



UNION INTERNACIONAL DEL NOTARIADO
Comisión de Asuntos Americanos
XVII Jornada Notarial Iberoamericana
Tema II - Ponencia de España



XVII JORNADA NOTARIAL IBEROAMERICANA

Cancún, México – 10 a 12 noviembre, 2017

TEMA II

“Sociedades Mercantiles, actualidad y proyección”

Ponencia de España



Álvaro Lucini Mateo
Notario de Madrid
Consejero de la UINL
Delegado para el CNUE
del Consejo General del Notariado

**LA ESCRITURA PÚBLICA ANTE LA DIGITALIZACIÓN EN EL
DERECHO DE SOCIEDADES**



ÍNDICE

- I. Introducción. Justificación de la elección del tema de esta ponencia.
- II. Significado de digitalización: advertencia preliminar ante una palabra equívoca.
- III. La digitalización en los textos normativos internacionales en curso de elaboración.
 - 3.1. La guía legislativa de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.
 - 3.2. La Ley Societaria Modelo Europea.
 - 3.3. El proyecto de una nueva Directiva de la UE sobre la sociedad limitada unipersonal (SUP).
 - 3.3.1. Origen del proyecto.
 - 3.3.2. Objetivo.
 - 3.3.3. Fundamento legal.
 - 3.3.4. Aspectos más significativos del contenido normativo.
 - 3.3.5. Los cambios introducidos por el Consejo de la UE.
 - 3.3.6. Situación actual de la tramitación legislativa.
 - 3.4. El proyecto de una nueva iniciativa de la UE en materia de digitalización del ciclo vital de las sociedades mercantiles.
 - 3.4.1. Un contenido aún ignorado.
 - 3.4.2. El marco de la Agenda Digital para Europa y el plan para la Administración Electrónica.
 - 3.4.3. Las recomendaciones del ICLEG sobre la digitalización del Derecho de sociedades.
 - 3.4.4. En torno a la interconexión de los Registros mercantiles.
 - 3.4.5. En torno a la seguridad y el robo de identidad.
 - 3.4.6. Neutralidad tecnológica ¿y jurídica?



IV. Documento privado con firma electrónica versus documento público notarial.

4.1. La actuación notarial en la vida de las sociedades mercantiles.

4.2. La firma electrónica, ¿alternativa a la identificación notarial?

4.3. Otras garantías del documento público notarial no suplidas por la firma electrónica

4.4. Autenticidad y soporte material

4.5. Una equiparación imposible

4.6. Un argumento económico falaz

4.7. ¿Hacia la escritura pública sin presencia física inmediata de los otorgantes ante el notario?

V. Utilidad de la intervención notarial contra la utilización de la forma societaria como instrumento para el blanqueo de capitales: el modelo español de la base de datos de titular real.

5.1. El notario, sujeto obligado en la lucha anti-blanqueo

5.2. Los tres pilares del sistema español: documento público, índice único y OCP.

5.3. La base de datos de titular real, un paso adelante

5.4. La contradictoria política legislativa de la Comisión Europea, amenaza para un sistema de información eficaz



RESUMEN EJECUTIVO

El llamado proceso de digitalización del Derecho societario encubre una pugna para sustituir el documento público notarial por el documento privado firmado electrónicamente como vía de acceso al Registro Mercantil de la información sobre el nacimiento, modificación ulterior y extinción de las sociedades mercantiles.

Al analizar los diversos textos normativos internacionales actualmente en curso de elaboración se observa cómo esa idea ha sido planteada abiertamente en los últimos proyectos legislativos de la Comisión Europea y podría llegar a introducirse también en la guía legislativa de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, no así en el proyecto académico de la Ley Societaria Modelo Europea, recientemente presentado, que adopta un enfoque neutral.

Pese a la equivocidad afectante a ciertos términos -mal traducidos del inglés- empleados para referirse a la firma electrónica, la aplicación de ésta a un documento privado no puede ofrecer la misma seguridad jurídica que proporciona el documento público, como consecuencia de la intervención del notario y de los requisitos que la ley exige a éste en su actuación documental, para garantía de los otorgantes y de los terceros.

En materia de identificación del otorgante, la firma electrónica, en su modalidad más segura de firma reconocida, únicamente puede acreditar en el actual marco legal que un documento ha sido creado mediante un dispositivo electrónico que en cierto momento del pasado se puso a disposición de una determinada persona, pero no que ésta sea su verdadero autor, ni que conozca y consienta el contenido de ese documento, ni siquiera que esté viva al tiempo de la firma, a diferencia de la escritura pública, en que la identificación por el notario se refiere al momento mismo



del otorgamiento. No hay que descartar, sin embargo, que en el futuro la ley contemple nuevas formas de firma electrónica que incorporen aplicaciones informáticas basadas en datos biométricos capaces de establecer con seguridad la identidad del autor de la firma (no del titular de la misma, como sucede en la actualidad)

Pero el documento privado con firma electrónica no puede, de ninguna manera, proporcionar las presunciones de capacidad y consentimiento libre e informado de los otorgantes y de legalidad del negocio jurídico documentado, que junto a la presunción de identidad, integran la autenticidad material, característica de la escritura pública. Tampoco cuenta con las ventajas derivadas de la conservación en el protocolo notarial, la estandarización y las demás garantías que integran la autenticidad formal, característica igualmente de la escritura pública. Además el asesoramiento jurídico, imprescindible para un diseño eficiente de cualquier iniciativa empresarial, ha de buscarse en juristas distintos del notario, con los consiguientes costes alternativos.

El documento público notarial constituye para la Administración del Estado y los órganos judiciales una fuente esencial de información acerca de la actividad jurídica privada, imprescindible en la gestión de los intereses públicos y la lucha contra el blanqueo de capitales. El tratamiento previo de esa información por los notarios a fin de estructurarla en campos predeterminados, su remisión a través de medios técnicos de máxima seguridad y su almacenamiento en una única base de datos, contribuyen a potenciar la utilidad del documento público como base del sistema de información del Estado.

Con la información procedente de los documentos notariales se puede crear una base de datos fiable acerca de las personas físicas que se encuentran detrás de las personas jurídicas y que de una u otra forma, directa o indirectamente, las controlan. De esta forma se facilita a las autoridades responsables de la lucha anti-blanqueo la obtención y el manejo de dicha información, evitando el abuso de la forma societaria para fines delictivos. Además se facilita el cumplimiento de las obligaciones legales



de identificación del titular real tanto a los propios notarios como a las entidades financieras u otros sujetos obligados. Así se ha hecho en España, con éxito, en los tres últimos años.

La exigencia de intervención notarial en la documentación de los actos principales de la vida de las sociedades mercantiles, con todas sus ventajas para las propias sociedades, para los terceros que tratan con ellas y para el Estado, es compatible con las exigencias de simplificación, rapidez y economía propias de nuestro tiempo, como han puesto de manifiesto los diversos sistemas de constitución telemática de sociedades introducidos en España y otros países en los últimos años

Sin embargo, en sus proyectos legislativos más recientes la Comisión Europea pone en cuestión la exigencia de la presencia física del otorgante ante el notario y plantea su sustitución por una comparecencia mediada por videocámara u otros procedimientos de comunicación audiovisual a distancia, lo que obliga a abrir una reflexión crítica ante la eventualidad de que una norma europea llegue a asumir ese planteamiento.

La videoconferencia no puede sustituir sin más a la comparecencia personal, pues no permite al notario identificar con seguridad al otorgante mediante la exhibición ante la pantalla de un documento de identidad, ni emitir un juicio mínimamente seguro acerca de la libre prestación de consentimiento. Su admisión requeriría ciertas garantías, como la aportación de medios complementarios de identificación y la instalación de la videocámara que grabe al otorgante en una oficina pública o recinto oficial.

Cabe plantear, como alternativa, la extensión del procedimiento hoy previsto respecto de algunos tipos de actas notariales, para las que se admite un requerimiento no presencial, a la documentación de los negocios jurídicos societarios menos complejos. La determinación de los supuestos y de los requisitos habría de realizarse con criterios de prudencia e introducción gradual.

La esencia de la autenticidad material del documento público reside en la certeza del notario, no en el medio a través del cual el notario forma su juicio. Adquirida tal



certeza por medios distintos del contacto visual inmediato y expresada por el notario bajo su responsabilidad en los imprescindibles juicios acerca de la identidad, capacidad y prestación de consentimiento libre e informado del otorgante, el documento gozaría de plena autenticidad, tanto material como formal, y seguiría siendo el vehículo idóneo para canalizar la información acerca de las relaciones jurídicas privadas necesaria para el ejercicio por la Administración de sus funciones públicas y para la lucha contra el blanqueo de capitales por las autoridades administrativas y judiciales.

LA ESCRITURA PÚBLICA ANTE LA DIGITALIZACIÓN EN EL DERECHO DE SOCIEDADES

I. Introducción. Justificación de la elección del tema de esta ponencia

La digitalización del Derecho de sociedades se encuentra en estos momentos sobre la mesa del legislador europeo, que ha anunciado la presentación en los próximos meses de una iniciativa orientada a introducir el uso de las técnicas digitales durante el ciclo vital de las sociedades mercantiles. No se conoce aún el contenido, pero se sabe que el objetivo es la implantación a nivel europeo de la registración “on line” de la constitución, posterior modificación y extinción de todo tipo de sociedades mercantiles.

El anuncio se produce en un contexto político favorable a la simplificación de los ordenamientos societarios de los Estados miembros, que ha devenido una prioridad en la agenda del legislador europeo, acentuada a raíz de la aparición en el año 2007 de los síntomas de la profunda crisis que desde entonces ha venido afectando de una u otra forma a todos los países de la UE. En los últimos años, en los centros de decisión política europeos se ha visto en la aligeración de los procedimientos formales relacionados con la constitución y vida posterior de las sociedades mercantiles una vía de estímulo a la realización de nuevas iniciativas empresariales



que contribuyan al crecimiento económico y un modo de incrementar la capacidad competitiva de las empresas europeas en los mercados internacionales. En contra de estas consideraciones económicas resurgen hoy con fuerza otras preocupaciones, como la seguridad o la corrupción -derivadas de la proliferación de atentados terroristas por extremistas musulmanes en Europa y de casos tan escandalosos como el de los papeles de Panamá-, a las que va asociada la exigencia de mayor control, transparencia e información acerca de las actividades económicas privadas, imprescindibles para la lucha contra el blanqueo de capitales, la financiación del terrorismo y la elusión fiscal.

Existen, por otra parte, considerables diferencias entre los diversos ordenamientos nacionales de los Estados miembros, especialmente en el campo no armonizado de los tipos de sociedades de capitales cerradas (la SL española y sus equivalentes) y una pugna abierta entre lo que se ha llamado el paradigma alemán -en el que se ha basado la mayor parte de las Directivas comunitarias- y el inglés, menos proclive a la regulación que aquél.

Tampoco pueden perderse de vista, al describir el contexto actual, los profundos cambios producidos en las dos últimas décadas por el despliegue de internet, ni la influencia en medios políticos y académicos del Derecho anglosajón, propagada activamente desde diversos centros de intereses y recibida en muchos casos sin el suficiente conocimiento ni la necesaria distancia crítica respecto de un sistema jurídico construido sobre bases muy diferentes del nuestro

Intereses políticos, económicos y profesionales opuestos al notariado de tipo romano germánico confluyen hoy para excluir la intervención notarial del campo de la vida societaria por la vía de equiparar a los efectos del documento público los del documento privado con firma electrónica y a la identificación y juicio de capacidad que realiza el notario la identificación electrónica.

Es, pues, la hora de mostrar el valor del documento público notarial en este ámbito, tanto para el interés de las sociedades mercantiles como para el de todos aquéllos, particulares o autoridades públicas, que se relacionan con ellas, es decir para los



intereses generales, en comparación con las carencias, debilidades y costes ocultos de otros sistemas alternativos. Es tiempo también de volver la vista sobre lo mucho que en estos años se ha hecho a fin de incorporar al documento público las innovaciones técnicas informáticas y de analizar críticamente, en el contexto actual, qué aspectos esenciales deben ser conservados y qué otros podrían reformarse, pues probablemente vuelva a ponerse a prueba, una vez más, la capacidad de adaptación del notariado.

A la actualidad de esta cuestión, hay que añadir que la misma incide transversalmente en dos de los subtemas planteados por el coordinador internacional del Tema II, el de las nuevas formas societarias y el del lavado de activos, por lo que da pie a tratar buena parte de las cuestiones sugeridas como materia de análisis en el plan de desarrollo de dicho Tema.

Este doble motivo explica la elección de la digitalización del Derecho de sociedades como objeto de esta ponencia

II. Significado de digitalización: advertencia preliminar ante una palabra equívoca

El Diccionario de uso del español de la RAE define la digitalización como la acción y efecto de digitalizar, neologismo procedente del término inglés “digitalize”, que en una primera acepción significa “registrar datos en forma digital” y en una segunda “convertir o codificar en números dígitos datos o informaciones de carácter continuo, como una imagen fotográfica, un documento o un libro”

No se trata, por tanto de un concepto jurídico, sino técnico-informático, relativo a la computación en lenguaje binario. En este sentido puede considerarse un concepto de naturaleza objetivo-descriptiva, exento de connotaciones valorativas, y por lo tanto neutral.



Sin embargo, al aplicarlo a determinadas realidades jurídicas, como la contratación comercial o, en el caso que nos ocupa, los procedimientos jurídicos relacionados con la creación, vida y extinción de las sociedades mercantiles, ese concepto, neutral en principio, entra en un contexto cargado de intenciones políticas e intereses económicos, en el que se torna ambiguo, incluso polisémico. Como la reina de corazones en “Alicia en el país de las maravillas” de Lewis Carroll, quien impulsa el proyecto elige el nombre y le atribuye su significado, ante lo que es necesario precaverse.

De entrada hay que rechazar la pretensión de presentar el debate como un conflicto entre anticuados defensores del papel, donde los notarios ocuparían un lugar destacado, y modernos partidarios de los procedimientos electrónicos. Tal planteamiento no resiste el contraste con los hechos, pues lo cierto es precisamente lo contrario.

Hace ya más de veinte años que el notariado iniciara la reflexión sobre la adaptación de la función notarial a la técnica informática, incluida la posibilidad de sustituir el soporte papel del documento público por un soporte digital y de incorporar la firma electrónica a la actividad de los notarios. El asunto es entonces ampliamente debatido en Congresos y Simposios nacionales e internacionales¹. Fruto de todo ello surgen aportaciones doctrinales notables, obra de notarios, como la colectiva “Notariado y contratación electrónica” publicada en el año 2000 por el Consejo General del Notariado o los ensayos “Firma electrónica y documento electrónico” de Antonio Rodríguez Adrados y “La copia notarial electrónica” de Alfonso Madrideo Fernández, publicadas asimismo por el Consejo General del Notariado, en 2004 y 2007, respectivamente.

A principios de este siglo sucesivas reformas legislativas introducen en España y en otros países el documento electrónico y la firma electrónica, haciéndose eco de aquel debate.

¹ Por ejemplo, en el Simposio Notariado 2000, celebrado en Octubre de 2000 en Barcelona, bajo el título “La seguridad jurídica y la firma electrónica”.



Así, en España la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, admite como medio de prueba el documento electrónico, según resulta claramente de su artículo 299. Y lo considera como un tipo de prueba documental en los artículos 318 y 326.3, relativos a los documentos públicos y privados, respectivamente.²

En cuanto a la firma electrónica el reconocimiento legal llega primero con el Real Decreto Ley 14/1999, de 17 de septiembre, y definitivamente mediante la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, cuyo artículo 3.4 establece que “la firma electrónica reconocida tendrá respecto de los datos consignados en forma electrónica el mismo valor que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel”. El apartado 9 del mismo artículo añade que “no se negarán efectos jurídicos a una firma electrónica que no reúna los requisitos de firma electrónica reconocida en relación a los datos a los que esté asociada por el mero hecho de presentarse en forma electrónica”.

La distinción entre documentos públicos y privados, establecida en la Ley de Enjuiciamiento Civil, no se ve afectada por la Ley de firma electrónica, cuyo artículo 1.2 proclama que “las disposiciones contenidas en esta ley no alteran las normas relativas a la celebración, formalización, validez y eficacia de los contratos y cualesquiera otros actos jurídicos ni las relativas a los documentos en que unos y otros conste”.

Por lo que a la legislación notarial se refiere, el artículo 17 bis de la vigente Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862, introducido por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, contempla el documento público notarial en soporte electrónico con la firma electrónica avanzada del notario y, en su caso, de los otorgantes o intervinientes, equiparándolo en cuanto a sus requisitos básicos y a sus efectos al

² El valor probatorio de los documentos electrónicos va a reforzarse si finalmente se aprueba el texto del Anteproyecto de Ley de Servicios de Confianza, para adaptar nuestra normativa al Reglamento europeo 910/2014, de 23 de julio de 2014, sobre identificación electrónica, al atribuirse a los documentos electrónicos para cuya producción o comunicación se haya utilizado un servicio de confianza cualificado, la presunción de que el documento reúne la característica cuestionada y de que el servicio de confianza se ha prestado correctamente si el prestador figuraba, en el momento relevante a los efectos de la discrepancia, en la lista de confianza de prestadores y servicios cualificados.



documento en soporte papel y remitiendo a las normas del Reglamento los demás requisitos de la autorización o intervención y la conservación del instrumento.

El mismo artículo habilita la expedición y remisión electrónica de copias autorizadas de las matrices, con firma electrónica avanzada del notario autorizante de la matriz o de su sustituto. Tales copias sólo pueden expedirse para su remisión a otro notario, a un registrador o a una autoridad judicial o administrativa en el ámbito de sus respectivas funciones públicas, a diferencia de las copias simples electrónicas, que pueden remitirse a cualquier interesado cuya identidad e interés legítimo consten fehacientemente al notario.

Disposiciones del mismo tipo respecto de la firma digital y el instrumento público electrónico se promulgan también en otros países, como Alemania, Francia, Italia, Argentina, Méjico, China, por citar sólo algunos entre los más importantes.

El artículo 17 bis de la Ley Notarial contempla también la creación del índice único informatizado -este sí especialidad española-, una gran base de datos integrada por los datos que desde el 1 de enero de 2004 los notarios remiten obligatoriamente sobre los documentos por ellos autorizados o intervenidos, con periodicidad quincenal -en el plazo de los siete días siguientes-, a las Juntas Directivas de sus respectivos Colegios Notariales. El Ministerio de Justicia tiene atribuida la competencia para determinar el contenido básico del índice, si bien con la facultad de delegar en el Consejo General del Notariado el desarrollo de ese contenido básico así como la incorporación de nuevos datos al índice. La información se graba en cada una las notarías existentes en España, a partir de los documentos autorizados o intervenidos por cada notario, estructurada en alrededor de 350 tipos de actos o negocios jurídicos codificados. La remisión se realiza a través de la red informática del Consejo General del Notariado, con las debidas garantías de seguridad y confidencialidad (red segura, firma electrónica reconocida). Posteriormente la información se distribuye desde el Consejo General del Notariado a los órganos judiciales y administrativos correspondientes.



Al mismo tiempo se crean los instrumentos para impulsar el desarrollo técnico necesario, por un lado la Fundación para el Estudio de la Seguridad de las Telecomunicaciones (FESTE), constituida en noviembre de 1997 por el Consejo General del Notariado español junto con el Consejo General de la Abogacía Española y la Universidad de Zaragoza; por otro y sobre todo, el Instituto Notarial para las Tecnologías de la Información (INTI), hoy Agencia Notarial de Certificación (ANCERT), sociedad constituida en julio de 2002 por el Consejo General del Notariado (CGN) de España, perteneciente a éste íntegramente, cuyo objetivo es poner en práctica el plan de modernización tecnológica del notariado español.

Como consecuencia de la labor técnica realizada sobre las bases jurídicas antes apuntadas, el documento electrónico, la firma electrónica y las comunicaciones telemáticas se han incorporado a la actividad diaria notarial con garantías de seguridad, integridad y confidencialidad. El sistema se basa en la utilización por todos los notarios de firma electrónica avanzada mediante certificados expedidos por ANCERT y en la implantación de una red cerrada segura que conecta los servidores instalados por ANCERT en cada una de las casi tres mil notarías existentes en España, red que a su vez tiene conexión con las redes de los Registros y de las Administraciones públicas.

Por elementales razones de prudencia, acogidas en la disposición transitoria undécima de la Ley del Notariado (introducida así mismo por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre), la matriz electrónica no ha sido implantada aún, a diferencia de otros países como Francia o Italia, pero existe la base legal (en el artículo 17 bis de la Ley del Notariado) para su implantación en el futuro: previsión de que se introduzca, equiparación con la matriz en papel en cuanto a sus requisitos básicos y a sus efectos, remisión al Reglamento notarial de la regulación de los demás requisitos. Y existen estudios serios y rigurosos, aprobados por el Consejo General del Notariado, sobre el modo más seguro de abordar su futura introducción.



En cambio, sí se ha hecho un uso muy amplio de las copias electrónicas, que constituyen el medio más frecuente y usual para la inscripción de los actos jurídicos documentados notarialmente en los Registros públicos.

También se ha hecho un uso muy amplio del índice único informatizado, que se ha convertido en la principal fuente de información de las Administraciones Públicas acerca de las relaciones jurídicas privadas, información que por su origen notarial, por la brevedad de los plazos y la vía telemática de envío y por la forma en que es tratada antes de su remisión, presenta una triple característica: fiabilidad, rapidez y estructuración en campos, lo que la hace verdaderamente útil para la Administración. La puesta en funcionamiento del índice único, hace ya casi quince años, ha puesto de manifiesto todo el potencial del documento público en este campo y ha resaltado una vez más la utilidad del notario como puente entre la sociedad y el Estado.

En este sentido, ateniéndonos a la acepción más técnica y neutra del término, puede decirse que la digitalización es ya una realidad en muchos de los países que cuentan con sistemas de seguridad jurídica preventiva basados en la intervención del notario, España entre ellos, desde el momento en que la información contenida en los documentos notariales accede digitalizada por vía telemática a los Registros públicos, oficinas encargadas de la gestión tributaria y demás centros oficiales de tipo administrativo o judicial donde se precisa.

Hay que rechazar igualmente la pretensión de identificar la digitalización del Derecho societario con el acceso de la información acerca de las sociedades mercantiles a los Registros públicos sin control preventivo alguno por parte de una autoridad del Estado, sea judicial, administrativa o notarial, es decir, la identificación con el sistema jurídico de los países anglosajones y nórdicos. Por el contrario, parece necesario distinguir diferentes modelos de digitalización, unos menos seguros, otros más, unos mejores para los intereses generales, otros peores, en definitiva digitalización con garantías frente a digitalización incontrolada. Y parece necesario defender en los foros internacionales como la CNUDMI (UNCITRAL) o ante las



instituciones de la Unión Europea, una armonización mínima que respete la competencia de cada Estado para determinar el modelo más adecuado a su sistema jurídico y a sus particulares circunstancias, incluido, por supuesto, el modelo de digitalización centrada en la comunicación “on line” entre autoridades, basado en la exigencia legal de una comparecencia física ante notario en algún momento del procedimiento.

Tampoco puede admitirse la pretensión de equiparar, en el terreno de las facilidades, el comercio internacional de bienes y servicios con la constitución de sociedades filiales en otros países a fin de expandir internacionalmente las empresas. Para favorecer el primero parecen pertinentes los argumentos económicos que apuntan al crecimiento de la riqueza global como consecuencia del incremento de los intercambios internacionales. Sin embargo, al abordar la segunda, la pertinencia de ese argumento económico decae frente a otros más relevantes, como son la conveniencia para los intereses generales de dar transparencia y seguridad frente a los terceros a la separación patrimonial entre la sociedad y sus socios, así como a los poderes de representación de la persona jurídica, el riesgo de usos fraudulentos, con una especial incidencia del abuso societario en el campo del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo o la vigencia de un principio general de responsabilidad patrimonial universal cuya exclusión requiere determinadas garantías.

Con esta triple prevención entramos a considerar los principales proyectos internacionales actualmente en curso orientados a impulsar la digitalización en el campo del Derecho societario: el proyecto de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL) de una ley societaria modelo o una guía legislativa para las pequeñas y medianas empresas, actualmente en curso de elaboración por el grupo de trabajo I de dicha Comisión (Microempresas y Pequeñas y Medianas Empresas); la Ley Societaria Modelo Europea (EMCA en inglés, siglas de European Model Company Act), presentada en el año 2015, procedente del ámbito académico; y dos proyectos de la Comisión Europea, uno en curso, dirigido a la aprobación de una nueva Directiva sobre la



sociedad limitada unipersonal (SUP) que sustituiría a la Directiva 2009/102/CE, de 16 de septiembre de 2009, hoy vigente, y otro anunciado pero aún desconocido en cuanto a su contenido, que abordaría la digitalización del ciclo vital de todo tipo de sociedades mercantiles, desde la constitución hasta la disolución y liquidación final.

III. La digitalización en los textos normativos internacionales en curso de elaboración

3.1 La guía legislativa de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

El grupo de trabajo I de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL), grupo que se ocupa de la microempresa y la pequeña y media empresa (MIPYME), está trabajando desde 2013 en un proyecto dirigido a crear lo que en principio iba a ser una Ley societaria modelo de ámbito mundial adaptada a las necesidades de las empresas de menor dimensión, pero probablemente se quede en una guía legislativa (o serie de recomendaciones) respecto de la denominada "Entidad de Responsabilidad Limitada



de la CNUDMI” y otra respecto a los principios básicos del Registro Mercantil, cuyos destinatarios principales son los legisladores de los países en vías de desarrollo³.

Por el momento no se ha establecido ninguna recomendación que se refiera a la forma de la constitución o a la intervención notarial, pero se observa en este grupo de trabajo una gran presión en favor de la concepción anglosajona del Derecho de sociedades patrocinada por el Banco Mundial y el Gobierno de Estados Unidos, que ven en la intervención notarial un mero trámite burocrático, costoso y perfectamente sustituible por la identificación electrónica. Así, en el Proyecto de guía legislativa sobre los principios fundamentales de un registro de empresas encontramos expresiones tan sesgadas como ésta: “No obstante, el tener que recurrir a un notario u otro intermediario, o acudir personalmente a la oficina del registro, puede suponer obstáculos costosos y prolongados para las empresas que desean inscribirse en el registro, en particular para las MIPYME. Por ello, a fin de facilitar la inscripción de las MIPYME, los Estados tal vez deseen optar por métodos más sencillos de autenticación de los empresarios, como el uso de nombres de usuario y contraseñas apropiados. Esto podría ser particularmente adecuado en el caso de las microempresas o en el caso de las MIPYME que tengan intención de inscribirse pero elijan una forma empresarial simplificada”⁴

Ese planteamiento es seguido con entusiasmo por otros Gobiernos americanos como el de Colombia, cuyo representante ha propuesto seguir el ejemplo de la Ley colombiana número 1258, promulgada el 5 de diciembre de 2008, por la que se crea un nuevo tipo de entidad empresarial denominada sociedad por acciones simplificada (SAS), constituida on line sin intervención de notario.

Se observan también grandes diferencias entre unas delegaciones y otras. La de Estados Unidos cuenta con juristas de alto nivel que defienden con habilidad sus intereses, presentando las soluciones continentales europeas como algo antiguo y

³ Los documento de este grupo de trabajo están accesibles en español a través de http://www.uncitral.org/uncitral/es/commission/working_groups/1MSME.html

⁴ Documento, A/CN.9/WG.I/WP.101, de fecha 10 de febrero de 2017, página 88, accesible en la página web indicada en la nota anterior.



superado por la evolución tecnológica e insistiendo en el modelo de constitución societaria on-line sin intermediarios, sobre la base de modelos de estatutos estándar disponibles gratuitamente y de la identificación mediante tarjetas electrónicas reconocidas internacionalmente, con olvido de todas las deficiencias que tal modelo conlleva y de los numerosos problemas, como el robo de identidad, que en la práctica ocasiona la ausencia de un control preventivo. En cambio, algunas de las delegaciones europeas están integradas por becarios sin suficiente formación ni experiencia o por funcionarios de los Ministerios de Asuntos Exteriores, igualmente carentes de conocimientos especializados, de modo que no pueden defender su modelo con la misma eficacia con la que los norteamericanos abogan por la extensión del suyo.

Existe un riesgo no desdeñable de que estas orientaciones anti-formalistas y desreguladoras impulsadas desde los Estados Unidos se impongan, con un efecto negativo indirecto sobre los legisladores nacionales y de la UE. Ello podría perjudicar en especial a los notariados de los veintidos países europeos integrantes del CNUE, ya que en la UE está abierto el debate acerca de la constitución “on line” con ocasión de la tramitación del proyecto de nueva Directiva sobre la sociedad limitada unipersonal (SUP) y va a continuar tras la presentación del nuevo proyecto de digitalización del Derecho societario anunciado por la Comisión Europea.

También podría tener un impacto especialmente negativo sobre los diecisiete países africanos asociados en la OHADA (Organización para la Armonización del Derecho Mercantil), francófonos en su mayoría, que comparten una ley societaria uniforme⁵, pues están recibiendo presiones para sustituir, en las próximas revisiones del texto legal, el principio actualmente vigente en orden a la intervención notarial (como regla

⁵ Acte uniforme révisé relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique. El texto actualmente vigente fue aprobado el 30 de enero de 2014. Puede encontrarse en francés en <http://www.ohada.com/actes-uniformes/1299/acte-uniforme-revise-relatif-au-droit-des-societes-commerciales-et-du-groupement-d-interet-economique.html>



general se exige, salvo si un ordenamiento establece expresamente lo contrario⁶⁾ por el opuesto.

Las organizaciones no gubernamentales como la UINL o el CNUE pueden asistir a las reuniones de los grupos de trabajo de la CNUDMI e intervenir en ellas -de hecho lo hacen con cierta frecuencia- pero sus posiciones, aunque escuchadas, no son tomadas en consideración, al estar reservado el voto a las delegaciones gubernamentales. Por este motivo, tal como ha sido señalado por el notariado español en las reuniones de los órganos tanto de la UINL como del CNUE, sería muy conveniente que los diferentes notariados nacionales reclamaran de sus respectivos Gobiernos el envío a las reuniones de este grupo de trabajo I de la CNUDMI de personas bien formadas, capaces de defender con argumentos jurídicos la pervivencia dentro del ámbito del Derecho mercantil societario de sus respectivos sistemas nacionales inspirados en el modelo romano-germánico de seguridad jurídica preventiva.

3.2 La Ley Societaria Modelo Europea

El proyecto EMCA (European Model Company Act) es una iniciativa académica, dirigida inicialmente por los profesores Theodor Baums, de la Universidad de Francfort del Meno (Alemania) y Paul Krüger Andersen, de la Universidad de Aarhus (Dinamarca), y finalmente solo por este último, surgida a finales del año 2007 con el objetivo de crear una ley modelo de sociedad mercantil que pueda servir de guía e inspiración a los legisladores nacionales europeos.

La Comisión Europea apoyó inicialmente este proyecto como el ensayo de una nueva vía para aproximar las legislaciones europeas mediante una técnica alternativa a la de la armonización seguida hasta ahora, dadas las dificultades de encontrar posiciones políticas comunes en una Unión Europea integrada, tras las

⁶ Artículo 10: “Sauf dispositions nationales contraires, les statuts sont établis par acte notarié ou par tout acte offrant des garanties d'authenticité dans l'État du siège de la société déposé avec reconnaissance d'écritures et de signatures par toutes les parties au rang des minutes d'un notaire. Ils ne peuvent être modifiés qu'en la même forme”.



últimas ampliaciones, por 28 Estados miembros. Sin embargo, el entusiasmo de la Comisión parece haberse enfriado, a la vista de que dos terceras partes de las respuestas a la consulta pública sobre el actual plan de acción de la Comisión en materia de Derecho societario, presentado públicamente el 12 de diciembre de 2012⁷, se manifestaran contrarias, constatándose que la idea no tiene respaldo fuera del ámbito universitario, ni entre las empresas, ni entre los inversores institucionales, ni entre los profesionales del Derecho. Hoy se considera, incluso en medios académicos, como un proyecto frustrado y no parece que en la agenda de la Comisión europea esté recomendar a los Estados miembros su adopción

Los expertos integrantes del equipo de trabajo que ha elaborado esta ley modelo se encuentran, al igual que los funcionarios de la Unidad de Derecho Societario de la Comisión Europea, más próximos al paradigma anglosajón de Derecho societario que al continental europeo. Sin embargo, la ley modelo europea se muestra neutral en cuanto a la forma de constitución de las sociedades, remitiéndola a lo dispuesto en la ley nacional, tras constatar en el comentario general del capítulo tercero que la mayoría de los Estados miembros exigen la intervención notarial a fin de asesorar a los fundadores y controlar la legalidad. En el mismo comentario se recoge una doble recomendación de que, cuando la ley nacional exija la intervención de notario, no se duplique el control de legalidad por el Registro, y de que se permita la inscripción “on line” por los notarios.

Aunque el proyecto fue presentado en Viena en septiembre de 2015 y en Roma a principios de 2017, el texto completo acaba de ser publicado en septiembre de 2017.⁸

⁷ El vigente plan de acción de la Comisión Europea en materia de Derecho societario y gobierno corporativo fue presentado el 12 de diciembre de 2012 bajo la forma de una Comunicación de la Comisión al Parlamento, al Consejo y a los Comités económico-social y de las regiones. El texto está disponible en lengua inglesa en la dirección web http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/121212_company-law-corporate-governance-action-plan_en.pdf

⁸ Puede accederse al mismo en <http://law.au.dk/en/research/projects/european-model-company-act-emca/>



3.3 El proyecto de una nueva Directiva de la UE sobre la sociedad limitada unipersonal (SUP)⁹.

La iniciativa fue presentada por la Comisión Europea el 9 de abril de 2014¹⁰ y se encuentra actualmente en tramitación, si bien con dudosas perspectivas de que llegue a ser finalmente aprobada.

3.3.1 Origen del proyecto.

Aunque otra cosa pueda parecer a primera vista por la elección de una Directiva como instrumento, esta iniciativa de la Comisión Europea se inserta en el proceso de abandono de la idea tradicional de armonización de los regímenes nacionales de Derecho societario, para sustituirla por la adopción de medidas indirectas y no sistemáticas tendentes a la mejora del entorno jurídico de las PYMES, bajo la invocación de sus actividades transfronterizas, con el propósito de implantar un nuevo modelo inspirado en el Derecho inglés, opción político-jurídica abiertamente

⁹ Este proyecto ha despertado un cierto interés entre la doctrina mercantilista. En España lo ha estudiado especialmente ESTEBAN VELASCO, G., “La propuesta de Directiva sobre la “Societas Unius Personae” (SUP): las cuestiones más polémicas”, en *El Notario del siglo XXI*, marzo-abril 2015 (nº 60), pp.148-151. (<http://www.elnotario.es>); “La propuesta de Directiva relativa a las sociedades unipersonales de responsabilidad limitada: (en especial la “Societas Unius Personae”)”, en ROJO FERNÁNDEZ DEL RÍO, A.J. y CAMPUZANO LAGUILLO, A.B. (coords.), *Estudios jurídicos en memoria del profesor Emilio Beltrán: liber amicorum*, vol. 1, 2015, pp. 909-940; y “La propuesta de Directiva sobre la “Societas Unius Personae” (SUP): El nuevo texto del Consejo de 28 de mayo de 2015”, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 2015, p 105-164.

Vid. también FUENTES NAHARRO, M. “Una primera aproximación al test de solvencia recogido en la propuesta de Directiva sobre la *societas unius personae* (SUP)”, documento de trabajo del Departamento de Derecho Mercantil de la Facultad de Derecho en la Universidad Complutense de Madrid, 2015/97, Octubre 2015, accesible en <http://www.ucm.es/eprints>; LUCINI MATEO, A., “En torno al proyecto de Directiva europea sobre la Sociedad Limitada Unipersonal (SUP) presentado por la Comisión Europea el 9 de abril de 2014”, en *La Ley Mercantil*, 2015 (nº10), pp. 24-32; “El proyecto de Directiva europea acerca de la Sociedad Limitada Unipersonal: un proyecto polémico y un futuro incierto”, en *El Notario del Siglo XXI*, nº 61 (mayo-junio 2015) pp. 54-58.; y “Reflexiones acerca del proyecto de Directiva europea sobre Sociedad Limitada Unipersonal (SUP), de fecha 9-4-2014”, en *Cuadernos de Derecho y comercio*, nº 63, 2015, págs. 13-44; MAMBRILLA RIVERA, V., “Propuesta de Directiva relativa a las sociedades unipersonales privadas de responsabilidad limitada unipersonal”, en *Revista de Derecho de sociedades*, nº 43, 2014, pp. 531-536; RONCERO SÁNCHEZ, A., “Societas Unius Personae: analysis from the perspective of Spanish law”, en VIERA GONZÁLEZ J.-TEICHMANN C. (Dirs.), “Private companies in Europe: the Societas Unius Personae (SUP) and the recent developments in the EU Member States”, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp.199-224; VELASCO SAN PEDRO, L.A., “De la *societas privata europaea* a la *societas unius personae* en las propuestas europeas”, en *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 9, nº. 1, 2017, págs. 327-341.

¹⁰ El texto en español está disponible en <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2014/ES/1-2014-212-ES-F1-1.Pdf>



preferida por la Comisión europea. El antecedente inmediato es el fracasado proyecto de Estatuto de la Sociedad Privada Europea, presentado el 25 de junio de 2008 y retirado definitivamente el 2 de octubre de 2013, ante la imposibilidad de lograr el acuerdo unánime de los Estados miembros requerido para su aprobación como Reglamento europeo, de conformidad con el artículo 308 del Tratado CE (actualmente 352 del TFUE) que constituía el fundamento de la intervención del legislador europeo.

3.3.2 Objetivo.

La propuesta cubre varios objetivos. Pretende facilitar a las PYMES el establecimiento en el extranjero, reduciendo los costes en la constitución transfronteriza y las diferencias en este sentido entre residentes y no residentes. Pretende, también, facilitar la construcción del Derecho de grupos, al establecer un régimen europeo uniforme para las sociedades íntegramente participadas e introducir en su artículo 27 el derecho de la sociedad matriz a dar instrucciones al órgano de administración de la filial, si bien con el límite del respeto a lo dispuesto en los estatutos y en la ley nacional aplicable. Aspira, de paso, y no es éste el aspecto menos importante, al igual que su antecedente, a la implantación de un nuevo paradigma en el Derecho societario europeo, basado en la simplificación administrativa, la introducción de procedimientos electrónicos de constitución on line, la libre elección del Derecho nacional aplicable independientemente del lugar en que radique el centro de decisión o la actividad productiva, la flexibilización del funcionamiento interno, la revisión de la función del capital social y el refuerzo de la responsabilidad de los administradores como medio de tutela de los acreedores.

3.3.3 Fundamento legal.

La intervención del legislador europeo se basa aquí en el artículo 50 del TFUE, que se refiere a las Directivas del Parlamento europeo y del Consejo como medio de alcanzar la libertad de establecimiento en una determinada actividad, lo que implica sujetar su aprobación al procedimiento legislativo ordinario, es decir, por mayoría en vez de por unanimidad. La Exposición de motivos del proyecto se refiere en



particular al artículo 50 2 f) del TFUE, esto es, a la eliminación progresiva de las restricciones sobre la libertad de establecimiento por lo que respecta a las condiciones de apertura de filiales.

Aunque los servicios jurídicos del Consejo de la UE han respaldado esta base legal, parece que la propuesta de la Comisión va más allá de una simple medida armonizadora, para establecer una nueva forma societaria europea, aunque sea de tipo mixto o un sub-tipo: hay una etiqueta única europea, un sistema específico de constitución “on line” basado en estatutos modelo cuya redacción se encomienda a la Comisión europea, otra vía de constitución que es la transformación de una SL en SUP, una regla propia en materia de Derecho internacional privado que permite disociar la sede real de la registral, un régimen de responsabilidad peculiar y novedoso que suprime prácticamente el capital mínimo y relega la función protectora del capital social - sustituyéndola por la declaración de solvencia del órgano de administración- y una previsión específica en cuanto a la estructura orgánica. De ahí que voces autorizadas, como la del Comité Económico y Social Europeo (en su Dictamen aprobado por una amplia mayoría los días 10 y 11 de Septiembre de 2014 y publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el 19 de Diciembre de 2014), el Senado alemán (por acuerdo de 11 de julio de 2014) o el Consejo de los Notariados de la Unión Europea (en la resolución aprobada el 24 de abril de 2014) hayan advertido que este proyecto excede de la simple armonización y exigiría la aprobación de un Reglamento, con fundamento legal en el mencionado artículo 352 del TFUE, es decir, la unanimidad en el seno del Consejo europeo, tal como ha declarado el TJUE en la sentencia de 2 de Mayo de 2006 (C-436/03), a propósito del Reglamento (CE) n° 14-35/2003 del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativo al Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea (SCE).

Por otra parte, es la primera vez que una Directiva en materia societaria se funda en el apartado letra f) del artículo 50 2 del TFUE (supresión progresiva de las restricciones a la libertad de establecimiento en cada rama de actividad respecto a las condiciones de apertura de agencias, sucursales o filiales). Tanto la Directiva 2009/102/CE, cuyo texto pretende sustituir este proyecto, como las demás Directivas



européas en materia societaria (incluso la Undécima Directiva 89/666/CEE¹¹, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la publicidad de las sucursales), refieren su base legal al apartado letra g) de los mismos artículo y párrafo, esto es, a la coordinación, en la medida necesaria y con objeto de hacerlas equivalentes, de las garantías exigidas en los Estados miembros para proteger los intereses de socios y terceros.

En la medida en que el artículo 50 2 f) del TFUE, invocado como base legal del texto propuesto, se refiere a las restricciones al libre establecimiento de agencias, sucursales o filiales, sólo cubriría la intervención del legislador europeo respecto a la creación por empresas ya existentes de filiales en otros Estados miembros, y ello suponiendo la existencia de tales restricciones (lo que en este caso ha sido invocado pero no demostrado)¹². Fuera de ese ámbito, la UE carece de poderes de actuación y entra en juego lo dispuesto en el artículo 352 del TFUE con carácter general respecto a las actuaciones no previstas en los Tratados, es decir, se requiere la aprobación por unanimidad en el Consejo de la UE, a propuesta de la Comisión y previa aprobación del Parlamento Europeo. Es el caso, por ejemplo, de la regulación del primer establecimiento de una persona física o jurídica en ausencia de cualquier elemento transnacional, que a todas luces excede de lo previsto en el artículo 50 2 f) del TFUE.

3.3.4 Aspectos más significativos del contenido normativo.

Del texto inicialmente publicado el 9 de abril de 2014, cabe destacar los siguientes aspectos:

-La SUP puede ser constituida por cualquier persona física residente en la UE o por cualquier persona jurídica inscrita en un Estado miembro, ya “ex novo”, ya por vía de transformación de una sociedad limitada preexistente, sin que se requiera la

¹¹ El texto de esta Directiva ha sido codificado en la Directiva (UE) 2017/1132 de 14 de junio de 2017 sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades.

¹² Desde luego no pueden calificarse así los costes del desplazamiento entre dos puntos más o menos distantes, que se producen por igual en cualquiera de las direcciones; ni los derivados de la exigencia por los Estados de un control preventivo de legalidad, siempre que se aplique de forma no discriminatoria a los no nacionales o no residentes



realización o el propósito de realización de una actividad económica transnacional, ni se establezca restricción alguna por razón del tamaño de la empresa.

-Se rige por estatutos-tipo, disponibles por medios electrónicos, cuya elaboración se encomienda a la Comisión, con la asistencia de un Comité de expertos.

-La inscripción de la sociedad en el Registro mercantil se realiza on-line, sin que los Estados miembros puedan exigir la presencia física del socio único ante una autoridad nacional del Estado miembro en que vaya a inscribirse.

-Los Estados miembros pueden establecer normas para controlar la identidad del fundador y la legalidad de los documentos presentados a inscripción, pero necesariamente han de aceptar la identificación efectuada en otro Estado miembro, incluso por medios electrónicos.

-El domicilio inscrito y la sede real (centro de administración o establecimiento principal) han de estar dentro de la UE, pero no necesariamente en el mismo Estado miembro.

-El capital mínimo es 1 euro y ha de estar íntegramente suscrito y desembolsado al tiempo de la constitución de la sociedad. Se prohíbe a los Estados miembros imponer la obligación de constituir reservas legales.

-La acción única puede pertenecer a varios socios en proindiviso, si la ley nacional no dispone lo contrario, lo que abre la puerta a sociedades limitadas de participación única, más que de único socio, y a la eventual aplicación en el ámbito de la SL de un régimen tan dispar del societario como es el de la copropiedad.

-Para el reparto de beneficios se requiere, además de superar la prueba del balance, una declaración de solvencia de la sociedad suscrita por el órgano de administración.

3.3.5 Los cambios introducidos por el Consejo de la UE.



El 28 de mayo de 2015 se alcanzó en el Consejo de la Unión Europea un acuerdo¹³ sobre el texto de la Directiva, introduciéndose en el texto de compromiso acordado entre los Estados miembros y la Comisión Europea diferencias importantes respecto a la propuesta inicial, en el sentido de extender la aplicación del Derecho nacional y rebajar la armonización¹⁴.

En la norma referente a la denominación social se introduce la posibilidad de que un Estado miembro exija a las sociedades que en él se inscriban añadir al nombre la indicación del Estado de registro.

Respecto al domicilio, se suprime la norma (artículo 10 y considerando 12) que permitía disociar el domicilio registral y la administración central de la sociedad en dos Estados diferentes. La SUP se regiría, pues, en este punto por la norma de Derecho nacional vigente para la sociedad limitada en cada Estado miembro, lo cual es, sin duda, más coherente con la afirmación de que se trata de un tipo societario de Derecho nacional.

Por lo que a los estatutos sociales se refiere, se suprime la delegación en la Comisión europea para establecer el modelo y el formulario de registro, cuya determinación se remite al Derecho nacional, dentro de los límites impuestos por la Directiva (que establece un contenido máximo).

En cuanto a la constitución de la SUP, se excluye que los Estados miembros puedan exigir la comparecencia personal ante una autoridad pública en cualquier Estado miembro (no sólo en el de Registro, como en el texto inicial), pero el artículo 14a 1 del texto de compromiso aprobado en el Consejo contempla el control de legalidad en cuanto a la identificación y la capacidad del socio fundador, de conformidad con lo establecido en la legislación nacional. Esta norma ha de ponerse en relación con la nueva redacción del considerando 18, que habilita el uso a tal efecto de la video-

¹³ Acuerdo obtenido “in extremis” al sumarse a la mayoría el Gobierno húngaro, que hasta entonces había constituido una minoría de bloqueo junto a los Gobiernos de Alemania, Austria, Bélgica, España y Suecia, todos ellos contrarios al proyecto por diversas razones.

¹⁴ El texto en español puede encontrarse en <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-8811-2015-INIT/es/pdf>



conferencia u otros medios de comunicación audiovisual simultánea compatibles con la constitución on-line.

En el régimen del capital social, se introduce la posibilidad de que la ley nacional exija obligatoriamente la constitución de reservas legales en forma de un porcentaje de los beneficios y/o hasta alcanzar el capital mínimo exigido a la sociedad limitada del tipo general. También se abre la puerta a la dispensa de la exigencia del desembolso íntegro, de acuerdo con lo dispuesto en la ley nacional.

Y en relación a los órganos sociales, se suprime buena parte de las normas del proyecto inicial, entre ellas la del artículo 22.7 acerca del administrador de hecho y la del artículo 23, que atribuía al socio único derecho a dar instrucciones al órgano de administración, con el límite del respeto a lo establecido en la escritura de constitución y en la ley nacional aplicable, norma esta última en la que asomaba un tímido reconocimiento del interés de grupo, aún desvirtuado por la remisión al Derecho nacional.

3.3.6 Situación actual de la tramitación legislativa.

Sin embargo, este proyecto se encuentra paralizado en la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento europeo (competente en cuanto al fondo del asunto), al haber tropezado con una fuerte oposición entre todos los grupos de la izquierda y también en una parte de la derecha alemana. Tal rechazo es reflejo del que, desde el momento mismo de su publicación, el proyecto ha encontrado en diferentes asociaciones profesionales, no solo en los Sindicatos, también en algunas organizaciones empresariales. Resulta significativa, en este sentido, la opinión del Comité Económico y Social Europeo, que rechazó la propuesta por una mayoría superior a los dos tercios, es decir, con la oposición no sólo de los representantes de los trabajadores, sino también de la mayoría de las entidades que integran el Grupo III, en el que se encuadran las asociaciones de pequeñas empresas, cooperativas y profesionales. También ha sido rechazado por la segunda de las asociaciones patronales de Alemania, la de la construcción, cuyos empresarios temen, al igual



que el Comité Económico y Social Europeo, que el nuevo instrumento europeo incentive la competencia desleal por la vía de la sustitución de los contratos de trabajo por arrendamientos de obra o de servicios con sociedades unipersonales, en fraude de las normas del Derecho laboral.

Parecido temor ha inspirado la opinión de la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales del Parlamento Europeo, presentada el 29 de junio de 2015, en el sentido de recomendar a la Comisión Europea la retirada del proyecto¹⁵. En cambio, la Comisión de Mercado Interior ha emitido, con fecha 23 de julio de 2015, una opinión no tan crítica¹⁶, que se limita a sugerir determinadas enmiendas, similares algunas a las que han sido introducidas por el Consejo de la UE en el texto de compromiso aprobado el 29 de mayo de 2015.

En un ambiente predominantemente crítico hacia la propuesta, el ponente en la Comisión de Asuntos Jurídicos (el eurodiputado español del Grupo Popular Europeo Luis de Grandes) no ha presentado todavía su informe¹⁷, lo que muchos interpretan como señal de que el proyecto está en vía muerta, a punto de ser abandonado y sustituido por el nuevo proyecto de digitalización.

¹⁵ Por una mayoría de 35 votos a favor de esta opinión y 14 en contra. El texto está accesible en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+COMPARL+PE-549.466+02+NOT+XML+V0//ES>

¹⁶ Con el apoyo de 21 diputados, 17 en contra y una abstención. Puede encontrarse el texto en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-%2f%2fEP%2f%2fNONSGML%2bCOMPARL%2bPE-546.844%2b02%2bDOC%2bPDF%2bV0%2f%2fES>

¹⁷ El ponente sí ha presentado dos documentos de trabajo preliminares, uno el 6 de febrero de 2015, otro el 26 de enero de 2016. En el primero se sugiere limitar el ámbito de la Directiva a las pequeñas y medianas empresas. El segundo abunda en la misma idea, planteando una limitación aún mayor: la Directiva se aplicaría tan sólo a las microempresas y a las pequeñas empresas (según la definición establecida en la Directiva contable 2013/34/UE), para lo cual se propone, por una parte, reservar la posibilidad de constituir una SUP a las personas jurídicas que al tiempo de la constitución ostenten la condición de micro o pequeña empresa; y, por otra parte, que las SUP que dejen de tener tal condición, al rebasar los umbrales máximos previstos en la Directiva contable, deban optar entre transformarse o disolverse. Tal enfoque reduciría, evidentemente, la posibilidad de utilizar esta forma social para estructurar la actividad internacional de los grupos de empresas. Y lo mismo puede decirse de la propuesta de suprimir las normas relativas a las relaciones entre el socio único y la SUP, al igual que en el texto de compromiso aprobado en el Consejo el 29 de mayo de 2015. El texto de los dos documentos de trabajo del ponente puede encontrarse en español en <http://www.europarl.europa.eu/committees/es/search-in-documents.html?ufolderComCode=&ufolderId=&urefProcCode=COD&linkedDocument=true&ufolderLegId=&urefProcYear=2014&urefProcNum=0120>



3.4. El proyecto de una nueva iniciativa de la UE en materia de digitalización del ciclo vital de las sociedades mercantiles.

3.4.1 Un contenido aún ignorado

La Comisión Europea ha anunciado un próximo paquete de iniciativas legislativas, todavía desconocido en cuanto a su contenido, que abordaría la digitalización del ciclo vital de las compañías mercantiles, probablemente por la vía de una Directiva, junto a otras materias (la modificación de la Directiva actualmente vigente sobre fusiones transfronterizas, la elaboración de sendas nuevas Directivas sobre traslado internacional de domicilio y escisiones transfronterizas y una eventual armonización de las normas nacionales de Derecho internacional privado referentes a las sociedades mercantiles).

A tal efecto, la Comisión Europea ha encargado diversas encuestas públicas y ha mantenido reuniones con los sectores afectados a fin de obtener información acerca de sus problemas específicos, opiniones, expectativas, reivindicaciones y probables reacciones¹⁸, pero sin proporcionar dato alguno por su parte sobre el contenido de la propuesta. La opacidad mantenida al respecto es total. Al tiempo de escribir esta ponencia se sabe tan solo que no se va a presentar hasta el último trimestre del año, en vez de en la primavera como estaba inicialmente previsto.

En esta nueva propuesta legislativa la Comisión plantearía ahora, al parecer, la introducción del uso de las técnicas digitales durante todo el ciclo vital de las sociedades mercantiles de cualquier tipo, lo que supondría la registración “on line” no sólo de la constitución de las sociedades unipersonales de responsabilidad limitada, como ocurría con el proyecto de Directiva sobre la SUP, sino también de las pluripersonales y de las anónimas, así como su posterior modificación y extinción del mismo modo, entendiéndose por “on line” no requerir la presencia física ante una

¹⁸ La digitalización del Derecho societario ha sido precisamente el tema de la 29ª Jornada Notarial Europea de Salzburgo, celebrada los días 20 y 21 de abril de 2017, con la participación de la Jefa de la Unidad de Derecho de sociedades de la Comisión Europea, Maija Laurila, quien mantuvo el hermetismo acerca del contenido de este proyecto.



autoridad. E igualmente supondría extender el uso de las comunicaciones digitales en las relaciones entre las sociedades (cotizadas o no) y sus socios.

3.4.2. El marco de la Agenda Digital para Europa y el Plan sobre la Administración Electrónica

El nuevo proyecto se enmarca en la llamada Agenda Digital para Europa, que es una de las siete iniciativas principales contenidas en el Plan Estratégico 2020 de la Comisión Europea, lanzado en el año 2010, con el objetivo de impulsar la salida de la crisis económica y preparar a la economía de la UE para los retos de esta década. La Agenda Digital fue presentada públicamente el 19 de mayo de 2010, mediante la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Una Agenda Digital para Europa” (COM/2010/0245 final)¹⁹. El programa propone diversas medidas dirigidas a:

- crear un mercado único digital, superando la actual fragmentación en mercados nacionales,
- posibilitar la interoperabilidad de los diferentes sistemas y plataformas existentes,
- incrementar la seguridad en la red y la preservación de los datos personales a fin de generar mayor confianza entre los usuarios,
- estimular la inversión en las nuevas redes ultrarrápidas de banda ancha en internet²⁰,
- incentivar la investigación e innovación en aplicaciones y servicios nuevos orientados hacia el mercado,

¹⁹ El texto en español se encuentra accesible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:52010DC0245>

²⁰ Los objetivos y las medidas propuestas en este ámbito han sido revisadas en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “La conectividad para un mercado único digital competitivo – hacia una sociedad europea del Gigabit”, de 14 de septiembre de 2016 (COM/2016/0587 final). El texto en español puede encontrarse en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52016DC0587>



- superar las actuales carencias de conocimiento de las técnicas digitales y de capacitación profesional en su uso que afectan a muchos ciudadanos europeos
- desarrollar servicios públicos más eficientes, especialmente en ciertas áreas como la gestión de la sanidad, el transporte o la conservación del patrimonio cultural.

Es de observar que la digitalización del Derecho de sociedades no está incluida en el amplio catálogo de medidas propuestas en esta Comunicación. Y que las PYME sólo aparecen mencionadas para referirse, por una parte, a la conveniencia de permitir un acceso más ágil y rápido de las PYME digitales a los fondos e infraestructuras europeos de investigación; y, por otra parte, al problema que suponen la fragmentación del mercado y la dispersión de los medios financieros para los innovadores, como factores limitativos del crecimiento y el desarrollo de las empresas innovadoras en TIC, en particular de las PYME.

Sin embargo, tras las últimas elecciones al Parlamento Europeo, la Comisión presenta una nueva Comunicación, en sintonía con las prioridades enunciadas por el nuevo Presidente de la Comisión, Jean-Claude Juncker, el 15 de julio de 2014: “fomentar el uso de las tecnologías digitales y los servicios en línea debe llegar a ser una política horizontal que cubra todos los sectores de la economía y del sector público”.

Se trata de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa”, del 6 de mayo de 2015, (COM(2015) 192 final)²¹. En ella se anuncian medidas muy variadas que inciden en el ámbito del Derecho de contratos y protección del consumidor, en el régimen de la propiedad intelectual o en las normativas sectoriales en materia de telecomunicaciones y de servicios de comunicación audiovisual, entre otros ámbitos. Y, en lo que más nos interesa aquí, se introduce un apartado sobre administración electrónica, en el cual:

²¹Texto en español en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52015DC0192>



-se enuncian como objetivos modernizar la Administración pública, lograr la interoperabilidad transfronteriza y facilitar la interacción con los ciudadanos;

-se contempla la posibilidad de introducir medidas a nivel de la UE para hacer efectivo más allá de las fronteras nacionales el principio “solo una vez” (en virtud del cual las administraciones públicas reutilizan la información sobre ciudadanos y empresas que ya obra en su poder sin solicitarla de nuevo), como la creación de un registro en línea seguro para los documentos;

-se anuncian mayores esfuerzos para agilizar la transición a un sistema plenamente electrónico de contratación pública;

-se proclama la intención de fomentar el uso de documentos electrónicos en toda la UE a fin de reducir los costes y la carga administrativa de empresas y particulares; y de permitir a toda empresa constituida ampliar sus operaciones transfronterizas en línea y convertirse en paneuropea en el plazo de un mes sobre la base de la interconexión de los registros mercantiles y el principio de «solo una vez»;

-y se anuncia la presentación de un Plan de Acción Europeo sobre Administración Electrónica 2016-2020 que incluirá: i) hacer realidad la interconexión de Registros mercantiles para 2017, ii) poner en marcha en 2016 una iniciativa con los Estados miembros para llevar a cabo una experiencia piloto del principio de «solo una vez»; iii) ampliar e integrar los portales europeos y nacionales hacia un «portal digital único» con el fin de crear un sistema de información para ciudadanos y empresas de fácil manejo y iv) acelerar la transición de los Estados miembros hacia una contratación pública electrónica plena y la interoperabilidad de la firma electrónica.

Este Plan ha sido presentado el 19 de abril de 2016 mediante la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Plan de Acción sobre Administración Electrónica de la UE 2016-2020. Acelerar la transformación digital de la administración” (COM 2016) 179 final)²². Entre las veinte acciones que contiene,

²² Texto en español en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016DC0179>



interesa aquí destacar estas tres (entre paréntesis aparece el año en que está prevista su respectiva puesta en práctica):

- Acelerar la adopción de los servicios de identificación electrónica y servicios de confianza (eIDAS), incluyendo la identificación electrónica y la firma electrónica. (2016)
- Establecer, en cooperación con los Estados miembros, la obligatoriedad de la interconexión de los Registros mercantiles de todos los Estados miembros. (2017)
- Presentar una iniciativa para facilitar el uso de soluciones digitales a lo largo del ciclo de vida de una empresa. (2017).

Respecto de la primera de estas tres medidas, hay que recordar que el Reglamento europeo 910/2014, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por el que se deroga la Directiva 1999/93/CE, publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) el 28 de agosto de 2014, establece las condiciones en que los Estados miembros deberán reconocer los medios de identificación electrónica de las personas físicas y jurídicas pertenecientes a un sistema de identificación electrónica de otro Estado miembro y que haya sido oportunamente notificado a la Comisión Europea, así como las normas para los servicios de confianza y un marco jurídico para las firmas electrónicas, los sellos electrónicos, los sellos de tiempo electrónicos, los documentos electrónicos, los servicios de entrega electrónica certificada y los servicios de certificados para la autenticación de sitios web. El objetivo es el establecimiento de un marco jurídico claro que garantice el reconocimiento transfronterizo de identidades electrónicas, la interoperabilidad de la firma electrónica y otros servicios electrónicos de confianza, posibilitando las comunicaciones electrónicas entre ciudadanos, empresas y Administraciones Públicas y potenciando el comercio y la administración electrónica.

Este Reglamento entró en vigor el 17 de septiembre de 2014, pero empezó a aplicarse a partir del 1 de julio de 2016, salvo las disposiciones relacionadas en el



apartado 2 de su artículo 52, que está previsto lo hagan en fechas diferentes en función de las fechas de aplicación de los actos de ejecución que los desarrollen.

Hasta la fecha se han aprobado los siguientes actos de ejecución para el desarrollo de este Reglamento²³:

-Decisión de ejecución (UE) 2015/296 de la Comisión de 24 de febrero de 2015 por la que se establecen las modalidades de procedimiento para la cooperación entre los Estados miembros en materia de identificación electrónica con arreglo al artículo 12, apartado 7, del Reglamento (UE) 910/2014

-Reglamento de ejecución (UE) 2015/806 de la Comisión de 22 de mayo de 2015 por el que se establecen especificaciones relativas a la forma de la etiqueta de confianza «UE» para servicios de confianza cualificados

-Reglamento de ejecución (UE) 2015/1501 de la Comisión de 8 de septiembre de 2015 sobre el marco de interoperabilidad de conformidad con el artículo 12, apartado 8, del Reglamento (UE) 910/2014.

-Reglamento de ejecución (UE) 2015/1502 de la Comisión de 8 de septiembre de 2015 sobre la fijación de especificaciones y procedimientos técnicos mínimos para los niveles de seguridad de medios de identificación electrónica con arreglo a lo dispuesto en el artículo 8, apartado 3, del Reglamento (UE) 910/2014

-Decisión de ejecución (UE) 2015/1505 de la Comisión de 8 de septiembre de 2015 por la que se establecen las especificaciones técnicas y los formatos relacionados con las listas de confianza de conformidad con el artículo 22, apartado 5, del Reglamento (UE) 910/2014

-Decisión de ejecución (UE) 2015/1506 de la Comisión de 8 de septiembre de 2015 por la que se establecen las especificaciones relativas a los formatos de las firmas electrónicas avanzadas y los sellos avanzados que deben reconocer los organismos

²³Puede accederse al texto en español de todas estas normas técnicas de ejecución en <http://www.minetad.gob.es/telecomunicaciones/es-ES/Servicios/FirmaElectronica/Paginas/NormasTecnicas.aspx>



del sector público de conformidad con los artículos 27, apartado 5, y 37, apartado 5, del Reglamento (UE) 910/2014

-Decisión de ejecución (UE) 2015/1984 de la Comisión de 3 de noviembre de 2015 por la que se definen las circunstancias, formatos y procedimientos de notificación con arreglo al artículo 9, apartado 5, del Reglamento (UE) 910/2014

-Decisión de ejecución (UE) 2016/650 de la Comisión de 25 de abril de 2016 por la que se fijan las normas para la evaluación de la seguridad de los dispositivos cualificados de creación de firmas y sellos con arreglo al artículo 30, apartado 3, y al artículo 39, apartado 2, del Reglamento (UE) 910/2014.

En cuanto a la segunda de las actuaciones que hemos destacado de este plan, la interconexión de los Registros mercantiles de los Estados miembros, es preciso recordar que está contemplada en la Directiva 2012/17/UE, cuyo plazo de trasposición ha concluido el 10 de junio de 2017, según lo previsto en su artículo 5.2, a los dos años de la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, del Reglamento de Ejecución (UE) 2015/884, por el que se establecen las especificaciones y los procedimientos técnicos necesarios para la interconexión de los Registros mercantiles²⁴. Volveremos después sobre este punto.

Por lo que respecta a la tercera de las actuaciones previstas, cabe observar que el plan se limita a anunciar, sin mayor especificación o detalle, la presentación en el año 2017 de una “iniciativa para facilitar el uso de soluciones digitales a lo largo del ciclo de vida de una empresa”. Nada se dice acerca de la naturaleza (reglamentación, armonización, “soft law”) y contenido de tal iniciativa.

3.4.3 Las recomendaciones del ICLEG sobre la digitalización del Derecho de sociedades

²⁴ En España la trasposición se ha realizado a través del artículo 17.5 del Código de Comercio, añadido por la disposición final primera de la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil; y de la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9 de mayo de 2017, en la que se establece la forma de actuación de los Registros Mercantiles en el marco del sistema de interconexión.



Aunque el contenido del nuevo proyecto de la Comisión no ha sido dado aún a conocer, alguna pista puede proporcionar el informe emitido por el ICLEG sobre la digitalización del Derecho de sociedades, publicado en marzo de 2016²⁵.

El ICLEG (Informal Company Law Expert Group) es un grupo de expertos creado por la Comisión Europea en el año 2014 con la finalidad de asistir a la Comisión europea en la preparación de textos legales y en la definición de su política legislativa. En sus informes se observa, en general, un marcado sesgo hacia el paradigma anglosajón, en consonancia con la orientación de la Unidad de Derecho societario de la Comisión Europea.

Los ponentes de este informe son la británica Vanessa Knapp (Presidenta de la Comisión de Derecho societario del Consejo de la Abogacía de la UE) y el profesor de la Universidad de Copenhague Jesper-Lau Hansen.

La propuesta es prácticamente la misma del proyecto de la nueva Directiva sobre la sociedad limitada unipersonal (SUP), pero extendiendo la constitución “on line” basada en la identificación electrónica y la aplicación del Reglamento europeo 910/2014 a las sociedades pluripersonales, a todos los tipos societarios y a todos los actos en la vida de una sociedad.

El informe comienza con una triple recomendación en el terreno de los principios generales:

- respeto a la diversidad de regímenes de gobierno corporativo existente en los Estados miembros,
- respeto al principio de neutralidad tecnológica,
- exigencia a los Estados miembros de respeto al principio de reconocimiento mutuo, que constituye una alternativa y un suplemento a la armonización de las leyes nacionales, y que se opone a que las autoridades nacionales de control exijan a una compañía de otro Estado miembro aportar documentos, certificaciones u otro tipo de

²⁵ El texto en inglés está accesible en http://ec.europa.eu/justice/civil/files/company-law/icleg-report-on-digitalisation-24-march-2016_en.pdf.



datos desde su Estado de origen que ya se encuentren disponibles en el primero, o cumplir determinados requisitos establecidos en la ley nacional cuando ya se han cumplido requisitos equivalentes en el Estado de origen, salvo cuando existan motivos de interés público claros, proporcionados y justificados

A continuación el informe pasa a proponer diversas actuaciones desde la Unión Europea en el campo de la digitalización de las comunicaciones entre las compañías y los Estados miembros:

-Interconectar los diversos sistemas nacionales sobre la base de la plataforma de interconexión de Registros mercantiles (BRIS), creada por la Directiva 2012/17/UE, de manera que cualquier ciudadano pueda acceder a la información públicamente accesible en cualquier Estado miembro, para lo cual se propone comenzar en un primer estadio con los Registros o bases de datos con información sobre participaciones sociales mayoritarias, personas con acceso a información privilegiada de sociedades cotizadas y ofertas públicas de adquisición

-Permitir la constitución on line de las sociedades constituidas bajo la ley nacional de cualquier Estado miembro, sin necesidad de presencia física de los fundadores u otras personas en el Estado de registro, para lo que se sugiere empezar, como primer paso, con las sociedades limitadas, modificando la Directiva 2009/101/CE (primera Directiva²⁶)

-Recomendar a los Estados miembros la puesta a disposición pública a través de los Registros Mercantiles de estatutos modelo para cada una de las formas societarias previstas en el respectivo Derecho nacional susceptibles de inscripción en el Registro Mercantil, de manera que los fundadores puedan utilizar el modelo estándar para la constitución on line de la sociedad y posteriormente modificar los estatutos, asimismo on line, cumpliendo los requisitos legalmente establecidos para una modificación estatutaria

²⁶ El texto de la primera Directiva ha sido codificado en la Directiva (UE) 2017/1132 de 14 de junio de 2017 sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades.



- Permitir a todas las sociedades mercantiles la inscripción on line en el Registro Mercantil de cualquier documento inscribible, con las garantías adecuadas para asegurar la identidad del solicitante, su representación y la integridad de los archivos que se trate de inscribir, pero sin necesidad de una presencia física en el Estado de registro
- Exigir que las copias electrónicas de la información registral acerca de una sociedad se expidan con el valor de copia auténtica o certificación, sin necesidad de una solicitud expresa al respecto
- Modificar la Directiva 89/666²⁷ sobre sucursales, de manera que la sociedad matriz pueda realizar en su propio Registro Mercantil la inscripción de los actos inscribibles relativos a cualquier sucursal inscrita en otro Estado miembro
- Consagrar a nivel europeo el principio de “punto único de distribución de información”, de manera que los ciudadanos y las empresas sean requeridos para suministrar información en un único punto, desde el cual dicha información se facilitaría automáticamente a otras autoridades nacionales de control que también la necesiten; aplicándose tal principio también a las autoridades de otros Estados miembros y a la información exigida por las leyes reguladoras del mercado de valores, e incluso, en un momento posterior, a la información requerida por las autoridades fiscales.
- Establecer estándares mínimos para la aceptación por todos los Estados miembros de los documentos electrónicos como medio de prueba tanto en el ámbito judicial como en el extrajudicial.
- Y coordinar las medidas que se establezcan en pro de la digitalización con las disposiciones en materia de prevención y represión del blanqueo de capitales y en materia de insolvencia.

3.4.4. En torno a la interconexión de los Registros mercantiles

²⁷ El texto de esta Directiva ha sido asimismo codificado en la Directiva (UE) 2017/1132 de 14 de junio de 2017 sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades.



El informe del ICLEG atribuye una exagerada importancia a la interconexión de los Registros mercantiles introducida por la Directiva 2012/17/UE, lo que reclama alguna matización, pues esta Directiva (por la que se modifican otras tres Directivas anteriores, la 89/666/CEE sobre sucursales, la 2005/56/CE sobre fusiones transfronterizas y la 2009/101/CE sobre equivalencia de garantías de los intereses de los socios y los terceros, conocida como primera Directiva²⁸), se limita:

-por una parte, a establecer una plataforma central europea que permita a cualquier persona el acceso gratuito a través de un único punto (el portal de e-Justicia) a unos datos mínimos (nombre, tipo social, domicilio, Estado de registro y número único de identificación de la sociedad);

-y, por otra parte, a introducir una comunicación restringida entre los Registros mercantiles, que se reduce al aviso, por el Registro en que una sociedad se halle inscrita, de la apertura de la liquidación o de un procedimiento de insolvencia y de la cancelación por disolución de dicha sociedad a los Registros de otros Estados miembros en que tal sociedad tuviera inscritas sucursales, así como, en el caso de las fusiones transfronterizas, al aviso recíproco, entre los Registros mercantiles afectados, de la inscripción de la fusión en el Registro del Estado miembro en el que tuviera su domicilio la sociedad resultante y la posterior cancelación de la sociedad absorbida en el Registro de origen de ésta²⁹.

Pero no se ha creado un Registro mercantil europeo, ni el embrión de un futuro Registro único. La diversidad de sistemas registrales dentro de la Unión europea es un hecho insoslayable. Hay diferencias insalvables en los 28 Estados miembros por lo que se refiere a las lenguas, a la determinación de la materia inscribible, al control de la calidad de la información que accede al Registro, a los efectos de la inscripción, a la organización territorial y funcional. La creación de un Registro

²⁸ El texto de las tres está contenido actualmente en la Directiva 2017/1132 de 14 de junio de 2017.

²⁹ Si se llegan a aprobar las nuevas Directivas sobre escisiones transfronterizas y traslado internacional de domicilio social, contempladas en el mismo paquete que la iniciativa sobre digitalización, será necesario modificar también la Directiva sobre interconexión de los Registros mercantiles, cuyo texto ha sido codificado en la Directiva (UE) 2017/1132 de 14 de junio de 2017 sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades.



unificado europeo no parece una tarea realizable salvo en el muy largo plazo, ni un objetivo político prioritario a nivel europeo.

3.4.5. En torno a la seguridad y el robo de identidad

El informe presenta también un sesgo muy marcado a favor del sistema de constitución de sociedades existente en los países anglosajones y nórdicos, ajeno al concepto de seguridad jurídica preventiva, como demuestra la afirmación en el apartado 8.2 de que es posible usar la tecnología para establecer la identidad del fundador on line de una sociedad con un grado de seguridad suficiente, afirmación seguida de una valoración a la baja del riesgo de fraude, que existe –se dice– igualmente en los sistemas no electrónicos.

Ante tal afirmación, no está de más señalar que la contraposición pertinente aquí no es la que opone el uso de la tecnología a su no uso, sino el uso de la tecnología con la garantía que el notario proporciona a su uso sin tal garantía. Tampoco está de más recordar, por lo que al riesgo de fraude se refiere, que en el muy tecnológico y “on line” Registro mercantil inglés se producen cada mes entre 50 y 100 casos de robo de identidad, según se advierte en la página web del propio Registro³⁰, cifra altísima incluso puesta en relación con el gran número de sociedades inscritas en ese Registro. El problema del robo de identidad afecta igualmente, con gravedad creciente, a otros Registros mercantiles basados en un patrón similar al inglés, como el de Suecia; en cambio es desconocido en el no menos tecnológico Registro mercantil alemán y en los Registros mercantiles españoles, por citar dos ejemplos de acceso de la información al Registro mediada por el filtro de seguridad del notario.

³⁰<https://www.gov.uk/government/publications/reporting-fraud-about-a-company-to-companies-house>

El variado catálogo del robo de identidad (“identity theft”) incluye el cambio no consentido de la denominación o el domicilio social, el nombramiento de administradores sin el conocimiento o el consentimiento del designado o la inscripción de documentos nulos con ocasión de conflictos internos dentro de la sociedad, según se informa en la propia página web. Puede encontrarse parecida advertencia en otras páginas web, como la del Royal Bank of Scotland (<http://www.rbs.co.uk/corporate/banking/g5/corporate-security/corporate.ashx>)



Tampoco conviene pasar por alto el continuo aumento de los delitos informáticos, la mayoría de los cuales tienen como escenario internet. El caso de Estados Unidos puede servir de ejemplo y advertencia: 17.600.000 estadounidenses, es decir un 7% de los residentes mayores de 16 años en los Estados Unidos fueron víctimas en 2014 de algún tipo de robo de identidad digital, según las estadísticas oficiales publicadas por la Oficina Estadística de la Justicia³¹. Dos terceras partes sufrieron daños financieros. Se trata del delito más frecuente y costoso desde el punto de vista económico de los que se cometen el país, con una estimación total anual que supera los 50.000 millones de dólares. El problema afecta no sólo a los ciudadanos, también a las empresas, en buena parte como consecuencia del acceso on line de la información a los Registros mercantiles de Estados Unidos sin un control de la autenticidad de los datos que se inscriben.

3.4.6. Neutralidad tecnológica. ¿Y jurídica?

En el informe de ICLEG se recomienda a la Comisión Europea el respeto a la diversidad de regímenes de gobierno corporativo existente en los Estados miembros y el respeto al principio de neutralidad tecnológica. Del mismo modo, nos permitimos aquí una recomendación en favor del respeto a la diversidad de sistemas en materia de seguridad jurídica entre los Estados miembros y al principio de neutralidad jurídica.

Con todo, en el apartado 8.3 los autores del informe admiten que los Estados miembros sean libres para mantener sus “sistemas tradicionales” relacionados con la constitución de sociedades, a condición de que introduzcan el elemento “on line” (“integrate an online approach to such national systems”) y reconozcan medios electrónicos de identificación, de manera que la presencia física en el territorio del Estado miembro donde la sociedad vaya a constituirse resulte innecesaria.

Centrado el campo de batalla en la presencia física, vamos a examinar hasta qué punto el otorgamiento sin una comparecencia inmediata del otorgante ante el notario es compatible con los principios básicos de nuestro sistema documental romano-

³¹ Pueden consultarse en <http://www.bjs.gov/>



germánico. Pero antes examinaremos si la técnica informática aplicada al documento privado puede, en alguna medida, suplir las garantías que en el ámbito específico de la vida societaria mercantil proporciona el documento público, o al menos, tal como sostiene el informe del ICLEG, proporcionar un grado de seguridad suficiente.

La comparación resulta necesaria para rebatir el intento, poco fundamentado como veremos, de equiparar la firma electrónica avanzada con la actividad del notario. Puede contribuir también a despejar la confusión introducida por un uso poco cuidadoso del lenguaje al referirse a la firma electrónica, derivado de la traducción apresurada de términos procedentes del inglés. Sucede, por ejemplo, con la utilización de la expresión “autenticación” para aludir a la acreditación de la identidad de quien firma un documento electrónico³², e incluso, como ha señalado Rodríguez Adrados, con la misma expresión “firma electrónica” para designar lo que es en realidad un sello; o con su definición en el artículo 3.1 de la Ley 59/2003 como “conjunto de datos en forma electrónica, consignados junto a otros o asociados con ellos, que pueden ser utilizados como medio de identificación del firmante”, cuando debería haber dicho en el inciso final en cursiva “como medio de identificación del titular”³³.

Igualmente necesita alguna aclaración el concepto de “firmante”, que tras la modificación de la Ley de Firma Electrónica introducida por la disposición final 4.2 de la Ley 25/2015, de 28 de julio, designa a la persona que utiliza un dispositivo de creación de firma y que actúa en nombre propio o en nombre de una persona física o jurídica a la que representa (artículo 6); mientras que en la redacción anterior del texto legal designaba a la persona que poseía el dispositivo, de manera que el firmante no era necesariamente quien firmaba, sino el titular del dispositivo de creación de firma, que debía custodiarlo y responder por tanto de su uso. La nueva redacción permite entender que no basta con la tenencia del dispositivo, sino que se

³² Así, en el artículo 2 de la Directiva 1999/93/CE, derogada por el Reglamento 910/2014, “... se entenderá por: 1) “firma electrónica”: los datos en forma electrónica anejos a otros datos electrónicos o asociados de manera lógica con ellos, utilizados como medio de autenticación” (art. 2).

³³ RODRIGUEZ ADRADOS, A., *op. cit.*, en la nota 2, pp. 48-55.



requiere la utilización efectiva del mismo, en consonancia con la definición de firmante en el artículo 3.9 del Reglamento europeo 910/2014 como “persona física que crea una firma electrónica”.

IV. Documento privado con firma electrónica versus documento público notarial

4.1. La actuación notarial en la vida de las sociedades mercantiles

Muchos de los ordenamientos jurídicos nacionales adscritos al sistema de seguridad jurídica preventiva que conocemos como notariado latino o romano-germánico, tanto de Europa como de América, entre ellos el español, requieren el otorgamiento de escritura pública notarial para la constitución, modificación posterior o disolución de las sociedades mercantiles, lo que supone que los socios, y en su caso los administradores, deben comparecer, personalmente o por medio de representante, ante un notario del país donde la sociedad vaya a inscribirse o se encuentre ya registrada. Algunos de estos ordenamientos, como el español, exigen también el documento público notarial para la transmisión de la participación del socio en la sociedad, al menos respecto de ciertos tipos societarios.

Con pequeñas variantes, la actividad del notario es muy similar en todos estos países. Consiste en:

-identificar a los otorgantes –y a los titulares reales, en caso de que fueran personas diferentes-

-asegurarse de que tienen capacidad jurídica y, si actúan en nombre de otra persona física o jurídica, de que se hallan legitimados para actuar en nombre de ésta, por acreditar su representación voluntaria, legal u orgánica,

-prestar a los otorgantes asesoramiento jurídico imparcial acerca de las diferentes opciones para el proyecto empresarial y la mejor forma de organizar las relaciones internas y externas de la sociedad,



-comprobar en el caso de la constitución o de la modificación de los estatutos -cuya redacción generalmente asume también el notario- la conformidad de éstos con la ley y que la denominación social propuesta no es utilizada por ninguna otra sociedad preexistente,

-comprobar la realidad de la suscripción y del desembolso del capital, incluido en el caso de aportaciones dinerarias –o precio - el origen lícito de los fondos y en el caso de las no dinerarias los títulos de propiedad del aportante así como la existencia o inexistencia de cargas sobre los bienes y el cumplimiento de los requisitos legales para la validez y la plena eficacia de la transmisión, según la naturaleza de los bienes o derechos que tenga por objeto

-comprobar la obtención de las autorizaciones administrativas exigidas legalmente o la realización de las comunicaciones oficiales preceptivas, en el caso de que vinieran impuestas por las normas sobre control de cambios, inversiones extranjeras, seguridad nacional u otras, así como, en general, el cumplimiento de todos los demás requisitos legales

-asegurarse de que los otorgantes prestan su consentimiento de forma libre e informada

-y consignar todo ello en un documento público redactado por el propio notario y firmado ante él por los otorgantes o sus representantes, cuyo original conserva el notario y cuyas copias, libradas por el notario, circulan en el tráfico.

Dicho documento produce unos efectos cualificados como consecuencia de las garantías implícitas en su elaboración, entre ellos el acceder al Registro y fundamentar la eficacia de la publicidad registral, evitando los problemas de seguridad anteriormente aludidos que afectan a los Registros de aquellos países que desconocen el concepto de seguridad jurídica preventiva.

Una parte de esta actividad del notario, el asesoramiento jurídico, beneficia fundamentalmente a la sociedad y a sus socios. Puede ser más o menos necesaria, según la complejidad de cada caso, las circunstancias que en él concurran o la



apreciación subjetiva individual, y cabe renunciar a ella o delegarla en otros juristas diferentes del notario.

Pero hay otra parte de esa actividad, la que se refiere al control de la legalidad, en la que el notario ejerce funciones públicas, actuando sobre todo en interés de los terceros que van a relacionarse con la nueva sociedad y en interés del propio Estado, por lo que no es renunciable ni transferible a otros ámbitos fuera del control del Estado.

En este aspecto, para los Estados que se han dotado de sistemas de seguridad jurídica preventiva basada en el documento público, el control notarial es tan necesario en el caso de la sociedad unipersonal como cuando la sociedad tiene un origen contractual.

La exigencia de intervención notarial para la documentación de los actos principales en la vida de las sociedades mercantiles es compatible con las exigencias de simplificación, rapidez y economía propias de nuestro tiempo, como han puesto de manifiesto los sucesivos sistemas de constitución telemática de sociedades en España, desde el primer ensayo con la sociedad limitada nueva empresa, introducida por la ley 7/2003 de 1 de abril³⁴, pasando por el sistema introducido por el Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre, para todas las sociedades de capital, hasta el sistema vigente en la actualidad, regulado en los artículos 15 y 16 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, disponible para cualquier sociedad de responsabilidad limitada, con la posibilidad de utilizar o no estatutos tipo en formato estandarizado.

Medidas legislativas similares se han llevado a la práctica en otros países, empezando por Alemania con la ley de modernización del régimen de la GmbH (Gesellschaft mit beschränkter Haftung, equivalente a nuestra sociedad de responsabilidad limitada) de 23 de octubre de 2008, conocida como ley MoMiG, de manera que en la actualidad una sociedad limitada puede constituirse en no más de

³⁴ Subtipo de la sociedad limitada hoy regulado en los artículos 434 a 454 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, de escasa utilización en la práctica actual.



siete días en Austria, en no más de tres en Alemania, Bélgica e Italia, y en no más de uno en España y Luxemburgo, países todos ellos que requieren la intervención notarial y que han establecido así mismo reducciones de los aranceles notariales en consonancia con los objetivos de la política comunitaria para la PYME.

La intervención notarial puede servir además a la política de simplificación a través de la conversión de la notaría en “ventanilla única “ (“Punto de Atención al Emprendedor” en la terminología de la vigente ley española 14/2013, de 27 de septiembre) para la constitución de sociedades, de manera que sea posible realizar desde la notaría todos y cada uno de los trámites necesarios para el inicio, ejercicio y cese de la actividad empresarial, lo cual constituye uno de los objetivos del notariado español, pendiente para su puesta en práctica de la necesaria integración técnica entre los sistemas informáticos del Consejo General del Notariado y del Centro de Información y Red de Creación de Empresa (CIRCE), dependiente del Ministerio de Economía, Industria, y Competitividad.

4.2. La firma electrónica, ¿alternativa a la identificación notarial?

El notario realiza un control de la identidad de los otorgantes que en la práctica se basa principalmente en la exhibición del DNI o pasaporte y comprobación de la fotografía y firma que aparecen en dichos documentos de identidad con los rasgos físicos del compareciente, aunque puede acudir a otros medios supletorios (art. 23 LN y arts.157 y 187 RN).

En cuanto a la firma electrónica, en el caso de los certificados reconocidos el prestador de servicios de certificación debe comprobar la identidad del solicitante (artículo 12 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica). Pero esta obligación legal rige únicamente para los certificados reconocidos. El artículo 13 de la misma ley opta, entre los diversos sistemas de comprobación posibles, por el de la presencia física como aquél que ofrece mayores garantías, o al menos garantías iguales a las que puede ofrecer la identificación notarial, dejando de lado otros sistemas posibles (identificación biométrica, contraseñas alfa-numéricas o gráficas u



otras claves concertadas en un registro previo, aportación de información conocida por ambas partes u otros sistemas no criptográficos). La presencia física hace posible comprobar la identidad del solicitante y su voluntad de proveerse del certificado como medio de identificación electrónica. Por eso se permite sustituirla por una solicitud con firma notarialmente legitimada por haber sido puesta en presencia del notario.

En el caso de los certificados que se soliciten para personas jurídicas o en el ejercicio de una representación voluntaria, la obligación de comprobación por el prestador de servicios de certificación se extiende, además de a la identidad del solicitante, a la constitución y personalidad jurídica de la persona jurídica y a la extensión y vigencia de las facultades de representación orgánica o voluntaria del solicitante.

La comprobación de la identidad puede ser realizada personalmente o por medio de otras personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, bajo la responsabilidad en todo caso del prestador de servicios de certificación. Y no es necesario realizarla si consta la realización de una comprobación de identidad anterior, por los mismos medios, dentro de los cinco años precedentes.

En términos no muy diferentes viene regulada la identificación en el artículo 24.1 del Reglamento Europeo 910/2014, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior:

“Al expedir un certificado cualificado para un servicio de confianza, un prestador cualificado de servicios de confianza verificará, por los medios apropiados y de acuerdo con el Derecho nacional, la identidad y, si procede, cualquier atributo específico de la persona física o jurídica a la que se expide un certificado cualificado.

La información a que se refiere el párrafo primero será verificada por el prestador de servicios de confianza bien directamente o bien por medio de un tercero de conformidad con el Derecho nacional:



- a) en presencia de la persona física o de un representante autorizado de la persona jurídica, o
- b) a distancia, utilizando medios de identificación electrónica, para los cuales se haya garantizado la presencia de la persona física o de un representante autorizado de la persona jurídica previamente a la expedición del certificado cualificado, y que cumplan los requisitos establecidos con el artículo 8 con respecto a los niveles de seguridad «sustancial» o «alto», o
- c) por medio de un certificado de una firma electrónica cualificada o de un sello electrónico cualificado expedido de conformidad con la letra a) o b), o
- d) utilizando otros métodos de identificación reconocidos a escala nacional que aporten una seguridad equivalente en términos de fiabilidad a la presencia física. La seguridad equivalente será confirmada por un organismo de evaluación de la conformidad.”

El Anteproyecto de Ley de Servicios de Confianza, por la que se adaptaría nuestro ordenamiento al Reglamento europeo 910/2014, prevé en el artículo 7 que, como regla general, la identificación de la persona física que solicite un certificado cualificado se realice mediante su personación ante los encargados de verificarla y que la identidad se acredite mediante el documento nacional de identidad, pasaporte u otros medios admitidos en derecho, exceptuándose el caso de que la firma en la solicitud de expedición del certificado hubiera sido legitimada en presencia notarial. Contempla, además, que por Orden ministerial se determinen en el futuro las condiciones y requisitos aplicables a la verificación de la identidad mediante otros medios de identificación que aporten una seguridad equivalente en términos de fiabilidad a la presencia física. En cuanto a los certificados de firma de personas jurídicas introducidos por la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, se prevé, en consonancia con el Reglamento 910/2014, la eliminación, para sustituirlos bien por los sellos electrónicos bien por los certificados de firma de persona física con atributo de representante.



En cualquier caso, la identificación efectuada por el prestador de servicios de certificación permite establecer la identidad del titular de la firma electrónica, pero no al firmante del documento creado posteriormente con esa firma, a diferencia de la identificación realizada por el notario en el momento mismo del otorgamiento del documento público. La firma electrónica de un documento puede garantizar, como mucho, que el contenido de éste no ha sufrido alteración y que se ha creado mediante un dispositivo que en cierta fecha se puso a disposición de una determinada persona, nada más. No hay seguridad de que el firmante sea esa misma persona, de que conozca la existencia y contenido del documento, de que lo haya consentido, ni siquiera de que esté vivo en el momento de la firma. La firma electrónica puede haber sido creada por un tercero, con el conocimiento y el consentimiento del titular o sin ellos, pues, como se ha indicado anteriormente, no es en realidad una firma, sino un sello o, mejor dicho, una estampilla. Cabe, pues, traer a colación aquí el artículo 195 del Reglamento Notarial, que prohíbe a los notarios firmar y signar mediante estampilla, precisamente a fin de evitar que sus documentos puedan ser autorizados por terceras personas³⁵.

Ciertamente, la suplantación de identidad puede darse también en el caso de la identificación notarial, pero no es tan fácil de llevar a cabo y el precio a pagar es el de la pena prevista en el Código Penal para un delito que es probable sea detectado y del que, si la tentativa prospera, queda la prueba en el propio documento. El riesgo de un uso indebido de la firma electrónica es, a todas luces, muy superior.

Los métodos de control de identidad previstos actualmente en nuestro ordenamiento no garantizan la identidad del «firmante». La atribución de un documento al titular de la firma electrónica que en él aparece no se basa en una prueba directa y específicamente relacionada con ese documento, sino en la presunción de que el titular de la firma, que en un momento anterior fue identificado por la otra parte o por un tercero, vive, conserva bajo su control exclusivo los medios para la creación de la firma y ha sido quien los ha empleado.

³⁵ RODRIGUEZ ADRADOS, A., *op. cit.*, en la nota 2, p. 51.



Tal presunción puede ser suficiente para determinadas relaciones jurídicas, pero entendemos que no basta para los actos de mayor trascendencia, como lo es, sin duda, la creación, modificación o extinción de una persona jurídica, con un patrimonio separado del de las personas físicas que en ella participan y un poder de representación necesariamente atribuido a una o a varias personas físicas. Y menos aún si se pretende que tales actos accedan a un Registro público dotado de efectos legitimadores, en cuya información pueden confiar legítimamente los terceros. El riesgo que se origina para el titular es de tal magnitud que no compensa las ventajas de la utilización de la firma electrónica.

El informe del ICLEG apunta la posibilidad de reforzar esa presunción mediante algún tipo de comunicación posterior realizada desde el Registro, como aviso para que el legítimo titular tenga la oportunidad de reaccionar en caso de un uso indebido de la firma electrónica. Ello puede suponer un alivio, ciertamente, al problema del robo de identidad en los Registros que desconocen la garantía notarial, pero deja abierto el riesgo de que la comunicación no llegue al titular, por diversas razones, que van desde la interrupción de la conexión por causas técnicas hasta el fallecimiento o incapacidad sobrevenida del titular, pasando por el cambio no comunicado al Registro de la dirección electrónica o la mera inadvertencia de la alerta por el destinatario. En cuanto a los costes, el informe los pasa por alto, pero existirían, ¿qué duda cabe? El sistema de alertas plantea, además, la necesidad de introducir un plazo para la oposición del titular perjudicado, con el consiguiente retraso de la inscripción. E incluso de recurrir a un tercero, como en el propio informe se insinúa, que se encargaría de recibir las alertas del Registro, además de solicitar la inscripción, con los consiguientes costes, que el informe pasa por alto también. En definitiva, un sistema así puede resultar al final más costoso, en tiempo y en dinero, que los que se basan en el cierre del Registro a la información no mediada por el filtro de seguridad del documento público. Y desde luego no sería, por los riesgos apuntados, lo suficientemente seguro como para fundamentar la plena eficacia frente a terceros de la publicidad registral.



Las carencias de la firma electrónica como medio de identificación podrían superarse si la norma impusiera a los prestadores de servicios de certificación el uso de controles de identidad biométricos de máxima seguridad que quedaran incorporados al certificado, de modo que sólo el titular de la firma electrónica pudiera utilizarla para firmar documentos³⁶. Pero ni aún en ese caso la firma electrónica dotaría al documento de las otras garantías que proporciona la intervención notarial, de las que pasamos a ocuparnos a continuación.

4.3. Otras garantías del documento público notarial no suplidas por la firma electrónica

El documento público notarial incorpora además de la presunción de la identidad de los otorgantes otras garantías, de las que, por su propia naturaleza, carece el documento privado con firma electrónica:

-Presunción de capacidad de los otorgantes, vinculada al juicio favorable al respecto que el notario debe realizar en el ejercicio de sus funciones y consignar en el instrumento (artículos 145 y 156 del Reglamento Notarial).

-Presunción de consentimiento libre e informado de los otorgantes, ausente por tanto de cualquier vicio que pueda acarrear una declaración judicial de nulidad del negocio jurídico (artículos 145 y 193 del Reglamento Notarial).

-Presunción de legalidad derivada de la obligación impuesta al notario de denegar la prestación de su función cuando el negocio pretendido infrinja alguna norma legal (artículo 145 del Reglamento notarial). El control notarial de legalidad opera, pues, en la fuente, por la vía negativa del rechazo de la autorización del documento, lo que, como observa BRANCÓS NÚÑEZ, produce menor distensión en el tráfico que

³⁶ Cabe recordar en este punto que el Reglamento europeo 910/2014 sobre identificación electrónica distingue en su artículo 8 tres niveles de seguridad, bajo, sustancial y alto, cuya diferencia radica en los distintos criterios empleados para, entre otras cosas, comprobar la identidad de la persona al expedir el certificado. Así, por ejemplo, empleando un sistema de identificación biométrica, según el Reglamento de Ejecución 2015/1502, de 8 de septiembre de 2015, se consigue un nivel alto de seguridad. La exigencia de un nivel u otro dependerá del tipo de servicio al que se quiera acceder mediante la identificación electrónica. Y su determinación corresponde a los Estados miembros.



el sistema alternativo de represión de las actuaciones ilícitas ya concluidas³⁷. Y ese control se encuentra en la base de la configuración del documento público notarial como título legitimador en el tráfico jurídico extrajudicial.

-Asesoramiento imparcial a los otorgantes, cualificado como asistencia especial en el caso de que alguno de ellos la precisara (artículos 1 y 147 del Reglamento Notarial). Como hemos señalado anteriormente, el asesoramiento notarial puede ser más o menos necesario, en función de las circunstancias concurrentes y la valoración de los interesados. Pero en todo caso, el diseño jurídico adecuado de las relaciones entre los socios y con los terceros, a través de la elección del tipo, las normas estatutarias y los pactos contractuales más convenientes, según las circunstancias de cada caso particular, contribuye decisivamente a evitar litigios futuros, reduciendo costes tanto a las propias empresas y sus socios, como a los terceros que se relacionan con ellas, como al Estado que soporta el peso del sistema judicial.

Puede decirse que ese diseño adecuado es un requisito indispensable de cualquier iniciativa empresarial eficiente, lo que se aviene mal con la utilización de estatutos-tipo en formato estandarizado. Los estatutos predeterminados legalmente suponen una estandarización excesiva, que puede generar graves problemas en el futuro por falta de una regulación adaptada a las relaciones societarias del caso particular, a diferencia de lo que sucede con los formularios notariales. Estos tienen un contenido mucho más amplio y rico, pues constituyen el sedimento de la experiencia profesional acumulada con el tiempo en casos diversos, y son, frente a la rigidez del modelo legal, adaptables al caso particular, por lo que cumplen ventajosamente las necesidades de estandarización exigidas por la economía. En palabras de Francisco-José Aranguren, el formulario notarial garantiza, si no alta costura, al

³⁷ BRANCÓS NÚÑEZ E., "La función notarial en la contratación y economía de mercado", en "Ponencias presentadas por el Notariado español en la IX Jornada Notarial Iberoamericana", Madrid, 2000, pp. 184-185.



menos un “pret-à-porter” cómodo y de calidad, en contraste con la talla única del traje legal³⁸.

En todo caso, como ha señalado acertadamente Alfonso Madrideoj , el recurso a los estatutos-tipo no afecta a la obligación de consejo y asesoramiento a las partes que incumbe al notario, quien tiene que explicar el contenido de los estatutos-tipo, indagar acerca de las circunstancias, necesidades y previsiones de futuro de los otorgantes, asesorarles sobre la existencia de otras posibilidades que puedan resultar más adecuadas a su situación particular e informarles sobre las ventajas e inconvenientes de renunciar o no a su autonomía de la voluntad

El notario, por su formación jurídica y por la condición de imparcialidad que la ley le impone, está en la mejor situación para proporcionar un diseño jurídico adecuado de las relaciones jurídicas societarias. La posibilidad de disponer de un asesoramiento jurídico imparcial de calidad como el que presta el notario tiene especial importancia para las empresas de menor dimensión. También para quienes se establecen en un país distinto del suyo de origen, cuyas leyes les son desconocidas. Pero los otorgantes pueden libremente recurrir a otras fuentes o incluso prescindir, a su cuenta y riesgo, de todo asesoramiento, ya que se trata de un aspecto de la actividad del notario que se presta fundamentalmente en interés particular de los otorgantes.

-Redacción del documento (artículos 17.1 de la Ley del notariado y 147 del Reglamento Notarial), que corresponde al notario aún en los casos de otorgamiento según la minuta facilitada por los otorgantes y de elevación a escritura pública de un documento privado. El notario tiene en todo caso la obligación de indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico la voluntad común de los otorgantes y de informarles del valor y alcance de la redacción del instrumento público.

-Conservación en el protocolo (artículos 17.1 de la Ley del Notariado, y 262 a 282 del Reglamento Notarial), doble fuente de seguridad del documento notarial, pues,

³⁸ ARANGUREN URÍZAR, F. J., “*Pactos sociales no estatutarios*”, conferencia pronunciada en Septiembre de 2011 en Sitges con ocasión del Congreso notarial español, pendiente de publicación.



de una parte garantiza su existencia, permitiendo suplir la pérdida de la copia mediante la expedición de una nueva copia, y de otra parte asegura la integridad, poniéndolo a cubierto de posteriores alteraciones y permitiendo detectar, mediante el cotejo con la matriz, las que se hubieran realizado en las copias. El protocolo notarial, bajo la custodia del notario pero de propiedad pública estatal, evita la clandestinidad: el documento público sale del ámbito del control de los otorgantes, de modo que no puede ser, a diferencia del documento privado firmado electrónicamente, instrumento para un cruce de voluntades con finalidad ilícita o delictiva, como tampoco puede oponerse el carácter reservado del protocolo a la investigación de un posible delito, de ahí la gran utilidad del protocolo notarial en la prevención del blanqueo de capitales, sobre la que enseguida volveremos.

-Autenticidad formal, es decir, garantías formales tendentes a evitar falsificaciones y dotar de una apariencia fiable a los documentos, lo que junto a la autenticidad material (presunciones de identidad, capacidad y consentimiento libre e informado de los otorgantes, presunción de legalidad del negocio) contribuye a la eficacia legitimadora del documento público notarial. Cabe destacar entre estas garantías formales el uso obligatorio de papel exclusivo notarial, timbrado y numerado, cuya numeración se expresa al final del instrumento (artículo 154 del Reglamento notarial), el uso obligatorio del sello de seguridad creado por el Consejo General del Notariado, que se adhiere al documento y resulta inseparable de éste (artículo 241 del Reglamento Notarial) y, en general, la estandarización formal exigida por las normas legales y reglamentarias para cada tipo de documento notarial. La tipificación formal del documento público facilita la comprensión y el manejo de la información, reduciendo el riesgo de falsificación o manipulación. El Derecho comparado y la práctica notarial ponen, además, de manifiesto la existencia de una relativa homogeneidad entre los países pertenecientes al sistema documental romano-germánico, que favorece la seguridad en la circulación jurídica internacional.

-Suministro de información sobre los negocios jurídicos de Derecho privado a las Administraciones públicas a través del índice único informatizado (artículos 17.2, 17.3 y 24 de la Ley del Notariado y 284 a 288 del Reglamento Notarial. El



documento público notarial es la fuente principal de conocimiento por el Estado y las demás Administraciones públicas de la actividad jurídica de los particulares, para la liquidación de los impuestos, el control público de determinadas actividades económicas y todos los demás efectos relacionados con la gestión de los intereses públicos.

El medio por el cual esa información se integra en las bases de datos y redes de información del Estado y demás organismos públicos lo constituye el índice único, al que nos hemos referido ya anteriormente, una gran base de datos constituida por los datos que remiten los notarios obligatoriamente acerca de los documentos por ellos autorizados o intervenidos, con las debidas garantías (red segura, firma electrónica reconocida), al Consejo General del Notariado, desde donde posteriormente la información se distribuye a los órganos judiciales y administrativos correspondientes.

-Contribución a la lucha contra el blanqueo de capitales. Precisamente por esa capacidad para generar información de calidad, derivada de la configuración legal del notario como mediador entre la actividad jurídica privada y la esfera de lo público, el documento público notarial constituye una herramienta de gran utilidad para la prevención y represión del blanqueo de capitales procedentes de actividades delictivas y la financiación del terrorismo. En España se ha creado un sistema muy eficaz basado en el tratamiento de la información proporcionada por los notarios. Por ello y dada la importancia en nuestro tiempo de esta cuestión, volveremos sobre ella con detalle en el epígrafe siguiente.

4.4. Autenticidad y soporte material

La autenticidad material del documento público notarial, es decir, las presunciones de identidad, capacidad y consentimiento libre e informado de los otorgantes y de legalidad del negocio jurídico documentado, son por entero independientes del soporte físico en que aquél se contenga, sea papel, sea archivo digital (o cualquier otro que en el futuro pudiera sustituir a este último). Y lo mismo puede decirse de su utilidad como fuente de información para las Administraciones Públicas, y en



particular para la lucha contra el blanqueo de capitales. Así resulta claramente del artículo 17 bis de la Ley del Notariado:

“En todo caso, la autorización o intervención notarial del documento público electrónico ha de estar sujeta a las mismas garantías y requisitos que la de todo documento público notarial y producirá los mismos efectos. En consecuencia:

a) Con independencia del soporte electrónico, informático o digital en que se contenga el documento público notarial, el notario deberá dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes.

b) Los documentos públicos autorizados por Notario en soporte electrónico, al igual que los autorizados sobre papel, gozan de fe pública y su contenido se presume veraz e íntegro de acuerdo con lo dispuesto en esta u otras leyes”.

En cambio las garantías de autenticidad formal dependen del tipo de soporte físico que contenga el documento, al igual que las condiciones de su conservación. El uso de un papel especial numerado y de sellos estampados sobre el papel o adheridos a él no se adecúa al soporte electrónico, que tiene sus propios instrumentos de seguridad formal, como el encriptado y la firma electrónica. La firma autógrafa sí puede, en cambio, incorporarse al documento electrónico, por medio de una tableta y la correspondiente aplicación informática, como sucede desde el año 2008 en la práctica notarial francesa. La estandarización formal del texto es también extensible al soporte electrónico mediante el uso de una aplicación de tratamiento de textos.

El artículo 17 bis de la Ley del Notariado remite al Reglamento la futura regulación de las garantías de autenticidad formal de la matriz electrónica, cuando ésta se implante en el futuro. Respecto de las copias auténticas, el apartado 3 de dicho artículo exige la garantía de la firma electrónica avanzada, por el notario autorizante de la matriz o por quien le sustituya legalmente. Pero dichas copias no están concebidas como un título de legitimación, tan sólo de comunicación entre autoridades. Por ello, si ese concepto legal se modificara, como entiendo sería



deseable, el Reglamento Notarial tendría que establecer las garantías formales adecuadas, en ejercicio de la habilitación prevista en el apartado 1 del mismo precepto de la Ley.

4.5. Una equiparación imposible

En contraste con todas estas garantías incorporadas al documento público notarial, el documento privado con firma electrónica ni siquiera permite asegurar la identidad del firmante, que, además, en la mayoría de los sistemas de constitución on line inspirados en el modelo anglosajón no es necesariamente el socio o el administrador de la sociedad, sino la persona que en interés de ésta solicita la inscripción.

La equiparación entre el documento privado con firma electrónica y el documento notarial, que asoma en el artículo 14 del proyecto de Directiva de la UE sobre sociedad limitada unipersonal y en el informe del ICLEG sobre la digitalización del Derecho de sociedades, carece del menor fundamento, ni siquiera por lo que a la identificación se refiere.

Tal equiparación sería, además, contraria a lo dispuesto en el Reglamento europeo 910/2014 de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior, que equipara la firma electrónica cualificada a la firma manuscrita, pero atribuye a las legislaciones nacionales la determinación de los efectos jurídicos de las firmas electrónicas en los Estados miembros (considerando 49 y artículo 25), como hace el artículo 1.2 de la Ley española 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, al establecer que las disposiciones legales sobre firma electrónica no alteran las normas relativas a la celebración, formalización, validez y eficacia de los contratos y cualesquiera otros actos jurídicos ni las relativas a los documentos en que unos y otros consten.

4.6. Un argumento económico falaz



La pretensión de suprimir la exigencia del documento público notarial en la vida de las sociedades mercantiles suele acompañarse de la invocación, no fundamentada en datos o estudios previos rigurosos, de argumentos de naturaleza económica, que esconden la naturaleza esencialmente ideológica del debate y los intereses político-económicos subyacentes.

Así, por ejemplo, la Exposición de Motivos del proyecto de Directiva europea sobre la sociedad limitada unipersonal afirma que las iniciativas individuales de los Estados miembros se centran en el contexto nacional pero son insuficientes para facilitar los establecimientos transfronterizos. Y como ejemplo aduce que el requisito de una presencia física ante notario u otra autoridad del Estado miembro de registro implica costes más elevados para los fundadores extranjeros que para los nacionales, por lo que debe suprimirse sin más. No se aporta, sin embargo, dato alguno que justifique tal afirmación. Tampoco un estudio de los costes que la adopción de la medida propuesta podría suponer.

Dicha afirmación resulta sorprendente no sólo por el olvido de un mecanismo jurídico tan útil, sencillo y poco costoso como la representación voluntaria, también por el hecho de que la exigencia de un control público previo a través de la intervención notarial se considere exclusivamente como un coste para la nueva sociedad, sin tener en cuenta ni el valor aportado a ésta por el asesoramiento notarial, ni el valor que la seguridad jurídica derivada del documento público aporta, además de a la nueva sociedad, a todos los terceros que con ella tengan que relacionarse, incluidas las Administraciones públicas, ni los costes derivados de la obtención de ese asesoramiento por vías alternativas o las externalidades que la ausencia de control público puede generar, tanto en las relaciones jurídicas entre particulares como en el ejercicio de la acción pública.

El argumento económico no viene, una vez más, avalado por datos reales ni está bien construido, puesto que se limita a invocar el ahorro de unos costes no muy elevados hoy en día, ni en tiempo ni en dinero, tras los esfuerzos realizados por los Estados miembros para cumplir los objetivos políticos europeos de simplificación



para la PYME; y no tiene en cuenta los costes del sistema que se propone como alternativa ni el desplazamiento de costes que su introducción produciría en perjuicio de los terceros y de la acción pública estatal.

No se trata, pues, aquí tan sólo de la utilidad de una sociedad o empresa en particular, sino de la de todas las demás empresas, personas o entidades públicas que tienen que tratar con ella, en definitiva del interés general en la seguridad jurídica.

Sucede que no existen instrumentos que permitan medir o cuantificar en términos económicos, de una manera sencilla, el valor de la seguridad jurídica, lo cual tiende a originar un problema de percepción de su utilidad, desde el momento en que los costes de la intervención notarial son perfectamente cuantificables y corren a cargo de la sociedad que se constituye, modifica o extingue, mientras que los beneficios son de cuantía indeterminada y se reparten entre la sociedad que soporta los costes, un número también indeterminado de beneficiarios y el Estado. Es comprensible que quien ha de soportar esos costes tenga una percepción distorsionada, pero no lo es la miopía del legislador europeo.

4.7. ¿Hacia la escritura pública sin presencia física inmediata de los otorgantes ante el notario?

El informe del ICLEG al que anteriormente nos hemos referido centra el debate en la presencia física inmediata de los otorgantes, que considera debe ser excluida en aras de otros valores (eficiencia, facilidad, reducción de costes) enunciados genéricamente sin explicación alguna. Solo bajo la condición de la exclusión de la presencia física, admitirían los autores del informe la exigencia por los Estados miembros de un control notarial anterior a la inscripción en el Registro Mercantil, sistema que ni conocen bien ni aprecian. Sus preferencias se decantan por la constitución on line sin control previo mediante el uso de estatutos estandarizados y la identificación electrónica, a través de una contraseña o pin, de la persona autorizada por la sociedad para solicitar la inscripción, acompañada de una comunicación a esa misma persona de cualquier inscripción posterior, con



concesión de plazo para confirmarla o impugnarla, sin que el retraso de la inscripción definitiva por esa causa y los costes derivados de tales gestiones sea motivo de preocupación para los autores del informe, a diferencia del tiempo y los costes ocasionados por la comparecencia, personal o mediante representante, ante un notario.

Dada la falta de concreción y de profundidad de este estudio y dado que el contenido de la propuesta de la Comisión Europea no se conoce todavía—ni siquiera se sabe con certeza qué tipo de iniciativa tiene la intención de presentar—, vamos a limitarnos a esbozar aquí unas reflexiones de tipo general ante una eventual recomendación o propuesta legislativa a favor de la supresión de la exigencia legal por los Estados miembros de la presencia física ante el notario.

Antes de nada hay que observar que el Reglamento europeo 910/2014, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior, no establece una obligación general de aceptación de la identificación electrónica ni obliga a los Estados miembros a prestar on line los servicios públicos y aceptar para el acceso a ellos la identificación a través de medios de identificación electrónica expedidos en otro Estado miembro. Se limita a imponer una obligación de reconocimiento para el caso de que un Estado decida establecer el acceso on line a un determinado servicio público mediante identificación electrónica con un determinado nivel de seguridad, en cuyo caso tendría que admitir también los medios de identificación electrónica expedidos en otro Estado miembro que tuviesen el mismo o superior nivel de seguridad. Al no venir impuesta por el Reglamento 910/2014, la apertura de los Registros mercantiles a la identificación electrónica habría de ser exigida por un nuevo Reglamento o una Directiva.

Por las razones apuntadas en el epígrafe II al presentar el Proyecto de una nueva Directiva de la UE sobre sociedad limitada unipersonal (SUP), resulta muy dudoso el fundamento legal de la actuación a nivel europeo mediante una Directiva —sujeta en consecuencia al procedimiento ordinario— basándose en el artículo 50 2 del TFUE,



pues en la situación actual no se aprecian restricciones a la libertad de establecimiento respecto a las condiciones de apertura, en el territorio de un Estado miembro, de agencias, sucursales o filiales -supuesto del apartado f) de la norma-, ni una necesidad de coordinar, con objeto de hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades para proteger los intereses de socios y terceros -supuesto del apartado g)-. El principio de subsidiariedad parece abonar la actuación por medio de un Reglamento, con fundamento en el artículo 352 del mismo Tratado, y por lo tanto la necesaria unanimidad de los 28 Gobiernos, a no ser que la Comisión optara por conformarse con una simple Recomendación a los Estados miembros.

La exigencia de presencia física ante una autoridad del Estado miembro de Registro, personalmente o por medio de representante, para poder crear una nueva persona jurídica, separar de este modo el patrimonio personal de los socios del de la sociedad -con exclusión en la mayor parte de los casos del principio general de responsabilidad patrimonial universal- y designar un representante orgánico, no constituye una restricción a la libertad de establecimiento, siempre que se exija por igual a los residentes y a los no residentes en ese Estado miembro. Ni puede considerarse injustificada o desproporcionada tal exigencia, pues su finalidad es dotar a un acto de gran trascendencia externa de garantías de seguridad jurídica y plena eficacia frente a terceros, en beneficio del interés general. El hecho de que en el Estado de origen no se exija al no residente un control similar, o de que el mismo haya de soportar mayores gastos por causa del desplazamiento o, alternatively, designar un representante que le sustituya, carece de relevancia a estos efectos.

La sustitución de la presencia física por una comparecencia virtual a distancia mediante videoconferencia, surgida como posible solución de compromiso entre el Gobierno alemán y la Comisión Europea en el curso de la tramitación del proyecto de nueva Directiva sobre la sociedad limitada unipersonal, constituye una solución poco satisfactoria, pues tal procedimiento reduce las posibilidades de control por el notario, degradando la garantía del documento notarial.



La videoconferencia no permite al notario identificar a los otorgantes mediante el cotejo de sus documentos de identidad³⁹, a no ser que se le remitan los originales (alternativa muy poco práctica por el tiempo del doble envío y el riesgo de sustracción o extravío) o un testimonio auténtico (autorizado por notario u otro funcionario competente para certificar la identidad de la copia con el original exhibido y provisto de la correspondiente apostilla) o que se le presente telemáticamente un documento de identidad electrónico provisto de un certificado que incorpore la fotografía y la firma del titular.

En el caso de comparecencia virtual mediante videoconferencia, el juicio del notario acerca de la prestación de un consentimiento libre, no viciado por intimidación o violencia, quedaría fácilmente en entredicho, al reducirse el contacto visual al ángulo cubierto por la cámara. Ciertamente, en el caso de una presencia física el notario tiene también una visión limitada al espacio de la notaría, pero no es lo mismo, pues hay un ámbito cerrado, bajo el pleno control del notario, al que el otorgante accede por su propia iniciativa y en el que puede expresarse libremente sin injerencia externa aparente alguna. La declaración del notario en este caso proporciona una certeza no absoluta, pero sí suficiente para la legitimación en el tráfico jurídico.

No es así, en cambio, en el caso de la videocámara, en que es perfectamente pensable la existencia de una segunda cámara en la misma sala, con un ángulo visual diferente, que refleje la presencia de un tercero ejerciendo violencia o intimidación sobre el otorgante, no cubierta por el ángulo visual de la primera cámara. Y es pensable también que alguien pretenda maliciosamente, mediante la grabación de toda la escena con esa segunda cámara, pre-constituir la prueba en previsión de una eventual declaración de nulidad del acto. La declaración del notario

³⁹ En Italia ha desatado gran escándalo el video en que un periodista ante la cámara falsifica, sin mucho esfuerzo, una tarjeta de identidad y se da de alta con la tarjeta falsa en el Sistema Público de Identidad Digital (SPID), creado en el año 2016 por el Gobierno Renzi, que permite acceder con un "pin" único a todos los servicios digitales de la Administración Pública, entre ellos los de la Seguridad Social, el Registro Civil o la Agencia Tributaria. "Veloz, sencillo y seguro" anuncia la propaganda oficial, pero con unas tijeras, pegamento y un ordenador hasta un niño puede burlar la revolución digital. Puede accederse a ese video a través del enlace <http://www.ilfattoquotidiano.it/2016/11/04/identita-digitale-ce-un-buco-nella-sicurezza-cosi-ti-divento-matteo-renzi/3093093/>



sólo podría proporcionar una certeza suficiente en el caso de que la videoconferencia se realizara desde una notaría u otro centro oficial, como sucede con las grabaciones de las actuaciones orales en vistas, audiencias y comparecencias celebradas ante los jueces o magistrados o, en su caso, ante los secretarios judiciales (artículo 147 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil), en que las cámaras están instaladas en la sala de vistas del juzgado. Sería necesario, además, establecer unos mínimos estándares técnicos, a fin de asegurar la calidad de la imagen y el sonido.

Las menores garantías de la videoconferencia respecto a la presencia física inmediata en términos de seguridad jurídica habrían de ser, pues, cubiertas por medidas complementarias (exigencia de un conocimiento previo del otorgante por el notario o de su identificación electrónica o mediante exhibición de testimonio auténtico del documento de identidad, empleo obligatorio de cámaras instaladas en notarías o centros oficiales, cumplimiento de determinados estándares técnicos) de manera que el notario pudiera seguir cumpliendo eficazmente sus funciones de asegurar la identidad, la capacidad y la prestación del libre consentimiento de los otorgantes. La implantación de unas condiciones mínimamente aceptables de seguridad jurídica implicaría costes que deben ser valorados al hacer el balance de las ventajas y los inconvenientes del mantenimiento o la modificación del actual statu quo.

El procedimiento, además de costoso, resultaría en muchos casos superfluo, pues el notario se encuentra frecuentemente en condiciones de emitir un juicio acerca de la identidad, capacidad y libre consentimiento del otorgante no presente físicamente, sin necesidad de establecer contacto visual con aquél mediante una videocámara. La firma electrónica unida al conjunto de las circunstancias de la relación mantenida previamente con ese otorgante (conocimiento personal directo o indirecto del notario, conversaciones anteriores en presencia física y/o por teléfono, intercambio de mensajes electrónicos, previsión en un momento anterior de la utilización de tal procedimiento) podría bastar para que el notario tuviera la certeza de que esa persona es quien dice ser, tiene plena capacidad y actúa libremente, y



lo hiciese constar en el instrumento público. La esencia de la autenticidad material del documento público reside en esa certeza del notario, no en el medio por el cual el notario forma su juicio. Adquirida tal certeza por medios distintos de la intermediación física y expresada por el notario bajo su responsabilidad en los imprescindibles juicios acerca de la identidad, capacidad y prestación de consentimiento libre e informado del otorgante, el documento gozaría de plena autenticidad, tanto material como formal, y seguiría siendo el vehículo idóneo para canalizar la información acerca de las relaciones jurídicas privadas necesaria para el ejercicio por la Administración de sus funciones públicas y para la lucha contra el blanqueo de capitales por las autoridades administrativas y judiciales.

El supuesto está ya contemplado en el Reglamento Notarial respecto de algunos tipos de actas notariales. Así, en el artículo 205 respecto de las actas de notificación o requerimiento, cuando tengan carácter urgente por el vencimiento próximo de un plazo, por tratarse de la revocación de un poder o por otras causas perentorias. En ese caso, se admite el requerimiento por medio de carta cuya firma conozca el notario o aparezca legitimada, que se incorporará al acta, si bien aquí el Reglamento exonera expresamente al notario de responsabilidad en cuanto a la identidad del firmante ni a su capacidad. También en el artículo 212 respecto de las actas de protocolización de documentos públicos autorizados en el extranjero, debidamente apostillados: basta con la afirmación del notario, sin necesidad de la firma del interesado si éste no se hallare presente. Y en el artículo 218, respecto de las actas para la determinación del saldo de una deuda reclamada en vía ejecutiva, mediante las cuales se acredita que el acreedor ha practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en el título ejecutivo: el requerimiento puede efectuarse por medio de carta dirigida al notario, quien legitimará la firma del remitente e incorporará al acta la carta.

Para el supuesto de que una Directiva europea llegara a suprimir la exigencia de la presencia física, cabe plantear la extensión del procedimiento hoy previsto respecto de aquellos tipos de actas notariales a la documentación de ciertos negocios jurídicos, cuya determinación habría de realizarse con criterios de prudencia y para



cuya implantación convendría actuar gradualmente, en función del resultado en la práctica de las primeras experiencias. Dentro del ámbito que aquí nos ocupa, cabe sugerir, tal vez para el primer paso, la simple elevación a públicos de acuerdos sociales por el órgano de administración de una sociedad, cuando no intervengan terceros. El mismo criterio de prudencia debería inspirar los requisitos para la utilización de esta variante documental, entre los que cabría incluir la previa asunción voluntaria por parte de la sociedad, bajo su responsabilidad, del empleo de este procedimiento.

La admisión en tal supuesto de formas documentales que no requieran de la inmediación entre el notario y el otorgante, difícilmente podría quedar limitada a aquellos actos jurídicos relacionados con la constitución, modificación o extinción de una sociedad mercantil en los que exista algún elemento internacional. Su introducción supondría, con toda probabilidad, la puesta de las mismas a disposición de las sociedades puramente nacionales. Y generaría, además, presiones para su extensión a otros ámbitos diferentes del de la vida de las sociedades mercantiles.

La generalización del uso de medios de comunicación a distancia en sustitución de la comparecencia física no resulta deseable, pues a la mengua en la seguridad hay que añadir las distorsiones que podría producir en la actual organización del notariado como una red de servicio público que cubre todo el país, incluso las áreas más remotas, sobre la base de la asignación a cada notario de una competencia territorial determinada y la asunción de que el servicio se presta fundamentalmente en régimen de comparecencia física personal ante el notario.

En estas circunstancias, parece conveniente estimular el uso de los medios alternativos para salvar la distancia física entre el notario y los otorgantes y el notario, es decir, la circulación internacional de poderes y la cooperación notarial internacional a fin de llevar a cabo otorgamientos simultáneos o sucesivos.

El sistema vigente hoy en España de circulación de las copias electrónicas de los documentos notariales no resulta adecuado para el uso internacional de los poderes, al estar restringido a la comunicación entre autoridades nacionales, sin que sea



imaginable, salvo muy a largo plazo o en puntos muy concretos y determinados, la interconexión de las redes oficiales de los Estados. En este terreno supondría un avance que se admitiera la expedición de la copia electrónica para su uso por el poderdante, acompañada de la entrega a éste de un código seguro de verificación a fin de permitir la comprobación de su autenticidad accediendo al traslado electrónico de la matriz en poder del notario, lo cual requiere modificar el artículo 17 bis, apartado 3, de la Ley del Notariado.

Al mismo tiempo, sería preciso extender a los documentos notariales la apostilla electrónica, regida por la Orden del Ministerio de Justicia JUS/1207/2011, de 4 de mayo, por la que se crea y regula el Registro Electrónico de Apostillas del Ministerio de Justicia y se regula el procedimiento de emisión de apostillas en soporte papel y electrónico, derogando el artículo 11 de esta norma, que en su actual redacción, en consonancia con el apartado 3 del artículo 17 bis de la Ley del Notariado, establece que los documentos autorizados por notario o con firmas legitimadas notarialmente solo pueden ser apostillados en soporte papel.

Del mismo modo, conviene seguir impulsando el desarrollo de las plataformas de cooperación internacional entre notarios actualmente existentes (EUFIDES e IBERFIDES), pensadas para las transmisiones transfronterizas de bienes inmuebles y las sucesiones mortis causa, que pueden ser útiles dentro de este ámbito en el caso de la constitución, modificación y extinción de sociedades con un elemento internacional, en especial cuando haya que documentar la aportación o restitución de bienes inmuebles situados en un país diferente de aquél en que la sociedad se encuentre registrada.

V. Utilidad de la intervención notarial contra la utilización de la forma societaria como instrumento para el blanqueo de capitales: el modelo español de la base de datos de titular real

5.1. El notario, sujeto obligado en la lucha anti-blanqueo



El notario está incluido expresamente en la relación de sujetos obligados del artículo 2 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, así como en la del artículo 2 de la vigente Directiva europea 2015/849, de 20 de mayo de 2015, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales. Como consecuencia, se encuentra sujeto a las obligaciones legales de examen, seguimiento y valoración de quienes requieren sus servicios, investigación de las operaciones inusuales y denuncia y abstención de intervención en caso de sospecha, en los términos previstos en la citada ley y en el Reglamento 304/2014, de 5 de mayo, que la desarrolla. Por su condición de funcionario (establecido en los artículos 1 y 24 de la Ley del Notariado y 1, 3, 58, 60, 71, 112, 286, 346 y 355 del Reglamento Notarial) el perfil del notario respecto al cumplimiento de tales obligaciones es diferente del de los abogados, asesores fiscales y otros profesionales del Derecho, como demuestra su inclusión en un epígrafe distinto dentro de la relación del artículo 2 de la Ley anti-blanqueo. Apenas afectan al notario, por ejemplo, las complejidades y ambigüedades que para el abogado se derivan de la vinculación de una parte sustancial de su actividad profesional con el ejercicio del derecho a la defensa ante los Tribunales de Justicia, reconocido por el artículo 24 de la Constitución española. Aún con las restricciones admitidas por la jurisprudencia del TJUE en la sentencia de 26 de junio de 2007 y por el Tribunal de Derechos Humanos en la sentencia de 6 de diciembre de 2012 (caso Michaud contra Francia), el secreto profesional tiene un ámbito de aplicación mucho más extenso en el caso de los abogados que en el de los notarios.

5.2. Los tres pilares del sistema español: documento público, índice único y OCP

España cuenta con un sistema de información sobre la titularidad real de las sociedades mercantiles muy eficaz en la lucha contra el blanqueo de capitales, basado en tres pilares:



-La exigencia legal de escritura pública para la constitución, modificación y extinción de todo tipo de sociedades mercantiles, así como para la transmisión de participaciones de sociedades limitadas (no así para la transmisión de acciones de sociedades anónimas⁴⁰).

-El índice único informatizado, al que ya nos hemos referido anteriormente, a través del cual los notarios transmiten la información contenida en los documentos por ellos autorizados, ya estructurada en campos, a una gran base de datos donde se concentran todos los datos procedentes de sus protocolos

-La actuación del Órgano Centralizado de Prevención en materia de blanqueo de capitales en el Consejo General del Notariado (OCP), creado en el año 2005 por la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda EHA/2963/2005, de 20 de septiembre, y regido, además, por la Orden del mismo Ministerio EHA/114/2008, de 29 de enero, reguladora del cumplimiento de determinadas obligaciones de los notarios en el ámbito de la prevención del blanqueo de capitales. Se trata de un órgano del Consejo General del Notariado -pero independiente de éste en cuanto al ejercicio de las funciones que tiene atribuidas-, interpuesto entre los notarios y las autoridades judiciales, policiales y administrativas responsables de la lucha contra el blanqueo de capitales. Entre sus funciones se incluyen las de examinar la información del índice único, recibir las denuncias presentadas por los notarios, valorar su consistencia y comunicar las operaciones sospechosas al Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias (SEPBLAC). La interposición del OCP permite filtrar los casos con verdadero fundamento y mantener reservado el origen de la información. También tiene atribuidas funciones de ordenación de procedimientos, control de su cumplimiento y formación de los notarios y sus empleados.

⁴⁰ La Ley de sociedades de capital no exige, en ningún caso, la forma pública para la transmisión de las acciones. Y el artículo 11.5 de la Ley del Mercado de Valores (texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre) establece que la suscripción o transmisión de valores sólo requerirá para su validez la intervención de fedatario público cuando, no estando admitidos a negociación en un mercado secundario oficial, estén representados mediante títulos al portador y dicha suscripción o transmisión no se efectúe con la participación o mediación de una sociedad o agencia de valores, o de una entidad de crédito.



El funcionamiento del sistema se basa por una parte en la interacción personal del notario y los otorgantes, que permite a aquél comprobar la identidad de éstos, indagar la identidad del titular real y detectar incoherencias, por ejemplo, entre las circunstancias personales (edad, educación, habilidades profesionales) y los medios materiales o la complejidad del proyecto empresarial, formulando, en caso de albergar alguna duda sobre la existencia de un supuesto de blanqueo de capitales, la correspondiente advertencia al Servicio de Prevención de Blanqueo de Capitales, a través del OCP. Y por otra parte se basa en el examen por el OCP de la información procedente de todos los protocolos notariales. El análisis de los datos cruzados permite detectar supuestos de blanqueo en operaciones intervenidas por diversos notarios, en fechas y lugares diferentes, que aisladamente consideradas escapan a las sospechas de cada notario individual, pero cuya visión en conjunto revela que han sido diseñadas para el blanqueo.

En la práctica el sistema ha tenido desde su implantación un funcionamiento real, continuado y eficaz. Desde finales del año 2006, en que empezó a utilizarse, se han comunicado por los notarios españoles al OCP más de 2.550 casos sospechosos de blanqueo, relacionados exclusivamente con la constitución de sociedades limitadas, es decir, sin incluir la transmisión de participaciones, la ampliación o reducción del capital u otras modificaciones posteriores a la constitución, lo que representa aproximadamente el 11% del número total de comunicaciones. Y se han detectado por análisis de los datos cruzados cerca de trescientos casos más.

El Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI, en inglés FATF, siglas de Financial Action Task Force) ha comprobado el funcionamiento en la práctica de este sistema durante su visita de inspección a nuestro país en Junio de 2014 y lo ha valorado muy positivamente en el informe subsiguiente, hasta el punto de considerarlo como un ejemplo de buenas prácticas y de recomendar (recomendación 7.36) la introducción de la exigencia de intervención notarial respecto a la transmisión de las acciones nominativas de sociedades anónimas no cotizadas, tal como se exige para las participaciones de sociedades limitadas, de



manera que exista información adecuada sobre las partes intervinientes en la transmisión⁴¹.

5.3. La base de datos de titular real, un paso adelante

La eficacia del sistema se ha visto, además, considerablemente reforzada desde que el Consejo General del Notariado creara, mediante acuerdo de 24 de marzo de 2012 y previo dictamen favorable de la Agencia de Protección de Datos, una nueva herramienta basada en la información del índice único: el fichero de datos de carácter personal conocido como base de datos de titular real, en funcionamiento en la práctica desde hace más de dos años, en el que se contiene la información procedente de los documentos notariales acerca de las personas físicas que se encuentran detrás de las personas jurídicas y que de una u otra forma, directa o indirectamente, las controlan.

Esta base de datos facilita a las autoridades responsables de la lucha anti-blanqueo la obtención y el manejo de dicha información. Pero tiene, además, otra finalidad: permitir el cumplimiento de las obligaciones legales de identificación del titular real tanto a los propios notarios como a otros sujetos obligados, según lo previsto en el artículo 9.6 del Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, que dispone que para el cumplimiento de tales obligaciones “los sujetos obligados podrán acceder a la base de datos de titularidad real del Consejo General del Notariado previa celebración del correspondiente acuerdo de formalización, en los términos previstos en el artículo 8 de la Ley 10/2010, de 28 de abril”.

El Consejo General del Notariado ha suscrito ocho convenios marco de colaboración con diferentes asociaciones empresariales y profesionales (entre ellas las más importantes de los sectores financiero y asegurador, como Asociación Española de Banca, Confederación Española de Cajas de Ahorro, Unión Nacional de

⁴¹ El texto en inglés de este informe puede encontrarse en www.fatf-gafi.org/countries/s-t/spain/documents/mer-spain-2014.html.



Cooperativas de Crédito, Unión Española de Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras, Asociación de Instituciones de Inversión Colectiva y Fondos de Pensiones) en los que se establecen las bases y condiciones para la utilización por los asociados de dichas entidades de la base de datos de titular real a fin de dar cumplimiento a sus obligaciones legales de identificación del titular real en materia de prevención del blanqueo de capitales. A tal efecto, tras la celebración de los convenios-marco, el Consejo General del Notariado ha suscrito ya más de 40 acuerdos singulares con Bancos y otras compañías de dichos sectores.

De la utilidad de la base de datos sobre titularidad real de las personas jurídicas creada por los notarios puede dar una idea el número de solicitudes de información recibidas desde su puesta en funcionamiento a finales de 2014: 105.347 por autoridades con competencias para la lucha contra el blanqueo (fiscales, Policía Nacional, Guardia Civil, Servicio de Prevención del Blanqueo de Capitales del Banco de España, Centro Nacional de Inteligencia, Centro de Inteligencia contra el Terrorismo y el Crimen Organizado, Órgano de Recuperación y Gestión de Activos del Ministerio de Justicia); 100.375 por funcionarios de la Agencia Estatal de Administración Tributaria; 63.532 por la Unidad de Análisis del Órgano Centralizado de Prevención del Blanqueo de Capitales del propio Consejo General del Notariado; 1.780.390 por notarios; 1.125.377 por entidades financieras y otros sujetos obligados⁴².

5.4. La contradictoria política legislativa de la Comisión Europea, amenaza para un sistema de información eficaz

El proyecto de nueva Directiva sobre la sociedad limitada unipersonal presentado por la Comisión Europea el 9 de abril de 2014, en tramitación en el Parlamento europeo, aspira, como se expuso más arriba, a implantar a nivel europeo la constitución on line de sociedades limitadas de socio único. Aunque los términos del

⁴² Los datos proceden del Órgano Centralizado de Prevención del Blanqueo de Capitales del propio Consejo General del Notariado y han sido tomados en el mes de marzo de 2017. Según la misma fuente en esa fecha más de 300 funcionarios tenían acceso a la plataforma de solicitudes de información mediante tarjetas de firma electrónica.



artículo 14 no son del todo claros, el preámbulo parece indicar la pretensión de abrir el Registro mercantil de cualquier Estado miembro –incluidos los que exigen titulación pública como regla general- a la constitución de sociedades limitadas unipersonales desde la ventanilla única de cualquier otro Estado miembro o incluso mediante simples declaraciones privadas remitidas con firma electrónica. La supresión de la exigencia de un control notarial previo a la constitución de la sociedad, tendría un doble efecto negativo respecto del sistema aquí descrito

Por una parte, facilitaría en grado sumo la ocultación en el momento inicial del verdadero titular de la inversión, mediante la interposición de testaferros o de personas incapaces, desconocedoras de que están siendo utilizadas a modo de pantalla o incluso fallecidas. Por otra parte, la desaparición del control notarial en una fase esencial del proceso, como es la constitución de la sociedad, vendría a romper la cadena de la información, facilitando la posterior ocultación del origen delictivo de los fondos y de la identidad de su verdadero titular a través de la adquisición y transmisión sucesiva de activos por la sociedad o de transmisiones posteriores de la participación social de la sociedad unipersonal. La detección de casos de blanqueo por la vía del análisis de datos cruzados sería mucho más difícil que en la actualidad.

Las alternativas al control notarial que dicho proyecto contempla no parecen muy eficaces. Si la constitución se realizara a través de una ventanilla única “oficial” en el país del fundador, podría darse algún tipo de control sustitutivo pero difícilmente llegaría a ser efectivo, pues los sistemas actuales están diseñados a escala nacional. La previsión de una comunicación internacional entre funcionarios a través del Sistema de Información en el Mercado Interior (IMI)⁴³, contenida en la exposición de motivos y en el considerando 17, parece, sencillamente, poco realista. Pero en el

⁴³ El IMI (Sistema de Información del Mercado Interior, destinado exclusivamente a las autoridades públicas de los Estados miembros y no accesible a los ciudadanos ni a las empresas) es una herramienta proporcionada por la Comisión Europea para facilitar la cooperación administrativa entre las autoridades competentes de los Estados miembros o entre éstas y la Comisión, en diversos ámbitos relacionados con el mercado único europeo, como las cualificaciones y servicios profesionales, el desplazamiento de trabajadores o el transporte. Se rige actualmente por el Reglamento europeo 1024/2012, de 25 de octubre de 2012.



caso de una constitución directa mediante simple identificación electrónica, sin pasar por la ventanilla oficial, el socio escaparía a cualquier control material. El que, en su caso, se estableciera en el país del Registro sería meramente formal y fácilmente eludible, en ausencia de contacto personal con un funcionario.

El desplazamiento del control a las entidades financieras en el momento de la apertura de la cuenta tampoco parece ser la solución, pues podría igualmente eludirse, desde el momento en que el mismo proyecto establece como capital mínimo de la sociedad un euro. Obligaría además a las entidades financieras a introducir cambios importantes en los procedimientos de cumplimiento de la diligencia debida en materia de prevención de blanqueo de capitales, pues se da la circunstancia de que, como se ha indicado anteriormente, una gran parte de aquéllas utiliza la base de datos notarial para cumplir la obligación legal de averiguación del titular real de las personas jurídicas, previa la celebración de los correspondientes convenios de colaboración entre el Consejo General del Notariado, las asociaciones empresariales de la Banca y las entidades financieras asociadas. Y lo que es más importante, privaría a los jueces, fiscales y fuerzas de seguridad del Estado de una parte sustancial de la información a la que hoy tienen acceso, salvo que se articularan con las entidades financieras sistemas similares al existente actualmente, lo que no parece fácil de poner en práctica y desde luego resultaría costoso.

Puede afirmarse que el proyecto de la Comisión Europea en su concepción inicial entra en colisión con las recomendaciones del GAFI sobre prevención de blanqueo de capitales, pues el contacto personal resulta imprescindible para el cumplimiento del estándar internacional (Recomendación número 24 del GAFI) que exige el conocimiento de la titularidad real de las personas jurídicas y, en particular, de las sociedades mercantiles, y el acceso inmediato de las Autoridades a esta información, con el objeto de poder localizar a la persona física que, indirectamente a través del esquema de sociedades interpuestas, controla a la persona jurídica.



La propuesta supone también una incoherencia muy acusada respecto a la línea de rigor seguida por el propio legislador europeo en materia de prevención del blanqueo de capitales, pues la Directiva actualmente en vigor -Directiva UE 2015/849, de 20 de mayo de 2015, conocida como Cuarta Directiva- exige un mayor esfuerzo de los Estados miembros y de los sujetos obligados en la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, mediante medidas como el reforzamiento de la diligencia exigida a los profesionales en orden a la detección y comunicación de operaciones sospechosas, la inclusión de los delitos fiscales en la definición de actividades delictivas y la insistencia en la identificación del titular real de las personas jurídicas, para lo cual se insta a los Estados miembros a la creación de un registro central o una base central de datos que mantenga esa información actualizada.

En la misma línea de rigor creciente, el proyecto presentado por la Comisión Europea para la revisión de la Cuarta Directiva con fecha 8 de julio de 2016 (antes de la expiración del plazo de trasposición de la Directiva hoy en vigor, que finalizaba el 26 de junio de 2017), actualmente en tramitación en el Parlamento europeo tras su aprobación por el Consejo, propone nuevas medidas dirigidas a luchar más eficazmente contra la financiación del terrorismo y a aumentar la transparencia de las transacciones financieras y de las entidades societarias.

Esta orientación de política legislativa es incompatible con la que desde la misma Comisión propone formas societarias susceptibles de convertirse en herramientas con etiqueta europea para el lavado de dinero, el fraude fiscal u otras actividades ilícitas.