

Fernando Gomá Lanzón

NOTARIO DE MADRID

En relación con este punto de la ponencia sobre nuevas tecnologías:

3.- Actas para el depósito informático y para la constancia de hechos tecnológicos.

Y referido a las actas de envío de correos electrónicos, de internet, intranet, de redes sociales, en temas laborales y de soluciones en general para casos dudosos por extremos.

1.- Las de constancia del hecho del envío de un correo electrónico del interesado a un tercero.

La prevé el artículo 201 del reglamento, dentro de las llamadas comúnmente actas de envío de carta: *“El simple hecho del envío de cartas u otros documentos por correo ordinario, procedimiento telemático, telefax o cualquier otro medio idóneo podrá hacerse constar mediante acta”*

En ningún caso sería aceptable que el envío se verifique desde un correo que no fuera titularidad del requirente, entre otras razones por las de que el notario no debe permitir actuaciones que induzcan a confusión. Pero tampoco me parece perfecta, aunque el reglamento literalmente la permita, la solución de que se envíe un correo electrónico desde la propia cuenta del requirente. Y ello porque el destinatario del correo no tiene realmente medios ni posibilidad de saber que en el proceso de esa remisión de documentos vía electrónica ha intervenido un notario en el ejercicio de su función. Y eso es poco notarial, porque el notario tiene que actuar siempre *de frente*.

Además, hay una solución mejor jurídica y técnicamente como es que no sea el requirente, sino el propio notario, a través de su cuenta de correo corporativo, su correo oficial, el que envíe como

archivo adjunto la carta que se desea transmitir, haciendo constar en el mensaje del correo que se envía con su intervención, de acuerdo con el artículo 201 RN, y todo ello firmado electrónicamente con su certificado notarial de firma, cuya vigencia y atribución a su titular de la condición de notario español en activo es fácilmente comprobable por parte del destinatario del correo.

Esta solución es particularmente útil para efectuar comunicaciones a empresas en cualquier parte del mundo, aprovechando las nuevas tecnologías. Notificar a una empresa en Wisconsin, Corea del Sur o Australia, en papel, es largo, costoso muy poco eficaz y de resultado incierto. Hacerlo a través de las direcciones de correo que ellas mismas publicitan en sus web, por medio del correo corporativo notarial, firmado electrónicamente, es instantáneo y por experiencia profesional resulta además muy efectivo y nadie se extraña de ello.

Y es que en la práctica, cada vez más el verdadero domicilio de notificaciones de las empresas acaba siendo su correo electrónico, mucho más concreto, rápido y económico para notificar que un sitio físico.

En este sentido, y como curiosidad muy significativa, la Dirección General de Tributos 17 de enero de 2018) se planteó la siguiente cuestión: ¿un servidor situado en España constituye un establecimiento permanente, a los efectos del Impuesto sobre Sociedades? Pues respondió que sí, con determinadas condiciones.

2.- Actas notariales de página web de acceso libre. De lo que se ve en internet al navegar, en definitiva. El acta de constancia del contenido de una web no tiene grandes especialidades jurídicas: raramente, aunque no es imposible, pudiera afectar a los derechos a la intimidad, honor y propia imagen (ver otra comunicación efectuada sobre actas de Whatsapp).

Son muchas y variadas las posibles razones para solicitarla:

- Hacer constar que se ha convocado una junta general por medio de anuncio en la web de la compañía, con la antelación prevista en la ley.
- Reflejar un determinado contenido para evitar que posteriormente desaparezca de la web: una oferta de trabajo; la utilización indebida de la imagen del requirente, o de una

marca o nombre comercial de que sea titular; que en determinada tienda on line se ofrecen determinados productos, comentarios que se hagan por parte de internautas, etc.

Ha de reflejarse la hora, dado el peligro de cambio del contenido de esa web. Y debe hacerse desde el propio ordenador de la notaría o dispositivo móvil bajo el control del notario, en vez de que sea un ordenador o dispositivo del cliente.

Asimismo es conveniente adoptar ciertos protocolos técnicos para dotar de mayor contenido y solidez al acta. Así, se puede obtener y reflejar en el acta:

El código fuente
La ubicación del servidor
La ruta de conexión

El CGN podría elaborar un documento con instrucciones para efectuar este tipo de comprobaciones.

3.- Actas de acceso y constancia de datos de una web privada.- a la que hay que entrar por medio de claves o contraseñas. Puede ser el acceso a datos bancarios, de una empresa, o del servidor donde están alojados los correos electrónicos del solicitante.

En principio y por razones de intimidad y protección de datos de carácter personal, habrá de ser el propio titular del uso de esa web privada el que inste el acta y referido a datos respecto de los que justifique interés legítimo, valiendo mucho de lo que se ha comentado respecto de las actas de Whatsapp en otra comunicación al Congreso.

4.- Actas tecnológicas referidas a la materia laboral: actas del contenido de una intranet perteneciente a la empresa pero utilizada por el trabajador, o de correos o comunicaciones o incluso de visitas a diversas web desde el ordenador o dispositivo de la empresa, por parte de aquél.

Como reglas generales podemos decir:

La línea que ha venido defendiendo con carácter mayoritario la Sala de lo Social del Tribunal Supremo es que hay que valorar de manera diferente la situación según la empresa tenga protocolos o códigos internos que prohíban el uso de los equipos informáticos para fines personales, o no los tenga.

Si no existe esa prohibición el trabajador disfrutaría de una expectativa razonable de intimidad que anularía cualquier intromisión empresarial en estos equipos. Por el contrario, de existir un protocolo interno que prohíba usar estos equipos para cuestiones personales, el trabajador no puede aspirar a esa expectativa de intimidad y, en consecuencia, el empresario estaría legitimado para adoptar las medidas de vigilancia y control que estime pertinentes, incluida la monitorización de los equipos y la intromisión en cuentas de correo o sistemas de mensajería.

Pero esta línea jurisprudencial del Tribunal Supremo hay ahora que ponerla en relación con la reciente sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 5 de septiembre de 2017 (**sentencia Barbulescu**) en la que establece que para que sea aceptable monitorizar y controlar las comunicaciones del trabajador -desde el punto de vista del derecho a la privacidad del trabajador y del equilibrio de este derecho con el de que la empresa se prevenga contra abusos- es necesario que al trabajador se le haya comunicado, con carácter previo y de manera expresa no solamente la posibilidad empresarial de adoptar medidas de vigilancia, sino también de cómo estas se pondrán en marcha en la práctica. No basta con una advertencia más o menos genérica.

Así, por ejemplo y en aplicación de esta sentencia, RTVE hace unos dos años aprobó una norma, no sin polémica, sobre el uso de los sistemas de información que habilita a la dirección para acceder al e-mail de los trabajadores o monitorizar sus equipos y dispositivos móviles.

Esto hace que cualquier acta notarial a partir de la sentencia deba tener unos estándares de exigencia para apreciar el interés legítimo más altos que antes. Al notario, por tanto, deberá no solamente manifestarse, sino acreditarse, que esta comunicación se ha verificado, así como manifestar y argumentar la proporcionalidad de la medida y los motivos concretos que justifiquen la vigilancia y monitorización.

La cuestión no queda ahí desde el punto de vista de la jurisprudencia, porque el TS, en sentencia de 8 de febrero de 2018 y en recurso de casación para unificación de doctrina, concluye que los criterios enunciados en el caso Barbulescu por el TEDH son perfectamente compatibles y coherentes con los tres principios que ya era tradicionales de la doctrina constitucional española (idoneidad, necesidad y proporcionalidad).

En el caso concreto tratado por el TS, se consideró aceptable por parte de la empresa que, tras un hallazgo casual que levantó sospechas, revisara el correo electrónico del trabajador no de modo genérico e indiscriminado, sino mediante el uso de palabras clave.

Notarialmente es un acta delicada, que se mueve en un equilibrio difícil entre los derechos reconocidos en el artículo 18 de la Constitución (intimidad y secreto de las comunicaciones), y los del empresario de adoptar adecuadas medidas de control del cumplimiento de las obligaciones de sus trabajadores, recogidos en el Estatuto de los Trabajadores.

Así, e intentando guardar ese equilibrio, por una parte habrá de hacerse el registro de esos datos respetando la dignidad e intimidad del trabajador, preferiblemente en horario laboral, con la asistencia de un representante legal de los trabajadores y si es posible, la del mismo trabajador.

Pero por otra parte, no parece preceptiva ninguna comunicación previa al trabajador de que se va a verificar este acta, por el riesgo de borrado de datos por parte de éste que ello conllevaría.

5.- Actas sobre contenido en redes sociales: Twitter, Facebook, LinkedIn, Instagram, YouTube, Tik Tok y muchas más... Cada una tiene sus características propias, pero hay que intentar dar unas ideas generales:

1.- Es frecuente que parte del contenido de lo publicado en estas redes sea accesible sin necesidad de entrar en una zona restringida con contraseñas, es decir, que cualquier navegante por

internet lo pueda visualizar. De ese contenido puede levantarse acta sin más limitaciones que las del suficiente interés legítimo. Y es que en realidad es un acta estándar de página web pública.

2.- Si se trata de contenido no accesible públicamente sino entrando en una cuenta propia de esas redes, a través de claves, vale lo dicho para las actas de intranet: el requirente deberá ser el titular de esa cuenta o representante voluntario o legal con los matices y limitaciones previamente indicados.

Una vez dentro de la cuenta por haber introducido las claves, en mi opinión –y admito que es algo que admite muchas interpretaciones- se puede hacer constar cualquier contenido publicado en la cuenta propia del requirente al que desde ella se pueda acceder, por ejemplo su muro de Facebook o cuenta de twitter

Entiendo que en principio no hay un derecho a la intimidad general y excluyente por parte de terceros respecto de los contenidos que esos terceros han publicado, y estén accesibles a través de la navegación, dado que estamos hablando de redes sociales, en las que como su nombre indica todo usuario se representa que su contenido va a ser conocido por muchas personas (son plazas públicas) y de hecho es muy frecuente que en los medios de comunicación aparezcan contenidos de esas redes muy polémicos e incluso delictivos, sin que se plantee que ese contenido pertenece al ámbito de la intimidad de la persona.

Por una lógica precaución se procurará realizar la comprobación desde un dispositivo de la propia notaría y no uno proporcionado por el cliente.

6.- Casos extremos: delitos e indefensión

En caso de posible existencia de delitos en los contenidos respecto de los que se nos requiere levantar acta, la regla general es que la función notarial es extrajudicial sin posibles excepciones, toda intromisión en el área judicial, está vedada.

Con ello podríamos dar por cerrado este asunto: si se trata de cuestiones que atañen de manera más o menos clara al ámbito penal, y el notario no puede entrar en el área judicial, en este tipo de incidentes solamente podrá derivar al solicitante al juzgado o a la

policía. Pero no puede ejercer la fe pública porque es una cuestión judicial, y le corresponde al letrado de la administración de justicia.

No obstante, estimo que el asunto no está tan claro. Aunque el reglamento configura al el Notariado como el órgano genérico de la fe pública extrajudicial ni el notario ejerce en exclusiva la fe pública extrajudicial, ni es su única función. Y por otra parte, aunque la esfera judicial le está vedada, no siempre está muy claro cuáles sean los límites de esa esfera que no deben ser traspasados.

El mismo Rodríguez Adrados indica que el notario carece de competencia penal en materias que están sub iudice , de modo que si ha iniciado una actuación desconociendo esta circunstancia, en cuanto lo sepa deberá suspender su actuación y dar cuenta al juez. Pero ¿y si no hay ninguna actuación judicial en marcha sino que se trata de hechos que presumiblemente tendrán en el futuro una consecuencia penal? Pues, como decía antes, no está tan claro.

La R. 17 septiembre 1992 considera acertada la actuación del notario al negarse a constatar en acta la actuación de la actividad aduanera en relación con un cargamento de tabaco introducido ilegalmente, por ser revelador de una conducta contraria a la ley, pero señala que excepcionalmente podría haberse autorizado por causa de indefensión si hubiera sido alegada y fundamentada. En este caso además hay un matiz que lo diferencia de las actas objeto de nuestro análisis: el notario presencia en vivo y en directo cómo se desarrollan unos hechos presuntamente delictivos, mientras que en las actas de redes sociales, el hecho está ya consumado porque la publicación es previa al acta.

En primer lugar, si lo que se pretende reflejar en el acta son actuaciones que puedan constituir injurias o calumnias contra el requirente o su representado, yo creo que es perfectamente admisible con carácter general. La persecución de estos delitos no es de oficio sino a instancia de parte, y el perjudicado puede acudir al notario a hacer constar los hechos en los que basará o no su acción judicial, según su voluntad.

Pero ¿y si lo que se quiere constatar son hechos que pueden constituir otros delitos estos sí, perseguibles de oficio? Entiendo que como regla general habremos de atenernos estrictamente a los límites del artículo 1 de la ley notarial, y denegar nuestra intervención por tratarse de una materia competencia del letrado de

la administración de justicia, derivando al interesado bien al juzgado, bien a la comisaría de policía.

No obstante, creo que puede existir algún caso extremo en el que en estas materias vedadas en principio pueda hacerse una excepción, y es cuando el interesado alegue que la no actuación del notario le produzca indefensión. El mundo es cada vez más complejo y debemos actuar como notarios respondiendo a las nuevas necesidades.

Si se quisiera formalizar un acta de whatsapp, redes sociales, intranet, web, etc, en la que aparezcan indicios de delitos como coacciones, amenazas, violencia de género, bullying, acoso sexual, etc., y, una vez advertido que el ámbito adecuado para esta constancia es el juzgado, se alega indefensión, y se argumenta razonable y suficientemente, entiendo que en virtud del derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el artículo 24 de la Constitución, y del derecho a utilizar los medios pertinentes para su defensa, el acta quizá debería otorgarse, si bien con ciertas precauciones.

Esas alegaciones pueden ser muy variadas y quedarán al criterio del notario su suficiencia, desde no tener tiempo ni razonable posibilidad física de acudir al juzgado, o no poder desprenderse del móvil más que un periodo corto de tiempo, o que venga derivada la urgencia por la posibilidad del inmediato borrado del contenido que se quiere constatar ...o simplemente terror por ejemplo en casos de acoso o violencia física o psicológica .

Ahora bien, dado que en estos casos singulares se estarían reflejando en el acta hechos constitutivos de posibles delitos perseguibles de oficio, en todo caso habrá de remitirse una copia autorizada al juzgado y/o la fiscalía correspondiente. Sin excepción ni excusa, no siendo suficiente la manifestación de que el interesado requirente va a proceder a esa denuncia por sí mismo, dado precisamente el carácter excepcional de esta actuación notarial, que está en el límite de lo judicial. Actuaría el notario como auxilio judicial.

Incluso podría plantearse que, por esta gran excepcionalidad, el notario únicamente expidiera esa copia directamente para el juzgado, sin ni siquiera expedir otra para el requirente.