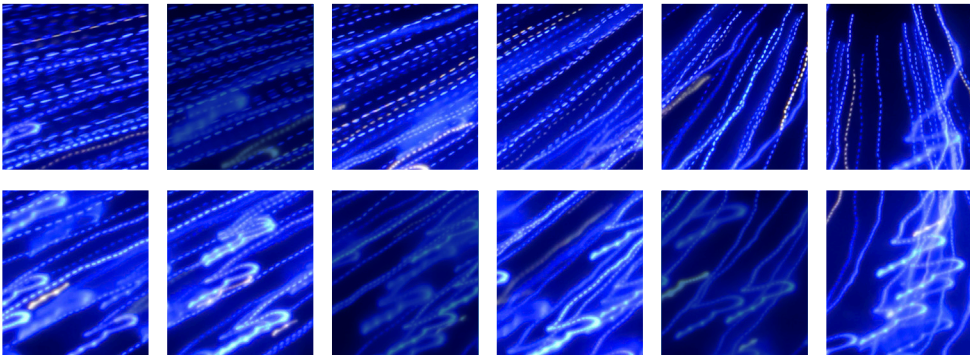




Digitalización de la función notarial e intervención a distancia

Isidoro Antonio Calvo Vidal

■ BOSCH





■ BOSCH

Digitalización de la función notarial e intervención a distancia

Isidoro Antonio Calvo Vidal

© **Isidoro Antonio Calvo Vidal**, 2020

© **Wolters Kluwer España, S.A.**

Wolters Kluwer

C/ Collado Mediano, 9

28231 Las Rozas (Madrid)

Tel: 902 250 500 – Fax: 902 250 502

e-mail: clientes@wolterskluwer.es

<http://www.wolterskluwer.es>

Edición: noviembre 2020

Depósito Legal: M-29210-2020

ISBN versión impresa: 978-84-9090-476-3

ISBN versión electrónica: 978-84-9090-477-0

Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer España, S.A.

Printed in Spain

© **Wolters Kluwer España, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Wolters Kluwer España, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

Por más que la transposición de la Directiva (UE) 2019/1151 del Parlamento Europeo y del Consejo, 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 (LA LEY 11894/2019) —en adelante, Directiva (UE) 2019/1151— a los ordenamientos nacionales¹ hubiera de suponer la incorporación de tecnologías de la información y de la comunicación en aspectos hasta el momento prácticamente ignotos para la función notarial, algunos Estados miembros, como también otros terceros Estados, ante la necesidad de mantener la prestación del servicio notarial en las situaciones de aislamiento impuestas para hacer frente a la pandemia del coronavirus COVID-19, han acelerado la puesta en marcha de algunas de tales medidas pasando, en su mayoría, por la admisión de una presencia remota o a distancia de las partes frente al notario que, en cumplimiento de las obligaciones de su función, sigue estando obligado a dar fe de la identidad de las partes, a juzgar la capacidad y legitimación de los otorgantes, a recibir e interpretar su voluntad para adecuarla a las exigencias legales, a controlar la legalidad y a asegurarse de que la voluntad de las partes se declara libremente.

1. Los Estados miembros, según el artículo 2, pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a esta Directiva a más tardar el 1 de agosto de 2021, aunque, en caso de existir especiales dificultades, podrán acogerse a una prórroga de dicho plazo de un año como máximo.

Entre las medidas puestas en marcha en los Estados miembros, cabe destacar que en Francia, según el Decreto n.º 2020-395, de 3 de abril de 2020, por el que se autoriza el instrumento notarial a distancia durante el período de urgencia sanitaria declarado con arreglo al artículo 4 de la Ley n.º 2020-290, de 23 de marzo de 2020, para hacer frente a la epidemia del COVID-19, hasta que transcurra un mes desde la fecha del cese de dicho estado, los notarios podrán autorizar los instrumentos notariales en soporte electrónico sin la presencia física de las partes.

A tal efecto, según el citado Decreto, el intercambio de las informaciones necesarias para la redacción del documento y la recogida por el notario del consentimiento o las declaraciones de las partes o de otras personas implicadas en el mismo han de llevarse a cabo por medio de un sistema de comunicación y de transmisión de la información que garantice la identificación de las partes, así como la integridad y confidencialidad de su contenido.

De manera simultánea, el notario ha de recoger la firma electrónica de las partes o personas implicadas, mediante un procedimiento de firma electrónica cualificado, entendiéndose autorizado el documento cuando el notario agregue al mismo su firma electrónica segura.

La nueva regulación va mucho más allá de lo dispuesto en el artículo 20 del Decreto n.º 71-941, de 26 de noviembre de 1971, sobre instrumentos notariales, que, a partir de su reforma por el Decreto n.º 2005-973, de 10 de agosto de 2005, contempla únicamente la figura de los otorgamientos sucesivos manifiestos, pero siempre con presencia física de las partes, aunque lo fueran ante distintos notarios.

En Austria, mediante la Ley n.º 24/2020, de 4 de abril de 2020, por la que se adoptan medidas en múltiples ámbitos para la lucha contra el COVID-19 y cuya vigencia expira el 31 de diciembre de 2020, se incorpora al Código Notarial, *Notariatsordnung*, de 25 de julio de 1871, el § 90a para disponer que cuando un negocio jurídico, una declaración o cualquier otro hecho jurídicamente relevante requieran para su validez formal una escritura pública o cualquier otro documento público o una certificación, las actuaciones notariales correspondientes

podrán llevarse a cabo utilizando los medios electrónicos de comunicación previstos en los apartados 2 y 3 del § 69b y en el apartado 9 del § 79, que habían sido añadidos al Código Notarial por la Ley n.º 71/2018, de 25 de octubre de 2018, para atender únicamente a la constitución en línea de las sociedades mercantiles.

En este texto normativo, la primera de las preocupaciones del legislador se refiere a la identificación de las partes que no comparecen físicamente ante el notario, imponiendo a este la obligación de tomar las medidas adecuadas para determinar y verificar su identidad de manera segura e inequívoca, bien sobre la base del documento oficial de identidad en un proceso electrónico de videoconferencia, bien sobre la base de un procedimiento de identificación electrónica legalmente establecido que proporcione la misma información que el documento oficial de identidad².

En cualquier caso, la responsabilidad última del cumplimiento de la obligación de identificación recae en el notario.

Por ello, cuando el notario no pudiere cumplir con el deber de identificación de las partes deberá abstenerse de autorizar el instrumento público por medios electrónicos de comunicación.

Para este tipo de otorgamientos será necesario que todas las partes se encuentren conectadas entre sí y con el notario, en tiempo real, mediante un sistema de comunicación electrónica bidireccional de imagen y audio; el instrumento se suscribirá por las partes mediante su firma electrónica.

2. Este procedimiento se encuentra reglado muy detalladamente en la Ordenanza n.º 1/2019, de 2 de enero de 2019, del Ministro Federal de Justicia, sobre medidas para garantizar la integridad de los procedimientos de identificación con respaldo electrónico utilizados en el campo notarial, que también autoriza que la misma pueda llevarse a cabo con la mediación de un prestador de servicios, por más que la responsabilidad final de su cumplimiento recaiga siempre en el notario. Por virtud de la modificación dispuesta a través de la Ordenanza n.º 185/2020, de 29 de abril, de 2020, cuando la identidad de los otorgantes hubiera sido verificada con anterioridad por dicho procedimiento, en un posterior otorgamiento por medios electrónicos de comunicación bastará que estos hagan exhibición al notario, durante la videoconferencia, de sus respectivos documentos de identidad.

Únicamente están exceptuadas del otorgamiento por medios electrónicos de comunicación las disposiciones de última voluntad, testamentos y pactos sucesorios.

Frente a esas medidas, importantes, pero de vigencia limitada en el tiempo, de mucho mayor calado han sido los últimos avances habidos en este ámbito en Estonia, considerado uno de los países con mayor grado de digitalización en el mundo, a través de sucesivas modificaciones del Reglamento Notarial, *Notariaadimäärustik*, de 19 de junio de 2009³.

En un primer momento, con fecha 25 de septiembre de 2019, junto con otras reformas en materia de instrumento notarial electrónico, se incorpora, a través del nuevo § 12¹, el sistema notarial de autorización a distancia, por medio del cual cualquier persona titular de un documento de identidad de Estonia, ya sea una tarjeta digital de identidad o una tarjeta digital de e-residente⁴, personándose en una representación diplomática o consular de dicho país en el extranjero, es puesta en contacto con un notario en Estonia, a través de un sistema de videoconferencia, provisto por la propia representación, donde además el documento empleado para la identificación se escanea, se envía al notario interviniente y se almacena en soporte digital.

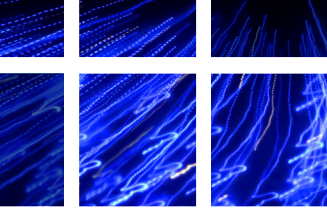
El sistema de identificación está basado en tecnología biométrica de reconocimiento facial aportada por la sociedad estonia *Veriff OÜ*.

Fuera de este entorno seguro, queda a la decisión del notario admitir una comparecencia remota, siempre bajo la condición de que, a su juicio, fuere posible acreditar la identidad y la capacidad de los participantes y dar cumplimiento a las demás obligaciones impuestas en la legislación vigente.

Los actos susceptibles de ser llevados a efecto por medio de este nuevo sistema se recogen en una lista cerrada, que incluye: la trans-

3. Quede constancia de mi agradecimiento a Merle SAAR-JOHANSON, notaria de Tallin, por sus recomendaciones y sugerencias para abordar el examen de estas reformas.

4. El programa de residencia digital de Estonia hace posible a cualquier extranjero acceder a los servicios digitales que permiten, como a cualquier residente, realizar innumerables trámites con la administración de aquel país. Más información se encuentra disponible en el enlace: <https://e-resident.gov.ee/>



La Directiva (UE) 2019/1151 del Parlamento Europeo y del Consejo, 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, que impone a los Estados miembros que la constitución de sociedades pueda llevarse a cabo íntegramente en línea, así como la implantación en algunos de los Estados miembros de sistemas que pasan básicamente por prescindir de la presencia física de las partes ante el notario aconsejan analizar en qué medida las garantías que rodean la prestación de la función notarial y que justifican los privilegiados efectos del instrumento público permiten afrontar este nuevo escenario, sin perder sus tradicionales esencias.

ISBN: 978-84-9090-476-3



9

788490

904763



3652K23065



ER-02802005



GA-200501100