

Tema I.- El ejercicio de la función pública notarial en el ámbito virtual.

José Carmelo Llopis Benlloch

Notario de Ayora (Valencia - España)

**Delegado de la Sección Internacional del Consejo General del Notariado de España
en el Consejo de los Notariados de la Unión Europea y en la Unión Internacional del
Notariado**

i. Resumen ejecutivo.

En el presente trabajo se va a exponer la visión, desde el notariado español, del estado de la normativa actual en materia de intervención a distancia de escrituras notariales, y todo lo que de ello depende, como las normas nacionales y europeas sobre firma electrónica o el estado actual de las plataformas notariales.

Para el desarrollo, se tomará como base el Decálogo para las escritura notariales a distancia, según texto aprobado por el Consejo de Dirección de la Unión Internacional del Notariado de 26 de febrero de 2021.

ii. Esquema.

1. Juicio notarial de identidad y de la capacidad o discernimiento de los comparecientes.

1.1. Decálogo para las escrituras notariales a distancia.

1.2. La identificación como una de las funciones principales del notario.

1.3. Situación actual del otorgamiento a distancia en España.

**1.3.1. Medidas de flexibilización aplicables a las personas jurídicas de
Derecho privado**

1.3.2. La propuesta del Consejo General del Notariado.

1.3.3. La Ley 3/2020, de 18 de septiembre.

1.3.4. La Directiva 2019/1151 de 20 de junio de 2019.

1.3.5. Orden ETD/465/2021, de 6 de mayo.

1.4. Los notarios ante el reto de la videoconferencia.

1.5. La identificación técnica y la identificación jurídica

1.5.1 Identificación técnica.

1.5.1.1. Documento Nacional de Identidad electrónico.

1.5.1.2. Pasaporte electrónico.

1.5.1.3. Sistemas de identificación notificados con arreglo al Reglamento eIDAS.

1.5.1.4. Otros certificados de identificación cualificados

1.5.2. Identificación jurídica: Juicio de identificación

1.5.2.1. Fotografía digitalizada.

1.5.2.1.1. Documento Nacional de Identidad.

1.5.2.1.2. Pasaporte electrónico.

1.5.2.1.3. Otros medios de identificación electrónica admitidos Reglamento eIDAS.

1.5.2.2. Biometría.

1.6. Juicio de capacidad.

1.7. La revisión del Reglamento eIDAS.

1.7.1. La identificación electrónica en la revisión del Reglamento eIDAS.

1.7.2. La confianza transfronteriza en los medios de identificación electrónica.

1.8. Identidades digitales sobre blockchain.

2. Control de la libre expresión de la voluntad de las partes y seguridad de la transmisión de datos.

2.1. Decálogo para las escrituras notariales a distancia.

2.2. Plataformas públicas, privadas o mixtas.

2.3. La Sede Electrónica Notarial.

3. Compatibilidad del sistema con la jurisdicción territorial. Consideraciones sobre la localización de las partes, sean ciudadanos o extranjeros.

3.1. Decálogo para las escrituras notariales a distancia.

3.2. Compatibilidad del sistema con la jurisdicción territorial.

4. Firma de la escritura. El soporte documental del instrumento público.

4.1. Decálogo para las escrituras notariales a distancia.

4.2. Normativa y efectos de la firma electrónica.

4.2.1 Normativa aplicable a la firma electrónica.

4.2.2. Efectos de la firma electrónica.

4.2.3. Oponibilidad y valor en juicio.

4.3. El notariado español y la firma electrónica.

4.3.1. RENO.

4.3.2. SIC y SIGNO.

4.3.3. Firma electrónica.

4.3.4. ANCERT.

4.3.5. Algunas actuaciones del notario con firma electrónica.

4.4. Firma electrónica en un documento otorgado a distancia.

4.5. El soporte electrónico de las escrituras notariales.

4.5.1. La normativa notarial y el soporte papel.

4.5.2. La introducción de la posibilidad de soporte electrónico de las escrituras matrices.

4.5.3. Los datos en soporte electrónico de la Notaría no son protocolo.

4.5.4. Ideas sobre la matriz digital.

5. Limitación de la comparecencia a distancia a determinadas categorías de escrituras.

5.1. Decálogo para las escrituras notariales a distancia.

5.2. Limitación de la comparecencia a distancia a determinadas categorías de escrituras.

*6. Circulación segura del documento notarial electrónico en el ámbito nacional e internacional.
La apostilla electrónica.*

6.1. La circulación segura del documento notarial en el ámbito nacional.

6.2. La circulación segura del documento notarial en el ámbito internacional.

6.3. Apostilla electrónica y firma electrónica.

6.3.1. Convenio de La Haya XII de 5 de octubre de 1961.

6.3.2. Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 1999.

6.3.3. Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

6.3.4. Orden JUS/1207/2011, de 4 de mayo y Real Decreto 1497/2011, de 24 de octubre.

6.3.5. Reglamento 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de julio de 2014.

6.3.6. Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (UE) 910/2014 en lo que respecta al establecimiento de un marco para una identidad digital europea.

6.3.7. Otras normas europeas que inciden en la materia.

6.3.8. El régimen “hacia adentro” de la Apostilla.

iii. El ejercicio de la función pública notarial en el ámbito virtual.

1. Juicio notarial de identidad y de la capacidad o discernimiento de los comparecientes.

1.1. Decálogo para las escrituras notariales a distancia.

La cuestión relativa a la identificación de las partes en el ámbito virtual por el notario se recoge en los números 1 y 2 del Decálogo para las escritura notariales a distancia, según texto aprobado por el Consejo de Dirección de la Unión Internacional del Notariado de 26 de febrero de 2021, del siguiente modo:

1) Cualquier sistema de identificación digital que se utilice, debe coexistir con el juicio directo y personal por parte del notario de la identidad o identificación del compareciente/requirente conforme su legislación de fondo. La ejecución a distancia también debe permitir que el notario efectúe, con los medios adecuados, la comprobación de la capacidad y otros controles requeridos por su legislación nacional.

La constante evolución de la tecnología debe apoyar al notario en su proceso cognitivo de identificación de los comparecientes, con una función complementaria: se puede pensar en el uso de documentos de identidad electrónicos o en el acceso a una base de datos oficial.

En la apreciación de sus datos personales digitalizados o digitales para identificar a su titular, el notario puede recurrir a ellos como un elemento más para formar convicción, pero nunca el único.

2) El notario debe seguir siendo el único responsable de la identificación de las partes, incluso si decide proceder con el apoyo de instrumentos digitales. También debe tener la facultad de elegir los instrumentos que utiliza para confirmar la identificación de las partes, ya sea su conocimiento personal o los medios digitales de identificación en el marco que establezca el legislador competente.

1.2. La identificación como una de las funciones principales del notario.

Una de las funciones principales del notario ha sido siempre dar fe de la identidad de las partes de un instrumento público. No obstante, esa dación de fe ha ido evolucionando y adaptándose a las circunstancias identificativas de cada época.

Por eso, la Ley de 28 de mayo 1862, Orgánica del Notariado reguló en el artículo 23 el deber del Notario de dar fe del conocimiento de los otorgantes, asegurándose de su identidad, bien de un modo personal y directo o por la intervención de testigos.

Obviamente, en esta primera redacción no se hacía ninguna referencia los documentos de identidad, puesto que lo único que existían eran documentos con una finalidad concreta: cartas de seguridad, pasaportes interiores o salvoconductos, certificados de nacimiento, carnets profesionales o militares, y la cédula personal, si bien no tenían carácter nacional, no se expedían para todos los ciudadanos, no tenían fotografía, en el mejor de los casos contenían una descripción física de su titular, por lo que carecía de eficacia indubitada.

Todos ellos quedaron en segundo plano, cuando no derogados, cuando se puso en marcha la implantación del Documento Nacional de Identidad, creado por Decreto de 2 de marzo de 1944 y expedido por primera vez en Valencia el 20 de Marzo de 1951.

Por eso, fue durante esa época cuando la normativa notarial comenzó a asumir la existencia de documentos que podían servir para identificar a las personas: el Reglamento Notarial de 2 de junio de 1944 en el artículo 187 mantenía la fe de conocimiento (*“de ciencia propia o por medio de testigos de conocimiento”*, decía) como el medio adecuado de identificación, pero ya recogió la posibilidad de utilizar documentos de identidad para todo aquello que la fe de conocimiento no cubría: edad, estado, profesión y vecindad.

De hecho, lo reconoció antes el Reglamento Notarial que la Ley del Notariado, por lo que la Ley de 18 de diciembre de 1946 tuvo que modificar el artículo 23 para incluir lo que la

Exposición de Motivos denominaba “*procedimientos que en el tráfico moderno tienen curso habitual*”. Fue entonces cuando se le dio al artículo 23 la redacción que más o menos conocemos hoy, y que mantiene la fe de conocimiento como medio de identificación principal, pero estableciendo como medio supletorio, entre otros, la referencia a carnets o documentos de identidad con retrato y firma expedidos por las autoridades públicas, cuyo objeto sea identificar a las personas.

Consecuentemente, hubo que modificar de nuevo el artículo 187 del Reglamento Notarial, lo que se hizo por artículo 1 del Decreto 2310/1967, de 22 de julio con una remisión directa al artículo 23 de la Ley, con una redacción que ha perdurado hasta hoy.

Después de eso, sin ánimo de ser exhaustivo, y como consecuencia del desarrollo de la firma digital y la identificación electrónica, en España se ha pasado ya por tres normas nacionales, una Directiva y un Reglamento, actualmente en proceso de revisión, el Documento Nacional de Identidad electrónico, que ya va por la versión 4.0, y el Pasaporte electrónico.

Paralelamente, se ha desarrollado el concepto de identidad digital, llevándonos ante un concepto de identidad digital soberana, basándose en tecnologías de registro distribuido con blockchain.

1.3. Situación actual del otorgamiento a distancia en España.

En España, hasta hace relativamente poco tiempo, pocas normas se han ocupado de la videoconferencia en el ámbito jurídico. Por ejemplo, la Instrucción SEPBLAC de 12 de febrero de 2016 estableció para todos los sujetos obligados en materia de blanqueo de capitales la posibilidad de identificar mediante videoconferencia con la exhibición del documento de identidad a la webcam.

Nuestra Ley y nuestro Reglamento Notarial siguen con las redacciones dadas a esos preceptos en 1946 y 1967, básicamente porque la prestación de la función notarial no se ha trasladado al ámbito electrónico y no hemos tenido otorgantes a distancia, pero esto

probablemente vaya a cambiar en un breve espacio de tiempo, debido a los cuatro siguientes factores, que se han acelerado indudablemente debido a la pandemia global derivada de la COVID-19.

1.3.1. Medidas de flexibilización aplicables a las personas jurídicas de Derecho privado

De conformidad con el artículo 40 del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, durante la vigencia del período de alarma las juntas o asambleas de asociados o de socios y las sesiones de los órganos de gobierno y de administración de las personas jurídicas podrán celebrarse mediante videoconferencia siempre que asegure la autenticidad y la conexión bilateral o plurilateral en tiempo real y con imágenes de los asistentes en remoto. Los notarios podrán ser requeridos para asistir y levantar acta de las sesiones utilizando para ello los sistemas de comunicación a distancia que garanticen adecuadamente el cumplimiento de la función notarial, siempre que el sistema de videoconferencia empleado por la persona jurídica asegure la autenticidad y la conexión bilateral o plurilateral en tiempo real y con imágenes de los asistentes en remoto.

La Disposición Final cuarta del Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, extiende la medida una vez finalizado el estado de alarma, hasta el 31 de diciembre de 2020. El artículo 3 del Real Decreto-ley 34/2020, de 17 de noviembre, lo extiende durante todo el año 2021.

La última novedad en este punto la encontramos en la Ley 5/2021, de 12 de abril, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio. Se modifica el artículo 182, antes circunscrito a sociedades anónimas, y ahora con una previsión genérica en estatutos, por tanto para todas las sociedades, exigiendo que la identidad y legitimación de los socios y de sus representantes se halle debidamente garantizada y que todos los asistentes puedan participar efectivamente en la reunión mediante medios de comunicación a distancia apropiados, como audio o video, complementados con la posibilidad de mensajes escritos durante el transcurso de la junta.

1.3.2. La propuesta del Consejo General del Notariado.

El Consejo General del Notariado, en el inicio de la pandemia del año 2020, adoptó por unanimidad un acuerdo que permitiría a los notarios la autorización electrónica por videoconferencia, en la Sede Electrónica Notarial, de las pólizas ICO para la financiación de empresas y particulares y otros documentos como testamentos en caso de epidemia, ciertos poderes especiales, revocaciones de poderes (lo que impediría su utilización fraudulenta), y determinados actos societarios. Todo ello permitiría reducir los desplazamientos físicos a las notarías hasta un 40 por ciento. Dicha propuesta está pendiente de desarrollo normativo.

1.3.3. La Ley 3/2020, de 18 de septiembre.

La Disposición Final decimoprimeras de dicha norma prevé una regulación integral de la intervención telemática de notarios y registradores: *“El Gobierno remitirá a las Cortes Generales en el plazo más breve posible, no superior a nueve meses, un proyecto de ley, oídos el Consejo General del Notariado y el Colegio de Registradores de España, para habilitar la intervención telemática notarial y registral con el objetivo de facilitar la prestación de los servicios notariales y registrales sin necesidad de presencia física”*. Dicha norma todavía no ha sido objeto de presentación ni, por tanto, de aprobación.

1.3.4. La Directiva 2019/1151 de 20 de junio de 2019.

Pese a todo lo anterior, el detonante para el establecimiento de un sistema de videoconferencia notarial posiblemente haya sido, o vaya a ser, la Directiva 2019/1151 de 20 de junio de 2019 sobre utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del Derecho de sociedades que, según el artículo 2 debería estar incorporada a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros a más tardar el 1 de agosto de 2021, con posibilidad de prórroga por un año más siempre que medie causa justificada, cuyo artículo 13 octies 1 dice que *“los Estados miembros se asegurarán de que la constitución en línea de sociedades pueda llevarse a cabo íntegramente en línea sin necesidad de que los solicitantes comparezcan en persona ante cualquier autoridad o persona u organismo habilitado en virtud del Derecho nacional para*

tratar cualquier aspecto de la constitución en línea de sociedades, incluido el otorgamiento de la escritura de constitución de una sociedad”.

En ese sentido, el artículo 1.4 fija la definición de “*constitución*” como “*todo el proceso de fundación de una sociedad con arreglo al Derecho nacional, incluidos el otorgamiento de la escritura de constitución y todas las fases necesarias para la inscripción de la sociedad en el registro*”.

Es congruente con lo dispuesto en el Considerando 19, que admite el necesario respeto a las tradiciones de los Estados miembros en materia de Derecho de sociedades, y con el Considerando 20 cuando dice que, con objeto de “*ofrecer garantías sobre la fiabilidad y la credibilidad de los documentos e información contenidos en los registros nacionales*”, deben incluirse controles de la identidad y la capacidad jurídica de las personas, que “*pueden formar parte del control de la legalidad que exigen algunos Estados miembros*”.

Según estos textos, la escritura de constitución sigue siendo la parte central del procedimiento constitutivo. Dicho de otro modo, la Directiva lo que hace es eliminar la presencia física del socio ante el único funcionario ante el que el socio ha comparecido tradicionalmente, que no es otro que el Notario.

Esta reflexión no solo es la hemos hecho los notarios españoles, sino que también la han hecho la mayoría de notariados europeos con competencias en la materia, siendo interesante ver en qué punto se encuentra la transposición de la Directiva en ellos.

Tomando la recapitulación que hace LUCINI en su artículo “*Transposición de la Directiva societaria digital: Alemania da el primer paso*” publicado en el número de marzo-abril de la revista El Notario del Siglo XXI, podemos concluir que la mayoría (en número) de estados miembros de la Unión Europea carecen de un sistema de seguridad jurídica preventiva en materia de derecho societario con fuerte presencia notarial, debido a la importante influencia que ha tenido el Reino Unido tanto en relación al ingreso de los países del Este de Europa en la Unión Europea como a la asunción por parte de las Instituciones europeas de algunos de los

principios jurídicos de derecho anglosajón, como precisamente ocurrió en materia de derecho societario con el informe de marzo de 2016 que sirvió de pistoletazo de salida de la Directiva actual, llamado "*ICLEG Report on digitalisation*" y el documento de análisis de su ponente, ambos de claro matiz anglosajón.

Pese a ello, es cierto que ser más países en número no implica ser más en población y en importancia estratégica y económica, puesto que más del 65% de la población y del PIB de la Unión Europea, siguen un sistema de seguridad jurídica preventiva no anglosajonizado.

En Italia, la Ley de 22 de abril de 2021 establece una delegación legislativa en el Gobierno para la transposición de varias directivas europeas, centrándose en la que nos ocupa el artículo 29. Esta norma obliga al legislador italiano a realizar la transposición respetando las siguientes bases: que la constitución online se reserve, al menos de momento, a sociedades de responsabilidad limitada con capital desembolsado mediante aportaciones en metálico y reconociendo expresamente el requisito de la escritura pública autorizada mediante el uso de una plataforma que permita videoconferencia y firma electrónica cualificada.

En Austria, la Ley de desregulación en materia mercantil amenazó la competencia del notariado austríaco, que intentó volver a ponerse en el mercado societario presentando un proyecto para competir con la constitución de sociedades mediante identificación bancaria. Ese proyecto se basaba en la idea de crear una especie de sala virtual de acceso restringido al que solo pueden acceder los futuros socios. Una vez los socios ya han acordado los términos estatutarios, todos deben "comparecer" ante el Notario, ya sea personalmente o por videoconferencia. Una vez firmada electrónicamente, el contenido de la sala virtual se cierra, se encripta y se destruye, guardando una copia el notario para posibles necesidades judiciales de acceso al contenido con posterioridad. Ese sistema, que ha pasado por diferentes grados de complejidad, especialmente en materia de identificación electrónica, ha sido la base del que tienen preparado para la constitución de sociedades en línea, que finalmente se introdujo en la Sección 69b en la Ley de Notarios de Austria en enero de 2019, habilitando la constitución de sociedades de responsabilidad limitada mediante el uso de un medio de comunicación electrónico.

En Alemania, el Ministerio de Justicia presentó a finales de 2020 su proyecto de transposición, que con algunas modificaciones entró en febrero de 2021 en tramitación parlamentaria, siendo aprobada en verano de 2021, entrando en vigor el 1 de agosto de 2022, ya que Alemania, pese a ser el país con la transposición más avanzada, sí ha pedido expresamente la prórroga. La normativa alemana reserva el procedimiento electrónico a la sociedad limitada constituida con aportación dineraria. El proyecto no parte de una gran modificación en la Ley de sociedades de responsabilidad limitada, sino de la regulación del procedimiento notarial de constitución telemática que se recoge en los recién introducidos artículos 16a a 16e de la Ley del Notariado alemana, que suponen un apoyo expreso al sistema telemático controlado notarialmente por la Bundesnotarkammer, que será el único medio válido a estos efectos.

1.3.5. Orden ETD/465/2021, de 6 de mayo.

Quizás podamos hacernos una idea de por dónde puede ir una futura regulación si analizamos la Orden ETD/465/2021, de 6 de mayo, por la que se regulan los métodos de identificación remota por vídeo para la expedición de certificados electrónicos cualificados aprobada por el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital. Recordemos que esta norma desarrolla tanto el Reglamento eIDAS como la Ley de Servicios de Confianza para permitir la expedición de certificados de identificación cualificados sin presencia física del interesado, lo que hasta ahora se realizaba bien presencialmente bien mediante legitimación de firma notarial (que, por otro lado, se mantiene).

De manera congruente con lo expuesto, esta norma exige que el documento de identidad del solicitante incluya fotografía. Recuerda en este punto el Dictamen del Consejo de Estado de 22 de abril de 2021 que podría utilizarse la identificación de la aplicación "DNI en el móvil" de la que hemos hablado antes.

El proceso se interrumpirá o no se considerará válido cuando concurra, entre otras, alguna de las siguientes circunstancias:

Existan indicios de coacción o intimidación, de falta de validez del documento de identificación o de falta de correspondencia entre el titular del documento y el solicitante.

La calidad de la imagen o el sonido impidan o dificulten verificar la autenticidad e integridad del documento de identificación y la correspondencia entre el titular del documento y el solicitante.

Existan indicios de uso de archivos pregrabados, de que la transmisión de vídeo no se ha realizado en tiempo real o de que el proceso no se ha realizado en unidad de acto.

Cualquier otra en la que exista una duda razonable sobre la seguridad del proceso de identificación que se está realizando.

Se deberá comprobar la introducción de un código único, aleatorio e impredecible y de un solo uso generado al efecto y remitido al solicitante.

Se exigirán interacciones y actuaciones físicas con el solicitante.

1.4. Los notarios ante el reto de la videoconferencia.

Para un colectivo como el notarial, que ha tenido siempre como base el trato directo e inmediato con el usuario, la implantación del otorgamiento a distancia mediante videopresencia es un reto si cabe aún mayor que el que afrontamos en su momento con la firma electrónica.

No obstante, hay veces que los nuevos problemas se pueden resolver con viejas soluciones, y en este caso no hay otra que acudir a la definición básica de “*comparecencia*” como “*presentarse o acudir a un lugar, generalmente ante otro*”.

Esta acción de comparecer hasta ahora era aplicada para la aparición física de una persona en un lugar y en un momento determinado, ante otra persona que también se encontraba, al mismo tiempo, en el mismo lugar. Por tanto, la comparecencia era necesariamente física e

inmediata pero lo cierto es que nada obsta, con la misma definición, a que la comparecencia siga siendo física pero mediata, esto es: que se realice por medios audiovisuales de transmisión en tiempo real que permitan que los comparecientes estén juntos, aún cuando lo estén en distintos lugares. A la comparecencia clásica la podemos llamar “*comparecencia física inmediata*” y a este nuevo concepto “*comparecencia física mediata*”.

En materia notarial, lo cierto es que la videoconferencia se planteó inicialmente, al menos en derecho comparado, como una herramienta para conectar en tiempo real dos notarios distintos, por ejemplo el del comprador con el del vendedor, como ocurre en Francia, y evitar acudir a la utilización de poderes o de ratificaciones. Esta solución en nuestro país no es implantable, puesto que no cabe que un mismo documento público esté autorizado por dos notarios distintos. Por ello, siempre que hablamos en España de videoconferencia notarial, hablamos de la que se puede realizar ante un único notario.

1.5. La identificación técnica y la identificación jurídica

En toda comparecencia física, al notario se le exhibe un documento que produce efectos identificadores (lo que podríamos llamar identificación técnica), el notario da fe de que la persona que se presenta ante él es quien aparece en el documento (el tradicional juicio de identidad), que es capaz (el también tradicional juicio de capacidad) y que firma el documento (como expresión de consentimiento).

Si el control notarial preventivo es realizado sin presencia física, utilizando sistemas de videocomparecencia, el otorgante estará provisto de un documento de identidad electrónico, que no se exhibe al notario sino que es electrónicamente comprobado (identificación técnica), y el notario da fe de que la persona al otro lado de la cámara es quien consta en el documento electrónico (juicio de identidad), que es capaz (juicio de capacidad) y que firma el documento (como expresión de consentimiento).

En consecuencia, podemos distinguir las cuatro fases siguientes: primera, identificación técnica utilizando medios de identificación electrónicos; segunda, juicio de identificación del

notario utilizando sistemas de conexión audiovisuales en tiempo real; tercera, juicio de capacidad por esos mismos medios y cuarta, firma utilizando sistemas de firma electrónica.

Vamos a tratar en este primer epígrafe de la exposición los tres primeros, que son los relativos a la identificación técnica, identificación jurídica y al juicio de capacidad, dejando la firma electrónica para el epígrafe correspondiente.

1.5.1 Identificación técnica.

Este primer proceso supone que el interesado presente un documento que será electrónicamente comprobado mediante un proceso automatizado con dos momentos o actuaciones: quien quiere identificarse (emisor) remite electrónicamente los datos de identidad (identificación) y quien quiere utilizar esos datos (receptor) comprueba que dichos datos son correctos (autenticación). Realizadas ambas actuaciones, que son unidireccionales e íntegramente electrónicas y están definidas en el artículo 3.1 del Reglamento 910/2014 de 23 de julio de 2014 relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza (en adelante, Reglamento eIDAS), queda acreditada la identidad del emisor.

Para poder realizar el procedimiento anterior, se deben emplear unos medios también electrónicos que permitan emitir y recibir los datos de identificación, y a los que el Estado reconozca eficacia identificadora.

Esos medios, en la Unión Europea están reconocidos y definidos también en el Reglamento eIDAS, concretamente en el artículo 3.2 al que se remiten otras importantes normas europeas, como el artículo 1.4 de la Directiva 2019/1151, que en el nuevo artículo 13 bis define medio de identificación electrónica en el sentido del artículo 3.2 del Reglamento eIDAS, como una unidad material y/o inmaterial que contiene los datos de identificación de una persona y que se utiliza para la autenticación en servicios en línea.

Es importante destacar, que la propuesta de revisión del Reglamento eIDAS modifica la definición del artículo 3.2, de manera congruente con su objeto, para referirse a ellos ahora como

una unidad material y/o inmaterial, incluyendo las Wallets de Identidad Digital Europea o las cartas de identidad reconocidas en el Reglamento 2019/1157 que contiene los datos de identificación de una persona y que se utiliza para la autenticación en servicios en línea y fuera de línea.

Sistema de identificación electrónica se define en el sentido del artículo 3.4 del Reglamento eIDAS, como un régimen para la identificación electrónica en virtud del cual se expiden medios de identificación electrónica a las personas físicas o jurídicas o a una persona física que representa a una persona jurídica.

1.5.1.1. Documento Nacional de Identidad electrónico.

El medio de identificación admitido para los españoles en el ámbito electrónico es, como no puede ser de otra manera, el Documento Nacional de Identidad electrónico. Así lo reconoce expresamente la Disposición adicional tercera de la Ley 6/2020, de 11 de noviembre, reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza, cuando dice que permite acreditar electrónicamente la identidad personal de su titular, en los términos establecidos en el artículo 8 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, y que todas las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, reconocerán su eficacia para acreditar la identidad y los demás datos personales del titular que consten en el mismo.

La versión 3.0 del Documento Nacional de Identidad electrónico está provisto de tecnología NFC (Near Field Communication), de modo que permite mantener la compatibilidad con los lectores de tarjetas. Las ventajas son que tanto la identificación como la firma electrónica se pueden realizar sin lector de tarjetas, y que el primero de los dos ya no necesita PIN.

El DNI 4.0 es la próxima versión del Documento Nacional de Identidad español. Una evolución tras el DNI 3.0, que incorporaba un chip NFC que permitía el uso del certificado de identificación del Documento Nacional de Identidad electrónico sin necesidad de dispositivo físico, se aproxima la llegada del carnet que se podrá llevar en el teléfono móvil, de modo similar a la iniciativa de la Dirección General de Tráfico que permite que los conductores puedan llevar

el carnet integrado en la aplicación miDGT, eliminando la necesidad de portar el original físicamente.

La entrada en vigor de este nuevo Documento Nacional de Identidad (también llamado "DNI Europeo") se produce para cumplir con el Reglamento 2918/1157 de 20 de junio de 2019 sobre el refuerzo de la seguridad de los documentos de identidad de los ciudadanos de la Unión y de los documentos de residencia expedidos a ciudadanos de la Unión y a los miembros de sus familias que ejerzan su derecho a la libre circulación. De acuerdo con el artículo 3.1 debe tenerse en cuenta las especificaciones del documento 9303 de la Organización de la Aviación Civil Internacional (OACI) que garantizan la interoperabilidad global, tanto para la legibilidad mecánica como para su inspección visual.

El nuevo modelo de Documento Nacional de Identidad, el DNI 4.0 se enmarca dentro del Programa de Identidad Digital DNIE de la Policía Nacional, mantiene la ya conocida tarjeta con microchip que incluye, en cumplimiento del artículo 3.5 del Reglamento, un medio de almacenamiento de alta seguridad que contiene una imagen facial del titular del documento y dos impresiones de las huellas dactilares en formatos digitales interoperables (excepto para los menores de 12 años y las personas a las que sea físicamente imposible tomar las impresiones dactilares), sin perjuicio de además mantener la imagen digitalizada de la firma manuscrita y los certificados de autenticación y firma electrónica.

Pese a contener las huellas dactilares, como es lógico, su acceso únicamente se realizará de manera controlada. En ese sentido el artículo 11.6 del Reglamento dice que los datos biométricos almacenados solo se utilizarán de conformidad con la legislación nacional y de la Unión, por parte de personal debidamente autorizado a fin de verificar la autenticidad del documento y la identidad del titular mediante características comparables accesibles directamente, cuando las leyes exijan la presentación del documento de identidad o del documento de residencia. Por ello, el artículo 17 dice que los Estados miembros mantendrán y comunicarán anualmente a la Comisión una lista de autoridades competentes con acceso a los datos biométricos, que la Comisión publicará.

No obstante, va un paso más allá, puesto que se añade el desarrollo de una aplicación para dispositivos Android e iOS, prevista para este año 2021, llamada “DNIe en el móvil” que permitirá utilizar los dispositivos móviles como soporte de identificación con la misma validez que la tarjeta física.

1.5.1.2. Pasaporte electrónico.

En relación a los españoles no residentes, el artículo 11 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo añade que el pasaporte español (...) acredita la identidad y nacionalidad de los ciudadanos españoles fuera de España, y dentro del territorio nacional, las mismas circunstancias de los españoles no residentes. Por tanto, un español no residente podrá utilizar para identificarse tanto el Documento Nacional de Identidad como el Pasaporte electrónicos, pero para la firma de documentos únicamente podrá utilizar el primero, porque el segundo carece de ella.

1.5.1.3. Sistemas de identificación notificados con arreglo al Reglamento eIDAS.

En cuanto a los extranjeros, y ante la diversidad de medios de identificación electrónicos que existen en los Estados miembros, con objeto de que estos sean conocidos y seguros, el todavía vigente sistema del Reglamento eIDAS regula las condiciones de su reconocimiento mutuo, incluyendo los medios admitidos en una lista actualizada regularmente, siendo su última versión la derivada del documento 2020/C 276/02 de 21 de agosto de 2020).

Así se reconoce también en la Directiva 2019/1151, cuyo Considerando 10 dice que los Estados miembros deben garantizar un nivel de confianza elevado en situaciones transfronterizas, por lo que solo deben reconocerse los medios de identificación electrónica que sean conformes con el artículo 6 del Reglamento 910/2014, eliminando la mención que se hacía en la Propuesta inicial de “otros medios de identificación, como una copia escaneada de un pasaporte”.

Concretamente, el artículo 6 del Reglamento eIDAS establece el principio de reconocimiento mutuo de identificación electrónica entre Estados miembros, admitiendo que,

cuando se exija ésta para el acceso a un servicio en línea prestado por una administración pública, será válido el expedido en otro Estado miembro, siempre que haya sido expedido en virtud de un sistema incluido en la lista publicada por la Comisión, que el nivel de seguridad se corresponda a un nivel de seguridad igual o superior al requerido por el organismo del sector público para acceder a dicho servicio en línea en el primer Estado miembro (siempre que el nivel de seguridad corresponda a un nivel de seguridad sustancial o alto) y que el organismo público en cuestión utilice un nivel de seguridad sustancial o alto en relación con el acceso a ese servicio en línea.

Los sistemas de identificación pueden tener un nivel de seguridad bajo, sustancial o alto, que dependerá, entre otras cuestiones, del grado de seguridad que se puede dar a la identificación de la persona a la que se ha expedido el certificado de identificación:

Para cumplir con el nivel Bajo solamente es necesario que se pueda suponer que la persona está en posesión de pruebas de su identidad reconocidas por el Estado.

Para cumplir con el nivel Sustancial, se debe verificar que la persona está en posesión de pruebas de su identidad reconocidas por el Estado.

Para que pueda reconocerse que el nivel Alto, además se debe haber verificado que la persona está en posesión de pruebas de identificación fotográficas o biométricas.

1.5.1.4. Otros certificados de identificación cualificados.

Podría plantearse además la posibilidad de extrapolar al ámbito notarial la aplicación de los medios de identificación electrónica ante las Administraciones Públicas que reconoce el artículo 9.2. de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas:

Sistemas basados en certificados electrónicos cualificados de firma y de sello electrónico expedidos por prestadores incluidos en la “Lista de confianza de prestadores de servicios de certificación”.

Sistemas de clave concertada y cualquier otro sistema, que las Administraciones consideren válido en los términos y condiciones que se establezca, siempre que cuenten con un registro previo como usuario que permita garantizar su identidad.

El notario deberá dejar constancia del medio de identificación electrónica empleado, no siendo estrictamente necesario, aunque sí puede ser altamente recomendable, que se incorpore a la escritura un resumen de las funciones electrónicas que se hayan realizado para comprobar la existencia y validez del certificado de identificación, y de que la autenticación realizada ha dado un resultado positivo.

1.5.2. Identificación jurídica: Juicio de identificación.

Ese esquema identificación-autenticación está recogido en el Reglamento eIDAS exclusivamente para el acceso por parte de los ciudadanos a los servicios que presta en línea un Estado, sin que intervenga físicamente ningún funcionario y por tanto en que no hay necesidad de emitir juicios de identidad o de capacidad.

Cuando son necesarios esos juicios, a la actuación estrictamente técnica se superpone cumulativamente una actuación estrictamente jurídica, en virtud de la cual el funcionario, bajo su responsabilidad, emite una valoración sobre la identidad de la persona y sobre su capacidad.

Esta cuestión está explícitamente reconocida en el propio Reglamento eIDAS, que dice que su normativa no afecta a las normas relativas a la celebración y validez de los contratos.

También es destacable el Considerando 22 de la Directiva 2019/1151 de 20 de junio de 2019 cuando dice que *“los Estados miembros también deben poder permitir a sus autoridades (...) comprobar, mediante controles electrónicos complementarios de identidad, capacidad*

jurídica y legalidad, si se cumplen todas las condiciones para la constitución de una sociedad. Dichos controles pueden incluir, entre otros, videoconferencias u otros medios en línea que ofrezcan una conexión audiovisual en tiempo real”.

En esta norma, como excepción, se admite la exigencia de presencia física ante autoridad o persona u organismo habilitado, según el Considerando 21, *“cuando se justifique por razón de interés público en impedir el uso indebido o la alteración de identidad, o en garantizar el cumplimiento de las normas sobre capacidad jurídica y sobre el poder de los solicitantes para representar a una sociedad”*, si bien teniendo en cuenta que *“no debe exigirse sistemáticamente, sino solo caso por caso”* y además únicamente en los casos de sospecha basada en información de que dispongan las autoridades o personas u organismos habilitados.

Esta reflexión la traslada al cuerpo normativo el nuevo artículo 13 ter 4, añadiendo que *“los Estados miembros se asegurarán de que solo pueda exigirse la presencia física de un solicitante caso por caso cuando existan razones para sospechar una falsificación de identidad, y de que cualquier otra fase del procedimiento pueda completarse en línea”*. En el mismo sentido el artículo 13 octies 8 por garantizar el cumplimiento de las normas sobre capacidad jurídica y sobre el poder de los solicitantes para representar a una sociedad.

Por tanto, el juicio de identificación del notario implicará: que se ha realizado la identificación técnica, en su doble vertiente (identificación-autenticación) y se ha practicado un juicio de correlación de los datos contenidos en el documento electrónico presentado con el sujeto que comparece ante él, mediante el cotejo de dos elementos esenciales: la fotografía y la firma manuscrita que aparecen en dicho documento, cumpliendo con las exigencias de la normativa notarial.

Entonces, para que el notario pueda cumplir con dicha obligación, se requiere que se cumplan cumulativamente dos circunstancias: primera, que el documento presentado para la identificación contenga fotografía y ésta coincida con la imagen física del sujeto que comparece ante él. Segunda, el cotejo de la firma, que será la segunda fase a la que luego nos referiremos.

En consecuencia, el único modo posible de operar el control notarial preventivo en la actuación a distancia, es mediante la utilización de medios de transmisión de audio y video en tiempo real que permitan trasponer el concepto de presencia inmediata física (la del compareciente en el despacho notarial físicamente) a la presencia mediata física (la del compareciente en el despacho notarial telemáticamente).

1.5.2.1. Fotografía digitalizada.

Para ello, será absolutamente necesario que el notario compruebe que el sujeto que está al otro lado de la cámara es efectivamente el titular del documento electrónico de identificación cuyos datos se han remitido para la identificación técnica que hemos expuesto antes.

Esto puede conseguirse por dos vías: primera, con la obtención de una imagen auténtica del Documento de Identidad del otorgante que incluya su fotografía digitalizada, que pueda ser exhibido en pantalla; y segunda, con la lectura directa de la fotografía digitalizada del medio de identificación electrónico empleado.

La primera de ellas únicamente brindará las adecuadas garantías en los supuestos en que la imagen proyectada en pantalla no haya sido suministrada por el propio sujeto que va a ser identificado, sino que provenga de una fuente auténtica e incontestable, como puede ser la base de datos oficial de los Documentos de Identidad a la que acceda el notario en el momento del otorgamiento, o la obtenida por otro notario bajo su responsabilidad, como puede ser la obtenida en España al acreditar presencialmente la primera vez al usuario en el Portal Notarial del Ciudadano (que no es remitida por el interesado, sino que es escaneada y subida a la plataforma por un Notario).

Centrándonos en la segunda de ellas, podríamos afirmar que el nivel de seguridad exigible para los documentos de identificación electrónicos debe ser alto, porque así tenemos la mayor certeza posible de que el certificado de identificación se ha expedido a la persona correcta. Eso implica que dichos documentos necesariamente deban incluir fotografía digitalizada del sujeto que permita al notario su cotejo con la persona que tiene frente a él,

apareciendo dicha fotografía en la pantalla al lado de la ventana de videoconferencia del respectivo otorgante, permitiendo el cotejo por el notario de la imagen digitalizada con la emitida por videoconferencia.

En consecuencia, debemos analizar si los documentos de identificación electrónica presentan o no fotografía digitalizada:

1.5.2.1.1. Documento Nacional de Identidad.

El artículo 11 del Real Decreto 1553/2005 fija el contenido de datos del Documento Nacional de Identidad electrónico, siendo necesario que contenga, entre otras, las imágenes digitalizadas de la fotografía y de la firma manuscrita y la plantilla de la impresión dactilar.

El nuevo Documento Nacional de Identidad 4.0 mantiene la ya conocida tarjeta con microchip que incluye, en cumplimiento del artículo 3.5 del Reglamento 2918/1157 de 20 de junio de 2019, un medio de almacenamiento de alta seguridad que contiene una imagen facial del titular del documento y dos impresiones de las huellas dactilares (excepto para los menores de 12 años y las personas a las que sea físicamente imposible tomar las impresiones dactilares), sin perjuicio de además mantener la imagen digitalizada de la firma manuscrita y los certificados de autenticación y firma electrónica.

1.5.2.1.2. Pasaporte electrónico.

En sentido similar (pero no idéntico), el artículo 10.5 del Real Decreto 896/2003, de 11 de julio por el que se regula la expedición del pasaporte ordinario y se determinan sus características dice que el pasaporte llevará incorporado un chip electrónico con, entre otras, la imagen digitalizada de la fotografía, impresiones dactilares pero no la imagen digitalizada de la firma.

1.5.2.1.3. Otros medios de identificación electrónica admitidos Reglamento eIDAS.

Los medios de identificación amparados por el Reglamento 2918/1157 de 20 de junio de 2019 (en el que se basa nuestro DNI 4.0) sí incorporan fotografía del titular.

Para el resto de medios de identidad electrónicos notificados a la Unión Europea de acuerdo con el Reglamento eIDAS, deberemos estar a los datos que cada uno de ellos establezca según su normativa interna para comprobar si se incluye o no fotografía, lo cual probablemente nos lleve a la admisión exclusivamente de los que tienen un sistema de seguridad alto, como el español, en los términos que vimos.

1.5.2.2. Biometría.

Debemos tener en cuenta que el artículo 11 del Real Decreto 1553/2005 dice que el Documento Nacional de Identidad debe contener la plantilla de la impresión dactilar. En el mismo sentido el artículo 10.5 del Real Decreto 896/2003, de 11 de julio por el que se regula la expedición del pasaporte.

En consecuencia, tanto el DNI 3.0 como el 4.0 y el pasaporte electrónico también permiten realizar una identificación biométrica del titular mediante huella dactilar, si bien esta función sólo estará disponible en puntos de acceso controlados.

En ese sentido el artículo 11.6 del Reglamento eIDAS, si cristaliza la reforma en marcha que a continuación comentaremos, dice que los datos biométricos almacenados solo se utilizarán por parte de personal debidamente autorizado a fin de verificar la autenticidad del documento y la identidad del titular mediante características comparables accesibles directamente

1.6. Juicio de capacidad.

La cuestión relativa a la capacidad de las partes por el notario se recoge en el párrafo primero del número 1 del Decálogo para las escritura notariales a distancia, según texto aprobado por el Consejo de Dirección de la Unión Internacional del Notariado de 26 de febrero de 2021, cuando dice que *“la ejecución a distancia también debe permitir que el notario efectúe, con los*

medios adecuados, la comprobación de la capacidad y otros controles requeridos por su legislación nacional”.

No cabe pensar que existe una presunción general de capacidad absoluta y eterna de todos los titulares de identificaciones electrónicas. Por no poder presuponerse, no puede presuponerse ni que estén efectivamente vivos en el momento de firmar, si se ha cedido las claves a un tercero o se ha accedido a éstas de manera irregular ¿Cómo sabemos que quien se identifica electrónicamente, aún siendo el mismo, está capaz y entiende los efectos del acto concreto? Del mismo modo, si la capacidad depende de la ley personal de la persona identificada, y no del lugar donde el procedimiento vaya a efectuarse. ¿Cómo se puede controlar este aspecto?

El único modo posible, en la actuación a distancia, es mediante la utilización de medios de transmisión de audio y video en tiempo real que permitan trasponer el concepto de presencia inmediata física (la del compareciente en el despacho notarial físicamente) a la presencia mediata física (la del compareciente en el despacho notarial telemáticamente).

En consecuencia, lo tratado en el punto anterior es extensible al supuesto del control de la capacidad de la persona, puesto que la normativa establece la posibilidad de control adicional tanto para la identidad como para la capacidad. De nuevo, la única forma de poder realizar a distancia este juicio de capacidad, es con videoconferencia.

1.7. La revisión del Reglamento eIDAS.

Nos hemos referido en múltiples ocasiones al fundamental Reglamento eIDAS que es del año 2014. La Comunicación de la Comisión Europea de 29 de enero de 2020 en materia de nuevas tecnologías, bajo el nombre de “Una Europa adaptada a la Era Digital”, entre las iniciativas, incluyó la revisión del Reglamento, sobre el que se publicó una Evaluación de Impacto Inicial y una Consulta Pública que finalizó el 2 de octubre de 2020, resultando finalmente la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (UE) 910/2014 en lo que respecta al establecimiento de un marco para

una identidad digital europea es la COM (2021) 281 final - 2021/0136 (COD) de 3 de junio de 2021, que se enmarca en la política de Mercado Interior / Europe fit for a digital age / Shaping Europe's Digital Future.

Se justifica la necesidad de una revisión con la afirmación de que sólo 15 de los 27 Estados (el 50% aproximadamente de la población) ofrece identificación digital transfronteriza a sus ciudadanos, por lo que los ciudadanos deben acudir a otras vías de identificación que “están desconectadas de una verificación física de la identidad, lo que hace que amenazas de fraude (como el robo de identidad) y de ciberseguridad sean más difíciles de mitigar”, como identificarse mediante Google, Facebook u otras grandes compañías, de ahí que se promueva una Identidad Digital Europea que permita la identificación electrónica segura para ciudadanos y empresas.

Por eso, el objetivo fundamental de la revisión del Reglamento eIDAS es precisamente la identificación electrónica de los ciudadanos europeos. En ese sentido el artículo 1 se modifica para añadir dentro del objeto del Reglamento una de sus dos modificaciones básicas: establecer las condiciones para la emisión de wallets de identidad digital europeas por parte de los Estados miembros (también reconocidas en la modificación del artículo 2.1).

El esquema de de identificación electrónica se divide ahora en tres secciones: la primera tiene como título “Identificación electrónica”, e incluye la derogación del reconocimiento mutuo del artículo 6, dividiéndose ahora en los artículo 6a-6d que regulan los wallets de identidad digital europea. La segunda tiene como título “Sistemas de identificación electrónica”, e incluye los artículos 7 a 12a. La tercera tiene como título “Confianza transfronteriza en los medios de identificación electrónica”, e incluye el artículo 12b y el 12c.

1.7.1. La identificación electrónica en la revisión del Reglamento eIDAS.

Uno de los objetivos principales está definido en el Considerando 7: establecer un marco para las wallets de identidad digital europeas que deben emitir los Estados miembros, con objeto

de que todos los ciudadanos puedan compartir los datos relacionados con su identidad de una manera segura, cómoda, fácil y bajo su control exclusivo.

Lo primero que hace la reforma es establecer la correspondiente definición en el artículo 3.42, al decir que Wallet europeo de identidad digital es un producto y servicio que permite al usuario almacenar datos de identidad, credenciales y atributos vinculados a su identidad, proporcionárselos a las partes de confianza que lo soliciten y utilizarlos para la autenticación, en línea y fuera de línea, para un servicio de conformidad con el artículo 6 bis; y crear sellos y firmas electrónicas cualificadas.

El artículo 6a.1 obliga a cada Estado miembro a emitir (gratuitamente para personas físicas, según el artículo 6a.6) un Wallet de identidad digital europea (con nivel de seguridad alto -high- según el artículo 6a.4 y el 6a.6) dentro de los doce meses siguientes a la entrada en vigor del Reglamento, siendo la emisión realizada, de acuerdo con el artículo 6a.2 por el propio Estado miembro, por mandato o por reconocimiento de éste.

El artículo 6a.3 dice que deben permitir al usuario gestionar tanto los datos de identificación como los atributos, en línea y fuera de línea, tanto para servicios públicos como privados, además de firmar mediante firma electrónica cualificada. De hecho, conforme al artículo 6a.7, el usuario debe tener control total y además debe ser accesible para las personas con discapacidad según el artículo 6a.10.

En ese sentido, esas wallets de identidad digital, según el Considerando 9, deben permitir a los usuarios identificarse y autenticarse electrónicamente en línea y fuera de línea (mediante códigos QR o tecnologías similares) para acceder a servicios públicos y privados (por ejemplo, según el Considerando 28, transporte, energía, servicios bancarios y financieros, seguridad social, salud, agua potable, servicios postales, infraestructura digital, educación o telecomunicaciones). También debe permitir utilizar firmas y sellos electrónicos cualificados que se acepten en toda la UE.

El artículo 6.c, como explica el Considerando 10, delega la conformidad de dichas wallets digitales a los organismos acreditados del sector público o privado designados por los Estados miembros, mientras que el artículo 6.d regula la publicación por parte de la Comisión de una lista de Wallets de identidad digital europea certificadas. Finalmente, el Considerando 12 alienta a los Estados miembros a establecer sandboxes para probar soluciones innovadoras en un entorno controlado y seguro.

1.7.2. La confianza transfronteriza en los medios de identificación electrónica.

Derogado el sistema de reconocimiento mutuo que reconocía el artículo 6, ahora se ha desarrollado de manera más compleja en los artículos 12b (para los wallets de identidad digital) y 12c (para el resto, con el contenido del anterior artículo 6), bajo las siguientes características:

12b.1. Cuando los Estados miembros exijan una identificación electrónica mediante un medio de identificación electrónica y autenticación de conformidad con la legislación nacional o la práctica administrativa para acceder a un servicio en línea prestado por un organismo del sector público, también aceptarán wallets de identidad digital europeas.

12.b.2. Cuando la legislación nacional o de la Unión exija a las partes privadas que prestan servicios que utilicen una autenticación de usuario sólida para la identificación en línea, o cuando una obligación contractual exija una autenticación de usuario sólida, también aceptarán wallets de identidad digital europeas. De acuerdo con el artículo 3.50, autenticación de usuario sólida es una autenticación basada en el uso de dos o más elementos (conocimiento del usuario, posesión e inherencia), de tal manera que el incumplimiento de uno no compromete la confiabilidad de los demás.

12.c.1 Cuando la legislación nacional o la práctica administrativa requieran identificación electrónica mediante un medio de identificación electrónica y autenticación para acceder a un servicio en línea prestado por un organismo del sector público en un Estado miembro, se reconocerán los medios de identificación electrónica expedidos en otro Estado miembro en el primer Estado miembro a efectos de la autenticación

transfronteriza para ese servicio en línea, siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

a) el medio de identificación electrónica se emite con arreglo a un sistema de identificación electrónica incluido en la lista a que se refiere el artículo 9.

b) el nivel de seguridad de los medios de identificación electrónica corresponda a un nivel de seguridad igual o superior al nivel de seguridad exigido por el organismo del sector público pertinente para acceder a ese servicio en línea en el Estado miembro de que se trate y, en cualquier caso, no inferior a un nivel de garantía "sustancial".

c) el organismo del sector público pertinente del Estado miembro de que se trate utilice el nivel de garantía "sustancial" o "alto" en relación con el acceso a ese servicio en línea.

1.8. Identidades digitales sobre blockchain.

La Comisión Europea está absolutamente convencida de que blockchain es lo que llaman "una tecnología fundacional", por lo que está invirtiendo una gran cantidad de recursos económicos en su desarrollo y adopción, como ya ha hecho mediante la creación del Observatorio y Foro de Blockchain, la International Association of Trusted Blockchain Applications (INATBA) y la European Blockchain Services Infrastructure (EBSI), en la que ha invertido 4 millones de euros para llevar a blockchain cuatro casos de uso seleccionados (lo que llama notariación e identidad internacional entre ellos). Toda esta actividad deja claro que la Comisión apuesta por blockchain de manera decidida y está preparando el terreno para una regulación, que podría incluir una regulación de la identidad digital soberana sobre blockchain con efectos jurídicos.

Eso sería importante, puesto que el Real Decreto-ley 14/2019, de 31 de octubre dice que no serán admisibles en ningún caso los sistemas de identificación basados en tecnologías de registro distribuido (blockchain), en tanto que no sean objeto de regulación específica por el Estado en el marco del Derecho de la Unión Europea.

Dice la Exposición de Motivos sobre este punto que las restricciones impuestas a los sistemas de identificaciones y firmas basados en tecnologías de registro distribuido en ningún caso suponen una prohibición general. Simplemente, se restringe puntualmente y de forma meramente provisional su uso mientras no haya un marco regulatorio ad hoc de carácter estatal o europeo.

2. Control de la libre expresión de la voluntad de las partes y seguridad de la transmisión de datos.

2.1. Decálogo para las escrituras notariales a distancia.

La cuestión relativa al control de la libre expresión de la voluntad de las partes y seguridad de la transmisión de datos se recoge en los números 3 a 6 del Decálogo para las escrituras notariales a distancia, según texto aprobado por el Consejo de Dirección de la Unión Internacional del Notariado de 26 de febrero de 2021, del siguiente modo:

3) Debe utilizarse una plataforma informática suministrada por el Estado o aprobada por la institución notarial para la conexión con las partes y la gestión de la sesión a distancia. La plataforma ha de permitir la confidencialidad de los intercambios personales, así como una interacción segura y clara. Debe respetar de manera estricta el secreto profesional y todas las normas de protección de datos personales, en particular lo referido a la transferencia transfronteriza de datos sensibles.

4) En consideración de la función pública que desempeña el notario al extender un instrumento auténtico, la plataforma utilizada debe ser pública y de no ser posible, la utilización de plataformas privadas debe evaluarse con sumo cuidado, en particular en lo que respecta a la seguridad de la transmisión de información sensible y la gestión segura de la conferencia.

5) La plataforma debe, de ser posible, y para garantizar el control de la legalidad y de los datos sensibles, ser administrada o controlada directamente por el notariado o predispuesta expresamente para este fin.

6) Debe otorgarse al notario la facultad de decidir si rechaza la redacción a distancia de la escritura en todo caso de duda. Es fundamental subrayar la importancia de celebrar consultas preliminares y audiencias preliminares virtuales, como así también de analizar los documentos originales virtuales recibidos para la preparación de la escritura y de todos los elementos a disposición del notario.

2.2. Plataformas públicas, privadas o mixtas.

Si concluimos que la transmisión audiovisual es esencial para poder desarrollar la intervención notarial en el ámbito virtual, la siguiente cuestión que debemos plantearnos necesariamente es por qué medio tecnológico deben circular los documentos que se intercambien y las comunicaciones que realicen los otorgantes y el notario.

En España, ha sido reciente la discusión jurídica y doctrinal sobre el tipo de plataforma a emplear cuando se trata del ejercicio de la función pública notarial: concretamente con la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, que no dejaba claro ni calificaba el tipo de plataforma que había que emplear para realizar las comunicaciones entre las entidades de crédito y el notario, que debían remitir de manera segura la documentación precontractual de los créditos y préstamos hipotecarios al notario, y entre éste y los consumidores, que debían recibir una copia electrónica gratuita de la escritura. Concretamente, se debatió sobre tres opciones:

Plataforma pública única y notarial, que todas las entidades de crédito deban necesaria y exclusivamente utilizar, sin existir plataformas privadas.

Plataformas privadas, sin que haya plataforma pública única y notarial, sino libertad para el establecimiento de plataformas privadas, de modo que el notario tenga que conectarse a cada plataforma de manera separada.

Mixto, en que no haya plataforma notarial exclusiva, sino libertad para el establecimiento de plataformas privadas de interconexión con la plataforma pública notarial. En este supuesto, la entidad de crédito puede optar por conectarse directamente o a través de una plataforma privada de interconexión (y por tanto el notario conectarse a la plataforma pública exclusivamente), excluyéndose la opción de conectarse directamente con el notario por una plataforma privada sin pasar por la pública.

En el texto inicial de la norma se incluía la mención expresa de que la conexión se realizaría utilizando sistema de plataforma pública única, si bien finalmente se ha eliminado de la versión definitiva de la Ley.

Por ello, se puede afirmar que expresamente no se ha manifestado el legislador sobre qué tipo de conexión quiere establecer, sino que ha establecido la distinción entre lo público y lo privado no en la plataforma (por tanto, no en el medio tecnológico) sino en la concreta actuación que la entidad y el notario realicen. Por tanto, la actuación pública sólo cabe por plataforma pública, pero la actuación privada cabe tanto por plataforma pública como privada. La cuestión por tanto, es cómo deslindar la parte pública y privada de la actuación notarial.

Debemos incluir en la parte pública la recepción de documentación junto con la determinación fehaciente de su fecha y las comunicaciones que debe hacer el notario. Además, si trasponemos este concepto al que nos ocupa, que es la intervención notarial a distancia, obviamente ésta debe quedar también incluida en el ámbito de lo estrictamente público al ser comunicación notarial por un lado, y ejercicio directo de la función notarial por otro. En ese sentido, la Circular del CGN 1/2019 de 24 de mayo, parte de la idea de que las competencias notariales se insertan en el ejercicio de la función pública notarial.

Así se reconoce en la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de junio de 2019 cuando dijo que *“han de emplearse unos medios telemáticos seguros que deben cumplir una serie de requisitos, que se derivan del citado artículo 14 de la Ley 5/2019, así como, en aquello que se refiera a la función pública notarial, de los artículos 107 y siguientes, en particular el artículo 108 in fine, de la Ley 24/2001”* y se consolida en la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 31 de julio de 2019 cuando exige de que las comunicaciones y mensajes estén *“firmados electrónicamente por el notario, y dotados de sello de tiempo y garantía de conservación”* por lo que *“deben dirigirse a la entidad financiera empleando la red telemática notarial que es de uso obligatorio para el desempeño de la función notarial, de acuerdo con los artículos 107 y siguientes de la Ley 24/2001”*.

En el mismo sentido, la Nota del Consejo General del Notariado de 1 de agosto de 2019 dice que todos los mensajes que el notario remita a la entidad financiera en el ejercicio de su función pública deben *“dirigirse a la entidad financiera empleando la red telemática notarial que es de uso obligatorio para el desempeño de la función notarial, de acuerdo con los artículos 107 y siguientes de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre”*.

Esta idea consolidada de que todo aquello que esté directamente relacionado con el ejercicio de la función notarial, especialmente las comunicaciones, debe ser vehiculado a través de una red telemática segura exclusivamente notarial, sirve para defender que la única vía válida de interconectarse con los otorgantes para realizar una videconferencia, ya sea para asesoramiento, ya sea para otorgamiento, es una plataforma notarial pública, en la que se cumplan los siguientes requisitos.

1. Debe permitir el envío y la recepción de documentación por medio telemático seguro, evitando el televaciado de la misma, como luego veremos.
2. El sistema deberá permitir al Notario una comprobación fehaciente de la fecha en que se incorporaron los documentos a la plataforma o en que se enviaron o recibieron las comunicaciones.

3. Deberá quedar organizado de modo que el usuario pueda dirigirse a cualquier notario de su libre elección, dentro de los que sean competentes. Para el ejercicio de ese derecho, no hay otra ni mejor manera de asegurar en todo momento la conexión con la totalidad de los notarios, que aquella en que los notarios están legalmente obligados a integrarse, que no es otro que el sistema telemático notarial regulado en los artículos 106 y siguientes de la Ley 24/2001.

Sirve para ilustrar esta idea, en el ámbito que hemos comentado sobre las plataformas de la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de mayo de 2019, al resolver en el número 37 que *“un sistema organizado por el prestamista que no permita de forma efectiva esa elección puede poner bajo la sombra de la sospecha la totalidad de las operaciones que éste formalice”*, por lo que es preferible un sistema que acredite ab initio *“la efectiva conexión con todos y cada uno de los notarios de España y garantizar la posibilidad de designación del notario en el momento y lugar que el consumidor elija”*.

4. Debe garantizar la protección de datos de carácter personal y que quien accede a la plataforma es efectivamente un funcionario público competente: un notario. Esa es la razón de que se exija que se emplee como requisito de autenticación para poder acceder al contenido de la aplicación la identificación personal del notario mediante su certificado electrónico notarial, emitido en España por ANCERT, la empresa tecnológica del Consejo General del Notariado.

En este sentido, el ejercicio de función pública notarial implica la utilización por el notario de su firma electrónica cualificada, para lo que está obligado a utilizar, como consecuencia de la Ley 24/2001, la plataforma regulada en ésta.

2.3. La Sede Electrónica Notarial.

El concepto de plataforma es equiparable al de sede electrónica o al de portal. Concretamente, la Sede Electrónica Notarial nace con dos importantísimas normas: la normativa sobre firma electrónica introducida por la Ley 14/1999, de 17 de septiembre y, sobre todo, la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, que supuso la incorporación de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas a la seguridad jurídica preventiva.

En ese sentido, el embrión de la Sede Electrónica Notarial lo encontramos precisamente en el artículo 107 de la Ley 24/2001, que establece la implantación obligatoria de sistemas telemáticos para notarios y registradores que permitan la emisión, transmisión, comunicación y recepción de información a otros notarios o registradores, las Administraciones públicas o cualquier órgano jurisdiccional. Dichos sistemas deberán desarrollarse con tecnologías periódicamente actualizadas que garanticen que se impida el televaciado y la manipulación del núcleo central de sus respectivos sistemas de almacenamiento de la información. Tanto el acceso como el uso cotidiano de dichos sistemas se realiza con firma electrónica.

Decimos que es el embrión, porque la definición estricta de sede electrónica, además de ser normativamente posterior, implica una relación electrónica del ciudadano con la Administración. En caso de la notarial, es el propio artículo 110.2 el que lo observa al decir que por dicho medio podrán *“remitirse copias simples electrónicas a las entidades y personas interesadas cuando su identidad e interés legítimo le consten al notario”*, el artículo 110.3 cuando habla del *“envío de documentos e informaciones a los particulares con el valor, efectos y requisitos que reglamentariamente se determinen”*.

En dicha Sede, el año pasado, los notarios españoles remitimos más de 8 millones de copias electrónicas a las Administraciones públicas, firmamos alrededor de 3 millones de envíos al catastro con efectos automáticos en el cambio de titular, unos 2 millones de copias electrónicas a los registros de la propiedad y mercantiles... Es decir, unos 13 millones de trámites electrónicos.

Por tanto, desde 2001 encontramos cobertura normativa explícita a un sistema electrónico de intercomunicación de los notarios con otros funcionarios públicos pero también con potencial

expansión a los particulares. Esa expansión a los particulares ha sido desarrollada recientemente en el denominado Portal Notarial del Ciudadano, cara visible y exterior de la Sede Electrónica Notarial.

Habiéndose consolidado esta interconexión, digamos “pública”, ahora se pretende dar una respuesta a la parte “privada” de la conexión telemática del notariado que, estando reconocida también en la Ley 24/2001, estaba pendiente de desarrollo, y que ha acelerado, como ya hemos indicado, iniciativas como la Directiva 2019/1151 de 20 de junio de 2019 de digitalización de Derecho de Sociedades y la pandemia de COVID-19 que padecemos.

Actualmente dicho Portal está operativo, y es un nuevo espacio dirigido a ciudadanos y empresas para conectar telemáticamente y llevar a cabo videoconferencias (de momento sólo de asesoramiento), poner a disposición de los usuarios copias electrónicas relativas a cualquier acto jurídico, recibir del ciudadano datos necesarios para poder otorgar ciertas escrituras y atender solicitudes del ciudadano para remitir copias simples electrónicas a entidades financieras con la finalidad de gestionar expedientes de moratoria hipotecaria para supuestos de vulnerabilidad económica.

Como lo define FERNÁNDEZ-BRAVO: es una pasarela de comunicación de los notarios, eficiente, multiplataforma, segura y moderna, con mucho futuro por escribir, orientada a un público que demanda servicios digitales en su vida cotidiana, como voluntaria alternativa a los sistemas de acceso que venimos ofreciendo desde siempre y que deben permanecer porque los notarios prestamos una función pública incluso por encima de la brecha digital.

El acceso como ciudadano es multiplataforma (móvil, tableta, pc, portátil), gratuito para el usuario (sin licencias ni costes adicionales) y seguro, puesto que se accede con con certificado cualificado de identificación.

El usuario puede ser simplemente registrado, en cuyo caso tiene limitadas las funciones que puede realizar, o acreditado (cuando ha procedido al registro con un certificado cualificado o por comparecencia personal ante el notario).

La videoconferencia que incluye el Portal se basa en un sistema propio y cerrado que se aloja en los sistemas centrales de Ancert, programándose solo bajo petición del ciudadano, al menos con cuarenta y ocho horas de antelación, previa aceptación por el notario. El notario mantiene el control de la sesión de videoconferencia en todo momento.

Como recuerda FERNÁNDEZ-BRAVO, La propuesta del notariado español combina los servicios notariales de siempre con las actuales tecnologías de la información y de la comunicación, videoconferencia incluida, sin renunciar a la seguridad de las telecomunicaciones y a la necesaria privacidad de los ciudadanos. Con este nuevo medio el notario tendrá claro quién le requiere por medios electrónicos, pero, y esto tiene al menos la misma importancia, también el ciudadano tendrá la seguridad de que al otro lado de la videoconferencia, el que está es el notario que ha elegido y que las comunicaciones entre los dos permanecen selladas y seguras.

En dicho Portal es donde el notariado quiere reconducir la plataforma para constitución de sociedades telemáticas que exige la Directiva (UE) 2019/1151 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, en lo que respecta a la utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del Derecho de sociedades, que está pendiente de transposición. Los pasos serán los siguientes

1. Registro y acreditación en los términos vistos anteriormente.
2. Envío de solicitud al notario, con elección de las gestiones que se delegan en el Notario, suministro de información personal y elección de notario
3. Resumen y confirmación de los datos, que se remiten al notario, recibiendo el interesado una solicitud de confirmación.
4. Elaboración de la documentación, con asesoramiento por videoconferencia.
5. Otorgamiento a distancia utilizando videoconferencia y firma electrónica.
6. Actuaciones posteriores a la firma y depósito, que son la puesta a disposición del requirente de la copia electrónica de su escritura.

3. *Compatibilidad del sistema con la jurisdicción territorial. Consideraciones sobre la localización de las partes, sean ciudadanos o extranjeros.*

3.1. Decálogo para las escrituras notariales a distancia.

La cuestión relativa a la compatibilidad del sistema con la jurisdicción territorial se recoge en los números 7 y 8 del Decálogo para las escritura notariales a distancia, según texto aprobado por el Consejo de Dirección de la Unión Internacional del Notariado de 26 de febrero de 2021, del siguiente modo:

7) Hay que considerar atentamente el impacto que la introducción de la escritura "a distancia" puede tener en las normas que rigen la competencia territorial de los notarios, en los casos en que existan. Dado que el ciberespacio no tiene fronteras, se pueden considerar nuevos factores de vinculación para la videoconferencia o para todo otro medio técnico electrónico basados, por ejemplo, en la residencia o la nacionalidad de las partes o en la ubicación del bien objeto del contrato.

Se puede considerar que es el propio notario quien debe estar dentro del territorio de su competencia dentro de un concepto "ampliado": el lugar de ejecución de la escritura notarial es el lugar donde se encuentra la oficina notarial, siempre dentro de los límites territoriales asignados por la ley, a pesar de la geolocalización factual de las partes de la escritura notarial.

8) Evaluar la posibilidad, para las escrituras "a distancia", de permitir el acceso a todos los ciudadanos, especialmente a favor de los usuarios que viven en el extranjero, bajo las mismas condiciones que los residentes. La legislación nacional debe determinar en sus normas de derecho internacional privado los factores de vinculación para determinar la validez del acto remoto sometido a su sistema jurídico cuando las partes se encuentran fuera del país.

Además, es importante evaluar la posibilidad de incorporar disposiciones legislativas relativa a los instrumentos tecnológicos nacionales y transfronterizos que permitan la comunicación entre las diferentes plataformas notariales digitales, (por ejemplo, para el uso transfronterizo de los medios de identificación nacionales), para la aceptación de los actos digitales, su circulación y ejecución, y de conocer las diferentes normativas de aceptación y reconocimiento por parte del legislador competente.

En este ámbito, se puede considerar la diferencia entre los actos auténticos digitales que, por su naturaleza o uso, están destinados a la circulación (como los poderes) y los actos auténticos digitales que deben ser extendidos por un notario designado en el Estado en el que se utiliza el acto (por ejemplo, en el ámbito del derecho inmobiliario y de sociedades).

3.2. Compatibilidad del sistema con la jurisdicción territorial.

Actualmente, la competencia territorial del notario español está regulada en el Decreto de 2 de junio de 1944 por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado.

El último párrafo del artículo 3 dice que *“la jurisdicción notarial, fuera de los casos de habilitación, se extiende exclusivamente al Distrito Notarial en que está demarcada la Notaría”*. Añade el primer párrafo del artículo 60 que *“el Notario, una vez que obtenga el título y tome posesión de su Notaría, tendrá en el distrito a que corresponda la demarcación de la misma el carácter de funcionario público y autoridad en todo cuanto afecte al servicio de la función notarial, con los derechos y prerrogativas que conceden a tales efectos las Leyes fundamentales tanto de carácter civil como administrativo y penal”*. Finalmente, el primer párrafo del artículo 116 dice que *“los Notarios carecen de fe pública fuera de su respectivo distrito notarial, salvo en los casos de habilitación especial”*, regulando los artículos siguientes las aplicaciones concretas de dicho principio.

Esta normativa de competencia territorial permite la libre elección de notario de los interesados, pudiendo dirigirse a cualquier notario para realizar casi cualquier negocio jurídico, excepto aquellos que, por razones concretas, quedan restringidos a la competencia de un grupo de notarios concretos.

Estas restricciones, que no son regla general, se derivan del turno de reparto de documentos y, normalmente, de la mayor vinculación que un negocio puede tener con un territorio determinado, ya sea porque el notario debe practicar diligencias ligadas con el territorio (notificaciones o publicaciones) o por facilitar a los posibles involucrados en el procedimiento el ejercicio de sus derechos. Pese a ello, las últimas modificaciones normativas han tendido a ampliar el número de notarios competentes, ampliándolos normalmente a los notarios de distritos colindantes, como ocurrió con los expedientes notariales en materia hipotecaria de la Ley 13/2015, de 24 de junio, de Reforma de la Ley Hipotecaria y del texto refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario, y también en los expedientes notariales en materia de jurisdicción voluntaria que se regulan en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

Pero como es obvio, las reglas de territorialidad aplicables a la presencia física no son extrapolables al ámbito virtual de manera completa, y puede existir la tentación de, utilizando como pretexto la actuación mediante videoconferencia, eliminar o excepcionar de manera amplia los criterios de competencia territorial, lo cual sería un error, pues garantizaría la concentración de firmas y supondría un duro golpe al principio de libre elección de notario. Esa es la idea que plantea el artículo 126 del Reglamento Notarial cuando, al regular la libre elección de notario exceptúa la imposición de una de las partes a la otra de un notario que *“carezca de conexión razonable con algunos de los elementos personales o reales del negocio”*.

En consecuencia, lo lógico es mantener esa norma y exigir que exista una conexión razonable con los elementos del negocio jurídico también en los casos de otorgamiento a distancia. La cuestión por tanto se reconduce a dejar el criterio abierto, en sentido amplio, como lo está el del artículo 126 del Reglamento Notarial, o predeterminedar la conexión en un texto positivo. El Decálogo antes citado opta por esta segunda opción, mencionando *“la residencia o la nacionalidad de las partes o en la ubicación del bien objeto del contrato”*.

La primera restricción debe venir determinada por la ubicación del notario. Bajo ningún concepto el otorgamiento a distancia debe suponer alteración de las normas de extensión de la fe pública al Distrito Notarial, por lo que el sistema de conexión debe imponer al notario para el otorgamiento a distancia que éste esté físicamente en su despacho, conectado a su plataforma segura utilizando su Red Privada Notarial y su Firma Electrónica Reconocida.

Se debe eliminar expresamente la posibilidad de que el notario no solo no esté físicamente dentro de su ámbito competencial, sino incluso de que esté fuera del territorio nacional. En ese sentido, acierta el Decálogo al decir que *“es el propio notario quien debe estar dentro del territorio de su competencia (...) a pesar de la geolocalización factual de las partes de la escritura notarial”*.

Los otros elementos subjetivos del negocio, las partes, sí pueden estar físicamente en cualquier lugar, sin que existan razones que impidan limitarlo al territorio de competencia del notario o al territorio nacional. No creemos que un criterio subjetivo, de ubicación, residencia o nacionalidad, sea procedente, al menos como criterio principal cuando exista un criterio objetivo al que acudir. De no existir, sí podría plantearse como una cláusula de cierre.

Por tanto, nos inclinamos a un criterio objetivo de fijación para cada tipología de negocios jurídicos concretos: por ejemplo, en materia societaria, el notario competente en función del domicilio social; en materia inmobiliaria, el notario competente en función de la ubicación del inmueble; o en materia sucesoria, el notario competente para tramitar la correspondiente declaración de herederos abintestato del causante.

En caso de concurrencia de varios criterios objetivos, cualquiera de los notarios competentes se entendería con vinculación suficiente para el otorgamiento. En caso de no existir ninguno de ellos (por ejemplo, un poder otorgado telemáticamente), sí cabría acudir a atribuir competencia al notario que pueda actuar en el domicilio o residencia del poderdante.

4. Firma de la escritura. El soporte documental del instrumento público.

4.1. Decálogo para las escrituras notariales a distancia.

La cuestión relativa a la firma electrónica de los comparecientes y el soporte documental del instrumento público se recoge en el número 9 del Decálogo para las escrituras notariales a distancia, según texto aprobado por el Consejo de Dirección de la Unión Internacional del Notariado de 26 de febrero de 2021, del siguiente modo:

9) Debe desarrollarse un sistema que sea fiable pero también fácil de usar para todos. Los países que ya están familiarizados con la redacción de escrituras en soporte electrónico pueden adaptar su sistema con la introducción de una firma electrónica para los usuarios del más alto nivel de seguridad que se encuentre reconocida en el ordenamiento jurídico del notario que expide el documento que también puede ser emitida puntual y directamente por el notario.

En los países en los que aún no se han previsto escrituras en soporte digital, se puede considerar que el documento sea firmado únicamente por el notario, quien, tras haber obtenido expresamente la declaración de consentimiento de las partes, transcribirá sus dichos en el documento notarial.

Se puede plantear un acto con notarios presentes con cada una de las partes, que reciban sus declaraciones, a condición de que todas las legislaciones nacionales implicadas en el negocio jurídico lo permitan expresamente.

También se puede disponer que sea el propio notario quien se encargue de proporcionar la firma digital a las partes que requieran sus servicios.

4.2. Normativa y efectos de la firma electrónica.

4.2.1. Normativa aplicable a la firma electrónica.

La firma electrónica fue introducida en España en una norma de 1999, que fue derogada por la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica. Dicha norma no regulaba un único tipo de firma electrónica, sino que distinguía entre la firma electrónica simple, la avanzada y la reconocida, en función de la mayor seguridad, prueba de autoría y detección de posibles alteraciones, por lo que los efectos de los distintos tipos de firmas serán necesariamente distintos.

De manera casi simultánea a la primera norma española, se aprobó en Europa la Directiva 1999/93/CE de 13 de diciembre de 1999 por la que se estableció un marco común para la firma electrónica. Esta Directiva actualmente está sustituida por el Reglamento 910/2014 de 23 de julio de 2014 (Reglamento eIDAS) relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza, que es la pieza legislativa clave en torno a la cual se está desarrollando la normativa europea.

Actualmente, la regulación se complementa con la Ley 6/2020, de 11 de noviembre, reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza

4.2.2. Efectos de la firma electrónica.

La legislación sobre firma electrónica tiende a equiparar los efectos de la misma a la firma manuscrita cuando ésta es cualificada: el artículo 25 del Reglamento eIDAS y el artículo 1.5 del Real Decreto 1553/2005 de 23, dicen que la firma electrónica realizada a través del Documento Nacional de Identidad tendrá respecto de los datos consignados en forma electrónica el mismo valor que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel.

Ahora bien, no todas las firmas electrónicas tienen efectos equivalentes, pues solo dicho efecto se puede predicar de las firmas cualificadas. Por tanto, para analizar el valor de la firma electrónica reconocida debemos analizar el concepto de la firma: la firma es la expresión formal de un consentimiento. En consecuencia, la firma no es el consentimiento en sí mismo, sino la proyección externa de éste que hace el sujeto, que como requisito previo, debe tener capacidad suficiente para prestarlo y no estar sometido a ninguno de los vicios que invalidan el consentimiento. Eso ocurre tanto en los documentos con firma electrónica como manuscrita.

La consecuencia directa es que una firma electrónica reconocida en un documento electrónico produce los mismos efectos que la firma manuscrita en un documento en papel: convierte dicho documento en un documento privado, produciendo los efectos típicos de los mismos. En consecuencia, la firma electrónica, por sí misma, no altera la distinción entre documento público o privado, pues la propia normativa sigue admitiendo que los documentos electrónicos seguirán siendo públicos, administrativos o privados, y por supuesto tendrán el valor y la eficacia jurídica que corresponda a su respectiva naturaleza

Ahora bien, el hecho de que los efectos legales sean los mismos no debe hacernos olvidar que la firma electrónica reconocida o cualificada produce por sí misma un efecto del que la firma manuscrita carece: identificar inequívocamente al firmante. La firma manuscrita requerirá una prueba caligráfica, un reconocimiento del firmante o su no contradicción, mientras que por sus atributos, la electrónica reconocida identifica al firmante, como vimos.

¿Supone esto un cambio en la teoría general de los contratos, atribuyendo la misma fuerza a un documento privado con firma electrónica que a uno público? La respuesta es negativa, por las siguientes razones:

El objeto de nuestra normativa no es propiciar un cambio en la teoría general de los contratos, ya que el texto es claro y explícito en este punto. La normativa incidirá en la identificación de los contratantes, pero no incide ni en los requisitos del contrato (que alguien tiene que controlar que existan sin vicios), ni en las normas relativas a la forma pública ni, como consecuencia de lo anterior, a la inscripción en el Registro de títulos que puedan ser ineficaces por faltar dichos requisitos (que supondría dar publicidad a derechos irregularmente constituidos).

4.2.3. Oponibilidad y valor en juicio.

En la normativa española, el documento electrónico será admisible como prueba documental en juicio, y no se negarán efectos jurídicos a una firma electrónica que no reúna los requisitos de firma electrónica reconocida por el mero hecho de ser electrónica.

Por tanto, la norma tiende a expandir el ámbito y efectos jurídicos de la firma y del documento electrónico también al ámbito procesal, por el principio de no rechazo de la forma electrónica: el hecho de que una firma sea electrónica no supone que pueda a priori rechazarse como prueba en un procedimiento judicial, del mismo modo que una firma manuscrita en un documento privado no puede rechazarse sin haber previamente valorado si pertenece o no al firmante. Por tanto, cualquier firma electrónica, del tipo que sea, deberá pasar por un control de idoneidad técnico (pericial) o al menos por el reconocimiento del firmante o su contradicción.

4.3. El notariado español y la firma electrónica.

Los notarios han utilizado prácticamente desde su implantación en España la firma electrónica. Para comprender la relación y dependencia del notariado español de la firma electrónica, primero hay que comprender cuál es la infraestructura tecnológica de la que disponemos:

4.3.1. RENO.

El Notariado español se ha dotado de una Red Privada Notarial (RENO) que conecta a los aproximadamente 2.800 notarios y a toda la infraestructura corporativa (los 17 colegios notariales y el Consejo General del Notariado) de manera segura y rápida.

Esta red es una VPN (Virtual Private Network), y es una de las redes más grandes de este tipo en España. Permite que toda transmisión de datos se realice con el más alto grado de seguridad y privacidad, pues deja de ser visible ad extra en el mundo de Internet.

De hecho, fue de las pocas redes que no cayó y se mantuvo plenamente operativa durante el ataque del Cryptolocker Wannacry del año 2017.

4.3.2. SIC y SIGNO.

Para utilizar todos nuestros aplicativos y a través de esa RENO, los Notarios utilizamos dos entornos: el primero es el Servicio de Intranet del Consejo General del Notariado (SIC). Es una intranet corporativa a la que se accede con nuestra firma electrónica, de acceso restringido al notario, con información de interés notarial, noticias, utilidades, etc.

El segundo es el Sistema Integrado de Gestión del Notariado (SIGNO), que es un entorno de trabajo de cada notario, ubicado en el servidor seguro situado en cada notaría, pero que a la vez está interconectado con el resto de notarios y con los órganos corporativos por la red privada que vimos. Obviamente, también se accede con nuestra firma electrónica y a través de ahí se canalizan todas las actuaciones notariales tecnológicas que luego veremos. A ella tienen acceso tanto el notario como los empleados de notarías, todos ellos según los permisos que previamente haya dado el notario.

4.3.3. Firma electrónica.

El eje para el acceso y uso de todos esos servicios, que han ido creciendo con los años, es la Firma Electrónica Reconocida Notarial (FEREN).

Por eso, solemos decir que el Notariado supo aprovechar la primera normativa sobre firma electrónica en España para modernizar su imagen y sus servicios, y que la típica idea de que la firma electrónica puede suplir al Notario y convertirlo en una figura desfasada ha quedado claro que estaba equivocada.

La norma más importante que permitió esa modernización no fue la Ley de Firma Electrónica en sí misma, sino la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, cuyos artículos 106 y siguientes fueron clave para la incorporación de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas a la seguridad jurídica preventiva. Su objeto fue regular la atribución y uso de la firma electrónica reconocida por parte

de Notarios y registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles, en el ejercicio de sus funciones públicas.

Los Notarios desde prácticamente 2001 (aunque fue durante los años 2005-2006 en los que se consiguió un alto índice de uso), hacemos un uso cotidiano de la Firma Electrónica Reconocida Notarial (FEREN), homologada entre otros por la Agencia Estatal de Administración Tributaria y el Ministerio de Industria.

La tenencia y custodia de la firma electrónica es obligatoria para los notarios, e incluye el atributo de notario: el notario recién ingresado, al tomar posesión de su primera notaría, recibe presencialmente la tarjeta criptográfica, en cumplimiento del artículo 108 de la Ley 24/2001, que dice que los Notarios y registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles, deberán disponer para la adecuada prestación de sus funciones públicas de firma electrónica reconocida, la cual deberán obtener en el momento de toma de posesión de una plaza, custodiar personalmente y no ceder su uso a ninguna otra persona en ningún supuesto.

Quizás seamos el colectivo profesional que tiene una mayor dependencia de esta tecnología: Desde la identificación interna como notario al acceder a nuestra Intranet, hasta la identificación externa del notario ante las Administraciones Públicas o Registros.

4.3.4. ANCERT.

En nuestro caso, la emisión y mantenimiento de nuestra firma la realiza la Agencia Notarial de Certificación (ANCERT, nacida en el año 2002), autoridad de certificación cuyo socio único es el Consejo General del Notariado (y por tanto, todos los Notarios).

ANCERT es Prestador de Servicios de Certificación, Cualificado para la emisión de firma electrónica, por lo que también puede emitir certificados de firma electrónica para quien lo solicite. Los certificados se emiten ante el Notario, que es y actúa como autoridad de registro y que realiza todo el proceso.

Se ofrece la posibilidad de obtener Certificados Notariales de Servidor Seguro, Certificados Notariales Personales (que permiten a cualquier persona física dotarse de firma electrónica reconocida), Certificados Notariales Corporativos, Certificados Notariales Personales de Representación Personal y Certificados Notariales Corporativos de Representación.

4.3.5. Algunas actuaciones del notario con firma electrónica.

Sin ánimo de ser exhaustivo, algunas de las actuaciones que, por medio del empleo de la firma electrónica puede realizar el notario son la expedición y remisión de copias electrónicas, que más adelante veremos con más detenimiento y que van ineludiblemente ligadas a la presentación telemática en los Registros Públicos, y la colaboración con las Administraciones Públicas, entre las que encontramos, sin ser exhaustivo, la posibilidad d:

Presentar y liquidar impuestos como el de Transmisiones Patrimoniales Onerosas, el Impuesto sobre Bienes Inmuebles e incluso el Impuesto Sobre el Incremento de Valor de Terrenos de Naturaleza Urbana.

Comunicar con el Catastro y Servicio de Tramitación Inmobiliaria, de modo que el notariado pueda coordinar la realidad catastral con la realidad de las escrituras públicas. Los Notarios colaboran intensamente con el Catastro, lo que implica por una parte la posibilidad de acceso a la Oficina Virtual del Catastro mediante la firma electrónica reconocida notarial para obtener información catastral actualizada. Pero por otra parte también implica una obligación general de colaborar, y que el Notario, al otorgar la escritura pública, comunique al Catastro cambios de titularidad o ciertas alteraciones catastrales, en el plazo de 5 días desde el otorgamiento de la escritura.

Obtener Certificados de Últimas Voluntades o de Seguros de Vida. Su función es saber si existe algún seguro de vida del fallecido, cuántos testamentos, dónde se han autorizado y cuál es el último y por tanto, el válido para abrir la sucesión. Una simple solicitud y se recibe la información directamente.

Remitir partes testamentarios y de declaraciones de herederos. Para ello los Notarios cumplimos con nuestra obligación de informar al Registro General de Actos de Última Voluntad de todos los testamentos que se firman.

4.4. Firma electrónica en un documento otorgado a distancia.

En el esquema que introdujimos al inicio de la presente, superada la identificación electrónica y la autenticación, como parte técnica, y el juicio de identidad y de capacidad como parte jurídica, en los supuestos en los que deba emitirse una declaración de voluntad, como es el que nos ocupa, el sujeto que se ha identificado debe proceder a firmar el documento, con su firma electrónica.

Es indudable que para actos de trascendencia jurídica relevantes, la identificación y la capacidad de la persona es tan importante como el hecho de que la declaración de voluntad que se acepta con la firma se pueda predicar de quien realmente ha querido realizarla, para evitar el riesgo de que el firmante no sea realmente el emisor de la declaración voluntad. Por ello, de nuevo, la firma electrónica debe producirse en presencia (mediata, por videoconferencia) del notario.

Es conveniente destacar que el sujeto puede identificarse electrónicamente con un certificado y firmar electrónicamente con otro, puesto que no todos los documentos incorporan ambas posibilidades: el DNI electrónico permite identificarse y firmar (con los mismo efectos que la firma manuscrita de acuerdo con el artículo 1.5 del Real Decreto 1553/2005 de 23 de diciembre), mientras que el Pasaporte electrónico y los medios comunicados con arreglo al Reglamento eIDAS sólo inciden en la identificación, no en la firma electrónica, excepto el futuro wallet o cartera de identidad digital europea.

Esta cuestión nos lleva a analizar qué tipo de firma electrónica se debe exigir, habida cuenta que los efectos jurídicos de las firmas electrónicas simples, avanzadas y cualificadas no son iguales.

No cabe duda de que la firma cualificada de acuerdo con el artículo 25 del Reglamento eIDAS produce los mismos efectos que la firma manuscrita, pero también podría discutirse la admitibilidad de la firma con trazo digitalizado, en cuyo caso el notario, en sentido estricto, observará cómo el sujeto firma, pero si el documento electrónico no tiene imagen digitalizada de ésta, el notario no podrá cotejar y por tanto no podrá cumplir con el artículo 23.c de la Ley del Notariado (de nuevo, el DNI electrónico es el único documento que contiene imagen digitalizada de la firma).

Por otro lado, existe la posibilidad de que la firma electrónica no se produzca de ninguna de las dos formas anteriores, sino empleando otros métodos perfectamente compatibles con los criterios de seguridad del Reglamento eIDAS, como la dotación al otorgante en el mismo instante de la prestación del consentimiento de una firma digital de un sólo uso, por ejemplo mediante remisión a su teléfono móvil de una clave de autorización.

Esta sería una solución congruente con el artículo 10.2 de la Ley 39/2015, que admite sistemas de firma o sello electrónico cualificada y avanzada basados en certificados cualificados expedidos por prestadores incluidos en la Lista de confianza y cualquier otro sistema que las Administraciones Públicas consideren válido en los términos y condiciones que se establezca, siempre que cuenten con un registro previo como usuario que permita garantizar su identidad.

4.5. El soporte electrónico de las escrituras notariales.

Las normas que tratan el soporte de las escrituras matrices en nuestro ordenamiento jurídico son la Ley y el Reglamento Notarial. Recordemos que escritura matriz es el original que se firma y conserva el Notario, y que actualmente, las escrituras se leen, firman y protocolizan en formato papel, sin perjuicio de que las copias de las mismas, cada vez más, circulen en formato electrónico.

4.5.1. La normativa notarial y el soporte papel.

Debemos partir de la idea de que la normativa notarial presupone que las escrituras matrices y sus copias se realizan en formato papel. Concretamente, el artículo 152 del Reglamento Notarial dice que los instrumentos públicos deberán extenderse con caracteres perfectamente legibles, pudiendo escribirse a mano, a máquina o por cualquier otro medio de reproducción, cuidando de que los tipos resulten marcados en el papel en forma indeleble.

Otras previsiones de la normativa notarial también presuponen que el documento se realice en papel, determinando incluso el número de líneas por cara y aproximadamente el de sílabas. Por ejemplo, y sin ánimo de ser exhaustivo:

El artículo 17 de la Ley dice que se entiende por protocolo la colección ordenada de las escrituras matrices autorizadas durante un año, y se formalizará en uno o más tomos encuadernados y foliados en letra.

El artículo 25 de la Ley en su primer inciso dice que los instrumentos públicos (...) se escribirán con letra clara, sin abreviaturas y sin blancos. Matiza el artículo 151 del Reglamento que no se refieren a las iniciales, abreviaturas y frases reconocidas comúnmente por tratamiento, títulos de honor, expresiones de cortesía, de respeto o de buena memoria, ni se reputarán blancos los espacios que resulten al final de una línea cuando la siguiente empiece formando cláusula distinta; pero en este último caso deberá cubrirse el blanco con una línea de tinta.

El artículo 26 de la Ley dice que serán nulas las adiciones, apostillas, entrerrenglonaduras, raspaduras y testados en las escrituras matrices. Matiza el artículo 152 del Reglamento que los interlineados deberán hacerse o salvarse siempre a mano, por el propio Notario.

El artículo 155 del Reglamento, además de tratar los márgenes en blanco necesarios para notas y para encuadernar, dice que el número de líneas deberá ser el de veinte en la plana del sello y veinticuatro en las demás, a base de quince sílabas por línea aproximadamente.

Los aranceles notariales todavía establecen la base de minutación en función de los folios de la actuación notarial. Por ejemplo, el Número 7 dice que los folios de matriz, a partir del quinto folio inclusive, devengarán 3,005061 euros por cara escrita. El Número 4.1, relativo a las copias autorizadas dice que devengarán 3,005061 euros por cada folio o parte de él, pero a partir del duodécimo folio inclusive, se percibirá la mitad de la cantidad anterior. El Número 4.2 dice que las copias simples devengarán a razón de 0,601012 euros por folio.

Pero no sólo la normativa notarial parte de esa idea del papel, también la normativa fiscal. De hecho, el papel en que se redactan las escrituras públicas no es un papel común: es timbrado, existiendo incluso un tributo, compatible con los demás, que grava exclusivamente con cuota fija las matrices y copias autorizadas (no las simples) de escrituras, actas y testimonios, según el artículo 31.1 del TRITPAJD, a razón de 0,30 euros por pliego o 0,15 euros por folio a elección del fedatario. En ese sentido, el artículo 154 del Reglamento notarial, en su primer inciso, dice que los instrumentos públicos, a excepción de las pólizas, se extenderán en el papel timbrado correspondiente.

4.5.2. La introducción de la posibilidad de soporte electrónico de las escrituras matrices.

Las sucesivas reformas de la normativa notarial han ido introduciendo la tecnología en los despachos notariales, pero no fue hasta la Ley 24/2001 que se menciona ya la posibilidad de una matriz y un protocolo electrónico en el artículo 17 bis, números 1 y 2 de la Ley, que dice lo siguiente:

1. Los instrumentos públicos a que se refiere el artículo 17 de esta Ley, no perderán dicho carácter por el sólo hecho de estar redactados en soporte electrónico con la firma electrónica avanzada del Notario y, en su caso, de los otorgantes o intervinientes, obtenida la de aquél de conformidad con la Ley reguladora del uso de firma electrónica por parte de Notarios y demás normas complementarias.

2. Reglamentariamente se regularán los requisitos indispensables para la autorización o intervención y conservación del instrumento público electrónico en lo no previsto en este artículo. 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.

Estas previsiones legales únicamente están dando espacio y reconocimiento jurídico al documento matriz electrónico en su aspecto teórico, ya que la misma norma que introdujo esta posibilidad, a la vez la pausó, pues la Disposición Transitoria 11, dice expresamente que hasta que los avances tecnológicos hagan posible que la matriz u original del documento notarial se autorice o intervenga y se conserve en soporte electrónico, la regulación del documento público electrónico contenida en este artículo se entenderá aplicable exclusivamente a las copias de las matrices de escrituras y actas así como, en su caso, a la reproducción de las pólizas intervenidas. Por tanto, únicamente entendemos aplicables los números 3 y siguientes del artículo 17 bis, que son los que se ocupan de las copias electrónicas.

De hecho, el soporte exclusivamente electrónico en el Reglamento Notarial sólo lo encontramos, a excepción del Índice Único Informatizado, en el inciso final del artículo 264 del Reglamento Notarial que dice que transcurrido un año desde el cierre anual de cada una de las secciones del Libro Indicador el Notario podrá reproducirlas en un archivo informático que

garantice su conservación y reproducción, procediendo en tal caso a la destrucción del soporte papel correspondiente. Pero este Libro Indicador no tiene carácter protocolar.

4.5.3. Los datos en soporte electrónico de la Notaría no son protocolo.

Por supuesto, en ningún caso estamos tratando como protocolo electrónico el conjunto de datos electrónicos que ya tenemos en nuestros ordenadores (borradores, escrituras matrices o base de datos de documentos), aunque debamos especificarlo en la entrega de protocolo al tomar posesión: no tiene ni garantías, ni tratamiento adecuado ni compatibilidad para ser la base del protocolo electrónico.

Pese a no haber un protocolo electrónico, la existencia de facto de una gran cantidad de información que se envía y recibe de manera telemática obligó al Notariado a regular su existencia y entrega en caso de vacante: el contenido del acta de entrega de protocolos, en la que deberá constar, entre otras cuestiones, el nombre de los principales programas informáticos existentes, la identificación de los ficheros y soportes informáticos entregados, listado de soportes electrónicos depositados en la Notaría y relación de empleados titulares de certificado digital de la Agencia Notarial de Certificación, certificado que siempre deberá ser revocado por el Notario cesante.

Las ideas fundamentales son la comunicación al Notario sucesor de la infraestructura informática, con objeto de asegurar o al menos facilitar la compatibilidad, y la prohibición de extraer datos informatizados por el Notario saliente. Ello es debido a que los ficheros de protocolo y documentación notarial, de administración y organización de la notaría y los del personal empleado en el despacho son de titularidad pública, pertenecen al Estado y están bajo la responsabilidad directa de la Dirección General de los Registros y del Notariado, correspondiendo al Notario exclusivamente su custodia.

4.5.4. Ideas sobre la matriz digital.

Sea como fuere, es indudable que la matriz digital de los documentos notariales es una tendencia imparable, con independencia de la rapidez de su adopción.

La matriz electrónica no ayuda necesariamente a mejorar la circulación del documento electrónico, porque ésta no circula en el tráfico, pero sí podría ayudar a obtener la copia electrónica más rápidamente, lo cual no es relevante en los notariados en los que la eficiencia en la expedición de copias es alta, como en el notariado español.

No obstante, es cierto que una manifestación del e-Government es la adopción sin reservas del formato electrónico como estándar documental en las relaciones de la administración con los particulares. Aquí sí es relevante la idea de matriz digital, pues la parte funcional de la definición de notario es importante, y cada vez más sirve como freno a tendencias liberalizadoras del mercado y de los Gobiernos. Si queremos seguir siendo considerados administración quizás tengamos que adoptar esos principios y ofrecer un documento electrónico a los particulares. Por tanto, aquí la matriz digital podría ser útil para posicionarnos más como autoridad pública o administración.

Otro principio que se repite de manera constante en la normativa española y europea es el de la interoperabilidad entre administraciones y sus registros. Aquí nuestro sistema de índice único y remisión de copias electrónicas es eficiente e impecable, como se demuestra por ejemplo con el cambio de la titularidad catastral en cuestión de minutos o en cómo se cumplen con las obligaciones fiscales. Para eso, no hace falta matriz digital, pero lo que sí es cierto es que requiere un trabajo extra en el despacho que podría ser minimizado. Como consecuencia, aquí la matriz digital podría ser útil si facilita o acelera el proceso permitiendo enviar índice y copia en el momento de la firma.

Lo anterior está muy relacionado con la parametrización: una cuestión que sí sería importante es la utilización de la matriz electrónica para evitar estandarizar (que es predeterminar el contenido de una escritura) y para comenzar a parametrizar (que es obtener un dato concreto de una escritura) el contenido de la actuación notarial. Lo cierto es que ya se

parametriza para enviar datos al Índice Único o fichas a Haciendas autonómicas e incluso a OCP, y que las Bases de Datos como la de Titularidad Real son claves.

Por todo lo anterior, debería valorarse una transición del documento notarial en papel al documento electrónico notarial, pero ese cambio puede enfocarse de muchas maneras y con distintos grados de penetración, aunque sin duda, la escritura pública íntegramente electrónica sólo puede ser un documento electrónico que se genera de manera exclusiva por un Notario, que es firmada electrónicamente por los comparecientes y por el Notario, que se almacena en formato electrónico y de la que se pueden expedir copias electrónicas o en papel. La suma ordenada y sistematizada de las matrices digitales autorizadas por cada Notaría conformaría el Protocolo, que sería obviamente electrónico y que, por su concepto, debería ser único y conjunto, y por supuesto almacenado en el servidor seguro del Notariado.

Esta definición está pensada para que el documento electrónico exista por sí mismo como matriz única, sin relación o réplica de papel, pero tampoco hay que excluir del todo esa posibilidad y considerarla una especie de copia de seguridad del papel o a la inversa. En este caso, deberíamos determinar claramente qué es matriz (el papel o el archivo) y qué es réplica, por si llegaran a existir discrepancias entre ellas.

La razón es que, si pensamos en digital, debemos pensar íntegramente en digital, y crear un documento que exista, circule y produzca efectos íntegramente desde ese formato. Concretamente, parece que lo que se impone es el empleo del formato PDF/A, que es el idóneo para el guardado a largo plazo de documentos electrónicos.

Pero este formato no es más que un formato de texto plano, que ni siquiera permite depender de fuentes externas, por lo que no podrían incluirse archivos multimedia ni enlaces externos, por lo que dejaríamos de aprovechar que el mundo digital tiene unos principios de tratamiento y almacenamiento de la información distintos del mundo analógico y nos cerraríamos a posibilidades que no permite el soporte papel: sellado en tiempo, parametrización, visualización online, gestión masiva de información, inclusión de archivos multimedia, metadatos con la información de esos archivos, hipervínculos o contenido dinámico deben ser

estudiados como posibilidades de esa matriz electrónica. Por ello, sería momento de valorar el utilizar un nuevo tipo de lenguaje distinto del mero texto, como el lenguaje HTML o XML. Este formato permitiría tener contenido estático e inmutable en la matriz digital, que sería exactamente la escritura y los documentos unidos tal y como estaban en el momento de la firma, pero también permitiría contenido dinámico, que sería el histórico de cada dato. Ello implicaría sustituir el concepto de “documento unido” por el de “documento enlazado”, lo cual no sería obstáculo en ningún caso a conocer cuál era la versión de ese documento en el momento de la firma, pues, por muy dinámico que sea el contenido, lo cierto es que en el momento del consentimiento hay que congelar unos datos, que son los que realmente quedan incorporados a la matriz: lo que realmente integra el documento es el enlace, que es inmodificable, pero no el contenido enlazado. El resto sería con carácter meramente informativo. Pero útil, sin duda, y con aplicaciones hasta ahora impensables en materia probatoria, que redundaría en la eficacia y excelencia del documento público notarial.

Pese a no ser una exigencia inmediata, hay que estudiar con detenimientos todas las formas, las ventajas y los inconvenientes que podría suponer una transición a la matriz en todo o en parte digital. Por ejemplo, una ventaja sería la posibilidad de que, mientras el Notario procede a la lectura de la matriz, el otorgante pueda ir prestando consentimientos individualizados, con sello de tiempo, para puntos clave de la escritura. Al menos para los que suponen una manifestación expresa del mismo, los que implican que ha tenido conocimiento de una advertencia hecha por el Notario o por la otra parte, el consentimiento al tratamiento de datos, o los que el Notario entendiera que son especialmente recomendables.

Entre los inconvenientes, además de la necesidad de ciertos cambios y desarrollos legislativos, el riesgo, la inversión y el cambio de mentalidad, podemos destacar el de la seguridad informática, con la idea de que ningún sistema de almacenamiento es inmune a ataques, virus o pérdida de datos. Pero este es un inconveniente de difícil defensa cuando la mayoría de los datos y documentos administrativos de los ciudadanos son accesibles on line y cuando la tendencia al documento electrónico es un hecho en España y en Europa.

El problema del coste de mantenimiento del sistema es otro de sus grandes inconvenientes, concretamente el mantener constantemente funcionando el mismo, la encriptación, las copias de seguridad o la protección de datos. Pero también hay que tener en cuenta qué dejamos de costear: la encuadernación anual, los costes de impresión, los de alquileres de locales para almacenaje de protocolos antiguos, los de mantenimiento de los mismos, etc.

También lo es el de la adaptación de los soportes o formatos para garantizar la retrocompatibilidad, pero no es más problema que el que cualquier empresa que guarde datos en la nube o en servidores propios. La emulación o el refirmado son las soluciones quizás más admitidas para este punto.

5. Limitación de la comparecencia a distancia a determinadas categorías de escrituras.

5.1. Decálogo para las escrituras notariales a distancia.

La cuestión relativa a la limitación de la comparecencia a distancia a determinadas categorías de escrituras se recoge en el número 10 del Decálogo para las escritura notariales a distancia, según texto aprobado por el Consejo de Dirección de la Unión Internacional del Notariado de 26 de febrero de 2021, del siguiente modo:

10) Considerar la posibilidad de limitar la utilización de los sistemas de comparecencia "a distancia" a las escrituras que, por su carácter unilateral o su carácter asociativo, no presenten intereses opuestos (en particular los poderes y los actos constitutivos o modificatorios de asociaciones o sociedades).

Ello no impide que los estudios en la materia avancen hacia la posibilidad de autorizar bajo la modalidad de escritura pública virtual todo tipo de negocios jurídicos, en el respeto de los demás principios mencionados anteriormente, cuando las herramientas tecnológicas lo permitan, sin límite alguno en función de la naturaleza del acto y/o del número de participantes en el mismo.

5.2. Limitación de la comparecencia a distancia a determinadas categorías de escrituras.

Al tratar la cuestión del otorgamiento a distancia, una de las preguntas que suelen aparecer con más frecuencia es la inclusión o la exclusión de determinados tipos de documentos públicos en el sistema. Dicho de otro modo: si el sistema de otorgamiento a distancia debe ser previsto para todos los negocios jurídicos en general o si algún tipo negocial puede o debe ser excluido.

La primera opción es entender que, si aplicamos el principio de neutralidad tecnológica, cualquier actuación que se realice en el mundo físico podría realizarse del mismo modo en el ámbito virtual, con los mismos estándares y medidas de seguridad. La segunda es entender que, pese a que el otorgamiento virtual es seguro, no es el medio más adecuado para absolutamente todos los negocios jurídicos.

Entendemos que la segunda opción es la correcta, y que el otorgamiento virtual, aunque tenga potencialidad para expandirse a todos los negocios jurídicos, debe ser tratado con cautela y paso a paso, aplicando además ciertas restricciones tal y como ocurre por ejemplo en el mundo, digamos analógico, con el empleo de poderes, que están vetados en ciertos actos y negocios jurídicos.

Ello nos lleva, por lógica, a plantear entonces qué negocios podrían quedar incluidos y qué negocios y porqué podrían quedar excluidos.

La primera exclusión sería la de los actos personalísimos. Estos actos, como el testamento, los expedientes matrimoniales y el divorcio, no admiten, o no admiten bien, el otorgamiento que no sea absolutamente personal. El testamento, de hecho, no puede ser realizado mediante poder en derecho español, aunque el matrimonio sí que lo admite, pero no el divorcio según la mayor parte de la doctrina y la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fé Pública.

Ello nos llevaría a excluir del ámbito del teleotorgamiento los actos que deben necesariamente realizarse en persona, por lo que se crearía un concepto de acto no solo

personalísimo, sino también inmediatísimo, en el que no cabría el otorgamiento a distancia y la inmediatez personal sería consustancial al mismo.

Cabe preguntarse si podrían ser objeto de otorgamiento a distancia los complementos o apoyos que se prestan a las personas con discapacidad. La ley 8/2021 sustituye la tutela por curatela representativa y convierte la curatela en lo que denomina curatela asistencial, además de reconocer la figura del guardador de hecho con un ámbito más amplio que la normativa anterior, y reconocer la figura de los apoyos. En nuestra opinión, todas estas actuaciones son personalísimas y, también podía defenderse que deben ser, por su trascendencia para la persona con discapacidad, inmediatísimas.

Los segundos actos que quedarían excluidos son aquellos en los que comparecen varias partes y existe contraposición de intereses entre ellos, porque quizás la videoconferencia no sea el medio más adecuado para limar las diferencias que puedan existir. No se aplicaría, por tanto, a los actos en los que, existiendo una pluralidad de partes, estos tienen un sentido que confluye, esto es: intereses comunes. El caso prototípico sería el de constitución de una sociedad o de cualquier otra persona jurídica en la que los intereses son comunes entre los socios.

No deberían excluirse del otorgamiento a distancia los documentos de subsanación, complemento o aclaración de otro documento que haya sido autorizado ante el mismo notario y en el que éste haya identificado a las partes. Por supuesto, tanto si las ha identificado presencialmente (puesto que ya ha habido una primera actuación física identificadora) como si las ha identificado electrónicamente (puesto que para ese acto también se permitiría el otorgamiento electrónico). Tampoco deberían excluirse las contestaciones a requerimientos de todo tipo ni las declaraciones unilaterales de voluntad que tengan contenido patrimonial.

Aunque no se trate de un supuesto de otorgamiento en sentido estricto, el resto de documentos electrónicos en los que puede intervenir un notario, como por ejemplo legitimación de firma electrónica, no habría problema en admitirlos a distancia.

Tampoco parece que generen problemas los requerimientos para formalizar actas de todo tipo, excepto quizás aquellas que tengan un componente personalísimo especial, como las actas de transparencia en materia de préstamos hipotecarios, o aquellas que tras la Ley 8/2021 puedan requerirse, según lo establecido por el poderdante, para utilizar un poder preventivo para el caso de discapacidad o para acreditar ésta.

En definitiva, podríamos concluir que casi todos los actos unilaterales podrían realizarse por otorgamiento a distancia, excepto los personalísimos, así como los que sean pluripersonales pero en los que no exista conflicto de interés. Damos por entendido que hablamos de actos de contenido patrimonial.

*6. Circulación segura del documento notarial electrónico en el ámbito nacional e internacional.
La apostilla electrónica.*

6.1. La circulación segura del documento notarial en el ámbito nacional.

El artículo 17 bis.1 de la Ley de 28 de mayo 1862, Orgánica del Notariado prevé la posibilidad de que los instrumentos públicos se redacten en soporte electrónico y sean firmados con la firma electrónica del Notario y, en su caso, de los otorgantes. A pesar de ello, estos instrumentos públicos digitales no se han desarrollado todavía. Lo que sí se ha desarrollado son las copias autorizadas electrónicas de las escrituras matrices.

Las copias son las reproducciones literales de esa matriz expedidas con las formalidades legales. Las copias pueden constar en soporte papel o electrónico. Por tanto, la copia electrónica sí coexiste con la física, pero sin que exista un régimen de prevalencia de una sobre otra. Ambas producen el mismo efecto.

Las copias electrónicas pueden ser remitidas, expedidas y recibidas entre Notarios, y el Notario que la reciba podrá, según su finalidad: incorporar a la matriz por él autorizada el traslado a papel de aquélla, trasladarla a soporte papel o reseñar su contenido en lo legalmente procedente en la escritura o acta matriz o póliza intervenida. La comunicación telemática de copias autorizadas de escrituras entre Notarios es cotidiana, fácil y rápida. De hecho, diariamente recibimos solicitudes de copias de escrituras de otros compañeros, especialmente en los supuestos en que el peticionario de la copia se encuentra en un lugar distinto, y normalmente lejano, de la Notaría en cuyo Protocolo se custodia la matriz de la que hay que sacar la copia. Los documentos más frecuentes son poderes y testamentos.

Las copias electrónicas sólo podrán expedirse para su remisión a otro Notario, pero también a un registrador o a cualquier órgano judicial o de las Administraciones Públicas, siempre en el ámbito de su respectiva competencia y por razón de su oficio.

El Notario deberá inexcusablemente remitir copia autorizada de los documentos que autorice y que se inscriban en el Registro a través del ya expuesto SIGNO, debidamente conectado con el Sistema de Información corporativo del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

Como punto importante, se obliga al Notario a la presentación telemática con su firma electrónica reconocida, excepto que el interesado expresamente manifieste lo contrario. Por ello, el Notario deberá asesorar e informar al interesado, y recabar de él expresamente en la escritura manifestación sobre si solicita o no la presentación telemática, siendo por supuesto siempre recomendable que ésta se realice.

Realizada la comunicación electrónica, el Notario deberá dejar constancia de ello en la matriz o, en su caso, en el libro indicador, y el Registrador comunicará al Notario por vía telemática y también con firma electrónica reconocida, tanto la práctica del asiento de presentación, como, en su caso, la denegación del mismo, la nota de calificación y la realización de la inscripción, anotación preventiva, cancelación o nota marginal que corresponda. Practicado el asiento registral, el Notario dejará constancia de la recepción de la comunicación y del contenido de ésta en forma de testimonio, bajo su fe, en la matriz y en la copia que de la misma expida.

6.2. La circulación segura del documento notarial en el ámbito internacional.

Entre algunos de los notariados de la Unión Europea ya está en marcha la plataforma EUFides, cuyo objeto es la interconexión y cooperación notarial transfronteriza. También la herramienta de validación de firmas electrónicas Bartolus.

No obstante, recientemente se ha presentado un proyecto denominado EUDoc, ideado por los notariados español y alemán y desarrollado técnicamente por Ancert, de creación de una plataforma de interconexión moderna, segura y de fácil uso, cuyo pilotaje ya ha terminado satisfactoriamente. La idea fundamental de este proyecto es que no solo algunos, sino todos los notariados europeos puedan estar interconectados. Sus características son las siguientes:

1. EUDoc es una plataforma web plurilingüe que es compatible con las soluciones tecnológicas notariales nacionales, y que interconecta punto a punto a todos los notariados miembros de CNUE, tras un ajuste tecnológico interno no excesivamente complicado. Cada notariado, a su vez, conecta a sus respectivos notarios colegiados, de modo que la conexión no es notario-notario, sino notario-Consejo-Consejo-notario.
2. El acceso a la plataforma EUDoc se realiza con certificado de identificación electrónico incluido en la firma electrónica cualificada del notario, que incluya el atributo de ser notario en activo.
3. La plataforma tiene un triple objeto: primero, permitir el intercambio de documentos electrónicos; segundo, permitir la verificación de la firma electrónica y el atributo de notario del firmante; y tercero, la conexión directa entre notarios mediante videoconferencia.
4. EUDoc está provisto de una Red Privada Virtual (Virtual Private Network) para intercambiar de manera segura los documentos notariales.
5. Es plenamente respetuosa con la normativa europea de protección de datos, al utilizar software propio de gestión y estar los servidores localizados en España, en las instalaciones de Ancert, bajo dependencia del Consejo General del Notariado español.
6. El envío y la recepción de documentación, así como su lectura, se realizan íntegramente en línea, con sello de tiempo y hash de cada comunicación.
7. La plataforma permite además un sistema de notificaciones configurable por el notario, tanto en su teléfono móvil, en su email o en la propia plataforma.

6.3. Apostilla electrónica y firma electrónica.

6.3.1. Convenio de La Haya XII de 5 de octubre de 1961.

El Convenio de La Haya XII de 5 de octubre de 1961, por el que se suprime la exigencia de legalización de los documentos públicos extranjeros se aplica según su artículo 1 a los documentos públicos que hayan sido autorizados en el territorio de un Estado contratante y que deban ser presentados en el territorio de otro Estado contratante, considerándose como tales entre otros los documentos notariales. Dicho Convenio fue ratificado en España por Instrumento de 10 de abril de 1978 y entró en vigor el 25 de septiembre de ese mismo año.

Tras esa regla general, los artículos 2, 3 y 5 dicen que la Apostilla del Convenio certificará la autenticidad de la firma, la calidad en que el signatario del documento haya actuado y, en su caso, la identidad del sello o timbre que el documento ostente.

No se exigirá, según el artículo 3 párrafo 2 cuando las leyes, reglamentos o usos en vigor en el Estado en que el documento deba surtir efecto, o bien un acuerdo entre dos o más Estados contratantes, la rechacen, la simplifiquen o dispensen de legalización al propio documento. Además, el artículo 8 también admite que su aplicación quede desplazada cuando en un mismo caso resulte aplicable también un régimen convencional internacional más favorable, en el sentido de contener disposiciones menos rigurosas, según interpretación a sensu contrario del artículo hecha por la RDGRN de 8 de marzo de 2011.

Contextualizando el Convenio, en 1961 únicamente había una forma de determinar que una firma pertenecía a una autoridad pública, y era precisamente la legalización que de dicha forma hubiera hecho otra autoridad competente de ella, de modo que verificara que esa firma pertenecía a esa persona, que estaba en posesión del cargo que decía ostentar y que los requisitos de sello y timbre del documento en que se encontraba estampada la firma era los adecuados.

Este era un procedimiento bidireccional, pues tanto servía para que los Estados receptores comprobaran la validez de forma y de autoría del documento, como para que el Estado emisor validara dichos datos respecto de terceros, en un ejemplo claro de reciprocidad internacional.

6.3.2. Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 1999.

Todo ello permaneció invariable hasta finales de los años 90 con la identificación y firma electrónica, concretamente con la Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 1999. Dicho instrumento de derecho comunitario, que se publicó bajo la forma de Directiva, con las implicaciones que esto tiene en cuanto a su no aplicabilidad directa, al alcance armonizador y a la amplitud de los Estados para su transposición, contenía una novedosa definición de firmante.

Esta normativa no incidió de manera directa en el concepto y presupuestos de la Apostilla, sentó las bases para entender que había otra vía para identificar claramente a una persona, su firma y los atributos importantes de la misma, como su carácter de autoridad pública. Todo ello son cuestiones que solucionaría una adecuada aplicación de las normas de firma electrónica, pero a ésta normativa le faltaban dos requisitos para suponer una verdadera amenaza al régimen de la Apostilla, que son el reconocimiento mutuo internacional de las firmas electrónicas, que no llegaría hasta el mecanismo de comunicación del Reglamento eIDAS al que luego nos referiremos, y la cuestión de la identidad del sello o timbre que el documento ostente.

6.3.3. Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

En España, la transposición de la Directiva se hizo derogando el Real Decreto Ley 14/1999, de 17 de septiembre por la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, que asumió en su redacción originaria sus efectos y conceptos, añadiendo el artículo 13.3, en relación a los atributos de la firma, que cuando el certificado reconocido contenga otras circunstancias personales o atributos del solicitante, como su condición de titular de un cargo público, su pertenencia a un colegio profesional o su titulación, éstas deberán comprobarse mediante los documentos oficiales que las acrediten, de conformidad con su normativa específica.

No obstante, en este punto, la existencia de una firma electrónica no podía llegar a suponer, por sí misma, que el firmante era concretamente la persona que había firmado

electrónicamente el documento, sino que era quien poseía un dispositivo de creación de firma bajo su responsabilidad, no siendo tampoco por sí misma la firma electrónica suficiente para acreditar la identidad de éste. Por ello, con esta normativa, la Apostilla todavía podía tener cierto sentido respecto de documentos firmados electrónicamente, razón por la cual se desarrolló el sistema de Apostilla electrónica.

6.3.4. Orden JUS/1207/2011, de 4 de mayo y Real Decreto 1497/2011, de 24 de octubre.

La Comisión Especial de la Conferencia de La Haya celebrada en el año 2003 para revisar el funcionamiento práctico de la Convención de la Apostilla, destacó que la utilización de las tecnologías de la información podrían tener efectos positivos en la aplicación del Convenio, y especialmente, en la disminución de costes y en la mayor eficacia de los procedimientos de expedición y registro de las Apostillas. En sus consideraciones, la Comisión Especial apuntó que la utilización de un registro electrónico de Apostillas podría simplificar el procedimiento de verificación de las mismas. Como consecuencia de ello, la Apostilla se ha adaptado a las necesidades tecnológicas, lo cual se ha realizado en nuestro ordenamiento por la Orden 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.

En el Registro se archivarán de forma centralizada y automática todas las Apostillas emitidas por las Autoridades competentes en España tanto en soporte papel como electrónico. Incluirá en todo caso, el número y fecha de la Apostilla, el nombre y la capacidad en la que firma el signatario del documento público apostillado y, si el documento no está firmado, el nombre de la autoridad que haya sellado el documento. También la imagen de la Apostilla emitida y, en su caso, de la huella electrónica de los documentos digitales o documentos digitalizados apostillados.

Dicho registro permitirá, a través de la sede electrónica del Ministerio de Justicia, la verificación de la validez de las Apostillas emitidas, lo cual se podrá solicitar de forma presencial ante las autoridades competentes en España, por escrito o por vía electrónica, durante un plazo

de 25 años desde la fecha de emisión de la Apostilla. Esa verificación requiere que el interesado tenga, al menos, del código seguro de verificación (CSV), la fecha y el número de la Apostilla que aparece en la misma.

Podrán ser objeto de Apostilla los documentos originales emitidos originalmente por la Administración General del Estado y la Administración de Justicia en soporte electrónico y las copias electrónicas digitalizadas de documentos emitidos en soporte papel, realizadas por los funcionarios competentes.

En relación a los Notarios, dice el artículo 11 que los documentos autorizados por Notario y los documentos privados cuyas firmas hayan sido legitimadas por Notario únicamente podrán ser apostillados en soporte papel. También dice el artículo 13 que tendrán plena validez en España las Apostillas Electrónicas válidamente emitidas por las Autoridades con competencia para realizar el trámite de legalización única o Apostilla de otros Estados contratantes del Convenio XII de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, de 5 de octubre de 1961.

Por tanto, leyendo de manera exclusiva esta Orden, se debería concluir que en relación a los documentos notariales no cabe Apostilla electrónica, pero lo cierto es que también se regula la materia en el Real Decreto 1497/2011, de 24 de octubre, cuyo artículo 3 dice que serán competentes para realizar el trámite de legalización única o Apostilla de los documentos notariales los Decanos de los Colegios Notariales o quienes hagan sus veces reglamentariamente, así como aquellos otros Notarios en quienes éstos deleguen, con independencia del lugar del territorio nacional en el que dicho documento hubiera sido emitido.

Es curioso que este Real Decreto, posterior a la Orden vista, no haga ninguna mención o excepción expresa a la intervención notarial en la apostilla electrónica en relación a documentos autorizados por notario en su texto, y sea únicamente en la Exposición de Motivos donde se menciona únicamente a los documentos públicos judiciales y administrativos y no a los notariales.

6.3.5. Reglamento 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de julio de 2014.

Pero el Reglamento 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo 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 la que se deroga la Directiva 1999/93/CE presenta ya importantes cambios, siendo el más inmediato que es una norma comunitaria no necesitada de transposición, sino directamente aplicable en los Estados Miembros que obligó, entre otras cuestiones, a la adaptación de la normativa de firma electrónica nacional.

Reconoce de manera expresa en el artículo 25 que no se denegarán efectos jurídicos ni admisibilidad como prueba en procedimientos judiciales a una firma electrónica por el mero hecho de ser una firma electrónica o porque no cumpla los requisitos de la firma electrónica cualificada, y que una firma electrónica cualificada tendrá un efecto jurídico equivalente al de una firma manuscrita.

Va más allá el Reglamento porque ahora sí define al firmante en el artículo 3 como una persona física que crea una firma electrónica, por lo que ahora ya es indudable que quien firma electrónicamente un documento es una persona física determinada: quien crea la firma electrónica.

También recoge ahora en el artículo 6 el mutuo reconocimiento de los sistemas de identificación electrónica, aunque sea a los efectos de acceder a un servicio prestado en línea por un organismo del sector público en un Estado miembro.

Otro de los rasgos esenciales es que dicho Reglamento nace con la idea de ser interoperable, por lo que en su Considerando 54 dice que en el plano nacional debe permitirse la inclusión de atributos específicos en los certificados cualificados, a condición de que tales atributos específicos no comprometan la interoperabilidad y el reconocimiento transfronterizo de los certificados y las firmas electrónicas cualificados.

En este sentido, ya en texto normativo, el artículo 24.1 dice que 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. Esto es reiterado por el artículo 28.3 cuando dice que los certificados cualificados de firmas electrónicas podrán incluir atributos específicos adicionales no obligatorios. Esos atributos no afectarán a la interoperabilidad y el reconocimiento de las firmas electrónicas cualificadas.

La conclusión a la que podemos llegar en este punto es que, tras el Reglamento eIDAS, la identificación electrónica y la firma electrónica crean para todos los Estados Miembros de la Unión Europea, sin necesidad de transposición y con una regulación homogénea, un estado normativo que permite afirmar rotundamente que un documento electrónico, firmado electrónicamente por un funcionario público, por ejemplo un Notario, cuyos certificados y forma de identificación electrónica permitan conocer la identidad del firmante y la comprobación por un prestador de servicios cualificado de confianza de uno de sus atributos esenciales (que es funcionario con cargo vigente), hace innecesaria la Apostilla por redundante.

En efecto, si conjugamos la identificación electrónica y el atributo de notario del firmante, aseguramos también la integridad del documento y su sellado de tiempo, de modo que no solo no cabe duda de dichas circunstancias, sino que si han sido debidamente comunicadas, no pueden ser ignoradas por otro Estado Miembro. Como consecuencia, también podría hacer innecesario e irrelevante el régimen de la Apostilla electrónica.

El único escollo que podemos encontrar es el propio del ámbito de aplicación del Reglamento eIDAS, que como ya hemos tratado en otras ocasiones, es de aplicación obligatoria respecto de servicios prestados en línea por otro Estado Miembro y, de nuevo, la cuestión sobre la autenticidad del sello o timbre, debiendo preguntarnos si mantiene sentido con los estándares de seguridad de la firma electrónica y con sistemas de apostilla electrónica ya en funcionamiento como la de Estonia y la de Bélgica que prescinden de esa mención entre la información que se muestra al validar online la apostilla en formato electrónico.

6.3.6. Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (UE) 910/2014 en lo que respecta al establecimiento de un marco para una identidad digital europea.

Esta propuesta de reforma, además de incidir en materia de identificación electrónica como antes hemos comentado, tiene otros objetivos regulatorios que debemos traer a colación, concretamente la gestión de los atributos: solicita el Considerando 26 que sea posible emitir y gestionar atributos digitales de modo que los ciudadanos los utilicen en sus transacciones públicas y privadas, permitiéndoles la divulgación selectiva de atributos (Considerando 29), poniendo como ejemplo el permiso de conducir.

El artículo 3.43 define atributo como un rasgo, característica o cualidad de una persona física o jurídica o de una entidad, en formato electrónico.

Por ello, el Considerando 27 dice que cualquier entidad que recopile, cree y expida atributos acreditados como diplomas, licencias o certificados debe poder convertirse en un proveedor de certificación electrónica de atributos.

Añade el Considerando 30 que los atributos proporcionados como parte de la certificación cualificada deben verificarse con las fuentes auténticas, ya sea directamente por el proveedor de servicios de confianza cualificado o a través de intermediarios designados reconocidos a nivel nacional. En ese sentido, el Artículo 45.d.1. dice que cuando los atributos se basen en fuentes auténticas del sector público, se tomen medidas para permitir que los proveedores cualificados de certificaciones electrónicas de atributos verifiquen por medios electrónicos la autenticidad del atributo frente a la fuente auténtica. Fuente auténtica es definida en el artículo 3.46 como un repositorio o sistema, bajo la responsabilidad de un organismo del sector público o entidad privada, que contiene atributos sobre una persona física o jurídica y se considera la fuente principal de esa información o se reconoce como auténtica. en la legislación nacional:

También dice el Considerando 27 que deben establecerse requisitos para garantizar que una certificación electrónica cualificada de atributos tenga el efecto jurídico equivalente a las atestaciones emitidas legalmente en papel, sin perjuicio de los supuestos en que la legislación nacional o de la Unión establezca requisitos específicos adicionales en cuanto a la forma con efectos jurídicos subyacentes.

Por ello, el artículo 45.a dice que no se denegará la validez jurídica y la admisibilidad como prueba en los procesos judiciales de la certificación electrónica de atributos por el mero hecho de que sea en formato electrónico, que una certificación electrónica cualificada de atributos tendrá el mismo efecto legal que las atestaciones emitidas legalmente en papel, y que deberá ser reconocida como en cualquier otro Estado miembro.

Ahora bien, el artículo 45.b dice que cuando la legislación nacional exija identificación electrónica para acceder a un servicio en línea prestado por un organismo del sector público, los datos de identificación incluidos en la certificación electrónica de atributos no sustituirán a la identificación electrónica a menos que se permita expresamente.

Finalmente, dice el Considerando 31 que tanto el sistema de identificación electrónica y la certificación de atributos deben permitir que se cumpla por ejemplo para los servicios financieros, los requisitos de diligencia debida en materia de prevención de blanqueo de capitales.

6.3.7. Otras normas europeas que inciden en la materia.

La idea que subyace hoy en día en el legislador europeo es la de progresivamente ir eliminando, o al menos minimizando, los supuestos en los que se exige la apostilla entre Estados miembros: los países miembros de la Unión Europea son firmantes del Convenio, razón por la cual desde 2013 la Comisión Europea se ha propuesto eliminar los trámites burocráticos que obstaculizan la circulación de los documentos públicos europeos, lo que cristalizó por ejemplo en el Reglamento (UE) 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a

la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo. Dice el artículo 74 que no se exigirá legalización ni formalidad análoga alguna para los documentos expedidos en un Estado miembro en el marco del presente Reglamento, como por ejemplo el certificado sucesorio europeo.

También se recoge esta idea en el Reglamento (UE) 2016/1191 del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de julio de 2016 por el que se facilita la libre circulación de los ciudadanos simplificando los requisitos de presentación de determinados documentos públicos en la Unión Europea, quedando los documentos incluidos en su ámbito de aplicación exentos de toda forma de legalización y trámite similar, según su artículo 4.

También es tendencia en el ámbito administrativo, como resulta del Reglamento (UE) 1024/2012 del Parlamento y del Consejo de 25 de octubre de 2012, relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior. Sus considerandos dicen que el Sistema de Información del Mercado Interior (IMI) es una aplicación informática accesible a través de internet, realizada por la Comisión en colaboración con los Estados miembros, cuyo propósito es servir de ayuda a estos últimos para que puedan cumplir en la práctica las exigencias de intercambio de información establecidas en los actos jurídicos de la Unión a través de un mecanismo de comunicación centralizado que permita el intercambio transfronterizo de información así como la asistencia recíproca. En concreto, el IMI ayuda a las autoridades competentes a identificar a sus homólogas en otro Estado miembro, a gestionar el intercambio de información, incluso de los datos de carácter personal, basándose en procedimientos simples y unificados, y a superar las barreras lingüísticas gracias al uso de unos sistemas de tratamiento predefinidos y pretraducidos.

6.3.8. El régimen “hacia adentro” de la Apostilla.

Hay base teórica suficiente para entender que el régimen de la Apostilla, al menos en relación a los Estados Miembros de la Unión Europea, tiende a desaparecer. Otros ejemplos claros son los Reglamentos (UE) de 24 de junio por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de

resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales (2016/1103) y de efectos patrimoniales de las uniones registradas (2016/1104), ya tratados por ejemplo en este post y en este otro.

El problema que nos encontramos es que la Apostilla, como comentábamos al principio, es bidireccional, de modo que produce efectos hacia afuera del territorio nacional (requisitos de salida y de empleo del documento español sin apostilla en el extranjero, lo cual dependerá en última instancia de la aceptación del documento con o sin Apostilla en el país de destino) y hacia adentro (requisitos de entrada y de empleo en España del documento extranjero sin Apostilla).

En este punto encontramos un problema (si podemos llamarlo así) en nuestra normativa hipotecaria y procesal: la RDGRN de 8 de marzo de 2011 dice que el requisito de la legalización establecido por nuestras disposiciones legales para los documentos extranjeros cumple la finalidad de aseverar su autenticidad al objeto de que puedan tener eficacia en España y sean admitidos por las Autoridades y Oficinas Públicas españolas (artículos 323.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 36.1 del Reglamento Hipotecario, y Resolución de 6 de abril de 1976).

Dice el artículo 323.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que *“Cuando no sea aplicable ningún tratado o convenio internacional ni ley especial, se considerarán documentos públicos los que reúnan los siguientes requisitos:*

1.º Que en el otorgamiento o confección del documento se hayan observado los requisitos que se exijan en el país donde se hayan otorgado para que el documento haga prueba plena en juicio. 2.º Que el documento contenga la legalización o apostilla y los demás requisitos necesarios para su autenticidad en España”.

Dice el artículo 36 del Reglamento Hipotecario que *“Los documentos otorgados en territorio extranjero podrán ser inscritos si reúnen los requisitos exigidos por las normas de Derecho Internacional Privado, siempre que contengan la legalización y demás requisitos necesarios para su autenticidad en España. La observancia de las formas y solemnidades extranjeras y la aptitud y capacidad legal necesarias para el acto podrán acreditarse, entre*

otros medios, mediante aseveración o informe de un Notario o Cónsul español o de Diplomático, Cónsul o funcionario competente del país de la legislación que sea aplicable. Por los mismos medios podrá acreditarse la capacidad civil de los extranjeros que otorguen en territorio español documentos inscribibles. El Registrador podrá, bajo su responsabilidad, prescindir de dichos medios si conociere suficientemente la legislación extranjera de que se trate, haciéndolo así constar en el asiento correspondiente”.

Por otro lado, dice el artículo 168 in fine del Reglamento notarial: *“Cuando en la redacción de alguna escritura el notario tenga que calificar la legalidad de documentos otorgados en territorio extranjero, podrá exigir a su satisfacción que se le acredite la capacidad legal de los otorgantes y la observancia de las formas y solemnidades establecidas en el país de que se trate. En otro caso, el notario deberá denegar su función conforme al artículo 145 de este Reglamento”.*

Sea como fuere, la apostilla electrónica es obligatoriamente válida en España por el artículo 9 del Real Decreto 1497/2011, de 24 de octubre y el artículo 13 de la Orden JUS/1207/2011, de 4 de mayo, por lo que no se puede desconocer aquí sus efectos, aunque nosotros no la tengamos disponible para documentos notariales. Pero lo que es obligatorio es admitir la apostilla, no el formato del documento que ha sido apostillado. Por tanto debe circular conforme a las reglas generales no alteradas por la naturaleza física o electrónica de la apostilla. Debemos matizar y dejar claro que rechazar la forma de presentación del documento no significa rechazar la apostilla electrónica.

El documento deberá ser presentado en España de acuerdo con las formalidades del lugar de destino, y por tanto, hoy por hoy, lo más seguro es entender que debe ser presentado en formato físico, desechando la idea de admitir simplemente la remisión al documento electrónico por ejemplo subido a la web y aplicando todos los requisitos que solemos aplicar para asegurarnos de que se cumpla el principio de equivalencia, no solo en relación al funcionario, sino también a la forma.

Es cierto, no obstante, que cumpliendo el principio de equivalencia, la forma determinada por el Estado de origen, y aceptada por éste, debe ser aceptada también en el Estado de destino, pero dudosamente puede ser calificado de auténtico un documento (o copia del mismo) en papel, convertido y remitido en formato electrónico a una página web interna del país emisor, quizás si quiera sin firma electrónica, y cuya única misión, lejos de ser la circulación del documento, es la obtención de la apostilla electrónica, por lo que esta situación hace dudar sobre su aceptación en España. Debemos tener en cuenta además que la remisión a ese Registro se produce a los únicos efectos de obtener la Apostilla electrónica.

iv. Conclusiones generales

El ejercicio de la función pública notarial en el mundo global y digital en que nos encontramos, puede analizarse partiendo de tres conceptos: digitalización, confianza y desmaterialización.

El primero de ellos es el de digitalización, que no es otra cosa que convertir en digital un proceso que no lo era o crear un proceso digital nuevo que no existía antes. En el contexto actual, el notariado no puede, ni debe, hacer análogos los procedimientos digitales: no hay proyectos normativos que quieran implementar soluciones que comiencen trabajando sobre presupuestos analógicos, como el papel. No obstante, esos pasos hacia el ámbito virtual, a la vez que firmes, deben ser meditados y coordinados con los principios que han hecho tradicionalmente del notariado el pilar fundamental de la seguridad jurídica preventiva. El ejemplo que debemos seguir es el de la implementación de la firma electrónica en el ámbito notarial, que abrió nuevos caminos y posibilidades manteniendo los más altos niveles de seguridad.

El segundo de los conceptos es el de confianza. El notariado ha tenido su razón de ser histórica en la confianza que genera la institución, pero la situación tecnológica actual pretende digitalizar el concepto de confianza con determinadas aplicaciones o servicios que se denominan de confianza electrónica, digital o distribuida, como blockchain. En la Unión Europea no existe todavía regulación de las cadenas de bloques y de sus efectos jurídicos, pero sí conocemos una propuesta de regulación (la pendiente revisión del Reglamento 910/2014 eIDAS que regula los

libros de contabilidad electrónicos o “*ledgers*”) y también iniciativas y foros institucionales dependientes de la Comisión Europea, que dicho sea de paso está absolutamente convencida de que blockchain es lo que llaman “*una tecnología fundacional*”. El notariado debe seguir analizando el impacto que esa, u otras tecnologías, puedan tener en el ejercicio de su función. Por una parte, desde un punto de vista práctico, el análisis debe centrarse en su aplicación práctica al ámbito notarial, pudiendo tomar como ejemplo el proyecto del notariado alemán de una red blockchain para la circulación y uso de determinados poderes, de modo que el notariado se mantenga como un garante de la seguridad jurídica preventiva también en el ámbito electrónico. Por otra parte, desde un punto de vista más teórico, el análisis también ha de desenvolverse en el ámbito jurídico, creando doctrina unificada sobre las diferencias con la confianza notarial y sus efectos, del mismo modo que se compara el sistema de seguridad jurídica preventivo de corte latino con el sistema reparativo de corte anglosajón.

El tercero de los conceptos, en el que nos vamos detener con más calma, es el de desmaterialización. Debemos valorar en qué aspectos de la función notarial cabe hablar de desmaterialización, y ello pasa por analizar cómo los tradicionales elementos de los negocios jurídicos se pueden desplazar al ámbito virtual, pero disfrutando de las mismas o similares garantías que en el mundo analógico.

Podemos comenzar con la desmaterialización de los lugares, entendiendo ésta de tres maneras:

Primera, como indiferencia del lugar donde se ubique físicamente la persona física en el momento de su relación con el notario, pues tanto el asesoramiento como el otorgamiento a distancia sin presencia física son ya una realidad en muchos notariados.

Segunda, como nuevo criterio de vinculación de una persona a un ordenamiento jurídico concreto, pues a los tradicionales conceptos de nacionalidad, residencia o domicilio, se añaden otros novedosos, como los de residencia digital, que ya existe en Estonia, o la presencia digital significativa de las personas jurídicas, especialmente de las tecnológicas, a los efectos de su sujeción a un régimen fiscal concreto.

Tercera, y última, como vinculación del notario, o del notariado, a una sede electrónica para centralizar con plenas garantías la relación con las administraciones públicas y con los particulares, como en España con SIGNO y con el Portal Notarial del Ciudadano, que se concibe como un espacio virtual dirigido a ciudadanos y empresas que demandan servicios digitales en su vida cotidiana, para conectar telemáticamente con el notariado y, entre otras, llevar a cabo videoconferencias, poner a su disposición copias electrónicas o recibir datos necesarios para otorgar documentos notariales.

La desmaterialización de los objetos de los negocios jurídicos también plantea importantes retos, frente a los que el notariado debe dar un paso adelante y proponer medios de mantener la esencia de la seguridad jurídica preventiva en el mercado Fintech, DeFi y en la criptoconomía:

En el ámbito de la herencia digital, debemos dar respuesta doctrinal a las preguntas que plantea, fundamentalmente qué es y cómo se ha de tratar el patrimonio electrónico de la persona física a su fallecimiento. En nuestra opinión, no debe ser configurada como un conjunto unificado y homogéneo de relaciones absolutamente separado de la herencia analógica, ya que la forma digital de relacionarnos, tanto con las cosas como con las personas, no deja de ser un camino paralelo al analógico, que no lo sustituye sino que lo complementa. Todas estas relaciones tienen como único punto en común una cosa: la persona física que las unifica y, si la realidad social no distingue, quienes aplicamos el derecho no podemos distinguir. En consecuencia, la herencia digital puede ser configurada como un conjunto de especialidades en materia sucesoria que se pueden aplicar al patrimonio digital de la persona, que incluye todos sus activos digitales, excepto los derechos que no son transmisibles mortis causa, y que está íntimamente relacionada, sin ser lo mismo, con las acciones de protección de derechos que nacen al fallecer una persona en ámbito del honor, intimidad o de los datos personales, y con la legitimación de los herederos digitales frente a prestadores de servicios.

También hay que valorar la desmaterialización en relación a los incipientes procesos de digitalización de los bienes del mundo real, como las tokenizaciones no fungibles (NFT) que pueden incluso afectar a bienes inmuebles. Debemos tener claro que tokenizar el objeto de un contrato no alterará la esencia del mismo, puesto que la única diferencia es que la transmisión recaerá sobre un objeto incorporeal, lo cual no es ajeno a nuestro derecho, como ocurre con las participaciones sociales de las entidades mercantiles. También debemos dejar claro que cualquier proceso de tokenización que afecte a bienes inmuebles debe seguir el mismo régimen que cualquier constitución, modificación o extinción de derechos que recaigan sobre ellos, por lo que debe reconducirse necesariamente a la forma documental pública notarial, sin perjuicio de su posterior inscribibilidad en registros de carácter jurídico.

Finalmente, la migración que la sociedad ya ha realizado, desde medios analógicos como las cartas o telegramas, a canales de comunicación electrónicos, como el correo electrónico o las aplicaciones de mensajería, para el envío y recepción de textos, audio, video, fotos o archivos, debe tener su correlativo reflejo en el ámbito notarial. Esto implica que las comunicaciones electrónicas, que ya sobrepasan y superan a la comunicaciones analógicas, deben poder aprovecharse de un régimen probatorio en virtud del cual que el notariado pueda crear evidencias digitales sólidas para ser presentadas con plenas garantías en procedimientos jurisdiccionales, o, si es necesario, fuera de ellos.

Más inmediata parece la desmaterialización de los sujetos, incorporando a la actuación notarial la identificación electrónica y la videoconferencia, con los siguientes retos:

El notariado va a tener que incardinar en los otorgamientos a distancia tanto los certificados electrónicos de identidad como las firmas electrónicas con efecto identificativo, tanto para las personas físicas como para las personas jurídicas. En ese sentido, es necesaria una adaptación tecnológica para recibir dichas firmas y certificados, ya se presenten en formato físico con tarjeta criptográfica, en formato contactless con

chips NFC, en formato remoto con firma centralizada (o firma en la nube) o mediante aplicaciones móviles como carteras de identidad digital (el futuro Wallet de Identidad Digital Europa que ya está previsto en la propuesta de revisión del Reglamento eIDAS).

En cualquier caso, parece imprescindible que se generalice el uso de biometría, fotografía o imagen digitalizada para identificar a los sujetos, siendo conveniente también valorar la consulta por el notario de forma telemática de los registros públicos de identidades de los ciudadanos.

Ello llevará necesariamente a que el notariado aprenda a gestionar atributos electrónicos, especialmente los que puedan incidir en los otorgamientos, como el atributo de representante de una persona física o jurídica, o la cualificación profesional del firmante, importante para identificar la profesión, por ejemplo, de otros notarios, técnicos o arquitectos. Este trabajo no solo debe ser pasivo, o de recibir el certificado en el negocio jurídico autorizado, sino también activo, convirtiéndose el notariado en fuente auténtica que pueda generar atributos electrónicos y vincularlos al certificado de identificación de una determinada persona.

En relación a la videoconferencia, huelga decir que para un colectivo como el notarial, que ha tenido siempre como base el trato directo e inmediato con el usuario, la implantación del otorgamiento a distancia mediante videopresencia es un reto si cabe aún mayor que el que afrontamos en su momento con la firma electrónica.

Es esencial que se construya una doctrina jurídica sólida sobre qué tipo de negocios jurídicos son susceptibles de ser realizados por videoconferencia con plena seguridad y garantías, y también en qué situaciones puede exigirse que la presencia sea física, como indicios fundados de vulneración de las normas de prevención de blanqueo de capitales.

Por ello, hay que valorar que, al menos inicialmente, únicamente se permita la telepresencia para los negocios jurídicos no personalísimos, patrimoniales, unilaterales o plurilaterales con intereses coincidentes, excluyendo las declaraciones de voluntad y

negocios que podríamos denominar inmediatísimos, que son los que no cabe realizar sin presencia física inmediata ante notario.

Es necesario que la videoconferencia se realice de modo que se permita garantizar la seguridad y la privacidad de los datos y comunicaciones, potenciando las Redes Privadas Virtuales que estén bajo control íntegro y exclusivo del notariado o, de no ser posible, de una administración o institución pública.

Finalmente, es necesario que cualquier construcción jurídico-técnica que se desarrolle en materia de otorgamiento a distancia tenga en cuenta las cuatro fases siguientes: identificación técnica, juicio de identificación, juicio de capacidad y firma:

Identificación técnica es la remisión por el emisor de los datos de identidad -identificación- y la comprobación por el receptor de que dichos datos son correctos -autenticación-.

Juicio de identificación, por la que el notario emite una valoración sobre la identidad de la persona.

Juicio de capacidad, por la que el notario emite una valoración sobre la capacidad del otorgante.

Firma electrónica como modo de expresar el consentimiento.

Por último, también encontramos proceso de desmaterialización en la forma de los negocios y en la circulación de los documentos notariales, con algunos retos como los siguientes:

La adopción de la matriz electrónica, debiendo plantearnos si es posible, necesaria o imprescindible su coexistencia con la matriz en papel, en cuyo caso habrá que determinar la relación entre ellas.

Puestos a adoptar una matriz electrónica, es necesario valorar si optamos por un carácter estático o dinámico de la misma, así como la posibilidad de utilizar formatos distintos al texto plano (como el HTML) de modo que se sustituya el concepto de documento unido por el de documento enlazado.

La gestión documental individual, con protocolos atomizados y no interoperables también debe ser objeto de revisión, pudiendo generarse una forma más práctica y efectiva de gestionar lo que podemos denominar el dato notarial.

En ese sentido, los datos obtenidos por el notariado en el ejercicio de sus funciones deben ser aprovechado en beneficio de la sociedad: los notarios españoles pasan a formato electrónico los datos más relevantes de sus documentos, generando una ficha o expediente cuyo conjunto agregado se parametriza y estructura generando una gran base de datos denominada “Índice Único Informatizado”, que tiene el carácter de documento público. Sirve, entre otras, para vehicular la colaboración con el Órgano Centralizado para la Prevención de Blanqueo de Capitales (OCP) y con las autoridades policiales y judiciales, comunicando actuaciones sospechosas o extrayendo conclusiones por medio de análisis algorítmico, con pleno respeto a la normativa de protección de datos.

Finalmente, en cuanto a la circulación del documento, se deben potenciar las comunicaciones seguras entre notariados, creando redes de interconexión que permitan la remisión y recepción de copias con plena garantía, como IBER@ el proyecto EUDoc desarrollado por los notariados español y alemán con intención de que se convierta en una verdadera red notarial europea que permita además la conexión por videoconferencia entre notarios europeos y la validación de firmas electrónicas con atributo de notario.

En consecuencia, y a modo de resumen: el notariado tiene en frente un amplio catálogo de retos, en muchos ámbitos y con distinta intensidad, que se pueden reconducir a una afirmación que incluye los tres conceptos sobre los que ha pivotado la exposición: el notariado debe ser parte proactiva de la digitalización, de modo que pueda seguir generando confianza, analógica y electrónica, en los procesos de desmaterización de los negocios jurídicos.XVIII