegación mediante la cual el Parlamento delega en el Gobierno la adaptación de la Directiva, pero señalando en el artículo 29 los cri-

terios que debe respetar esa regulación. Uno de ellos es la exigencia de *“escritura pública autorizada mediante el uso de una plataforma que permita la videoconferencia y la firma del documento con firma electrónica reconocida.”* Aunque no se refiere expresamente a la actuación complementaria de identificación por el notario, parece evidente que al exigirse la escritura y realizarse ésta a través de videoconferencia, el notario realizará también personalmente el control de identidad con base en los documentos presentados.

Más precisa en este aspecto es la regulación Checa en trámite de aprobación en la actualidad, que se realiza a través de un cambio de la Ley notarial. En ella se prevé que el notario acceda al registro Administrativo en el que constan los DNI de los nacionales checos, con su fotografía, de manera que el notario está obligado a comprobar la coincidencia de la apariencia de la persona que participa en la videoconferencia con el titular de la identificación aportada.

Alemania ha aprobado la Gesetz zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie, (DiRUG) en febrero 2021², si bien entrará en vigor el 1 de agosto de 2022 para permitir las adaptaciones técnicas necesarias. Esta norma limita el procedimiento a las sociedades equivalentes a las sociedades de responsabilidad limitada (GmbH) y solo cuando la aportación de capital sea en efectivo. La actuación notarial tradicional se realizará a través de videoconferencia, de manera que se conserve el procedimiento presencial notarial –aunque sea una presencia a distancia por videoconferencia-. Los notarios desarrollarán una aplicación centralizada a través de la Bundesnotarkammer (Cámara Federal de Notarios) que permita llevar a cabo la

2 FROMM, B.H. Draft Bill: Digitization in Corporate Law.

<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=b46d7f88-06c5-481a-a605-4a3fdbb8c83e>

actividad notarial por medio de la videocomunicación. Desde el punto de vista de la identificación, se prevé que se haga con la comprobación del notario del documento identificativo con fotografía del interesado, por tanto completando la identificación que confiere la firma electrónica.

En relación con el control de capacidad, la Directiva también exige (art. 13.octies.3.a) que los Estados Miembros determinen “*los procedimientos para garantizar que los solicitantes tienen la capacidad jurídica necesaria y el poder para representar a la sociedad*”. Los problemas que plantea son semejantes a los de la identidad pero hay que insistir en que comprobar la identidad no garantiza la capacidad. El que una persona haya obtenido un sistema de firma electrónica no garantiza que en el momento de contratar tenga la misma capacidad que tenía cuando se le concedió.

De la norma se deduce que la capacidad tiene dos vertientes. Por una parte la capacidad de la persona física, pues como dice el considerando 22 “*el concepto de capacidad jurídica debe entenderse que incluye la capacidad de obrar*.” Para ello es evidente que el mejor sistema para comprobarla es la interacción directa del notario con el otorgante, que es perfectamente posible realizar a través de un sistema de comunicación a distancia como la videoconferencia que se prevé también para el control de identidad.

En Italia, a pesar de lo escueto de la delegación, resulta claro que la necesidad de escritura pública y de videoconferencia implica el juicio de capacidad por parte del notario, como sucede expresamente en Chequia. En Alemania se prevé expresamente esa interacción a través del sistema de videoconferencia implantado por la Cámara Federal del Notariado y el control de capacidad a través de la misma.

En el caso de las personas jurídicas, además de la capacidad de obrar del representante hay que controlar la regularidad de la representación. La comprobación a distancia no plantea en principio problemas insolubles en el Estado actual de la técnica pues se podrá acreditar telemáticamente bien accediendo al Registro Mercantil (cuando se trate de cargo o poder inscrito) o mediante la remisión de documentos electrónicos con firma reconocida. En la legislación comparada no se introducen normas especiales sobre esta materia pues, como sucede en España, la normativa ya permite la presentación de documentos electrónicos con el valor de originales. Sin embargo, debería aprovecharse la reforma para permitir a los notarios expedir copias electrónicas a los interesados y no solo a otros notarios y administraciones como sucede en la actualidad.

Además de estas adaptaciones hay que tener en cuenta que otros Estados con notariado latino han tomado medidas para permitir el otorgamiento a distancia, no en relación con la Directiva sino con carácter general. En Francia se permite el otorgamiento de poderes a distancia tras la Ley 2020-14222 de 20 de noviembre de 2020. Se exige un sistema de comunicación que garantice el control de identidad y la integridad y confidencialidad del documento, y que implique la firma electrónica del otorgante y del notario, remitiéndose en cuanto al sistema tecnológico a lo que apruebe el Consejo Superior del Notariado. En Bélgica la Ley de 30 de abril permite también los poderes a través de videoconferencia, que se desarrollará siguiendo las reglas generales de los documentos notariales, y previa identificación a través de un documento de identidad digital.

Todo lo anterior nos permite dar ciertas orientaciones para la regulación en nuestro país. La primera es que la opción más razonable es mantener

el sistema de seguridad jurídica vigente. Aunque es posible que se permita una constitución totalmente telemática de sociedades sin intervención notarial -como sucede ya en los Estados que no tienen un sistema de notariado latino- no parece aconsejable. En primer lugar porque cada sistema jurídico es precisamente eso, un sistema, y cambiar una pieza del mismo puede afectar al resto. En segundo lugar porque los sistemas que ya permiten la constitución de sociedades online sin intervención notarial (como sucede en Reino Unido) han demostrado ser poco seguros. Nuestro sistema de constitución de sociedades y formalización de otros actos societarios ante notario permite una mayor certeza y seguridad respecto del contenido del registro y del control de actividades ilícitas, y parece lógico conservarlo. Lo permite la Directiva y es lo que han hecho los Estados de nuestro entorno, incluyendo también los casos en los que se utilicen estatutos tipo, pues la simplicidad de los mismos no implica que no sean igualmente necesarios los controles notariales. La cuestión es por tanto técnica, es decir de elección de los instrumentos que al mismo tiempo faciliten la constitución en línea y garanticen la seguridad que consigue la intervención notarial a través del control de la identidad, capacidad, y prestación de un consentimiento informado.

En relación al ámbito de aplicación, cabe destacar que los Estados de nuestro entorno se han decantado por limitar la intervención notarial a distancia en el ámbito de la Directiva a los supuestos de Sociedades Limitadas y a la constitución con aportaciones dinerarias, es decir lo exigido por aquella. Parece razonable empezar por un ámbito

restringido, sin perjuicio de que con la práctica se pueda ampliar posteriormente a otras sociedades y a otro tipo de documentos. Las aportaciones en especie se excluyen porque la necesidad de aportar el capital en dinero y a través de una cuenta bancaria supone un control frente a operaciones de blanqueo. En el caso de España, quizás se debería restringir la posibilidad de que la aportación dineraria se pueda declarar bajo la responsabilidad de los aportantes -que admite hoy el art. 62.2 LSC tras la reforma de 29 de diciembre de 2018- no se aplique a la constitución en línea.

En cuanto a la realización de la actuación notarial a distancia, parece conveniente que se realice en un entorno electrónico seguro y bajo la responsabilidad del notario. Esto no solo garantiza la seguridad y confidencialidad de las comunicaciones sino que los otorgantes puedan confiar en que están interactuando con un notario español en el ejercicio legal de su función. Esta es la opción de la legislación alemana y lo que se ha propuesto también por el Consejo General del Notariado español a través de la creación del portal del ciudadano.

Dentro de esta aplicación se realizarían el resto de las actuaciones notariales.

La primera sería el control de la identidad, pues hemos visto que las demás legislaciones no se conforman con la simple firma digital a este efecto. No olvidemos que la firma electrónica es un instrumento técnico para asegurar la procedencia o autoría de un mensaje, sobre la base de presuponer que dicho mensaje procede de una

3 GONZALEZ-MENESES, ALVAREZ. Documentos notariales por videoconferencia? El COVID-19 y la intermediación a distancia. <https://hayderecho.expansion.com/2020/04/17/documentos-notariales-por-videoconferencia-el-covid-19-y-la-intermediacion-a-distancia/>

persona determinada por el hecho de que la totalidad de su contenido o una parte de él ha sido cifrada aplicando una clave privada que se supone que –en teoría– sólo conoce y controla dicha persona. Por tanto el notario debe realizar

ese control complementario de la capacidad por el notario que permite la Ley. En el caso de que el otorgante haya sido identificado con anterioridad por el notario, esto no planteará problema pues el notario está obligado a escanear el DNI de los otorgantes y podrá asegurarse de la identidad comparando al compareciente con la fotografía del DNI cuyo original tiene escaneado. Es posible pensar también en la colaboración entre notarías, con autorización del otorgante, para realizar esa comprobación. La opción de la legislación checa (que el notario pueda acceder a la base de datos de los DNI nacionales) parece lo más operativo para permitir la identificación de cualquier nacional. En el caso de otorgantes extranjeros que no hubieran otorgado ningún documento en España el problema puede ser más complicado, pues aunque el interesado exhiba su documento a través de la videoconferencia no es posible en principio garantizar la autenticidad del mismo. Esto puede verse facilitado por la entrada en vigor del Reglamento (UE) 2019/1157 sobre el refuerzo de la seguridad de los documentos de identidad de los ciudadanos, ya que esos documentos podrán ser leídos por un lector de tarjeta e incorporarán la fotografía del interesado. Mientras esto se produce, es posible también desarrollar programas que realicen una comprobación de autenticidad del documento.

En relación con el control de la capacidad, el mecanismo sería la videoconferencia con el notario, con comunicación bidireccional en tiempo real: por este medio se podrían realizar consultas y asesoramientos previos, y se hará en todo caso

la lectura de la escritura por el notario, que incluirá las explicaciones y advertencias que se hacen de ordinario. De esta forma el notario comprobaría la no solo la capacidad sino también el conocimiento pleno y consentimiento al negocio. Ese consentimiento debe plasmarse en la firma electrónica por cada uno de los otorgantes del archivo electrónico que contiene el texto del documento, que deberá circular telemáticamente a tal efecto durante la misma sesión. Esta firma electrónica del documento tanto por el notario como por los otorgantes (haciendo uso de una de las firmas electrónicas reconocidas por el Reglamento UE 910/2014) se convertirá así en garantía tanto de la autenticidad como de la integridad del documento consentido. Dado que la mayoría de los españoles no disponen en este momento de una firma electrónica reconocida activa, para la constitución en línea de sociedades se podría otorgar desde la plataforma una firma electrónica de uso específico para el documento concreto. El documento final sería una matriz electrónica, con firma reconocida de todos los otorgantes y del notario.

Este sistema permitirá también al notario cumplir las obligaciones que le impone la Ley 10/2010 de prevención del blanqueo de capitales. Recordemos que respecto de toda operación y en particular en la constitución de sociedades debe realizar la evaluación del riesgo de la operación y la identificación del titular real. En el caso de actuación sin presencia física el art. 12 de esa Ley debe además en determinados requerir la presencia física y/o adoptar medidas adicionales de diligencia. De esta forma el notario seguirá realizando las mismas actuaciones que ahora: identificación, juicio de capacidad, control de legalidad, asesoramiento, recepción de consentimiento y prevención de blanqueo.

La actuación notarial permitirá también cum-

plir con las cuestiones que los Estados Miembros pueden regular de forma optativa con arreglo al art. 13.octies.4. En concreto el notario podrá seguir realizando su labor actual de control de la legalidad del documento ya se constituya la sociedad con unos estatutos especiales o con los estatutos tipo que los Estados Miembros ahora están obligados a proporcionar (art. 13.nonies). También podrá controlar la inhabilitación de los administradores en otros países a la que se dedica el art. 13.decies aunque en mi opinión hasta que no exista una armonización de causas de inhabilitación en Europa será poco útil establecer una obligación de consulta de esta materia.

El otorgamiento a distancia requiere el desarrollo de una aplicación informática que garantice un uso fácil y la máxima seguridad en la acreditación de identidad, firma electrónica y comunicaciones entre notario y usuarios, pero según informa el Consejo General del Notariado, la aplicación está ya preparada. Solo faltaría modificar la regulación notarial y en menor medida la societaria. Una adecuada regulación de esta materia, para la cual la regulación alemana puede servir de guía por ser la más detallada, no solo facilitará la constitución de sociedades limitadas sino que será también un paso para la transformación digital de la función notarial³. En el estado actual de la técnica, y por supuesto con las debidas garantías, es perfectamente posible mantener la esencia de la función aunque no haya presencia física ante el notario ni presentación de documentos en papel, que es lo que pretende la Directiva.