

ACERCA DE LOS PROCEDIMIENTOS SOCIETARIOS DIGITALES PREVISTOS EN LA DIRECTIVA UE 1151/2019

La Directiva UE 1151/2019, de 20 de junio de 2019, de 20 de junio de 2019, por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que respecta a la utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del Derecho de sociedades, va a traer a medio plazo cambios importantes en la actuación de los notarios.

El plazo de trasposición empezó a correr el 1 de agosto de 2019 y termina el 31 de julio de 2021, aunque los Estados miembros podrán prorrogarlo por un año más en caso de dificultades objetivas, notificándolo a la Comisión Europea no más tarde del 1 de febrero de 2021.

La Directiva impone a los Estados miembros el establecimiento, para la constitución y posterior modificación de las sociedades de capital o al menos de las limitadas, de procedimientos en línea, definidos por tres requisitos positivos: admitir la identificación electrónica de los otorgantes que sean ciudadanos de la UE, de conformidad con lo previsto en el Reglamento europeo 910/2014; posibilitar la presentación de documentos en formato electrónico y el desembolso en línea del capital social; poner a disposición pública un modelo del instrumento de constitución, utilizable en línea. Y por un requisito negativo: no exigir como regla general la presencia física ante una autoridad en el Estado miembro de registro.

La exigencia de presencia física debe reservarse para casos excepcionales, individualmente determinados, en que existan razones para sospechar que puede producirse un uso indebido o alteración de identidad (artículo 13 ter 4) o que los solicitantes no tienen la capacidad jurídica necesaria o el poder para representar a una sociedad (artículo 13 octies 8).

Al mismo tiempo la Directiva proclama otros dos principios que actúan en sentido opuesto al anterior: el de prevención del fraude y el abuso –con una especial referencia al blanqueo de capitales en el Considerando 37- y el de neutralidad jurídica.

En aplicación del principio de prevención del fraude y el abuso, el apartado 3º del artículo 13 octies, contiene un novedoso mandato regulatorio que obligará a algunos Estados miembros a elevar sus actuales estándares de exigencia, pues exige imperativamente que en el régimen de los procedimientos online se establezcan normas que aseguren un control sobre la identidad, la capacidad jurídica y el poder de representación de los solicitantes.

Este principio inspira el fundamental Considerando 22 de la Directiva, que contempla que los Estados miembros consideren insuficiente la mera identificación electrónica y establezcan, adicionalmente, controles electrónicos complementarios de identidad, capacidad jurídica y legalidad, mediante videoconferencia u otros medios en línea que ofrezcan una conexión audiovisual en tiempo real

Por lo que respecta al blanqueo de capitales, el Considerando 37 deja a salvo las obligaciones establecidas por las normas de Derecho europeas y nacionales, en particular las obligaciones establecidas en la Directiva anti-blanqueo UE 2015/849 relativas a la adopción de las oportunas medidas de diligencia debida con respecto al cliente en función del riesgo y para identificar y registrar al titular real de cualquier entidad de nueva creación en el Estado miembro de su constitución.

El principio de neutralidad jurídica está proclamado en el Considerando 19 de la Directiva bajo la expresión del respeto a la diversidad de tradiciones y sistemas jurídicos dentro de la UE; y se desarrolla ampliamente en el artículo 13 quater, cuyos tres apartados remiten al Derecho nacional de los Estados miembros los aspectos siguientes:

- la atribución de competencias funcionales a personas u organismos (notarios, registradores, funcionarios, jueces, abogados,...) para intervenir en los procedimientos digitales,
- la determinación de los requisitos procedimentales, con el único límite de no impedir la constitución en línea de sociedades, el registro en línea de sucursales y la presentación en línea de documentos e información
- y la determinación de los requisitos formales y los efectos de los documentos y la información, con ese mismo límite.

La Directiva no pretende, pues, inmiscuirse en los aspectos sustantivos del Derecho de Sociedades de los Estados miembros ni en sus disposiciones internas de Derecho público o privado en materia de organización jurídica, forma de los negocios jurídicos, tipos de documentos, eficacia probatoria y legitimadora de los documentos públicos, procedimientos para la creación de documentos públicos y la práctica de asientos registrales, requisitos y efectos de la publicidad registral y cualesquiera otras normas configuradoras de los sistemas nacionales de seguridad jurídica preventiva.

Tales normas se respetan, con un único límite, que es el de su compatibilidad con los procedimientos digitales tal como los configura la Directiva, con la exclusión de la exigencia de presencia física ante una autoridad del Estado miembro de registro.

A continuación esbozo mis observaciones acerca de la intervención del notario en los futuros procedimientos societarios digitales.

PRIMERA. Esta Directiva obliga a revisar algunos aspectos de nuestro sistema, por lo que se refiere a los procedimientos de constitución y posterior modificación de las sociedades de capital y sus sucursales, especialmente la exigencia de una presencia física inmediata de los otorgantes ante el notario y el modo en que circulan las copias electrónicas, pero no pone en cuestión el modelo español de seguridad jurídica preventiva, basado en un control por el notario, previo a la inscripción en el Registro Mercantil, de la identidad, capacidad y legitimación de los otorgantes, de la legalidad del contenido del negocio jurídico y de la prestación de un consentimiento libre e informado.

SEGUNDA. Conforme al artículo 13 quater 3 de la Directiva, la determinación de los requisitos y efectos de los documentos públicos y su distinción respecto de los privados incumbe exclusivamente al Derecho nacional. En España esta cuestión está regulada en los artículos 1216 a 1230 del Código civil.

El carácter público de un documento resulta de la intervención de un funcionario público y del cumplimiento de los requisitos legales, que para las escrituras públicas son los establecidos en la legislación notarial: control de identidad y de capacidad, control de legalidad, asesoramiento imparcial, control anti-blanqueo, conservación del documento, remisión de información a las Administraciones Públicas y en su caso a los órganos judiciales. No puede resultar de la mera utilización de un determinado procedimiento técnico o de modelos de documentos estandarizados.

Es, pues, absurda cualquier interpretación que, basada en una traducción defectuosa de la Directiva, pretenda equiparar el uso de los modelos previstos en ella con el otorgamiento de una escritura pública.

TERCERA. La implantación de un procedimiento en línea a cargo de los registradores mercantiles, sin intervención notarial, como se está proponiendo desde el Colegio de Registradores, además de no venir impuesta por la Directiva, toparía con dos importantes obstáculos, de orden jurídico uno, práctico el otro.

El artículo 10 de la Directiva codificada societaria 2017/1132 no ha sido modificado por la nueva Directiva objeto de trasposición. Sigue diciendo: “En todos los Estados miembros cuya legislación no prevea un control preventivo, administrativo o judicial, en el momento de la constitución, la escritura de constitución y los estatutos de la sociedad, así como las modificaciones de estos documentos, constarán en escritura pública”.

En España los registradores no realizan un control preventivo administrativo (la expresión del artículo 10 se refiere a los antiguos sistemas de “otroi”) ni autorizan escrituras públicas. Su función se limita a practicar o denegar la inscripción de los documentos que, ya creados como documentos públicos o privados, se presentan en el Registro para su publicación, previa calificación basada en el contenido del propio documento y de los asientos del registro. El registrador no tiene atribuidos los controles que, además de la intervención de un funcionario público, permiten caracterizar un documento como escritura pública (“las solemnidades requeridas por la ley”, en la dicción del artículo 1216 del Código civil): identificación real y efectiva de los otorgantes, juicio de capacidad en contacto personal que hace posible comprobar las incapacidades no declaradas por sentencia judicial, asesoramiento imparcial, control de la prestación de un consentimiento libre e informado, prevención efectiva del blanqueo de capitales. El registrador es ajeno al documento que se le presenta. Su actuación, siempre posterior al otorgamiento, no convierte un documento privado en público.

El artículo 10 de la Directiva exigiría modificar el estatuto de los registradores para atribuirles una función documental similar a la de los notarios. En el nuevo diseño de su función el registrador tendría que asumir de manera personal los muy necesarios controles electrónicos complementarios de identidad, capacidad jurídica y legalidad, mediante videoconferencia u otros medios en línea, previstos en el Considerando 22 de la Directiva, pues sin una interacción personal entre controlador y controlado no es posible una identificación suficientemente segura, ni la percepción de las incapacidades naturales y vicios del consentimiento, ni una prevención eficiente del blanqueo de capitales.

Por otra parte, resulta materialmente imposible que los actuales 142 registradores mercantiles asuman las tareas que en los procedimientos societarios realizan casi tres mil notarios. Cabe estimar, considerando la proporción que los asuntos societarios suponen en el volumen total de trabajo de las notarías en España, que serían necesarios alrededor de mil registradores mercantiles, con los correspondientes recursos humanos y materiales, para cumplir las nuevas funciones sin pérdida de las garantías que proporciona actualmente la intervención de los notarios.

La dificultad de poner en marcha la nueva demarcación dentro del plazo de trasposición, aun contando con la prórroga, resulta evidente. Lo mismo que el elevado coste de la operación. Y su escasa utilidad desde la óptica del interés general.

CUARTA. Si el legislador español decide, como parece razonable, mantener el sistema actual, con todas sus garantías para la seguridad

jurídica, la Directiva obligaría a introducir no muchas, pero importantes, modificaciones en la legislación notarial:

Uno. En primer lugar habría que establecer un procedimiento especial para el otorgamiento íntegramente digital, sin presencia física inmediata del otorgante ante el notario, de las escrituras de constitución, modificación y extinción de sociedades de capital (o sólo de las limitadas) y sus sucursales otorgadas por ciudadanos o sociedades de la UE.

Sería muy conveniente que en ese procedimiento se exigieran, además de un medio de identificación electrónica de nivel alto, los controles electrónicos complementarios, de identidad, capacidad y legalidad contemplados en el considerando 22 de la Directiva, mediante videoconferencia u otros medios audiovisuales online.

Las normas reguladoras de la videoconferencia deberían requerir la presentación de un documento oficial de identidad o pasaporte con dispositivo electrónico de almacenamiento que incluya la fotografía del titular, que podría ser distinto del medio de identificación electrónica mencionado en el párrafo anterior,

También determinarían el lugar y tiempo del otorgamiento (lógicamente los del notario) y los estándares técnicos para la videoconferencia.

De este modo se conseguiría prevenir razonablemente otorgamientos fraudulentos mediante el uso de medios de identificación sustraídos o de personas fallecidas, se podría llevar a cabo el control de capacidad exigido por la Directiva de un modo real y efectivo, es decir, atendiendo a las incapacidades naturales no declaradas, se aseguraría la prestación de un consentimiento libre e informado y se posibilitaría el cumplimiento de las obligaciones establecidas por las normas europeas y nacionales contra el blanqueo de capitales, permitiendo la continuidad del funcionamiento del excelente sistema anti-blanqueo español.

En base a esa interacción personal entre los otorgantes y el notario, aunque sea a distancia y mediada por un dispositivo electrónico, el documento notarial seguiría implicando una fuerte presunción de verdad y validez, imprescindible como fundamento de la presunción del artículo 20.1 del Código de Comercio sobre la exactitud y validez del contenido del Registro Mercantil.

Dos. En cuanto a la matriz electrónica, cabe recordar que está contemplada en la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, que estableció en la Ley del Notariado la previsión de que se introduzca cuando los avances técnicos permitan asegurar su conservación. La misma ley equiparó la matriz en papel y la matriz electrónica en cuanto a las garantías, a los requisitos

básicos y a los efectos, remitiendo al Reglamento notarial la regulación de los demás requisitos.

Pues bien, su introducción no viene exigida por la Directiva de digitalización. En el concepto que ésta define de procedimiento íntegramente online, basta con que el otorgante no tenga que comparecer físicamente ante el notario para el otorgamiento de la escritura y con que pueda hacer llegar electrónicamente al Registro mercantil todos los documentos y la información requeridos para la inscripción, igualmente sin necesidad de una comparecencia física en el Registro. En cambio es indiferente que el desarrollo del procedimiento digital quede reflejado exclusivamente en soporte digital o que se refleje también en papel, en todo o en parte, a los efectos de asegurar la conservación del contenido.

El sistema español actual de matriz en papel y copia electrónica está cubierto por la amplia remisión al Derecho nacional establecida en el artículo 13 quater 3 de la Directiva.

Nuestro legislador puede, pues, decidir libremente si introduce ahora o no la matriz electrónica.

Pero, aun cuando opte por mantener la matriz en papel, tendrá que regular la autorización y conservación del documento electrónico suscrito digitalmente por los otorgantes y el notario, así como el modo de trasladarlo o reflejarlo en papel, de modo total o parcial, literal o en relación.

Tres. En tercer lugar habría que modificar necesariamente el artículo 17 bis de la Ley del notariado, en el sentido de permitir la expedición de la copia electrónica de los instrumentos notariales para el otorgante, acompañada de la entrega a éste de un código seguro de verificación o un medio similar que haga posible la comprobación de su autenticidad accediendo al traslado electrónico de la matriz en poder del notario.

Y al mismo tiempo habría que extender a los documentos notariales la apostilla electrónica, regida por la Orden del Ministerio de Justicia JUS/1207/2011, de 4 de mayo, derogando el artículo 11 de esta norma.

Álvaro Lucini Mateo

Notario de Madrid

2020-03-02