

[PRIMERAS JORNADAS]

La transposición de la Directiva de digitalización y el otorgamiento de documentos notariales a distancia



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI ICAD E CIHS

CÁTEDRA ICADE-NOTARIADO

PRIMERAS JORNADAS

La transposición de la Directiva de digitalización y el otorgamiento de documentos notariales a distancia



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI ICADE CIHS

© 2022 De todos los autores

© 2022 Universidad Pontificia Comillas

Universidad Comillas, 3

28049 Madrid

Diseño y maquetación: Seteseoito Diseño Gráfico

ISBN: 978-84-8468-962-1

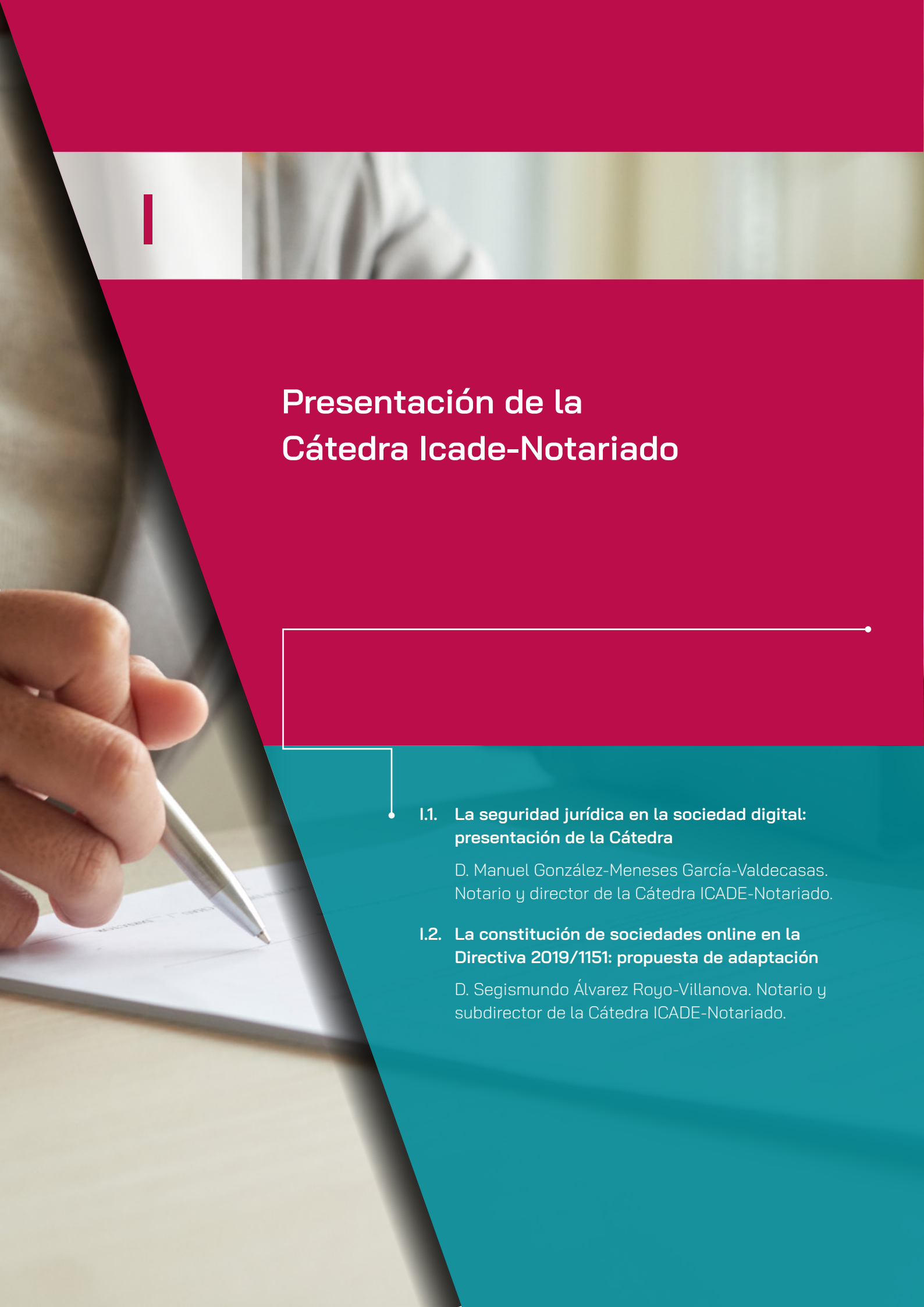


Esta obra está licenciada bajo la Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional. Para ver una copia de esta licencia, visite <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/> o envíe una carta a Creative Commons, PO Box 1866, Mountain View, CA 94042, USA.

Sumario

I. Presentación de la Cátedra Icade-Notariado	6
1. La seguridad jurídica en la sociedad digital: presentación de la Cátedra	7
D. Manuel González-Meneses García-Valdecasas	
2. La constitución de sociedades online en la Directiva 2019/1151: propuesta de adaptación	12
D. Segismundo Álvarez Royo-Villanova	
II. Mesa redonda internacional sobre La trasposición de la Directiva Europea 2019/1151: “La adaptación a la constitución online en otros estados miembros”	16
1. Presentación	17
D. Álvaro Lucini Mateos	
2. La constitución online de sociedades de responsabilidad limitada en Italia	20
D. Corrado Malberti	
3. La constitución online de sociedades en Alemania	28
D. Peter Stelmaszczyk	
4. Presentación del sistema de constitución telemática en Bélgica. Start my business.....	33
D. Christian Van Belle	
5. Preguntas y debate de la primera mesa redonda sobre constitución telemática de sociedades en Europa	37
III. La adaptación del otorgamiento notarial en España (I). El control de la identidad, de la capacidad y del consentimiento	40
1. La Directiva 2019/1151 y la constitución íntegramente telemática de sociedades de capital. Primeras reflexiones a propósito de su trasposición al Derecho español	41
D ^a Mónica Fuentes Naharro	
2. La identificación electrónica en el otorgamiento telemático notarial.....	56
D. José Carmelo Llopis Benlloch	

IV. La adaptación del otorgamiento notarial en España (II): El aspecto documental y otras cuestiones	65
1. La digitalización de sociedades y el nombramiento del órgano de administración social en la constitución en línea.....	66
D ^a Ana Belén Campuzano	
2. La trasposición de la directiva de digitalización y el otorgamiento de documentos notariales a distancia.....	84
D ^a Ana Belén Jurado	
V. Los aspectos tecnológicos del otorgamiento a distancia. Discusiones sobre las oportunidades y amenazas desde el punto de vista técnico (phishing, deep fake, protección de datos y biometría).....	88
1. Presentación de la mesa: La transposición de la directiva de digitalización y el otorgamiento de documentos notariales a distancia.....	89
D. Javier González Granada	
2. Los aspectos tecnológicos del otorgamiento a distancia. Sistemas de vídeo identificación	91
D. Enric Hernández	
3. La transposición de la directiva de digitalización y el otorgamiento de documentos notariales a distancia. Aspectos tecnológicos.....	95
D. Rafael Palacios Hielscher	



Presentación de la Cátedra Icade-Notariado

I.1. La seguridad jurídica en la sociedad digital: presentación de la Cátedra

D. Manuel González-Meneses García-Valdecasas.
Notario y director de la Cátedra ICADE-Notariado.

I.2. La constitución de sociedades online en la Directiva 2019/1151: propuesta de adaptación

D. Segismundo Álvarez Royo-Villanova. Notario y
subdirector de la Cátedra ICADE-Notariado.

La seguridad jurídica en la sociedad digital: presentación de la Cátedra

I.1

D. MANUEL GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS
NOTARIO Y DIRECTOR DE LA CÁTEDRA ICADE-NOTARIADO

Damos comienzo hoy a la actividad pública de la Cátedra ICADE-Notariado sobre seguridad jurídica en la sociedad digital. Tenemos para este día una agenda muy apretada, pero me parece oportuno que, como director de la Cátedra, consuma algunos minutos de esta jornada inaugural explicando cuáles son las ideas básicas inspiradoras de este proyecto académico, que son dos.

La primera idea es que la seguridad jurídica no es una noción abstracta y etérea, un principio o valor al que invoca de forma retórica nuestra Constitución, sino algo que afecta de la manera más práctica y directa a la vida de la gente, a los intereses vitales más básicos y elementales de todos los ciudadanos de este país.

Y cuando hablo de seguridad jurídica me refiero a muchas cosas, algunas tan generales como que los gobernantes y sus agentes no deciden sobre nuestras vidas y haciendas de forma completamente discrecional, sino con arreglo a normas; o que en una sociedad las normas se cumplen de forma general, y si alguien las infringe, existen mecanismos de respuesta eficaces para sancionar al infractor y para dar pronta y cumplida satisfacción al dañado u ofendido; o que las normas tienen una cierta estabilidad, no se cambian las reglas del juego de forma inopinada de la noche a la mañana; o que los jueces y su independencia son respetados y sus sentencias se acatan y se cumplen. Pero también me refiero a cuestiones más específicas: como que uno no se ve privado de los bienes y derechos de que es legítimo titular sin contar con su consentimiento, sino únicamente teniendo en cuenta su voluntad, en virtud de un negocio jurídico libremente querido y consentido (lo que se suele conocer como seguridad jurídica estática o de los que ya son propietarios); y también, que las legítimas expectativas negociales se ven normalmente satisfechas: que cuando pretendemos contratar con alguien, ese alguien quedará válidamente vinculado por el contrato en cuestión, o cuando pretendemos adquirir un bien y para ello sacrificamos algunos recursos económicos pagando un precio, nos convertimos realmente en propietarios de eso por lo que hemos pagado y vamos a gozar de una posición firme e inmune frente a contingencias que escapaban a nuestro conocimiento y control en el momento de celebrar el negocio (lo que se suele conocer como seguridad jurídica dinámica o del tráfico). Seguridad jurídica también es, y muy importante, saber que cuando quiera vender mi propiedad, cuando quiera hacer líquida una inversión, me resultará sencillo acreditar mi titularidad, de manera que el posible interesado en comprar no tendrá que enfrascarse en complejas y costosas averiguaciones acerca

de la legitimidad de mi derecho o de las limitaciones o cargas jurídicas que pueden afectar al bien o derecho que quiero transmitir.

No obstante, a esta seguridad jurídica, que tan importante es para que cada uno de nosotros pueda desarrollar libremente y con tranquilidad su propio proyecto vital, le sucede lo mismo que a algunos otros bienes o valores -como la salud, la seguridad ciudadana o la firmeza del suelo que pisamos- que sólo se aprecian realmente cuando se deterioran o nos llegan a faltar. Así, cuando todo va bien, ninguno nos acordamos de que tenemos encías, bronquios, páncreas, ni sobre todo, de ese sutil y casi milagroso equilibrio homeostático que hace que nuestro organismo se mantenga siempre dentro de un determinado rango de temperatura, de concentración de glucosa o de balance entre acidez y alcalinidad que permite que sigamos vivos. Así también, sólo cuando uno visita ciertas regiones del planeta adquiere consciencia de lo extraordinario y maravilloso que es vivir en un país donde se puede volver a casa cuando ya ha anochecido caminando tranquilamente por una calle no del todo bien iluminada sin temor a ser asesinado o secuestrado. Y esto mismo es lo que viene sucediendo con lo que denominamos seguridad jurídica: un bien del que disfrutamos en algunas partes del mundo de forma bastante inconsciente, como algo que damos por supuesto, como si siempre hubiera estado ahí, y nunca fuera a dejar de estarlo.

Y tampoco somos conscientes de que la situación de seguridad jurídica de la que nos beneficiamos ni es gratis, ni nos viene dada del cielo, ni se improvisa de un día para otro, sino que es uno de los más depurados y sofisticados frutos de toda una cultura o civilización, el resultado de años y aun de siglos de experimentación, de prueba y error.

Dentro de los diferentes modelos de seguridad jurídica que se conocen en el mundo, el que está vigente entre nosotros se caracteriza por el importante protagonismo de dos instituciones: la registral y la notarial.

Por un lado, contamos con un sistema de registros jurídicos muy desarrollado, que no se limitan a ser meros depósitos, almacenes o repositorios de títulos negociales, para que su existencia pueda ser conocida por los terceros, sino que se pretende que contengan y publiquen una información ordenada y depurada de acuerdo con la lógica jurídica de la situación jurídica que afecta en cada momento a un determinado bien o a una determinada organización empresarial. De esta manera, la información que publican estos registros no sólo es especialmente fiable, sino que además resulta justificado que la ley presuma su integridad y exactitud en beneficio de los terceros de buena fe que confían en esa información registral, haciendo inatacable la posición de estos.

Y en segundo lugar, contamos con un sistema notarial también muy evolucionado, que interviene en la documentación de los negocios jurídicos de más relevancia personal y patrimonial. Esta intervención notarial, por lo que ahora interesa, se ha venido caracterizando por dos datos: primero, se basa en la tecnología del papel, en la creación, la suscripción por las partes y el notario, y la conservación por este de unos documentos de papel con los que se forman esos libros de papel que son los protocolos notariales; y segundo, la actuación del notario no sólo pretende asegurar la integridad física y de contenido del documento negocial (que no se pierde o destruye el documento ni se altera su texto) y su procedencia o autoría (que realmente procede de quien el documento menciona como su autor), sino además, que en ese documento se plasma un consentimiento libre, informado y real de las partes del negocio (lo que presupone su capacidad de obrar al efecto), y que el contenido de tal negocio se ajusta a derecho, de manera que el documento en cuestión es la plasmación escrita de un negocio jurídicamente válido.

Y todo esto que la intervención del notario aporta al documento negocial y le añade un específico valor ha venido requiriendo a su vez algo que durante siglos se ha venido considerando consustancial a la función notarial: la comparecencia, la inmediación física entre el otorgante del documento y el notario. Precisamente porque el otorgante está presente físicamente ante el notario, este puede asegurar con plena garantía tanto su identidad, como su capacidad de obrar, como la realidad de su consentimiento al negocio documentado.

Y esto no es algo que hayamos decidido los notarios para darnos importancia. Sino que es el conjunto de nuestra sociedad, después de un largo decurso histórico, la que ha ido interiorizando este sistema, la que ha considerado

conveniente este modelo para la mayor garantía de sus derechos, la que, en definitiva, valora y considera como propias sus escrituras públicas y sus inscripciones registrales.

De manera que -primera idea- el objetivo de esta Cátedra, en la medida en que tiene por tema la seguridad jurídica, no es el estudio de cómo se ejercen unas determinadas profesiones jurídicas, sino cómo se aseguran y protegen mejor los derechos e intereses de los ciudadanos de este país.

La segunda idea inspiradora de esta Cátedra se puede condensar en la frase de Dylan: *The times they are a-changin'*. ¡Y vaya si están cambiando los tiempos! Este cambio se resume en una palabra: digitalización. Un fenómeno revolucionario cuya trascendencia histórica es equiparable no ya a la invención de la imprenta de tipos móviles en el siglo XV sino a la misma invención de la escritura. Y ello porque la digitalización no es un simple cambio de tecnología -la aparición y difusión de un nuevo tipo de máquinas-, sino un cambio radical en la forma en que los seres humanos creamos y manejamos la información (y somos manejados por la información), en la forma en que nos comunicamos y relacionamos entre nosotros, y en la propia idea que tenemos de nosotros mismos. Por ello, es algo que trasciende a la ciencia y la tecnología e incide en la economía, en la cultura, en la política, en la vida social en general y hasta en la antropología, porque está cambiando el mismo significado de lo que es un ser humano.

Y por supuesto, es una revolución que está afectando, lleva décadas afectando, al mundo del derecho, e incide de lleno, de la forma más directa posible, en el tema de la seguridad jurídica. Y ello por dos cuestiones fundamentales: primero, porque nuestro sistema de seguridad jurídica -como ya he indicado- se ha venido basando, y se basa todavía hoy, en el documento de papel, y la digitalización supone precisamente la sustitución del soporte papel por un soporte completamente diferente, el digital o electrónico, que no es simplemente un nuevo tipo de soporte material, sino que conlleva -y esto es algo de lo que los juristas tenemos todavía muy poca consciencia- una modificación radical en la forma de concebir la información y con ello una forma completamente nueva -multimedia, desmaterializada y ubicua- de concebir lo que es un documento. Y en segundo lugar, porque la digitalización de la información y la conexión en red de los dispositivos informáticos, es decir, internet, junto con la reducción del tamaño y el coste de los dispositivos y el aumento del volumen y velocidad de la transmisión de los datos, mediante una tecnología además inalámbrica (lo que permite que casi todos los habitantes del planeta llevemos en nuestro bolsillo un equipo transmisor y receptor), todo esto ha traído consigo la posibilidad de comunicaciones directas e instantáneas entre los seres humanos cualquiera que sea el lugar donde estos se encuentren, y por tanto, la posibilidad de comunicaciones que prácticamente escapan a las limitaciones tanto del tiempo como del espacio. Y en la medida en que estas transmisiones de información instantáneas a distancia permiten interacciones o transacciones humanas con posible relevancia económica y jurídica, todo nuestro sistema de negociación jurídica se ve afectado y muy en particular aquellos elementos del sistema de seguridad jurídica tradicional que presuponen una inmediatez física entre las partes de una transacción y un determinado agente de la autoridad, como es el caso de nuestro modelo notarial.

Así, desde el específico punto de vista de la seguridad jurídica, la digitalización ha creado un nuevo y gigantesco mundo de interacciones humanas con posible relevancia jurídica que por su propia naturaleza se ven afectadas por una peculiar incertidumbre e inseguridad: ¿la persona o la organización con la que interactúo a distancia realmente es quien dice ser?; ¿es verdaderamente titular y puede disponer de lo que me quiere transmitir?; ¿tendré forma de probar en el futuro la existencia y contenido de nuestra transacción?; ¿tendré forma de hacer que cumpla lo prometido?

A esta específica demanda de seguridad que ha generado la digitalización se ha respondido desde la propia tecnología. La misma tecnología informática ha suministrado unas peculiares herramientas técnicas para conseguir certeza acerca de la integridad y la procedencia o autoría de los mensajes: estas herramientas se basan en la criptografía matemática, y consisten fundamentalmente en la firma electrónica mediante criptografía asimétrica y la función de hashing, destilado o resumen.

Ahora bien, estas herramientas informáticas -cuya validez como medio de vinculación jurídica recibió pronto, como no podía ser de otra forma, reconocimiento legal- no proporcionan la seguridad jurídica deseada por sí solas.

Requieren la intervención de un agente confiable que lleva a cabo una tarea de tercería -tercero de confianza- cuya naturaleza no es técnica, sino jurídica: certificar quién es el sujeto que ha registrado una determinada clave pública como elemento de verificación de su firma electrónica; o certificar en qué momento ha tenido lugar una determinada comunicación.

Y la cuestión es que estas funciones certificadoras, que perfectamente se pueden calificar como paranotariales o notariales sin más, llegan a nuestro sistema procedentes del mundo anglosajón, donde no existen ni la institución registral ni la notarial como nosotros las entendemos. Y así, al amparo de normas tanto comunitarias como nacionales (primero, la Directiva europea de 1999 y nuestra Ley de firma electrónica de 2003, y ahora el Reglamento eIDAS de 2014 y nuestra Ley 6/2020, de 11 de noviembre, reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza), y completamente al margen de los elementos de nuestro tradicional sistema de seguridad jurídica, son empresas privadas, en régimen de libre competencia, las que prestan estos servicios de certificación en concurrencia con algunas agencias públicas (como nuestra FNMT), servicios que poco a poco se van ampliando: de la certificación del titular de una firma electrónica, o el time-stamping de determinados acontecimientos informáticos, o la certificación de la realización y contenido de una comunicación electrónica, hasta el archivo duradero de la documentación negocial generada, los servicios de custodia de claves, la autenticación de páginas web, etc.

Mientras tanto, nuestro sistema notarial y registral reacciona ante estas nuevas realidades en un doble sentido. Por un lado, de forma muy temprana, se apodera de esas nuevas herramientas tecnológicas que proporcionan seguridad en el medio digital, dotando a todos los notarios y registradores de instrumentos de firma electrónica que permiten una circulación telemática segura de las copias de los documentos que genera el sistema (los originales, por supuesto, van a seguir siendo en papel y requiriendo la intermediación física entre los otorgantes y el notario). De manera que nuestro legislador nacional va a asumir la idea de que los documentos electrónicos pueden ser privados o públicos, correspondiendo esta segunda condición a aquellos que han sido suscritos por un funcionario público mediante su firma electrónica. Y, por otro lado, se defiende la reserva como propio de un ámbito de la negociación -el de más trascendencia personal y patrimonial: todo el tráfico inmobiliario, las operaciones societarias, la sucesión mortis causa y las relaciones familiares-, que quedaría excluido en cuanto a lo que es el documento negocial original de la intromisión de estas nuevas herramientas tecnológicas de autenticación y de sus peculiares agentes certificadores.

Y así hemos vivido estos últimos veinte años, hasta este mismo momento en que confluyen cuatro circunstancias de la máxima relevancia, que nos sitúan en una verdadera encrucijada:

- En primer lugar, tenemos a las puertas una sustancial reforma del Reglamento eIDAS, que, aparte de impulsar un nuevo enfoque del tema de la identidad y la identificación electrónica, amplía el ámbito de los servicios de confianza relacionados con transacciones electrónicas y promueve su prestación por empresas privadas.
- En segundo lugar, en estos últimos años el sorprendente y controvertido éxito de una idea que en su origen parecía muy descabellada, utópica y casi de ciencia ficción -la creación y circulación de una moneda puramente digital al margen tanto de los Estados como del sistema financiero tradicional mediante una red informática peer-to-peer, un programa de código abierto y un poco de teoría de juegos- ha llevado a muchos a pensar que los terceros de confianza en general son prescindibles, que la tecnología por sí sola -las herramientas criptográficas antes citadas, los programas informáticos que se autoejecutan, las redes integradas por múltiples nodos anónimos- es capaz por sí sola y sin necesidad de ningún agente certificador de dotar de seguridad a la propiedad y circulación de activos digitales o digitalizados, de permitir transacciones económicas directas sin necesidad de intermediación o tercería alguna.
- En tercer lugar, no puedo dejar de mencionar la incidencia de la pandemia: una crisis sanitaria que ha venido a acelerar todo el proceso de la digitalización y de la interacción telemática. El confinamiento forzoso, la generalización del teletrabajo han potenciado la idea de que muchas cosas se pueden hacer a distancia.

- Y por último, nos encontramos con lo que es el objeto de esta jornada: una Directiva comunitaria del año 2019, todavía pendiente de transposición a nuestro derecho interno, que como inmediatamente nos va a explicar Segismundo Álvarez, obliga a los Estados miembros a permitir, como regla general, que las sociedades de capital se puedan constituir y todas las operaciones societarias sean registradas sin necesidad de que los interesados comparezcan físicamente ante autoridad alguna. A la vista de una norma como esta, nuestro sistema jurídico se ve abocado o bien a prescindir de toda la seguridad que en el ámbito societario aportaba la intervención notarial, o bien a reinventar la escritura pública, para que la tradicional función del notario se pueda seguir prestando en este ámbito, aunque sea sin intermediación física. Pero esto segundo supone a su vez abordar el tema de la digitalización sustancial de la función notarial: porque en ese otorgamiento a distancia ya no va a ser posible la firma manuscrita del documento notarial de papel, se firmará electrónicamente un archivo electrónico. Lo que nos aboca a la matriz electrónica y al protocolo electrónico. Y después, quizá, al protocolo en la nube.

Y concluyo ya. Creo que convendrán conmigo en que todo esto que me he limitado a apuntar bien merece una reflexión muy profunda y detenida, no sólo por parte de notarios y registradores, sino por todos los juristas de este país. Porque son muchas las cosas que aquí están en juego, porque como les decía al principio, la seguridad jurídica es un bien esencial del que todos nos beneficiamos. Y si no lo reflexionamos y pensamos los juristas, otros -ajenos a nuestras preocupaciones y valores- lo pueden estar haciendo por nosotros. Les recuerdo al respecto que la citada Ley 6/2020, que ahora mismo es la norma nacional básica sobre seguridad jurídica en el ámbito digital, atribuye la competencia sobre supervisión y control de la actividad de los prestadores de servicios electrónicos de confianza al Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital. ¿Es que no tiene nada que decir al respecto el Ministerio de Justicia? ¿Es que el funcionamiento de los mecanismos que permiten atribuir e imputar las consecuencias jurídicas de una declaración negocial a una persona determinada es una cuestión exclusivamente técnica y económica? ¿No es algo que afecta al mismo núcleo de nuestro derecho civil?

En fin, esta Cátedra, que hoy comienza su actividad, nace con la vocación de contribuir a una reflexión y un debate sobre una materia ineludiblemente jurídica, desde el rigor intelectual y la responsabilidad cívica. Un debate en el que no queremos excluir a nadie que tenga algo razonado que aportar: notarios, registradores, abogados, jueces, representantes de la administración, del mundo empresarial, civilistas, mercantilistas, administrativistas, filósofos del derecho y por supuesto, los técnicos, informáticos e ingenieros, que nos han de informar del estado del arte, de la naturaleza de las cosas técnicas con las que nos enfrentamos en este ámbito. Sin su aportación, nada de lo que vamos a tratar aquí tendría mucho sentido.

Y termino dando las gracias a la Universidad Comillas, a ICADE y su Decano por haber creído en este proyecto. A todos los académicos y compañeros notarios que se han involucrado en la actividad de la Cátedra y especialmente en la preparación de esta primera jornada. Y a todos los asistentes, tanto presenciales como online, por su interés. Animo a todos a que sigan la página web de la Cátedra y a que continúen acompañándonos en la aventura intelectual que hoy iniciamos.

La constitución de sociedades online en la Directiva 2019/1151: propuesta de adaptación

1.2

D. SEGISMUNDO ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA
NOTARIO Y SUBDIRECTOR DE LA CÁTEDRA ICADE-NOTARIADO

Tengo que reiterar mi agradecimiento a la Facultad de Derecho de ICADE y a la Fundación del Notariado por haberme invitado a hablar hoy sobre la Directiva de digitalización, pero sobre todo agradecer la iniciativa de la creación de esta cátedra a los representantes hoy de estas dos instituciones, el decano Abel Veiga y el presidente José Ángel Martínez Sanchiz, que no son solo mandatarios de estas instituciones sino los actores que personalmente han tenido la visión de impulsar este proyecto. Querría también agradecer a Manuel González Meneses que lleve el honor y la carga de ser el Director de esta cátedra, porque el proyecto no puede estar en mejores manos. Manuel no es solo uno de los notarios más brillantes que tenemos, sino que lleva años estudiando esta materia, a la manera en que él estudia, es decir, con la profundidad máxima, buceando en el origen de la programación y de la criptografía, e investigando desde los orígenes de los ordenadores y a programación, con Turing y Neuman, hasta las visiones de Vitalik Buterin. También querría destacar que el rigor académico de Manuel se ve superado por el moral o ético. La pasión de Manuel por su profesión es lo contrario del corporativismo estrecho, pues tiene su base en lo que el notariado puede dar a la sociedad y no a la inversa. Podemos estar seguros de que los frutos que dará esta cátedra serán en beneficio de toda la sociedad.

La Directiva (UE) 2019/1151 de 20 de junio de 2019 modifica la Directiva (UE) 2017/1132 de sociedades para promover en este ámbito la utilización de herramientas y procesos digitales. La finalidad general de la Directiva 2019/1151 “es asegurar que exista un entorno jurídico y administrativo a la altura de los nuevos desafíos económicos y sociales de la globalización y la digitalización, por un lado, para ofrecer las garantías necesarias frente al abuso y el fraude y, por otro, para perseguir el crecimiento económico” (considerando 3), y para ello fija dos objetivos concretos (considerando 2): por una parte, que se puedan utilizar procedimientos en línea para la creación de sociedades y sucursales y en general para la inscripción de documentos en los Registros Mercantiles; por otra “facilitar información exhaustiva y accesible sobre las sociedades” también a través de medios electrónicos, ampliando la información que debe proporcionarse gratuitamente y mejorando la interconexión entre registros.

Me limito aquí a la primera cuestión, por ser la más novedosa y la que más afecta a la actuación notarial, sin perjuicio de que en la práctica el acceso público y gratuito a la información fundamental del Registro Mercantil -sobre

todo si fuéramos capaces de ofrecerla en inglés- será tanto o más importante para mejorar la competitividad de nuestro sistema jurídico.

La Directiva no define expresamente la constitución en línea ni establece un régimen único para todos los Estados Miembros, pues respeta sus legislaciones (art 13. quater). En realidad, lo que establece es un mínimo: el sistema debe permitir la constitución de una sociedad sin necesidad de presencia física ante ninguna autoridad ni de presentación en papel de documentos (considerando 15, 13.octies.1 y 13.undecies). A partir de ahí deja libertad a los Estados Miembros para mantener sus sistemas tanto desde el punto de vista de regulación sustantiva (requisitos de capital, contenido estatutario, etc.) como formal (intervención de autoridades, requisitos de autenticidad de documentos, etc.). No solo no impide a los Estados Miembros regular el proceso de constitución sino que les exige establecer reglas sobre control de la identidad y capacidad de los solicitantes (13.octies.3), y expresamente prevé que eso pueda incluir la participación de notarios en el proceso (art. 13.octies.4). Dentro de esa libertad, trataré aquí de proponer la adopción en España de un sistema que ofrezca las mayores posibilidades a los usuarios manteniendo la seguridad y controles actuales esta¹

En primer lugar, el legislador nacional puede determinar el ámbito de aplicación de la constitución en línea. La Directiva solo obliga a incluir a las SL, y dado que en nuestro país la constitución de SA es muy excepcional, parecería lógico excluirlas de un régimen pensado para facilitar las constituciones sencillas. Los Estados pueden también prever “la exclusión de la constitución en línea en aquellos casos en que el capital social de la sociedad se suscriba mediante contribuciones en especie.” (art- 13.octies.4). La razón de esta exclusión es que la falta de utilización de servicios bancarios puede ser un indicador de riesgo de blanqueo de capitales, por lo que parece también aconsejable excluir estos supuestos. En este sentido, quizás habría que limitar a las constituciones presenciales la posibilidad (art. 62.2 LSC) de sustituir la acreditación del desembolso por una asunción de responsabilidad.

En segundo lugar, será necesario adaptar la actuación notarial al nuevo sistema de constitución en línea. El art 13. quater.1 deja a salvo la intervención de “cualquier persona u organismo habilitado en virtud del Derecho nacional para tratar cualquier aspecto de la constitución en línea de sociedades” y el 13.octies.4, 13.nonies y 13.undecies se refieren expresamente a la actuación de los notarios. El considerando 20 explica que el fundamento de esta intervención es “combatir el fraude y el pirateo empresarial, y ofrecer garantías sobre la fiabilidad y la credibilidad de los documentos e información contenidos en los registros nacionales... A tal efecto, los Estados miembros deben estar facultados para requerir la participación de notarios o abogados en cualquier fase de los procedimientos en línea”. Para evitar cualquier duda, el artículo 13.nonies insiste en que la intervención se puede requerir también cuando se utilicen estatutos tipo.

Pero una cosa es que sea posible de acuerdo con la directiva mantener la actuación notarial y otra que sea compatible con lo que se considera una auténtica autorización notarial en España y con la seguridad que confiere la actuación presencial. En la actualidad, en una constitución de sociedad -como en cualquier otro documento notarial- el notario realiza un control de identidad y capacidad los comparecientes y de legalidad de contenido de la sociedad y una labor de asesoramiento a las partes con advertencia de las consecuencias legales y fiscales. Tras la lectura y explicación del documento, lo firma junto con los comparecientes como plasmación de todas las actuaciones anteriores. La tramitación posterior ya en la actualidad puede ser totalmente telemática (y en plazos inferiores a los que prevé la Directiva), por lo que el problema se reduce a determinar cómo se pueden realizar esas actuaciones sin presencia física.

1 ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, SEGISMUNDO. “Proposal Regarding the Use of Digital Tools and Processes in Company Law: The Practitioner’s Perspective”. *European Company and Financial Law Review*, vol. 16, no. 1-2, 2019, pp. 149-189. <https://doi.org/10.1515/ecfr-2019-0001>.

En esto radica la dificultad de la adaptación, pero lo cierto es que la directiva no solo permite mantener la intervención notarial y la considera como un medio útil para evitar el fraude, sino que además da algunas orientaciones de cómo se puede adaptar por las legislaciones nacionales.

El primer problema que se plantea es como identificar a los comparecientes a distancia, es decir sin su presencia física ante el notario con exhibición de sus DNIs o pasaportes como se hace ahora. La Directiva (art. 13.ter) obliga a los Estados a admitir sistemas de identificación electrónica que cumplan los requisitos del art. 6.1 del Reglamento 910/2014, es decir: que hayan sido establecidos por un Estado Miembro en el marco de un sistema de identificación electrónica incluido en la lista publicada por la Comisión; que el nivel de seguridad de los medios de identificación electrónica sea igual o superior al nivel de seguridad exigido por el Estado miembro en general para la constitución de sociedades; que el nivel de seguridad sea sustancial o alto. Recordemos que los niveles de seguridad (bajo, sustancial o alto) vienen definidos en el art. 8 del Reglamento 910/2014. La conclusión sería que los Estados miembros deben admitir medios de identificación electrónica de otros miembros del mismo nivel que requieren para sus propios sistemas nacionales de identificación electrónica para la constitución de sociedades. Hay que tener en cuenta que solo existe la obligación de admitir las solicitudes de nacionales de Estados Miembros y no de terceros países.

Esto no impide a los Estados Miembros establecer requisitos adicionales siempre que respeten el principio de no presencia física. El considerando 20 se dice que “debe dejarse a los Estados miembros el desarrollo y la adopción de los medios y los métodos para llevar a cabo esos controles” y que “eso incluye requerir la participación de notarios o abogados en cualquier fase de los procedimientos en línea”. El considerando 22 habla concretamente de “controles electrónicos complementarios de identidad (...) que pueden incluir, entre otros, videoconferencias u otros medios en línea que ofrezcan una conexión audiovisual en tiempo real”. Esto es importante porque la identidad digital se basa en un archivo informático entregado a una persona que lo activa a través de una contraseña, por lo que es posible que alguien haya conseguido esos elementos y pueda hacerse suplantar a otro. El robo de identidad es hoy en día quizás el delito más frecuente en el mundo: solo en 2017, uno de cada diez norteamericanos sufrió una suplantación de identidad, y parece que tras la pandemia el crimen cibernético ha aumentado. Por tanto, por una parte será necesario implementar una aplicación que permita a cualquier ciudadano de la UE darse de alta a través de un sistema de identificación electrónica seguro (lo que se verá facilitado por la entrada en vigor del Reglamento (UE) 2019/1157 sobre el refuerzo de la seguridad de los documentos de identidad de los ciudadanos). Pero esta identificación se complementará con la identificación realizada por el notario por videoconferencia, de manera que el notario comprobará de nuevo la identidad del que utiliza esa aplicación. En esta línea trabaja ya el Consejo General del Notariado que ha presentado un modelo de aplicación informática que permitiría esta comprobación, quizás complementada con elementos biométricos.

En relación con el control de capacidad la Directiva también exige (art. 13.octies.3.a) que los Estados Miembros determinen “los procedimientos para garantizar que los solicitantes tienen la capacidad jurídica necesaria y el poder para representar a la sociedad”. Los problemas que plantea son semejantes a los de la identidad, pero hay que insistir en que comprobar la identidad no garantiza que el otorgante tenga capacidad. El que una persona haya obtenido un sistema de firma electrónica no garantiza que en el momento de contratar tenga la misma capacidad que tenía cuando se le concedió.

De la norma se deduce que la capacidad tiene dos vertientes. Por una parte, la capacidad de la persona física pues como dice el considerando 22 “el concepto de capacidad jurídica debe entenderse que incluye la capacidad de obrar.” Para ello es evidente que el mejor sistema para comprobarla es la interacción directa del notario con el otorgante, que es perfectamente posible realizar a través de un sistema de comunicación a distancia como la videoconferencia que se prevé también para el control de identidad. Se ha dicho que la garantía no es la misma, pues al no controlar el notario el entorno del otorgante, este puede estar siendo amenazado por alguien que no se encuentre en el cuadro de la cámara. Pero esas situaciones excepcionales no deben ser un motivo para impedir cualquier otorgamiento, aunque quizás sí para no extender este otorgamiento a todo tipo de contratos.

En el caso de las personas jurídicas, además de la capacidad de obrar del representante hay que controlar la regularidad de la representación. La comprobación a distancia no plantea en principio problemas insolubles en el Estado actual de la técnica pues se podrá acreditar telemáticamente bien accediendo al Registro Mercantil (cuando se trate de cargo o poder inscrito) o mediante la remisión de documentos electrónicos con firma electrónica cualificada.

Es importante señalar que el notario, además, tiene una posibilidad de no otorgar en caso de duda. La Directiva permite a la autoridad nacional que interviene en la constitución exigir la presencia física en caso de sospecha en relación con la identidad (13.ter.4) o la capacidad (art. 13.octies.8). En todo caso la exigencia tiene carácter excepcional ya que exige una sospecha razonable en un caso concreto y que “cualquier otra fase del procedimiento pueda completarse en línea”.


La actuación notarial que combine la utilización de una identificación electrónica con la interacción directa -pero a distancia- con el notario permitirá también cumplir los demás controles que también exige el art. 13.octies.3: el control de la denominación social, del objeto social y de “los procedimientos para comprobar el nombramiento de los administradores”.

La actuación notarial permitirá también cumplir con las cuestiones que los Estados Miembros pueden regular de forma optativa con arreglo al art. 13.octies.4. En concreto el notario podrá seguir realizando su labor actual de control de la legalidad del documento, ya se constituya la sociedad con unos estatutos especiales o con los estatutos tipo que los Estados Miembros ahora están obligados a proporcionar (art. 13.nonies). También podrá controlar la inhabilitación de los administradores en otros países a la que se dedica el art. 13.decies aunque en mi opinión hasta que no exista una armonización de causas de inhabilitación en Europa será poco útil establecer una obligación de consulta de esta materia.

El sistema, por tanto, permitirá cumplir las exigencias de la Directiva y los requisitos del documento público siempre que combine los siguientes medios: la identificación por medios telemáticos seguros (conformes al art. 6.1 Reglamento 910/2014); la aportación de documentación necesaria a través de una aplicación informática que también permita la interacción y realización de preguntas al notario; finalmente, la entrevista por video conferencia con los otorgantes en la que lea y explique la escritura, realice las últimas consultas y se preste el consentimiento verbalmente y mediante firma digital cualificada de la escritura enviada y leída por el notario. Este sistema permitirá también al notario cumplir las obligaciones que le impone la Ley 10/2010 de prevención del blanqueo de capitales. Recordemos que respecto de toda operación y en particular en la constitución de sociedades debe realizar la evaluación del riesgo de la operación y la identificación del titular real. En el caso de actuación sin presencia física, según el art. 12 de esa Ley debe además en determinados supuestos requerir la presencia física y/o adoptar medidas adicionales de diligencia. De esta forma el notario seguirá realizando las mismas actuaciones que ahora: identificación, juicio de capacidad, control de legalidad, asesoramiento, recepción de consentimiento y prevención de blanqueo.

El otorgamiento a distancia va a requerir el desarrollo de una aplicación informática que garantice un uso fácil y la máxima seguridad en la acreditación de identidad, firma electrónica y comunicaciones entre notario y usuarios. Será también necesario modificar la regulación notarial y en menor medida la societaria. Si ambas cosas se hacen bien, entiendo que la Directiva será una oportunidad para mejorar nuestro sistema de Derecho de Sociedades, pero también un paso para la transformación digital de la función notarial. En el estado actual de la técnica, y por supuesto con las debidas garantías, creo que es perfectamente posible mantener la esencia de la función, aunque no haya presencia física ante el notario ni presentación de documentos en papel, que es lo que pretende la Directiva².

2 GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S. ¿Documentos notariales por videoconferencia? El COVID-19 y la intermediación a distancia. <https://hayderecho.expansion.com/2020/04/17/documentos-notariales-por-videoconferencia-el-covid-19-y-la-intermediacion-a-distancia/>



Mesa redonda internacional sobre La trasposición de la Directiva Europea 2019/1151: “La adaptación a la constitución online en otros estados miembros”

II.1. Presentación

D. Álvaro Lucini. Notario

II.2. La constitución online de sociedades de responsabilidad limitada en Italia

D. Corrado Malberti. Notario

II.3. La constitución online de sociedades en Alemania

D. Peter Stelmaszczyk. Notario

II.4. Presentación del sistema de constitución online “Star my businnes” en Bélgica

D. Christian Van Belle. Notario

II.5. Preguntas y debate en la mesa

Presentación

II.1

D. ÁLVARO LUCINI MATEOS
NOTARIO

Tengo el honor de moderar la mesa redonda internacional que va a tratar sobre la transposición a los ordenamientos jurídicos nacionales de la Directiva Europea 2019/1151 relativa a la utilización de instrumentos y procedimientos digitales en el ámbito del Derecho de sociedades, en definitiva, la Directiva digital. Y en particular con uno de sus aspectos más importantes, la adaptación a la constitución online de empresas en otros Estados miembros.

El plazo inicial fijado para la transposición de la mayor parte de la Directiva expiró el 1 de agosto. Sin embargo, el apartado 3 del artículo 2 de la Directiva establece que este plazo puede ser prorrogado por un año más por cualquier Estado miembro que encuentre dificultades objetivas, que deberán haber sido comunicadas a la Comisión a más tardar el 1 de febrero de 2021, alegando razones justificadas.

La prórroga ha sido solicitada por 16 Estados miembros, entre los que no se encuentra España. No obstante, el aplazamiento de la aplicación de la Directiva será sin duda la tónica general, haya habido o no comunicación formal, dado que todos los Estados miembros han sufrido dificultades objetivas imprevistas como consecuencia de la pandemia, que ha obligado incluso al cierre temporal de parlamentos y organismos gubernamentales.

También hay que tener en cuenta que una parte de la Directiva tiene un plazo de transposición más largo, hasta el 1 de agosto de 2023, sin previsión de prórroga:

- › todo lo relativo a la inhabilitación de los administradores (art. 13 i);
- › medidas para garantizar que el origen y la integridad de los documentos presentados en línea en el Registro Mercantil puedan verificarse electrónicamente (art. 13 j 2);
- › medidas para garantizar que la información archivada en el Registro Mercantil por las empresas o sus sucursales se mantenga en un formato legible por máquina y con capacidad de búsqueda o como datos estructurados (Art. 16.6).

Parece que está a punto de publicarse un anteproyecto de ley que respetaría las líneas básicas del sistema de seguridad jurídica preventiva existente en España, como se ha hecho en Bélgica, Alemania e Italia.

Estos tres países van más adelantados.

Alemania ha sido el primero en completar el proceso con la aprobación de la ley de transposición de la Directiva -Gesetz zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie (DiRUG)-, el 5 de julio (publicada en el Diario Oficial Federal el 13 de agosto).

Bélgica le ha seguido poco después con la ley del 12 de julio de 2021 (publicada en el Diario Oficial el 15 de julio), pero ha sido el primer Estado miembro en poner en práctica el nuevo procedimiento en línea diseñado en la ley.

Italia está aplicando la Directiva en dos fases. En primer lugar, la ley del 22 de abril de 2021 ha delegado en el Gobierno, en su artículo 29, la aprobación de los decretos legislativos necesarios para la transposición de la Directiva Digital y ha establecido las directrices. La segunda fase, en manos del Gobierno, está en marcha.

Hoy tenemos con nosotros a tres notarios expertos de estos países que nos explicarán cómo se están adaptando sus ordenamientos jurídicos nacionales a las exigencias de la Directiva digital en lo que respecta a la constitución en línea de las empresas.

Christian van Belle, notario de Gante, Peter Stelmasczyk, director de la oficina de Bruselas del Colegio Federal de Notarios de Alemania y próximo notario de Burscheid, y Corrado Malberti, notario de Como y profesor de derecho mercantil en la Universidad de Trento, nos van a hablar por este orden de sus legislaciones nacionales -ya aprobadas o en ciernes- y de los proyectos técnicos de transposición de la Directiva en sus respectivos países.

Muchas gracias a los tres por su presencia hoy aquí y por compartir con nosotros sus conocimientos y experiencia.

Nuestros cuatro países pertenecen al mismo modelo de seguridad jurídica preventiva, basado en la intervención de los notarios del llamado tipo romano-germánico o latino, también llamados notarios de derecho civil. En los cuatro países, el nacimiento de una persona jurídica corporativa y los cambios posteriores durante su ciclo de vida requieren las garantías de un documento público notarial, en interés no sólo de los propios accionistas, sino sobre todo de los terceros que entran en contacto con la empresa, ya sean particulares o autoridades públicas.

Muchos otros sistemas jurídicos europeos se inspiran en una valoración similar de la seguridad jurídica. A los países aquí presentes hay que añadir Austria, Croacia, Luxemburgo, los Países Bajos y la República Checa, entre otros. Como resultado de la ampliación de la UE en Europa del Este, la disolución de los antiguos Estados supranacionales y el activo lobby de británicos y estadounidenses para la expansión de su sistema jurídico en los nuevos Estados miembros, estos países pueden no ser hoy la mayoría en número de países, pero sí en población e importancia económica. Tras el Brexit, representan ya casi dos tercios de la población y del PIB de la UE.

En todos estos países, la intervención obligatoria del notario en la constitución o posterior modificación de las sociedades mercantiles asegura la identidad, la capacidad y el consentimiento libre e informado de todas las partes, posibilita la existencia de sistemas eficaces de prevención del blanqueo de capitales y permite dar fe pública de las inscripciones en el registro mercantil, con el efecto de simplificar y abaratar las relaciones posteriores entre la sociedad y los terceros. En este caso no son necesarias largas y costosas investigaciones, a diferencia de los países que siguen el modelo anglosajón de registro meramente declarativo.

También existen importantes diferencias entre un sistema y otro. Alemania, al igual que España, tiene un sistema de doble control, por parte de los notarios y de los registradores, aunque con un estatuto funcional claramente definido para los registradores en el ámbito judicial. En Bélgica y en Italia, por el contrario, el único control de legalidad en los trámites societarios lo realiza el notario, que en Italia es incluso responsable de la inscripción en el Registro Mercantil.

La Directiva permite mantener el modelo de seguridad jurídica preventiva, con todas sus variantes, ya que su enfoque de la digitalización es minimalista y jurídicamente neutral.

A diferencia del fallido proyecto de Directiva sobre la sociedad de responsabilidad limitada unipersonal (SUP), esta Directiva no pretende crear un nuevo tipo europeo, sino sólo establecer unos principios mínimos comunes

para garantizar la constitución en línea, respetando las normas materiales que regulan los tipos de sociedad nacionales, las normas formales de constitución y registro, las disposiciones internas de derecho público o privado que configuran los sistemas nacionales de seguridad jurídica preventiva.

El único límite de todo esto es que debe ser compatible con los procedimientos digitales establecidos en la Directiva, mediante tres requisitos:

- excluir la necesidad, como norma general, de comparecer físicamente ante una autoridad del Estado miembro de registro;
- permitiendo la identificación electrónica de los solicitantes que sean ciudadanos de la UE, de acuerdo con lo establecido en el Reglamento Europeo 910/2014 sobre identificación electrónica, sin perjuicio de la posibilidad, expresamente prevista en el considerando 22, de exigir, además, medios complementarios de identificación en línea como la videoconferencia;
- haciendo posible la presentación de documentos en formato electrónico y el desembolso del capital social en línea.

La transposición de esta Directiva implica una doble exigencia, por un lado, algunos cambios en la ley, por otro, el desarrollo técnico para implementar los procedimientos totalmente en línea. El primero es relativamente sencillo de cumplir, si se quiere mantener el sistema de seguridad jurídica preventiva existente en nuestro país. El segundo es bastante más complejo, pero se ha logrado con éxito en España antes que en ningún otro país por ANCERT, la empresa tecnológica del notariado español.

Nuestros invitados explicarán cómo se han resuelto ambos aspectos en sus respectivos países. Y cuáles han sido sus opciones en aquellos puntos que la Directiva deja a la discreción del legislador nacional, entre ellos, si aplicar la Directiva a todas las sociedades de capital o sólo a las limitadas, si excluir o no a las sociedades constituidas por aportaciones en especie, si mantener o no los procedimientos no digitales, si exigir o no el alto nivel de seguridad para la identificación electrónica.

La constitución online de sociedades de responsabilidad limitada en Italia

11.2

D. CORRADO MALBERTI

NOTARIO

Profesor asociado de Derecho Mercantil en la Universidad de Trento
corrado.malberti@unitn.it

1. LA CONSTITUCIÓN EN LÍNEA DE SOCIEDADES DE CAPITAL EN LA DIRECTIVA (UE) 2019/1151

El 11 de julio de 2019 se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea («¹») la Directiva (UE) 2019/1151 por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que respecta a la utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del Derecho de sociedades, cuya propuesta fue presentada inicialmente por la Comisión Europea el 25 de abril de 2018 como parte de las iniciativas relativas al denominado «paquete de derecho de sociedades».

El texto aprobado por el legislador de la Unión Europea introdujo algunos cambios importantes en la Directiva (UE) 2017/1132. Tal y como pedía la Comisión en su propuesta de 2018, la nueva Directiva interviene principalmente en cuatro aspectos de la digitalización del derecho de sociedades, a saber: (a) el denominado «registro» de las sociedades de capital, (b) el establecimiento de sucursales, (c) la publicación de documentos e información de la sociedad y, finalmente, (d) la regulación de los denominados *administradores inhabilitados* (²).

Aunque los temas tratados en la directiva no han cambiado durante su breve proceso de aprobación, muchas de las soluciones inicialmente previstas por la Comisión han sido reconsideradas por el legislador de la Unión Europea. Desde un punto de vista general, el texto definitivo de la directiva deja patente que el legislador europeo no tiene la intención de influir en los debates nacionales sobre la forma en que cada país pueda contemplar la constitución de sociedades de capital, el establecimiento de sucursales y la presentación de documentos en los registros mercan-

¹ Diario Oficial de la Unión Europea L 186 de 11 de julio de 2019.

² Para una visión general de las propuestas de la Comisión y de la primera fase de los trabajos preparatorios, véase: A. BARTOLACELLI, *A NEW (?) Framework (?) on Digitalisation in European (?) Company (?) Law?*, en *INTEREU LAW ÉAŞT*, 2018, 2, 1 ss.; P.-H. CONAC, *Start-up Europe : la proposition de directive du 25 avril 2018 sur la digitalisation du droit des sociétés*, en *REV. SOCIÉTÉS*, 2019, 31 ss.; J. SCHMIDT, *EU COMPANY LAW PACKAGE 2018 – MEHR DIGITALISIERUNG UND MOBILITÄT VON GESELLSCHAFTEN (TEIL 1)* –, in *DER KONZERN*, 2018, 229 ss.; y véase asimismo C. MALBERTI, *Tra aspirazioni, difficoltà tecniche e realtà: la proposta di direttiva dell'Unione europea sulla digitalizzazione del diritto societario*, en *RIVISTA ODC*, 2018, 2, 107 ss.

tiles. Desde esta perspectiva, es especialmente significativa la disposición del nuevo artículo 13, *quater*, apartado 1, Directiva (UE) 2017/1132, en la que se establece que «[l]a presente Directiva se entenderá sin perjuicio de la normativa nacional que, con arreglo a los sistemas y tradiciones jurídicos de los Estados miembros, designen a cualquier persona u organismo habilitado en virtud del Derecho nacional para tratar cualquier aspecto de la constitución en línea de sociedades, el registro en línea de sucursales y la presentación en línea de documentos e información».

2. EXAMEN DE ALGUNOS DE LOS PRINCIPIOS SUBYACENTES A LA CONSTITUCIÓN EN LÍNEA DE SOCIEDADES DE CAPITAL

Si nos adentramos en el fondo de la Directiva, en lo que respecta al «registro» de las sociedades de capital, el texto aprobado utiliza una terminología diferente a la propuesta de la Comisión y hace referencia a la «constitución», que se define como «todo el proceso de constitución de una sociedad de conformidad con el Derecho nacional, incluidos el otorgamiento de la escritura de constitución y todas las fases necesarias para la inscripción de la sociedad en el registro» (nuevo artículo 13 *bis* Directiva (UE) 2017/1132).

Las disposiciones del nuevo artículo 13 *nonies*, apartado 2º, de la Directiva (UE) 2017/1132 son difíciles de interpretar. En efecto, en el texto inicial de la propuesta se preveía que, en el contexto del procedimiento de constitución de sociedades en línea, el uso de un modelo estándar satisfaría «la obligación de que los actos de constitución de la sociedad se redacten y otorguen en forma de documentos públicos», contemplada en el artículo 10 de la Directiva (UE) 2017/1132 (sobre este punto, véase el artículo 13 *octies*, apartado 2 de la propuesta). Esta frase se ha mantenido también en el texto definitivo del nuevo artículo 13, *nonies*, apartado 2, Directiva (UE) 2017/1132, en el que, no obstante, también se especifica que el uso de modelos estándar no «afecta a la exigencia, en virtud del Derecho nacional, de que los actos de constitución se otorguen en forma de documento público, siempre que la constitución en línea... siga siendo posible».

Para entender el alcance de esta disposición aparentemente contradictoria, es necesario considerar la evolución de lo que ahora se ha convertido en el artículo 13 *octies* de la Directiva (UE) 2017/1132. En la versión propuesta por la Comisión, esta norma (artículo 13 *septies* Directiva (UE) 2017/1132 de la propuesta), relativa al procedimiento de constitución en línea, vaciaba de contenido la obligación de control previo recogida en el artículo 10 Directiva (UE) 2017/1132 en varios aspectos. En cambio, el texto del artículo 13 *octies* de la Directiva (UE) 2017/1132, en su versión final, exige a los Estados miembros la realización de varios controles preventivos y dejaba en manos de los Estados miembros la posibilidad de introducir medidas de salvaguardia posteriores.

Desde la perspectiva de cómo ha ido evolucionando la redacción del artículo 13 *octies* de la Directiva (UE) 2017/1132, el nuevo artículo 13 *nonies*, apartado 2, Directiva (UE) 2017/1132, ha dejado claro que, en el procedimiento de constitución en línea con modelos estándar, el legislador europeo no pretendía proporcionar a los Estados miembros justificaciones para legitimar una relajación de los requisitos formales de los documentos de constitución de las sociedades de capital. Sin embargo, la Directiva también ha reconocido que el uso de modelos estándar puede asimismo satisfacer las disposiciones del artículo 10 de la Directiva (UE) 2017/1132, al menos en la medida en que se hayan realizado los controles exigidos por el nuevo artículo 13 *octies* de la Directiva (UE) 2017/1132. A modo de ejemplo, sería legítimo prever una comprobación notarial que no adoptara la forma de escritura pública en sentido estricto, como ya ocurre en el Derecho italiano, al menos en el supuesto previsto en el artículo 2436, apartado 3, del Código Civil, relativo a la comprobación de las condiciones establecidas por la ley, que se lleva a cabo tras la celebración de la junta mediante documento público de modificación de los estatutos de la sociedad.

Desde esta misma perspectiva de refuerzo de los controles respecto a la propuesta inicial de la Comisión, la versión final de la Directiva ha dispuesto, en el considerando 22, que, para verificar la identidad de las personas que constituyen en línea una sociedad, además del uso de herramientas de identificación electrónica en el marco nor-

mativo del Reglamento (UE) n.º 910/2014 (las denominadas e-IDAS), los Estados miembros podrán imponer como herramienta de identificación complementaria, pero no alternativa, el uso de videoconferencias u otros medios que permitan una conexión audiovisual a tiempo real.

3. LA FASE INICIAL DE LA TRASPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA (UE) 2019/1151 EN ITALIA: LA LEY DE DELEGACIÓN EUROPEA

El procedimiento por el que se transponen las directivas europeas en Italia se rige por la Ley 234/2012 sobre normas generales de participación, formación y aplicación de la legislación y las políticas de la Unión Europea. En concreto, el artículo 29 de la Ley 234/2012 establece que la transposición de las directivas europeas al derecho italiano se realizará en varias fases y actos reglamentarios. Por cuanto respecta a la constitución en línea de sociedades de capital, la transposición de la Directiva (UE) 2019/1151 ha consistido en la aprobación por el Parlamento de la denominada «Ley de delegación europea» (Ley 53/2021), en la que el legislador ha establecido los criterios generales que deben seguirse para la transposición de esta directiva. En virtud de dicha delegación, el Gobierno aprobó un decreto legislativo, a saber, un acto normativo con fuerza de ley (Decreto Legislativo 183/2021), que siguió a la transposición de la Directiva (UE) 2019/1151 al derecho italiano.

Por tanto, el primer paso para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1151 consistió en la redacción por parte del Parlamento del artículo 29 de la Ley 53/2021, que ha proporcionado al Gobierno algunas indicaciones claras para prever la transposición del procedimiento de constitución en línea a la legislación nacional. Siendo aún más concretos, por cuanto respecta al ámbito de aplicación, la Ley 53/2021 establece que el nuevo procedimiento de constitución únicamente se contempla para las sociedades de responsabilidad limitada y las sociedades de responsabilidad limitada simplificada con domicilio social en Italia. Únicamente podrá recurrirse al procedimiento en línea cuando las aportaciones para constituir la sociedad fueran en efectivo. Así pues, desde el primer momento se excluyó la posibilidad de utilizar la constitución en línea para las sociedades anónimas y para constituir sociedades mediante aportaciones en especie.

La Ley 53/2021 también ha previsto que la constitución en línea, aun cuando prevea el uso de un modelo estándar de estatuto, deberá realizarse mediante escritura pública otorgada a través de una plataforma habilitada para videoconferencia y para la firma de la escritura con firma electrónica reconocida. En consecuencia, con la ley de delegación europea, el legislador italiano ha ratificado la necesidad de que se mantenga el requisito de forma pública en el procedimiento de constitución en línea, incluso cuando las partes tengan voluntad de utilizar un modelo estándar de escritura de constitución. Por último, la ley de delegación europea también ha previsto que la constitución en línea se realice mediante un procedimiento que incluya tanto una videoconferencia como la firma del acta de constitución con firmas electrónicas, por lo que el mero uso de firmas electrónicas no se estima suficiente.

4. LA RESOLUCIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO SOBRE LAS FORMAS ALTERNATIVAS DE CONSTITUCIÓN DE START-UP INNOVADORAS

En este contexto, es importante destacar que la elección del legislador italiano de imponer la forma de escritura pública para las constituciones de sociedad en línea no era del todo previsible, ya que, desde hacía algunos años y hasta principios de 2021, la legislación italiana contemplaba una modalidad alternativa de constitución de sociedades de responsabilidad limitada, que no exigía otorgar escritura pública. Este procedimiento tenía características peculiares y un ámbito de aplicación muy limitado, ya que estaba reservado únicamente a las sociedades calificadas como *start-up* innovadoras (en italiano, «*start-up* innovative»).

Mientras la Directiva 2019/1151 estaba en proceso de transposición al derecho italiano, la posibilidad de recurrir a este método alternativo de constitución de sociedades de responsabilidad limitada desapareció en virtud de una resolución del Consejo de Estado. De hecho, esta decisión derogó el Decreto Ministerial de 17 de febrero de 2016 relativo a las modalidades de redacción de los documentos constitutivos de las sociedades de responsabilidad limitada *start-up* innovadoras, que contenía las normas para aplicar esta forma alternativa de constitución. Por tanto, el examen de dicha resolución es crucial para entender el debate sobre la transposición de la Directiva (UE) 2019/1151 en Italia.

Mediante la resolución del Consejo de Estado, sección VI, 29 de marzo de 2021, n.º 2643, el Consejo de Estado se pronunció sobre un recurso interpuesto por el Consejo Nacional del Notariado (en adelante CNN), en el que solicitaba la modificación de la sentencia del Tribunal Administrativo del Lacio (TAR), sección III-ter, 2 de octubre de 2017, n.º 10004. En virtud de dicha decisión, el TAR del Lacio desestimó el recurso en el que el CNN solicitaba la derogación del Decreto Ministerial de 17 de febrero de 2016 del ministro de Desarrollo Económico sobre las modalidades de redacción de los documentos de constitución de las sociedades de responsabilidad limitada *start-up* innovadoras³). Las cuestiones examinadas en dicha resolución hacían principalmente referencia a la forma de los instrumentos de constitución de las sociedades de responsabilidad limitada *start-up* innovadoras y a los controles realizados por el registro mercantil para proceder a la inscripción de tales documentos.

El artículo 25 del Decreto Ley 179/2012 (convertido, con las enmiendas correspondientes, en la Ley 221/2012) introdujo las *start-up* innovadoras en Italia. El Decreto-Ley 3/2015 contempló una regulación específica destinada a las PYMES innovadoras. Tras la conversión de este segundo decreto, el artículo 4, apartado 10-bis, de la Ley 33/2015, estableció que, con vistas a fomentar el inicio de actividades empresariales y garantizar una aplicación uniforme de las disposiciones en materia de *start-up*, «la escritura de constitución y las modificaciones posteriores de las *start-up* innovadoras se otorgarán en escritura pública o mediante escritura firmada en la forma prevista en el artículo 24 del Código de Administración Digital, de conformidad con el Decreto Legislativo n.º 82 de 7 de marzo de 2005». Dicha disposición había asimismo especificado los documentos «de constitución y posteriores modificaciones debían redactarse de conformidad con un modelo uniforme adoptado por decreto del ministro de Desarrollo Económico y debían remitirse a la oficina competente del registro mercantil al que hace referencia el artículo 8 de la Ley n.º 580, de 29 de diciembre de 1993, y sus posteriores modificaciones».

En aras de aplicar esta última disposición, se había aprobado el Decreto Ministerial de 17 de febrero de 2016 que, entre otras cosas, establecía que, en «derogación a lo dispuesto en el artículo 2463 del Código Civil, los contratos de sociedades de responsabilidad limitada» *start-up* innovadoras «se redactarán en forma electrónica y se firmarán digitalmente... de conformidad con la instrucción que figura en el apartado A del presente decreto, redactado sobre la [sic] base de las especificaciones técnicas del modelo, a que se refiere el artículo 2, apartado 1» (artículo 1, apartado 1, Decreto Ministerial de 17 de febrero de 2016), sin ser «necesaria ninguna autenticación de firma» (artículo 1, apartado 1, Decreto Ministerial de 17 de febrero de 2016).

En su sentencia de 29 de marzo de 2021, el Consejo de Estado se pronunció a favor del recurso presentado por el CNN, centrándose en particular en dos motivos para apelar. En el primero de los motivos expuestos, el CNN consideró que el decreto ministerial de 17 de febrero de 2016 no había aplicado correctamente las disposiciones del artículo 4, apartado 10-bis, de la Ley 33/2015, dado que, si bien la norma legislativa primaria establecía que los documentos de constitución de sociedad (y posteriores modificaciones) de las *start-up* innovadoras podían redactarse, de manera alternativa, en la forma prevista en el artículo 24 del Código de la Administración Digital u otorgarse en escritura pública, el Decreto Ministerial de 17 de febrero de 2016 no había previsto esta segunda modalidad de redacción para los documentos de constitución de sociedad mientras que, en cambio, en el caso de las sociedades

3 Para consultar un comentario sobre la resolución del Consejo de Estado véase, M. Bianca, *LA COSTITUZIONE ONLINE DELLE SOCIETÀ TRA UN ARRESTO DEL CONSIGLIO DI STATO E L'ATTUAZIONE DELLA DIRETTIVA (UE) 2019/1151*, en fase de publicación en *RIVISTA ODC*, 2021.

de responsabilidad limitada *start-up* innovadoras, dichos documentos debían redactarse en formato electrónico y firmarse digitalmente.

Sin embargo, sobre este mismo punto, la sentencia del TAR del Lacio objeto de apelación había llegado a la conclusión de que el Decreto Ministerial de 17 de febrero de 2016 no se oponía a la Ley 33/2015, a la vista de que dicho decreto no excluía la posibilidad de otorgar los documentos de constitución de sociedad (y sus posteriores modificaciones) en forma de escritura pública.

Por el contrario, en su resolución de 29 de marzo de 2021, el Consejo de Estado consideró erróneas las conclusiones del TAR del Lacio y estableció que el Decreto Ministerial de 17 de febrero de 2016 estaba en clara contradicción con la Ley 33/2015, ya que no contemplaba la posibilidad de redactar la escritura de constitución de las sociedades de responsabilidad limitada *start-up* innovadoras en forma de escritura pública.

En el segundo de los motivos expuestos, examinado en la resolución, el CNN había alegado que las medidas impugnadas debían considerarse incompatibles con las disposiciones del artículo 10 de la Directiva (UE) 2017/1132, según el cual, en «los Estados miembros cuya legislación no prevea, en el momento de la constitución, un control administrativo o judicial previo, la escritura de constitución y los estatutos de la sociedad, así como sus modificaciones, deberán revestir la forma de documento público». En este mismo sentido, el CNN afirmó que las medidas impugnadas también contravenían el artículo 8 de la Ley 580/1993 y el artículo 11 del Decreto del Presidente de la República 581/1995.

En su estimación de dichas motivaciones, el Consejo de Estado desarrolló una argumentación bastante pormenorizada. En primer lugar, el Consejo de Estado indicó que la Directiva (UE) 2017/1132 exige que los instrumentos de constitución de las sociedades de responsabilidad limitada se otorguen en escritura pública o se sometan a revisión administrativa o judicial previa. A tales efectos, el Consejo de Estado ha manifestado que, en el caso de que nuestro legislador decida encomendar la realización de estos controles al registro mercantil, se hace necesario verificar que dichos controles cumplen con los requisitos de la Directiva (UE) 2017/1132.

A este respecto, habida cuenta de las disposiciones de la Ley 580/1993 y del Decreto del Presidente de la República 581/1995, el Consejo de Estado concluyó que, en el ordenamiento jurídico italiano, el registro mercantil está llamado a realizar, por una parte, un mero control formal del documento que contiene el acto de constitución (y no tanto del contenido del acto de constitución) y, por otra, un llamado control de *calificación*, cuyo objeto consiste en comprobar que el acto presentado para su inscripción se ajusta al modelo previsto por la ley cuya inscripción se exige. Así pues, considerando la naturaleza de los controles realizados por el registro mercantil, el Consejo de Estado estimó que es al menos dudoso que estos controles sean compatibles con las exigencias del artículo 10 de la Directiva (UE) 2017/1132.

Siguiendo con la segunda motivación, en su resolución, el Consejo de Estado se detuvo asimismo en el hecho de que el Decreto Ministerial de 17 de febrero de 2016 había atribuido al registro mercantil la labor de realizar también otras verificaciones no previstas en el Decreto del Presidente de la República 581/1995, exponiendo que la obligación de realizar tales comprobaciones contravenía el contenido de esta última disposición. En definitiva, al eliminar la redacción del documento de constitución a favor de la escritura pública, en un intento por reforzar los controles realizados por el registro mercantil para cumplir con las exigencias de la Directiva (UE) 2017/1132, la ampliación del alcance de los controles encomendados al registro mercantil, que se llevó a cabo mediante un decreto, parecía carecer de la cobertura legislativa adecuada y, por tanto, estaba viciada.

La decisión del Consejo de Estado es digna de mención porque, además de las consideraciones relativas a la contravención de los principios sobre la jerarquía de las fuentes, también puede entenderse como una advertencia al legislador sobre las posibles implicaciones que podría tener prescindir del otorgamiento de acta notarial para la constitución de sociedades de capital. En el caso de que se opte por este tipo de decisión, será asimismo necesario establecer tareas de verificación más estrictas a cargo del registro mercantil.

Un último aspecto de la sentencia del Consejo de Estado que merece atención es el relativo al destino de las sociedades constituidas en virtud del Decreto Ministerial de 17 de febrero de 2016. La sentencia abordó el tema, por similitud, del destino de las sociedades no constituidas en escritura pública y que no cumplan los requisitos exigidos para su inscripción en la sección especial del registro mercantil reservada a las *start-up* innovadoras, concluyendo que dichas sociedades no pueden inscribirse en la sección ordinaria y, por tanto, debe procederse a su cancelación. En este punto, la sentencia afirma que, «a falta de una cobertura legislativa adecuada en este sentido, la inscripción en la sección ordinaria únicamente puede “conservarse” si la sociedad cumple los requisitos de forma y fondo de una sociedad de responsabilidad limitada ordinaria».

El Consejo de Estado ha precisado asimismo que «la norma en cuestión solo es aplicable a las *start-up* innovadoras creadas mediante escritura pública, con el fin de descartar cualquier posible elusión de las normas relativas a la constitución de sociedades de responsabilidad limitada». Esta conclusión, que también es conforme a la sentencia en primera instancia, es sin duda digna de ser adoptada y, con toda probabilidad, puede aplicarse también a las *start-up* innovadoras que, antes de la resolución del Consejo de Estado, no se hubieren constituido mediante escritura pública.

A este respecto, conviene señalar que la «cobertura legislativa adecuada» prevista por el Consejo de Estado no podrá entenderse en adelante con exclusión de la necesidad de documento público, so pena de una posible nueva vulneración de los principios consagrados en el artículo 10 de la Directiva (UE) 2017/1132; no obstante, puede excluir, *una tantum*, la aplicabilidad de la causa de nulidad prevista en el artículo 2332, apartado 1, n.º 1, del Código Civil, que también es una norma de derivación europea, cuya aplicación en el Derecho italiano se deja, sin embargo, a la libre elección del legislador nacional.

El legislador intervino precisamente en este sentido con el artículo 39-septies del Decreto Ley 77/2021, introducido por la Ley 108/2021, que lo convirtió en ley, para subsanar el defecto de la escritura de constitución que afecta a las sociedades de responsabilidad limitada *start-up* innovadoras constituidas sin escritura pública. De hecho, en virtud de dicha disposición, se estableció que las actas de constitución y los estatutos de las sociedades *start-up* innovadoras redactados en modalidades alternativas a la escritura pública «según siendo válidos y surtiendo plenos efectos y, en consecuencia, estas sociedades conservaban su inscripción en el registro mercantil».

5. EL DECRETO LEGISLATIVO 183/2021 Y EL CIERRE DE LA TRASPOSICIÓN DE LA CONSTITUCIÓN EN LÍNEA EN ITALIA

El decreto legislativo que transpuso a la legislación italiana la directiva 2019/1151, en cumplimiento de los principios y criterios rectores previstos en la Ley 53/2021, se redactó precisamente en el contexto de este intenso debate sobre las modalidades de constitución de las sociedades de capital. En concreto, algunas voces parlamentarias han sugerido la reintroducción de las modalidades alternativas a la escritura pública para la constitución de sociedades. A pesar de estas propuestas, y probablemente también a la luz de los problemas que estas modalidades alternativas habían generado, el 8 de noviembre de 2021, el gobierno italiano aprobó el Decreto Legislativo 183/2021 que ha supuesto la aplicación de la Directiva (UE) 2019/1151 y asimismo la transposición del procedimiento de constitución en línea de las sociedades de capital previsto en la legislación de la Unión Europea (4), ratificando el requisito de escritura pública.

El procedimiento elaborado por el Gobierno confirma las opciones previamente adoptadas por el Parlamento en la Ley 53/2021. El nuevo método de constitución está reservado únicamente a las sociedades de responsabilidad

4 Sobre la transposición de la directiva en Italia, véase A. ZANARDO, «Costituzione online di società: uno strumento per il rafforzamento della libertà d'impresa», en fase de publicación en *RIVISTA ODC*, 2021.

limitada y a las sociedades de responsabilidad limitada simplificada con domicilio social en Italia y cuyo capital se haya desembolsado en efectivo. La forma de la escritura pública, redactada por videoconferencia y con el uso de firmas electrónicas, se exige en todos los casos, y, por tanto, también cuando se hace uso de un modelo estándar.

No obstante, el Decreto Legislativo 183/2021 introduce otras innovaciones significativas. En primer lugar, conviene señalar que, al regular el procedimiento de constitución en línea, el legislador italiano ha optado por no modificar las normas del Código Civil relativas a las sociedades de responsabilidad limitada, y por no introducir nuevas normas en la legislación notarial. De hecho, las normas relativas a la constitución en línea están incluidas en el artículo 2 del Decreto Legislativo 183/2021, que, aunque contiene numerosas referencias a otras disposiciones legislativas, y en particular a la Ley del Notariado, regula esta modalidad de constitución de forma independiente, sin introducir ninguna modificación normativa.

Seguidamente, el artículo 2 del Decreto Legislativo 183/2021 proporciona más detalles sobre el procedimiento de constitución en línea. En concreto, establece que los documentos de constitución deben «recibirse a través de una plataforma telemática configurada y gestionada por el Consejo Nacional del Notariado» y que las aportaciones en metálico deben realizarse mediante transferencia bancaria a favor de la denominada «cuenta dedicada» del notario.

La plataforma telemática deberá permitir (a) la verificación de la identidad de las partes conectadas por videoconferencia, (b) la comprobación de la colocación, por parte del titular, de la firma digital, (c) la certificación de la validez de los certificados de firma utilizados y (d) la percepción de lo que ocurre con las partes conectadas en el momento en que expresan su voluntad. A estos efectos, la plataforma debe asimismo garantizar (a) la conexión continuada con las partes por videoconferencia, (b) la visualización del documento que se va a firmar, (c) la inserción de la firma electrónica por parte de todos los firmantes, (d) la conservación del documento, (e) el seguimiento de todas las actividades y (f) la emisión simultánea de firmas electrónicas a las partes conectadas para la firma del documento.

También se prevé que el procedimiento de constitución en línea pueda interrumpirse si el notario duda de la identidad del solicitante o si comprueba que no se han cumplido las normas relativas a la capacidad de obrar o a la capacidad de las personas conectadas para representar a la sociedad que interviene en el acto.

Un último aspecto interesante del Decreto Legislativo 183/2021 es la concreción del criterio de vinculación para determinar la competencia notarial de los documentos de constitución suscritos por videoconferencia. En principio, el artículo 27 de la Ley del Notariado establece que los notarios únicamente podrán ejercer sus funciones dentro de la región en la que se encuentra su notaría. Hasta el Decreto Legislativo 183/2021, esta norma exigía que el notario y todos los intervinientes en la escritura estuvieran presentes en el mismo lugar. Así pues, la posibilidad de otorgar documentos de constitución por videoconferencia tiene también importantes repercusiones en la organización de la competencia territorial del notariado. En aras de no alterar la organización de estas competencias territoriales, el legislador decidió introducir algunas normas específicas. En concreto, el Decreto Legislativo 183/2021 establece que el notario podrá otorgar la escritura de constitución en el supuesto de que todas las partes residan fuera del territorio del Estado. Sin embargo, en el caso de que al menos uno de los intervinientes en el acto residiera en Italia, el notario podrá otorgar la escritura si la residencia de al menos una de las partes se encuentra dentro de su jurisdicción territorial.

6. CONCLUSIONES

La introducción en Italia del procedimiento de constitución en línea ha dado al legislador la oportunidad de replantearse algunas de las opciones adoptadas en los últimos años en relación con las modalidades de constitución de las sociedades de capital y, en concreto, de las sociedades de responsabilidad limitada. Asimismo, como

consecuencia de la resolución del Consejo de Estado de 2021, que se ha analizado pormenorizadamente en las páginas que anteceden, el ordenamiento jurídico italiano ha optado por abandonar las denominadas modalidades de constitución alternativas a la escritura pública, y en su lugar, ha previsto una modalidad alternativa de redacción de la propia acta notarial, para así permitir, tal y como exige el Derecho de la Unión Europea, la constitución de sociedades de responsabilidad limitada por videoconferencia y mediante el uso de la firma electrónica. Solo el tiempo dirá si esta nueva modalidad de redacción del acta de constitución de sociedades tiene éxito desde el punto de vista de su aplicación y uso en la práctica.

La constitución online de sociedades en Alemania

11.3

D. PETER STELMASZCZYK
NOTARIO

1. ANTECEDENTES LEGALES - TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA DE HERRAMIENTAS DIGITALES

Voy a exponer los principios generales de la constitución online de sociedades de responsabilidad limitada en Alemania.

En 2019, la Unión Europea adoptó la “Directiva (UE) 2019/1151 en lo que respecta a la utilización de instrumentos y procesos digitales en el derecho de sociedades”, la llamada “Directiva sobre herramientas digitales”.

Con esta adopción, el legislador de la Unión ha dado un paso importante para adaptar el derecho de sociedades europeo a la era digital. La Directiva introduce la constitución en línea de sociedades de responsabilidad limitada en toda la Unión Europea. Además, regula los procedimientos en línea para las solicitudes en el registro mercantil y la presentación en línea de los documentos de la empresa.

La Directiva muestra un profundo respeto por los diferentes sistemas y tradiciones jurídicas de los Estados miembros, también en el mundo digital. Las cláusulas de apertura permiten a los Estados miembros adaptar los requisitos europeos a sus tradiciones jurídicas nacionales, en particular mediante la intervención obligatoria del notario, cuyo importante papel en materia de seguridad jurídica y prevención de abusos se reconoce especialmente en la era digital.

Alemania ha reconocido este importante papel del notario. De hecho, la intervención obligatoria del notario nunca se ha cuestionado durante el proceso legislativo.

El plazo para la transposición de la Directiva ya había expirado el 1 de agosto de 2021. Sin embargo, Alemania, al igual que muchos otros Estados miembros, decidió ampliar el plazo y pondrá en marcha su sistema de formación en línea a partir del 1 de agosto de 2022.

Dado que la Directiva de Instrumentos Digitales es una directiva, da a los Estados miembros cierto margen de maniobra. La Directiva prevé la constitución obligatoria en línea de una GmbH, la forma alemana de una sociedad de responsabilidad limitada. La Directiva también ofrece la posibilidad de introducir la constitución en línea para otras formas de empresa. Sin embargo, Alemania ha restringido la constitución en línea a la GmbH por el

momento. La Directiva estipula además que la constitución en línea debe ser posible tanto para los fundadores individuales como para varios fundadores, y tanto para las personas físicas como para las jurídicas. No obstante, es posible excluir las constituciones con aportaciones en especie. Alemania ha utilizado esta posibilidad de exclusión.

2. PRINCIPIOS GENERALES DEL OTORGAMIENTO A DISTANCIA

El legislador alemán ha optado por un enfoque prudente que permite probar el nuevo procedimiento de constitución en línea en casos bastante sencillos. Pero esto no significa que la constitución en línea sólo esté disponible para unos pocos fundadores. La GmbH es, con mucho, la forma societaria más común en Alemania. Por lo tanto, la gran mayoría de los fundadores tendrán la posibilidad de optar por la constitución en línea de su empresa, si así lo desean.

Hasta ahora, el legislador alemán ha optado deliberadamente por no abrir de forma general el procedimiento en línea a todos los procedimientos notariales. Esto se basa en la divergencia de los requisitos formales. Al igual que en otros ámbitos jurídicos, como el derecho de sucesiones, de familia e inmobiliario, los fines de la forma notarial no pueden garantizarse en la misma medida mediante un procedimiento en línea. En el derecho de familia y de sucesiones, la protección de las partes implicadas contra las prisas es de especial importancia. El requisito de la comparecencia personal en la notaría pretende proteger a las partes de las decisiones precipitadas y llamar la atención sobre la especial importancia de la transacción.

En el ámbito del derecho inmobiliario, es muy frecuente que los consumidores y los empresarios se encuentren cara a cara. En este contexto, el notario debe adoptar por ley medidas de protección especiales, que sólo pueden reproducirse de forma limitada en un procedimiento en línea. Por tanto, la decisión del legislador alemán es adecuada y se ajusta plenamente a nuestras peticiones durante el proceso legislativo.

3. DESAFÍOS

El sistema de formación en línea debe reproducir los elementos funcionales del procedimiento de otorgamiento notarial en el mundo digital. Al mismo tiempo, el nuevo sistema debe ser fácil de usar y extremadamente seguro. Por ello, desde el principio tuvimos claro que desarrollaríamos nuestro propio sistema.

El sistema debe cumplir varios requisitos:

En primer lugar, debe ser posible identificar de forma fiable a las partes. El sistema digital no puede ser en ningún caso menos seguro que el procedimiento común de identificación fuera de línea.

En segundo lugar, debe ser posible comprobar la capacidad jurídica y la libre voluntad de las partes.

En tercer lugar, una de las principales funciones del notario es el asesoramiento jurídico y el control preventivo de la eficacia jurídica de los documentos de constitución. Esto, por supuesto, también debe ser posible durante la formación online.

Y, por último, la formación online debe producir un acta auténtica digital, que tiene el mismo valor probatorio que las actas auténticas en papel como base para el registro.

4. SOLUCIÓN 1: VIDEOCONFERENCIA

Tuvimos que tomar algunas decisiones antes de empezar a desarrollar nuestro nuevo sistema. La primera decisión fue incluir un sistema de videoconferencia, ya que es la mejor manera de reproducir la situación de un otorgamiento notarial en el mundo digital.

Sólo a través de una videoconferencia podrá el notario comprobar la capacidad jurídica y la libre voluntad de las partes, proporcionar asesoramiento jurídico individual, desarrollar soluciones a medida y comprobar la identidad de las partes a través de una imagen.

Por supuesto, el notario tiene el derecho e incluso el deber de cancelar la videoconferencia y el otorgamiento, si tiene dudas sobre estos extremos.

5. SOLUCIÓN 2: IDENTIFICACIÓN DOBLE

Como acabo de mencionar, la videoconferencia servirá para identificar a las partes.

Hay dos formas habituales de identificación, que tienen ambas considerables inconvenientes.

En primer lugar, está el llamado procedimiento de videoidentificación. La persona a identificar está en una videoconferencia y sostiene su tarjeta de identificación frente a la cámara. De este modo, es posible comparar la fotografía de las partes con su imagen de vídeo. Sin embargo, la autenticidad del documento de identidad que sostiene la cámara no puede verificarse con certeza.

La alternativa es el mero procedimiento del DNI electrónico. En este procedimiento, las partes tienen que introducir en un lector sus medios de identidad electrónicos, también llamados eID. Como no hay imagen de vídeo, no se puede ver a la persona que tiene el DNI ante el lector. Por lo tanto, es imposible ver si la persona correcta utiliza el DNIE. Además, es imposible detectar el uso de tarjetas eID robadas, así como la presión psicológica y la incapacidad legal.

En cambio, nuestro procedimiento de identificación evita los puntos débiles de estos dos procedimientos.

En primer lugar, se lee electrónicamente el DNIE, incluida la fotografía que se guarda digitalmente en el DNIE o en un pasaporte. De este modo nos aseguramos de que el DNIE y la fotografía no han sido manipulados.

En un segundo paso, tenemos una videoconferencia, donde el notario compara la imagen de vídeo de la persona en la videoconferencia con su fotografía leída en el DNIE o en el pasaporte.

De este modo, tenemos un proceso de identificación fiable. Otros Estados miembros utilizan el mismo concepto de identificación de dos niveles debido a su alto nivel de seguridad.

Para entrar en la videoconferencia, los ciudadanos tienen que identificarse mediante el eID. Para leer el eID, el cliente simplemente tiene que coger su smartphone y escanear el código QR que aparece en la página web. A través del código, se abre la aplicación del Bundesnotarkammer y le guía en el proceso. Ahora, el cliente tiene que colocar su eID en su smartphone. Gracias a la tecnología NFC, la aplicación leerá el DNI electrónico, incluida la imagen guardada digitalmente en el DNI electrónico.

En Alemania, actualmente se pueden utilizar tres medios de identificación electrónica: El nuevo DNI alemán, el DNI electrónico para extranjeros de la UE/EEE y el permiso de residencia electrónico para nacionales de terceros países. También se aceptan los eID extranjeros, siempre que se notifiquen de acuerdo con el Art. 9 del Reglamento eIDAS y cumplan el nivel de seguridad “alto”. Además, se puede utilizar el nuevo DNI alemán o cualquier pasaporte para leer la imagen electrónicamente.

6. PROTOTIPO DE VIDEOCONFERENCIA ENTRE EL NOTARIO Y EL FUNDADOR

Ahora sigue el segundo paso de nuestro proceso de identificación en dos niveles. Durante la videoconferencia el notario puede ver la fotografía leída electrónicamente del DNIE. Como se ha explicado anteriormente, el notario

tiene que comprobar si la persona en la videoconferencia coincide con la fotografía que se lee del DNIE para evitar la suplantación de identidad.

El procedimiento de autenticación se realiza ahora por videoconferencia de forma probada: el notario lee el documento, explica su contenido y responde a las preguntas de las partes.

En un otorgamiento offline, las partes procederían ahora a firmar el documento.

7. SOLUCIÓN 3: SUSTITUCIÓN DE LAS FIRMAS DE LAS PARTES

Dado que todo el proceso de constitución se realiza en línea, ya no es posible firmar los documentos de constitución en papel.

Sin embargo, no podemos omitir simplemente la firma de las partes. La firma tiene propósitos muy importantes: muestra la aprobación de las partes, atribuye el documento a las partes y muestra la autenticidad del documento notarial. Omitir las firmas habría reducido considerablemente el valor del documento público.

Por lo tanto, en el proceso de constitución en línea, las firmas manuscritas de las partes se sustituyen por firmas electrónicas cualificadas. Éstas son creadas por el organismo de certificación del Bundesnotarkammer al inscribirse en el sistema de formación en línea. Las firmas electrónicas cualificadas se basan en los datos leídos del DNIE durante el proceso de registro. Al final del procedimiento de otorgamiento, las firmas electrónicas cualificadas se adjuntan al documento electrónico a través de un TAN que se envía al smartphone de la parte. Este procedimiento cumple con el nivel de garantía “alto” según el Reglamento eIDAS.

El resultado del proceso es la creación de una escritura matriz electrónica.

8. FIRMA ELECTRÓNICA CUALIFICADA EN EL DOCUMENTO

Durante la conferencia, en cuanto se inicia el procedimiento de firma, las partes reciben automáticamente a través de un SMS un número secreto en su smartphone, el llamado TAN. Éste es enviado por el organismo de certificación del Bundesnotarkammer. Las partes tienen que introducir este número secreto en la pantalla y pulsar “firmar”. De este modo, la firma electrónica cualificada queda estampada en el documento: el documento queda firmado.

El proceso es similar al procedimiento bancario en línea comúnmente utilizado y debería ser ampliamente aceptado por los ciudadanos.

Por último, el notario también firma el documento electrónicamente. Tenemos entonces un documento auténtico electrónico original, una verdadera matriz electrónica.

9. SOLUCIÓN 4: NO SE REQUIERE HARDWARE ADICIONAL

Nuestro sistema es muy accesible para el usuario. Para la formación en línea, sólo se necesitan dispositivos que casi todo el mundo tiene en casa: un ordenador portátil con una cámara, un micrófono y una conexión a Internet. Además, necesitas un smartphone con tecnología NFC. La mayoría de los smartphones están equipados con esta tecnología.

Es la misma tecnología que se utiliza para Apple Pay, por ejemplo.

10. COMUNICACIÓN CON EL NOTARIO

La herramienta de videoconferencia que he explicado forma parte de una plataforma más grande, el portal del Bundesnotarkammer. Además de la videoconferencia, tiene muchas funciones adicionales. Puede utilizarse para seleccionar un notario competente, concertar una cita y proporcionar al notario información sobre la futura empresa a través de una máscara de entrada estructurada. El notario puede utilizar la plataforma para enviar de forma segura el proyecto de instrumento a las partes. Los documentos proporcionados por el notario también se almacenan de forma segura en los servidores de Bundesnotarkammer y pueden ser descargados por el ciudadano cuando lo desee.

En todo momento, una lista de comprobación situada a la derecha de la pantalla ofrece una visión general del procedimiento.

En el futuro, la plataforma se conectará también con los bancos y los diferentes organismos administrativos para servir de ventanilla única.

11. INTEGRACIÓN EN LOS PROCESOS EXISTENTES

Una vez completado, el documento público con fuerza ejecutiva digital puede utilizarse como un documento público con fuerza ejecutiva en papel.

Se archivará automáticamente en el Archivo Electrónico de Documentos Públicos, el nuevo archivo digital de documentos públicos en Alemania.

Una copia certificada electrónicamente del documento público puede enviarse directamente desde el Archivo Electrónico de Documentos Públicos al registro mercantil.

12. CONCLUSIÓN

Espero que mi breve presentación les haya proporcionado una breve visión general de la transposición de la Directiva sobre instrumentos digitales en Alemania y una primera impresión de cómo se llevará a cabo la constitución en línea de una empresa en Alemania a partir del 1 de agosto de 2022.

Para terminar, me gustaría destacar que la digitalización no es un fin en sí mismo. Más bien debería utilizarse para simplificar y acelerar los procedimientos. Sin embargo, deben mantenerse las estructuras y las funciones de autenticación notarial, ya que son elementos fundamentales del sistema de administración preventiva de la justicia.

Presentación del sistema de constitución telemática en Bélgica. Start my business

114

D. CHRISTIAN VAN BELLE
NOTARIO

Cuando analizamos la Directiva Europea, distinguimos varios componentes:

- Constitución de empresas en línea.
- Presentación y consulta en línea de la información de la empresa.
- Registro en línea de las sucursales.
- Intercambio de información entre los Estados miembros sobre los administradores inhabilitados.

¿CUÁL ES LA SITUACIÓN EN BÉLGICA EN ESTAS CUESTIONES?

Los dos primeros puntos ya se han implementado en Bélgica. El registro en línea de las sucursales está previsto por la ley, pero todavía requiere un decreto de aplicación (Real Decreto) antes del 1 de agosto de 2022. Los notarios no tienen competencia en este ámbito.

El intercambio de información sobre los administradores inhabilitados entre los Estados miembros va, obviamente, más allá de las fronteras de un Estado miembro y aún no se ha implementado. En Bélgica, la información sobre los administradores inhabilitados todavía no está disponible para su consulta de forma estructurada. Las inhabilitaciones son el resultado de una sentencia judicial (penal o civil) o debido a incompatibilidades funcionales o requisitos cualitativos (médicos, arquitectos, etc.). Especialmente en lo que respecta a estas últimas limitaciones, el papel del notario como controlador sigue siendo importante.

Además, sigue siendo responsabilidad del notario verificar la capacidad jurídica del empresario, que debe comprobarse en el momento de la constitución, sin que pueda ser suplida esta comprobación por ningún registro. Aquí tiene su valor añadido el papel del notario, que tiene contacto físico o a través de una videoconferencia al firmar el acta.

En cuanto a las novedades, puedo empezar por la última y más sencilla: la consulta en línea de la información de la empresa.

Ya en 2003, se puso a disposición de los belgas una base de datos única del Ministerio de Economía en la que se pueden consultar todos los datos básicos de las empresas y sus unidades de establecimiento, a partir de un número de empresa único. A esto le siguieron:

1. La presentación electrónica de las escrituras de constitución y de las modificaciones en el Registro, en el Boletín Oficial belga y la inscripción en los bancos de empresas (eDepot y eGriffie)
2. La presentación electrónica de los estatutos de las empresas (tanto en el momento de la constitución como en la versión actualizada con cada modificación)
3. La creación de una base de datos sobre poderes de representación. La gestión de esta base de datos se ha encomendado a la Real Federación de Notarios de Bélgica para las empresas que deben constituirse mediante un documento público. Esta base de datos contiene todas las normas legales relativas a la representación de la sociedad frente a terceros en la medida en que tengan efecto frente a terceros.

Varias herramientas y procesos digitales que ya estaban en marcha facilitaron sin duda el desarrollo de una constitución de empresas totalmente en línea.

→ En primer lugar, en torno al año 2000, el notariado belga obligó a todos los notarios a conectarse a la intranet de la Federación para estar al tanto de toda la información relevante y utilizar sus servicios.

Posteriormente, Fednot siempre se ha centrado en una mayor digitalización de los servicios y procedimientos en el seno de la profesión notarial: tanto para los propios servicios de la Federación como para las interacciones con los servicios gubernamentales y, finalmente, en la interacción con los ciudadanos. Como resultado, toda la profesión notarial ha invertido en una buena infraestructura informática y en formación.

→ En segundo lugar, hace unos 6 años la Federación ofreció una red notarial segura para todo el país con un socio externo que permite a todos los notarios organizar videoconferencias entre oficinas con una alta calidad y un alto nivel de seguridad.

A esto le siguió una modificación de la Ley Orgánica del Notariado que permitió la firma de escrituras por videoconferencia en la que cada parte estaba con su propio notario para que el acto se ejecutara sin tener que desplazarse a un notario a veces más lejano.

→ En tercer lugar, el notario belga se ha centrado en la transformación digital durante los últimos 5 años y ha adquirido muchos conocimientos sobre el concepto de las plataformas informáticas y la experiencia del cliente, los customer journeys y los ecosistemas antes de lanzar varios proyectos de éxito. Por ejemplo, se puso en marcha Biddit (una plataforma de subastas en línea para inmuebles), E-stox (un registro electrónico de valores en colaboración con el instituto de los contables), e Izimi (una plataforma y caja fuerte digital para el ciudadano).

→ En cuarto lugar, COVID ha supuesto una aceleración; en pocas semanas se creó un marco legal para emitir un poder digital, firmado a distancia (totalmente online). Esto garantizó que los documentos notariales pudieran seguir firmándose en tiempos de confinamiento sin que los clientes tuvieran que acudir físicamente a la oficina. En poco tiempo, todo el mundo se vio obligado a adaptarse a las reuniones por vídeo y a los procesos de firma en línea que debían cumplir con el carácter de un acto auténtico. Esta nueva práctica fue muy apreciada por muchos clientes que quieren seguir utilizándola hoy en día fuera del contexto del cierre.

→ En quinto lugar, desde 2019 Bélgica cuenta con un código de derecho de sociedades revisado en el que se ha confirmado el papel del notario como actor en la constitución, modificación y reestructuración de las principales formas societarias. La intervención obligatoria del notario ha sido cuestionada en Bélgica. Por lo tanto, nos alegramos de que se reconozca nuestra intervención y nuestro valor añadido y somos conscientes de que es un reto que debemos seguir afrontando y en el que debemos invertir. Esta nueva ley ya introdujo una digitalización más profunda del derecho de sociedades, que se reforzó durante la pandemia del COVID.

Como resultado, no fue necesario un cambio profundo en el derecho de sociedades para la implementación de la incorporación en línea, sino que fue suficiente un ajuste de la ley notarial. Tras este cambio, desde el 1 de agosto de 2021 es posible la constitución de una sociedad mediante un documento público en formato digital, firmado a distancia.

Además, para todos los ciudadanos europeos que dispongan de un DNI electrónico de acuerdo con la Directiva europea eIDAS, la constitución en línea es posible sin la comparecencia física del fundador. No sólo para las sociedades de responsabilidad limitada, sino para todo tipo de sociedades, asociaciones y fundaciones que se constituyan mediante documento público, pero no:

- En caso de aportación en especie.
- En ausencia de los controles de identidad necesarios (Reglamento eIDAS).
- Cuando exista riesgo de usurpación de identidad, o no se cumpla el requisito de capacidad jurídica.

En la situación actual, un empresario puede así optar por la constitución de su empresa entre:

- Un documento público en papel con comparecencia física en la notaría.
- Un documento público digital de constitución con comparecencia física en la oficina notarial.
- Un documento público en papel o digital a través de un poder, firmado a distancia.
- Un documento público digital de constitución sin comparecencia física ante notario.

Para la constitución online, la Federación optó por trabajar con una plataforma que está incluida en la ley y que se llama Start My Business. Esta plataforma está gestionada por la Federación notarial e incluye una página web con una sección informativa general sobre la constitución de empresas, fundaciones y asociaciones que permite al ciudadano informarse sobre los diferentes tipos de empresas.

Además, puede iniciar la constitución online de una empresa a través de este canal siguiendo varios pasos. Se considera importante implicar al notario lo antes posible en el proceso para que desempeñe plenamente su función de asesor. Esta filosofía está presente en todo el recorrido del cliente de Start My Business. Para el notario, se ha creado un entorno diferente en la plataforma que le permite seguir el expediente de la A a la Z y comunicarse con el cliente.

El procedimiento de creación online a través de la plataforma se desarrolla de principio a fin en unos 10 pasos:

1. Informar al empresario (incluso a través de la página web).
2. Registro a través de la identificación conforme al eIDAS.
3. Designación del notario.
4. Introducir los datos necesarios.
5. Asesoramiento y comunicación notarial.
6. Envío del proyecto de escritura.
7. Programar una fecha para la videoconferencia.
8. Explicación del documento por parte del notario a través de la videoconferencia.
9. Firma digital del documento público digital.
10. Trámites posteriores al documento (5 días como máximo).

Es importante que el notario participe desde el inicio del proceso y que la comunicación y el asesoramiento puedan darse ya en ese momento. El fundador puede optar por las cláusulas por defecto para la constitución o por un texto

adaptado de los estatutos. El modelo por defecto sólo contiene soluciones estándar y he comprobado que cuando un ciudadano quiere realizar el procedimiento de constitución completamente por sí mismo, esto suele bloquear la validación de datos o documentos; el empresario no puede seguir adelante con la constitución.

Según mi experiencia, los clientes siempre han optado por un texto adaptado que elabora el notario en consulta con ellos. Este modelo también se carga en la plataforma y puede consultarse con antelación.

Hasta hoy, unas 50 empresas se han constituido totalmente en línea, y hay más en proceso. A veces los clientes comienzan con el procedimiento online, pero luego cambian a reunirse con el notario en persona de todos modos.

La experiencia general con la plataforma es positiva, la Federación ofrece sesiones de formación, y hay un servicio de asistencia disponible en la Federación para ayudar a los notarios que tienen problemas técnicos. Actualmente estamos trabajando en la expansión de la plataforma y en crear un ecosistema con las demás profesiones que intervienen en todo el proceso de la empresa.

Preguntas y debate de la primera mesa redonda sobre constitución telemática de sociedades en Europa

11.5

PREGUNTAS FORMULADAS POR ÁLVARO LUCINI MATEOS

1. ¿Es legal y técnicamente posible en sus respectivos países utilizar el pasaporte como medio de identificación en el procedimiento online, incluso como medio de identificación complementario?

Peter: Para acceder a la plataforma alemana, es necesario disponer de un documento de identidad alemán u otro documento que incluya la función de DNI electrónico. Además del DNI alemán, se puede utilizar el DNI electrónico para extranjeros de la UE/EEE y el permiso de residencia electrónico para nacionales de terceros países. También se aceptan los eID extranjeros, siempre que se notifiquen de acuerdo con el Art. 9 del Reglamento eIDAS y cumplan el nivel de garantía “alto”. Los datos necesarios, como el nombre, la fecha de nacimiento, etc., pueden leerse a partir de dichos documentos para utilizarlos con fines de identificación. La identificación mediante la información del DNI electrónico es el primer paso del procedimiento de identificación alemán.

Además, el nuevo documento de identidad alemán o cualquier pasaporte puede ser utilizado para leer la imagen electrónicamente. Esto permite al notario identificar a las partes mediante un procedimiento de identificación de dos pasos durante la videoconferencia en los casos en los que las partes no son ya conocidas por el notario.

Corrado: La plataforma italiana de la CNN está diseñada para lograr este objetivo. Tenemos que ver si la plataforma notarial será la que se permita operar.

2. ¿Se requiere una apostilla en sus respectivos países para los documentos notariales extranjeros o los certificados del registro mercantil presentados al notario nacional en el procedimiento en línea? ¿Es posible que sus autoridades nacionales emitan apostillas electrónicas?

Peter: En primer lugar, se plantea la cuestión de en qué contexto son relevantes las apostillas para las constituciones en línea. La constitución en línea de una GmbH alemana sólo puede ser realizada por un notario alemán. En consecuencia, los estatutos así como las resoluciones de los accionistas adoptadas en el curso de la constitución de la sociedad no necesitarán una apostilla. Por lo tanto, la apostilla sólo puede ser relevante para los documentos justificativos.

Si los poderes extranjeros son necesarios para la constitución, requieren una legalización, una apostilla o ninguna de las dos, dependiendo del país del que procedan. Sin embargo, si es necesaria una apostilla, el documento en papel con la apostilla debe enviarse al notario por correo, DHL o similar, antes de la legalización. La legislación alemana no prevé la posibilidad de aceptar una apostilla electrónica y, por principio, los tribunales de registro alemanes no aceptan las apostillas electrónicas.

En algunos casos, uno de los accionistas de la nueva empresa puede ser una persona jurídica extranjera. El notario alemán, al constituir la nueva sociedad, tendría que recabar información sobre la existencia de la persona jurídica extranjera, y sobre quién puede representarla.

En muchos casos, como por ejemplo entre Alemania y España, Alemania y Bélgica o Alemania e Italia, el notario alemán puede simplemente utilizar el sistema BRIS para acceder al registro mercantil extranjero y buscar los datos necesarios.

Sólo si esto no es posible, en la práctica es necesario contar con un certificado de un notario extranjero que confirme la existencia de la persona jurídica extranjera y sus normas de representación. Que esta confirmación necesite una legalización, una apostilla o ninguna de las dos cosas depende del país del que proceda.

Como he dicho antes, por principio, una apostilla electrónica no será aceptada por los tribunales de registro alemanes. Es necesario enviar los documentos pertinentes por correo.

Corrado: Sí, la apostilla es necesaria. Y no tenemos apostilla electrónica.

3. ¿Hay alguna disposición en su país para la extensión del procedimiento notarial en línea a otros casos fuera del ámbito de la Directiva Digital 2019/1151?

Peter: No, el legislador alemán decidió una transposición de la directiva de uno en uno, siguiendo el principio de “pensar primero a pequeña escala”.

El procedimiento de otorgamiento a distancia solo se introducirá para la constitución en línea de sociedades de responsabilidad limitada (GmbH) alemanas que se funden mediante aportaciones dinerarias. Esto está explícitamente regulado por el Art. 2 (3) de la Ley alemana de Sociedades de Responsabilidad Limitada en relación con el art. 16a de la Ley de Autenticación alemana.

Corrado: Todavía no, pero, por ejemplo, ya podemos celebrar todas las juntas generales online.

4. ¿Hay alguna disposición para evitar una excesiva concentración de trabajo digital por parte de determinados notarios?

Peter: Los fundadores de la nueva sociedad pueden elegir entre diferentes notarios competentes. Pueden elegir un notario en el domicilio o en la sede de uno de los futuros accionistas. También pueden elegir un notario en el domicilio social de la sociedad que se va a constituir. El domicilio social no tiene que ser necesariamente el lugar donde se encuentra la sede, por lo que esta opción ofrece a los fundadores cierta flexibilidad.

Estas normas de competencia garantizan que no sólo unos pocos notarios están especializados en las constituciones en línea, sino que todos los notarios pueden ocuparse de las constituciones en línea. Esto da a los ciudadanos más opciones.

Corrado: En realidad no para las solicitudes del extranjero. Para las que proceden de Italia debería haber un vínculo territorial. Además, el registro y el desregistro del notario en la plataforma quedarán registrados, por lo que no podrá pasar 30 instrumentos en una tarde, si tendrá que leer todo.

5. ¿En su país no ha habido cambios sustanciales en el derecho de sociedades, sólo o principalmente en el derecho notarial?

Peter: En Alemania, el otorgamiento a distancia se introdujo sobre todo mediante cambios en la ley notarial. El art. 2(3) de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada se introdujo para abrir la posibilidad de realizar la autenticación notarial exclusivamente para la constitución de una GmbH alemana sin aportaciones en especie mediante comunicación por vídeo y con firma electrónica cualificada, de acuerdo con los artículos 16a a 16e de la Ley de Autenticación alemana. La Ley de Autenticación alemana especifica además los detalles de la plataforma que debe utilizarse y el procedimiento. Las disposiciones pertinentes de los artículos 39 a 45b de la Ley alemana de Autenticación se han modificado para reflejar los requisitos específicos de los documentos públicos electrónicos originales.

Las nuevas normas de competencia se han introducido en los arts. 10a y 11 del Código Federal del Notariado.

Los arts. 78p y q del Código Federal del Notariado delegan la gestión del sistema de vídeo a la Cámara Federal del Notariado de Alemania y fijan las normas de las tasas.

El Código Mercantil también se ha modificado ligeramente para que el registro mercantil acepte ahora también los documentos públicos electrónicos originales.

Corrado: Principalmente el derecho de sociedades. Pero la norma sobre la constitución en línea en sí misma aparentemente estará en una ley separada

El artículo 10 de la directiva codificada sobre derecho de sociedades no ha sido modificado por la Directiva Digital. Ha sido recordado por el Consiglio di Stato en Italia en una decisión reciente. ¿Cómo puede afectar esto a la ley que permite la constitución de sociedades sin documento público y a las sociedades creadas de esa forma?

CONCLUSIONES ANTE LA APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA EN ESPAÑA

1. El artículo 20 de la Ley de Sociedades de Capital (LSC), que exige un documento público notarial para la constitución de las sociedades de capital, puede mantenerse siempre que se introduzca un procedimiento de ejecución totalmente online, en el que el requisito general de comparecencia física ante el notario se sustituya por otro tipo de interacción personal a distancia, a través de videoconferencia o medios audiovisuales similares.

La Directiva digital no prescribe un cambio de modelo, sino que se limita a realizar ciertos ajustes en los procedimientos notariales y registrales.

Es necesario introducir la apostilla electrónica para los documentos públicos notariales, como se ha hecho en Bélgica, para hacer posible un intercambio transfronterizo seguro de documentos en línea.



La adaptación del otorgamiento notarial en España (I). El control de la identidad, de la capacidad y del consentimiento

III.1. La Directiva 2019/1151 y la constitución íntegramente telemática de sociedades de capital. Primeras reflexiones a propósito de su trasposición al Derecho español

D^a Mónica Fuentes Naharro. Profesora titular Derecho Mercantil. Universidad Complutense Madrid

III.2. La identificación electrónica en el otorgamiento telemático notarial

D. José Carmelo Llopis. Notario

La Directiva 2019/1151 y la constitución íntegramente telemática de sociedades de capital. Primeras reflexiones a propósito de su trasposición al Derecho español

III.1

D^a MÓNICA FUENTES NAHARRO

PROFESORA TITULAR DERECHO MERCANTIL. UNIVERSIDAD COMPLUTENSE MADRID

CONSIDERACIONES PRELIMINARES

1. Antecedentes de la directiva

Como es sabido, la Directiva (UE) 2019/1151 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132, de 14 de junio, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (versión codificada, a la que nos referiremos también como “Directiva consolidada”), en lo que respecta a la utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del Derecho de sociedades, trae su causa en un relativamente largo iter prelegislativo que tiene dos precedentes esenciales:

Por un lado, la Propuesta de Directiva de Sociedades Unipersonales de Responsabilidad Limitada (*Societas Unius Personae*, o “Propuesta SUP”), publicada en 2014¹. Texto también pre-legislativo que tras largas negociaciones en el seno del Consejo Europeo pasó al Parlamento, donde su tramitación quedó paralizada (y abandonada). Esto supuso para la Comisión un duro fracaso que sin duda condicionó e influyó de forma determinante en el contenido y en los principios de política jurídica que informan el texto de la Directiva que hoy nos ocupa.

¹ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las sociedades unipersonales de responsabilidad limitada” que había elaborado la Comisión Europea (COM 2014/212 final, de 9 de abril de 2014, disponible en: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2014/ES/1-2014-212-ES-F1-1.Pdf>). Este texto inicial de 9 de abril de 2014 fue aprobado posteriormente como “orientación general” por el Consejo de Competitividad, el 28 de mayo de 2015 (Doc. 9050/15 DRS 41 CODEC 751, de 29 de mayo de 2015, disponible en: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9050-2015-INIT/es/pdf>). Sobre ambos textos, son referencia los trabajos de ESTEBAN VELASCO, G., “La propuesta de Directiva sobre la “Societas Unius Personae” (SUP): las cuestiones más polémicas”, en *El Notario del siglo XXI*, marzo-abril 2015 (nº 60), p. 148 y ss. (<http://www.elnotario.es>); y más recientemente: “La Propuesta de Directiva sobre la “Societas Unius Personae” (SUP): El nuevo Texto del Consejo de 28 de mayo de 2015”, en *AAMN*, 2015, p. 105 y ss. También de imprescindible consulta: VIERA GONZÁLEZ, J./TEICHMANN, C., (dirs.) *Private companies in Europe. The societas unius personae (SUP) and recent developments in the EU Member States*, Cizur Menor, 2016; VELASCO SAN PEDRO, L., “De la Societas Privata Europaea a la Societas Unius Personae en las Propuestas Europeas”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, nº 1, 2017, p. 327 y ss; GALÁN LÓPEZ, C., “La informatización de las sociedades: la constitución de la “societas unius personae” y la problemática que suscita”, (coord. Fernández/Arias/Martínez) *Derecho de sociedades y derecho de los mercados financieros: libro homenaje a Carmen Alonso Ledesma*, 2018, p. 341 y ss.

Por otro lado, el otro antecedente imprescindible está conformado por los trabajos del grupo de expertos denominado *Informal Company Law Expert Group* (ICLEG)², que asesoró técnicamente a la Comisión desde el verano de 2014 hasta el otoño de 2017³. El ICLEG, entre otras tareas, elaboró un “Informe sobre la Digitalización del Derecho de sociedades” (publicado en 2016)⁴. Además de este informe, el principal –que no único– fruto de aquellos trabajos entre la Comisión y el ICLEG es el denominado “Paquete de Derecho de Sociedades” (*Company Law Package*) publicado el 25 de abril de 2018⁵ en forma de dos Propuestas de modificación de la Directiva consolidada de sociedades: una sobre el uso de herramientas y procesos digitales en el derecho de sociedades (la Propuesta de Directiva 2019/1151, de 20 de junio, de digitalización, cuyo texto definitivo es objeto de este trabajo), y otra referida a las transformaciones fusiones y escisiones transfronterizas (la Propuesta de Directiva de movilidad transfronteriza, que con algunas modificaciones fue aprobada como Directiva 2019/2121, de 27 de noviembre de 2019)⁶.

Pero, como decíamos, la Propuesta SUP fue el primer intento de la Comisión Europea de incorporar obligatoriamente la constitución enteramente en línea de un tipo –*rectius*, subtipo– de sociedad de responsabilidad limitada (en este caso, unipersonal). Este elemento, la constitución íntegramente en línea, como veremos, es el núcleo de la Directiva de digitalización y, aunque a través de referencias muy sucintas, a lo largo de este trabajo podremos constatar hasta qué punto este texto (la Directiva de digitalización) es deudor de aquél (la Propuesta SUP).

2. La implementación de la directiva en Europa y España

Como se sabe, el artículo 2 párr. 1º de la Directiva, en principio, proporciona un plazo de dos años para que los respectivos derechos nacionales implementen la Directiva en sus respectivos ordenamientos, esto es, hasta el 1 de agosto de 2021. Sin embargo, la misma Directiva prevé una prórroga de 1 año a las que muchos países se han acogido. No es este el caso de Bélgica⁷, que ha sido el primer ordenamiento –cuando menos por nosotros conocido– que implementó la Directiva, y ha sido seguido poco después por Italia. Ninguno ha agotado el plazo referido. El derecho italiano cuenta también ya con una norma de implementación (*Decreto legislativo 2021/183, de 8 de noviembre*, por el cual se produce el *Recepimento della direttiva (UE) 2019/1151 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, recante modifica della direttiva (UE) 2017/1132 per quanto concerne l'uso di strumenti e processi digitali nel diritto societari*), cuya entrada en vigor tuvo lugar el 14 de diciembre de 2021 (salvo, como previsiblemente ocurra en la generalidad de los ordenamientos europeos, algunos aspectos relativos al intercambio de información a través del BRIS sobre la inhabilitación de los administradores, que entra en vigor el 1 de agosto de 2013)⁸.

2 <http://ec.europa.eu/transparency/regexpert/index.cfm?do=groupDetail.groupDetail&groupID=3036>.

3 Posteriormente el ICLEG, tras una nueva convocatoria de la Comisión se ha vuelto a conformar, si bien, afrontando ya otros proyectos, y bajo la denominación “Informal Expert Group on Company Law and Corporate Governance” (la información sobre sus miembros y actividades puede encontrarse en <https://ec.europa.eu/transparency/expert-groups-register/screen/expert-groups/consult?do=group-Detail.groupDetail&groupID=3036&NewSearch=1&NewSearch=1>).

4 https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/icleg-report-on-digitalisation-24-march-2016_en.pdf

5 https://ec.europa.eu/info/publications/company-law-package_en.

6 Sobre la Propuesta de movilidad transfronteriza, nos permitimos la remisión a nuestro trabajo: FUENTES NAHARRO, M., “Cross-Border Conversions and the Company Law Package”, (dirs. Kovaks, E./Winner, M.) *Stakeholder Protection in Restructuring* (Selected Company and Labour Law Issues), Nomos, 2019, p. 13 y ss. Más recientemente: FUENTES NAHARRO, M., “La protección de los acreedores en las operaciones transfronterizas en la nueva Directiva 2019/2121”, I&R (*Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*), núm. 2, 2021, p. 123 y ss.

7 Ley de 12 de julio de 2021, de implementación de la Directiva 2019/1151, publicada en el Boletín Oficial belga el 15 de julio de 2021, en cuya virtud se modifica el Código de sociedades belga.

8 https://www.gazzettaufficiale.it/atto/stampa/serie_generale/originario.

Algo particular también es el caso del ordenamiento alemán (*Gesetz zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie*, de 5 de julio de 2021, “DiRUG”) que, a pesar de tener desde esa fecha una ley ya redactada y aprobada, ha preferido posponer su entrada en vigor a la fecha límite de la prórroga otorgada (esto es, hasta el 1 de agosto de 2022). Este aplazamiento se ha debido a la voluntad del legislador alemán de proporcionar tiempo de transición suficiente a sus notarios para adaptarse al nuevo sistema de constitución íntegramente on line.

También España cuenta ya con un Anteproyecto de Ley al que haremos algunas referencias imprescindibles⁹ (y, al que en adelante, nos referiremos como “Anteproyecto de Ley de transposición” o, simplemente, el “Anteproyecto”). El carácter no definitivo de este texto nos lleva a dejar para un futuro trabajo un análisis más profundo de lo que, esperemos, pronto sea Ley de transposición, sin perjuicio de hacer ahora las imprescindibles reflexiones que procedan y que, lógicamente, tienen un carácter tan provisional como su texto. También dejaremos de lado el análisis de otros aspectos que la Directiva de digitalización aborda y que ahora sólo apuntaremos de forma sucinta (v. infra II), cosa que hacemos no sólo debido a la cautela de esperar una Ley de transposición definitiva sino, sobre todo, al carácter necesariamente reducido de esta exposición que exige limitar nuestro análisis, únicamente, a la constitución telemática de sociedades de capital.

CARACTERIZACIÓN GENERAL Y SIGNIFICADO DE LOS “PROCEDIMIENTOS EN LÍNEA”: MÁS ALLÁ DE LA CONSTITUCIÓN TELEMÁTICA

Aunque como decíamos, centraremos nuestra intervención en la constitución telemática, antes abordaremos de forma sucinta una aproximación general al contenido de toda la Directiva. Con este fin trataremos primero de describir y sistematizar los elementos caracterizadores esenciales que permitirán conocer su contenido; luego explicaremos el ámbito subjetivo de su aplicación; y, por último, expondremos los principios generales que informan el conjunto del texto. El resto de esta intervención se centrará única y exclusivamente en la constitución íntegramente en línea de sociedades que, además, resulta ser el núcleo central de la Directiva.

La Directiva de digitalización, que se justifica tanto por motivos de carácter económico, como de carácter jurídico, se estructura en cinco artículos, siendo el artículo 1 el más relevante, ya que en él se incorporan todas las “Modificaciones a la Directiva (UE) 2017/1132” y se contiene la reforma de los preceptos fundamentales de la Directiva consolidada en cuanto a constitución de sociedades y sucursales se refiere: esencialmente –aunque no sólo– la Directiva de digitalización modifica el artículo 13 (añadiéndose los arts. 13 *bis* a 13 *undecies*, que contienen las novedades de régimen sustantivo más relevantes), el artículo 16 (añadiéndose el art. 16 *bis*), el artículo 19, y añade también los artículos 28 *bis*, 28 *ter*, 28 *quater* y 30 *bis* (estos últimos dedicados a las sucursales). El artículo 2 se dedica a la “Transposición” (1 de agosto de 2021 con la posibilidad de prórroga de un año ya referida). El artículo 3 a los “Informes, revisión y recogida de datos”, precepto dedicado a la evaluación por la Comisión de diversos aspectos: la eventual extensión imperativa del registro en línea a todos los tipos de sociedades de capital más allá de las recogidas en el anexo II bis, la viabilidad de facilitar un modelo armonizado de constitución para toda la Unión Europea (“UE”), la experiencia en cuanto a la aplicación de las normas de inhabilitación de los administradores, etc. El artículo 4 se destina a la “Entrada en vigor” (20 días después de su publicación en el DOUE). El artículo 5 a los “Destinatarios” (los Estados miembros).

9 Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Digital del Servicio Público de Justicia, por la que se transpone al ordenamiento jurídico español la Directiva (UE) 2019/1151 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que respecta a la utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del Derecho de sociedades”. Se encuentra publicado y disponible en: https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/APLEficienciaDigitalAudPubeinformes_actual.pdf.

De un primer análisis del conjunto de sus preceptos (especialmente de su artículo 1 y las modificaciones que introduce en el texto de la Directiva consolidada) se colige que la Directiva de digitalización se construye en torno a los siguientes cuatro grandes elementos caracterizadores:

1. El primer elemento es la imposición del procedimiento “íntegra o puramente” en línea para constituir sociedades de capital¹⁰. Este procedimiento es el núcleo esencial de la Directiva de digitalización y también de esta intervención. A lo largo de ella haremos referencia a las proyectadas reformas del RRM y de la LSC incorporadas en el Anteproyecto de Ley de implementación de la Directiva.
2. El segundo elemento que caracteriza la Directiva es la extensión de ese procedimiento íntegramente en línea al denominado “ciclo vital” de todas las sociedades de capital (art. 13 *undecies*: sobre “Presentación en línea de documentos y de información societarios”). En virtud de ello se impone a los Estados miembros la obligación de velar porque los documentos e información a que se refiere el artículo 14 de la Directiva consolidada, incluida cualquier modificación posterior, puedan *completarse íntegramente en línea* ante el Registro mercantil en el plazo previsto por el Derecho del Estado miembro en el que esté registrada la sociedad (art. 13 *undecies*.1^o). El significado de esa expresión –completarse íntegramente en línea– es también el de excluir la necesidad de que los solicitantes comparezcan en persona ante cualquier autoridad del Estado miembro. De ahí que la Directiva se refiera constantemente a lo largo de su texto, en plural, a “los procedimientos en línea”. Con ello alude, en definitiva, a soluciones íntegramente electrónicas para presentar la documentación e información necesaria en el Registro mercantil a lo largo de todo el ciclo de vida de la sociedad. Ello, sin embargo, no excluye o elimina las tradicionales formas de presentación (en papel, por ejemplo; cfr. art. 13 *undecies* 5^o).

El artículo 2 (“Transposición”) de la Directiva observa en su apartado segundo un plazo mayor para la implementación de la digitalización del “ciclo vital” de la sociedad. A ello responde el apartado segundo de este artículo 2, cuando dice

“No obstante lo dispuesto en el apartado 1 del presente artículo, los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 1, punto 5, de la presente Directiva, en lo que atañe al artículo 13 *decies* y al artículo 13 *undecies*, apartado 2, de la Directiva (UE) 2017/1132, y a lo dispuesto en el artículo 1, punto 6, de la presente Directiva, en lo que atañe al artículo 16, apartado 6, de la Directiva (UE) 2017/1132, a más tardar el 1 de agosto de 2023”.

Así, la implementación de lo dispuesto respecto de los administradores inhabilitados (13 *decies*) y respecto de la presentación en línea de documentos e información societarios de cualquiera de los documentos a que se refiere el artículo 14 de la Directiva consolidada (esto es, la presentación en línea de los principales actos que afectan al “ciclo vital” de la sociedad), y a que estos documentos puedan tanto en cuanto respecta a su origen como integridad verificarse electrónicamente (exigencia contenida en el art. 13 *undecies*.2^o), dispone de un plazo mucho más amplio: el de 1 de agosto de 2023.

¹⁰ En un trabajo de este carácter, aunque resulte innecesario –por ser sobradamente conocido por cualquier lector–, no podemos dejar de mencionar que la constitución en línea o electrónica existe en nuestro país desde hace ya tiempo. En España, la posibilidad de constituir por medios telemáticos una sociedad de capital surgió en el año 2003, con la Sociedad Limitada Nueva Empresa (“SLNE”, con la que se introdujo el sistema de constitución telemática o electrónica: v. arts. 5 y 6 del RD 682/2003, de 7 de junio) en torno a cuatro piezas fundamentales: (1) los Puntos de Atención al Emprendedor, (2) la cumplimentación del Documento Único Electrónico (DUE), cuya remisión generaba una cita con la notaría, (3) y el CIRCE, sistema ante el cual la cuarta pieza del procedimiento, (4) el notario, solicitaba la inscripción de la escritura firmada electrónicamente. Este sistema, como se sabe, fue luego extendido a todas las sociedades de responsabilidad limitada a finales de 2006 con la aprobación del RD 1332/2006, de 21 de noviembre, regulador del Documento Único Electrónico (DUE) (v. también art. 5 RDL 13/2010, de 3 de diciembre). Posteriormente el DUE ha sido contemplado en la propia LSC, en concreto, en su disposición adicional 3^a.

3. En tercer lugar, los procedimientos “íntegramente en línea” se extienden también, *mutatis mutandis*, a las sucursales (a su registro y también a la documentación e informaciones que deban presentar). A ello se destina la inserción de los artículos 28 *bis*, *ter*, *quater* y 30 *bis*. La Directiva prevé que también sea posible abrir y registrar una sucursal en otro Estado miembro de manera enteramente telemática, para lo cual, se utilizaría el Sistema de Interconexión de los Registros Mercantiles (más conocido como “BRIS”, sus siglas en inglés). Además, obliga a los Estados miembros a informarse mutuamente, a través del BRIS, sobre los cierres de sucursales y sobre las modificaciones de razón social o de domicilio social (tratando de aplicar, en definitiva, el principio de “solo una vez” en un contexto transfronterizo). El Anteproyecto de Ley de implementación recoge este régimen en los proyectados nuevos artículos 308 *bis* a 308 *quáter* del RRM.
4. En cuarto y último lugar, la Directiva afecta a la publicidad registral y a su coste. Son varias –e importantes– las reformas que se introducen en el sistema de publicidad legal y de funcionamiento de nuestros Registros mercantiles y que atienden al referido principio de “solo una vez” del que la Directiva hace gala y que implica que los empresarios no tengan que reiterar la presentación ante ninguna administración pública de una misma información (Considerando 28).

En primer lugar, se modifica de forma sustancial el actual artículo 16 (“Publicidad en el registro”) y se inserta un artículo 16 *bis* (“Acceso a la información publicada”). El artículo 16 impone en su nuevo texto a los Estados miembros la obligación de (i) velar porque se asigne a las sociedades un identificador único europeo (“EIUD”) que permita identificarlas inequívocamente en las comunicaciones entre los Registros a través del BRIS (a ello responde el nuevo artículo 94 *bis* del RRM¹¹ que observa el Anteproyecto de Ley de implementación), (ii) y velar porque el Registro convierta a formato electrónico todos los documentos e información que se presenten en papel “en el plazo más breve posible”.

También prevé la nueva Directiva que los Registros de los Estados miembros puedan dar publicidad a los documentos e informaciones del artículo 14 de la Directiva consolidada, a través de “una plataforma electrónica central”. Dice el artículo 16 de la Directiva en su nuevo apartado 3º que “los Estados miembros podrán exigir también que algunos o todos los documentos e información –refiriéndose la norma a los del artículo 14– se publiquen en el boletín nacional designado a tal efecto, o por medios igualmente efectivos”. Y ese medio “igualmente efectivo” es la plataforma electrónica central, tal y como apunta a continuación la norma: “Dichos medios implicarán, al menos, el uso de un sistema mediante el cual se pueda acceder a los documentos y la información publicada por orden cronológico a través de una plataforma electrónica central”. Así, la publicidad en cualquiera de ambos soportes (boletín o plataforma) produciría efectos jurídicos (oponibilidad). Ello significa que la Directiva otorga a cada Estado miembro que, al incorporar la plataforma, la publicación en el BORME (en el caso de España) podría dejar de ser necesaria–si así lo decide el legislador– a efectos de oponibilidad, ya que la publicidad produciría efectos desde su publicación en la plataforma electrónica central.

La publicidad de esa información societaria, y su acceso a través de la plataforma central europea (gracias al identificador único europeo, “EUID” de cada sociedad), se halla prevista en el proyecto de reforma de los artículos 17 del Código de comercio y 308 *quinquies* y *ss.* del RRM del Anteproyecto de Ley de implementación. Sin embargo, salvo error, no parece que el Anteproyecto otorgue efectos de oponibilidad a la publicación en esa plataforma. De ahí que parezca oportuno seguir insistiendo en lo mucho que una reforma en este sentido aliviaría la carga que la doble publicación (en BORME y en Registro mercantil) representa para los empresarios en España.

¹¹ Artículo 94 *bis* RRM proyectado tiene la siguiente redacción: “Se asignará a las sociedades de capital y a las sucursales de sociedades de otros Estados miembros un identificador único europeo (“EUID”), que permita identificarlas inequívocamente en las comunicaciones entre los registros a través del sistema de interconexión de registros mercantiles. Dicho identificador único europeo se compone de prefijo del país (ES); código del Registro Mercantil seguido de un punto; identificador único de sociedad o sucursal y, en su caso, un dígito de verificación que permita evitar errores de identificación”.

Por último, como decíamos, también el coste de la publicidad registral se ha visto modificado por la Directiva. Por un lado, se ha incorporado el principio del “coste administrativo” como referencia del precio máximo que el Registro puede cobrar por emitir una copia de la documentación e información mencionada en el artículo 14 (ya sea en papel o en formato electrónico), si bien ese coste administrativo incluirá el coste de desarrollo y mantenimiento de los Registros (art. 16 *bis*.2º, art. 13 *quinquies* y art. 19.1º). Ello se encuentra recogido en la proyectada Disposición final séptima del Anteproyecto de Ley de implementación. Dichas copias, además, tendrán –salvo que el solicitante renuncie a ello– el carácter de certificadas (art. 16 *bis*.3º).

Por otro lado, se ha incrementado la información accesible de forma gratuita a través del BRIS, que pasará a incluir, entre otros datos, la identidad de las personas facultadas para representar a la sociedad frente a terceros como órgano o como miembro del órgano de administración [art. 19. 2º, g)]. Estas cuestiones también han quedado recogidas en los apartados segundo y tercero de la Disposición final séptima del Anteproyecto antes referida.

LA CONSTITUCIÓN INTEGRAMENTE TELEMÁTICA

1. Delimitación de la exposición: el otorgamiento de escritura fundacional y la prohibición de comparecencia física

El procedimiento de constitución íntegramente en línea o telemático se encuentra recogido, sustancialmente, en el artículo 13 *octies* de la Directiva que, a su vez, se ve complementado por otras normas sobre: (ii) identificación electrónica del fundador (art. 13 *ter*), y (iii) la posibilidad de recurrir a modelos (formularios) para la constitución (art. 13 *nonies*), y (iv) reglas sobre el desembolso del capital en línea (art. 13 *sexies*). Por supuesto, también el régimen previsto en la Directiva que pretende avanzar en la armonización (más procesal que sustantiva) de la inhabilitación de los administradores (art. 13 *decies*) tiene incidencia en el momento de la constitución (en el que se designan los primeros administradores de la sociedad), sin embargo, esta cuestión, por la complejidad técnica que suscita la unificación de la esa información y su puesta a disposición a través del BRIS en los distintos Estados miembros, como vimos antes, se ha beneficiado de un plazo de gracia adicional de un año para su implementación (hasta el 1 de agosto de 2023).

Debido al carácter necesariamente limitado de esta exposición y al tema en que la mesa se centra (la identificación de los otorgantes en la constitución en línea), una vez explicados los aspectos esenciales de la constitución en línea, su significado y principios informadores (v. *infra* 2), pasaremos a centrarnos en la constitución telemática, abordando primero el ámbito subjetivo de aplicación de la Directiva (v. *infra* 3) y, luego, centrarnos en el significado de la prohibición de comparecencia física de los otorgantes impuesta por la Directiva (v. *infra* 4). No podremos analizar por tanto otros aspectos del régimen de constitución íntegramente telemática como son el uso de modelos o “templates”, el régimen de aportaciones al capital, el deber de información suficiente y accesible para el fundador y el de nombramiento de administradores y la información transfronteriza sobre administradores inhabilitados¹².

¹² Un primer análisis de todo este régimen contenido en la Directiva de digitalización se encuentra en nuestro trabajo: FUENTES NAHARRO, M., “La digitalización del derecho de sociedades: de la SUP al Company Law Package”, en AAMN, tomo 59, 2019, p. 615 y ss; también en “La digitalización del derecho de sociedades”, (dir. Sánchez-Calero/Martínez) Nuevas Tendencias de Derecho europeo y del Derecho español de sociedades, Madrid, 2019, p. 323 y ss.

2. Significado y principios informadores de la constitución telemática

El precepto central de la Directiva de digitalización es el artículo 13 *octies*. Se trata sin embargo de una norma que, como ya hemos adelantado, no es “original”, sino que retoma la idea informadora de la Propuesta de Directiva SUP (concretamente, de su art. 14.3¹³). No obstante, la Directiva se aparta en muchos aspectos de aquella Propuesta porque se focaliza, fundamentalmente, en solo uno de los múltiples aspectos de política jurídica que informaban aquella: la constitución íntegramente en línea de la sociedad. Recordemos que, además de la fundación puramente electrónica, la Propuesta de Directiva SUP inicialmente preveía, entre otras instituciones de derecho sustantivo, las siguientes: (i) un capital fundacional mínimo de un euro, (ii) modelos de escritura de constitución y registro con un contenido armonizado y cuyo uso eximía de la escritura pública, (iii) un régimen para las instrucciones intra-grupo, (iv) un test de solvencia en el ámbito de la distribución de resultados, (v) e imponía la teoría de la sede real frente a la teoría de la incorporación.

Aquella figura, calificada por la doctrina como “caballo de Troya”, probablemente fue víctima de su excesiva ambición y, por qué no decirlo, quizá también de una desenfocada aproximación: la de crear un “sub-tipo” de sociedad limitada desde el cual modificar muchas de las grandes instituciones del Derecho europeo de sociedades de capital. Acertadamente, la Directiva de digitalización es menos ambiciosa y se focaliza esencialmente en imponer a todos los Estados miembros el mandato regulatorio de incorporar herramientas que permitan un procedimiento de constitución de sociedades de capital que sea rápido y puramente o íntegramente en línea (art. 13 *octies*.1^o).

La principal novedad que la Directiva traerá a nuestro derecho positivo que, como es sabido conoce desde hace años un régimen para la constitución telemática de sociedades limitadas (aunque exigiendo comparecencia física ante el Notario) radica en que, a partir de su transposición, el fundador (o su representante) no tendrá -mejor dicho- no podrá ser obligado por los derechos nacionales a comparecer físicamente ante ninguna autoridad del Estado miembro donde vaya a constituir esa sociedad. Esta idea queda reflejada en el apartado 1^o del artículo 13 *octies*:

“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, a reserva de lo dispuesto en el artículo 13 ter, apartado 4, y en el apartado 8 del presente artículo”.

Los procedimientos en línea que incorpora la Directiva, como ya dijimos en otra ocasión, obedecen a los siguientes tres principios: (i) imperatividad, (2) neutralidad tecnológica y (3) respeto a las tradiciones jurídicas de cada Estado miembro¹⁴.

2.1. Imperatividad

La digitalización o, más correctamente, los procedimientos en línea, son de carácter imperativo, esto es, desde la aprobación de la Directiva existe un mandato de regulación impartido por el legislador europeo a los distintos Estados miembros de prever las reformas e incorporaciones necesarias en sus derechos nacionales respectivos para

13 Este apartado 3^o establecía en su primer párrafo: “Member States shall ensure that the registration procedure for SUPs established ex nihilo may be completed electronically in its entirety without it being necessary for the founding member to appear before any authority in any Member State (‘on-line registration’). In addition, Member States may allow SUPs to be registered in other ways than on-line” (la Propuesta, en la versión del Consejo de 2015, se encuentra disponible en: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-8811-2015-INIT/en/pdf>).

14 FUENTES NAHARRO, M., “La digitalización del derecho de sociedades: de la SUP al Company Law Package”, cit., p. 615 y ss; o en “La digitalización del derecho de sociedades”, cit., p. 323 y ss.

permitir a las sociedades de capital el acceso a los procedimientos digitalizados (con los matices que se añadirán respecto del ámbito subjetivo de la constitución íntegramente en línea, cfr. *infra* 3).

Sin embargo, imperatividad (esto es, el mandato de regulación que obliga a cada legislador nacional a facilitar los procedimientos en línea) no significa que los procedimientos “tradicionales” (en papel) queden excluidos o eliminados. La digitalización por tanto no es exclusiva o -mejor- no es excluyente: no es exclusiva porque no será la única vía de acceso al Registro mercantil (ya sea respecto de la constitución o respecto del resto del ciclo vital de las sociedades); o, si se quiere, no es excluyente de los medios o procedimientos tradicionales, que en principio, seguirán vigentes y surtirán los mismos efectos jurídicos. Como advierte el Considerando 8: “La presente Directiva no debe obligar a las sociedades a utilizar tales procedimientos”. Ahora bien, esa afirmación debe conjugarse con la excepción que, justo a continuación, contiene el mismo Considerando: “Los Estados Miembros deben, no obstante, poder decidir que algunos procedimientos en línea, o todos ellos, sean obligatorios”. Por lo tanto, en principio, salvo que nuestro legislador nacional imponga algunos de los procedimientos en línea o todos ellos como el único procedimiento posible –y obligatorio- a esos efectos (lo que no está previsto en el Anteproyecto), las sociedades que tipológicamente queden subsumidas en este régimen de los procedimientos digitalizados no están obligadas a recurrir a ellos, siendo esta una mera opción a disposición de los fundadores.

En coherencia con lo anterior, el artículo 16 *undecies* prevé expresamente en su apartado 5º que:

“Los Estados miembros podrán seguir permitiendo otras formas de presentación que no sean las mencionadas en el apartado 1, incluso por medios electrónicos o en papel, por parte de sociedades, notarios u otras personas u organismos habilitados en virtud del Derecho nacional para tratar esas formas de presentación”.

La digitalización, por tanto, es una opción –mejor dicho, un procedimiento opcional- que el derecho nacional debe garantizar a las sociedades de capital; pero que –salvo decisión expresa del legislador en sentido distinto, supuesto que no conocemos hasta el día de hoy- no puede imponerse como único o excluyente de otros medios de presentación.

Creemos que el legislador español no debería imponer los procedimientos digitalizados como única opción (exclusiva y excluyente) de acceso al Registro mercantil. Los procedimientos digitalizados son, en definitiva, una “herramienta” a disposición de las sociedades, a la que deberían poder recurrir sólo si así lo desean. Esta línea de pensamiento parece que ha sido la acogida por el Anteproyecto de Ley de implementación en España (así como en los países que conocemos de nuestro entorno).

2.2. Neutralidad tecnológica

La digitalización que acoge la Directiva –y así ya lo expresó el ICLEG en su Informe¹⁵- debe respetar el principio de neutralidad tecnológica. Ciertamente es que la Directiva habla en sus considerandos de la videoconferencia cuando se refiere a los medios complementarios para acreditar la identidad de un sujeto (v. Considerando 22)¹⁶, pero no impone ningún medio ni audiovisual ni biométrico específico para la constatación de la identificación electrónica de los fundadores (en el caso de la constitución) o de los otorgantes/solicitantes (en los demás supuestos). Esta idea (neutralidad tecnológica) ya la encontrábamos antes en el texto y considerandos del Reglamento 910/2014 del Par-

15 V. Informe del ICLEG sobre Digitalización del Derecho de Sociedades, Recomendación segunda.

16 “Los Estados miembros también deben poder permitir a sus autoridades, personas u organismos competentes, 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”.

lamento Europeo y del Consejo de 23 de julio de 2014 (Reglamento eIDAS) relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior.

En cualquier caso, como se verá, la videoconferencia ha sido el instrumento adicional para el control notarial de identidad, capacidad y suficiencia del poder que finalmente ha incorporado el derecho proyectado español, siguiendo así la línea de los legisladores europeos de nuestro entorno con tradición notarial similar a la nuestra.

2.3. Respeto a las tradicionales legislativas de los EEMM (neutralidad jurídica)

La Directiva reconoce de forma expresa el respeto a los sistemas de control de legalidad vigentes en determinados países de Europa o, lo que se ha llamado correctamente, principio de “neutralidad jurídica” (con el consabido límite de la presencia física)¹⁷. Así, se alude a la necesidad de “respetar las tradiciones de los Estados miembros”, dándoles “flexibilidad en la forma de facilitar un sistema íntegramente en línea”, mencionándose incluso de forma expresa la “función de los notarios y abogados en cualquier fase de esos procedimientos en línea” (Considerando 19).

En coherencia con este criterio de política jurídica, el artículo 13 *quater* (dedicado a las “Disposiciones generales sobre procedimientos en línea”) plasma en su apartado primero el principio de respeto a “los sistemas y tradiciones jurídicas” de cada Estado miembro para designar a personas u organismos que se encarguen o participen en “cualquier aspecto de la constitución en línea de sociedades, el registro en línea de sucursales y la presentación en línea de documentos e información”, aludiendo incluso expresamente al respeto a los “procedimientos jurídicos para el otorgamiento de los instrumentos de constitución” (art. 13 *quater* 2º) y advirtiendo que en ningún caso se verán afectados por la Directiva los “requisitos en virtud del Derecho nacional aplicable en relación con la autenticidad, exactitud, fiabilidad y credibilidad y la forma jurídica adecuada de los documentos o información que se presenten” (art. 13 *quater* 3º).

De este modo, el control notarial de legalidad existente en nuestro país (y en tantos otros europeos que siguen el sistema de notariado latino o romano-germánico) no se rechaza ni se pone en cuestión por la Directiva. Lo que la Directiva pone en cuestión –como veremos a continuación en el siguiente epígrafe de este trabajo– es el modo o la forma en que ese control notarial se ha venido haciendo hasta ahora, ya que la Directiva prohíbe que se siga exigiendo la comparecencia física del otorgante de la escritura.

3. Ámbito subjetivo de aplicación de la constitución en línea

El ámbito de aplicación de la Directiva de digitalización se extiende, en principio, a *todas* las sociedades de capital (las de los anexos de la Directiva 1127/1132 consolidada de sociedades), tal y como indica el artículo 13¹⁸. Sin embargo, el ámbito subjetivo del procedimiento de constitución íntegramente en línea exige hacer alguna matización adicional.

En este último caso, los Estados miembros podrán excluir de este procedimiento a todas aquellas sociedades que no sean las del (nuevo) anexo II bis (referido a las “sociedades de responsabilidad limitada”). Así viene determinado por la redacción del artículo 13 *octies* 1. párrafo 2º, ciertamente, algo confusa por estar construida sobre enunciaciones negativas –bastante habituales en el lenguaje del legislador europeo– al decir: “No obstante, los Estados miembros podrán decidir no ofrecer procedimientos de constitución en línea para otros tipos de sociedades que no

17 LUCINI, A., “La nueva Directiva sobre utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del derecho de sociedades”, *El notario del siglo XXI*, núm. 86, julio-agosto 2019, p. 43.

18 “Las medidas de coordinación prescritas en la presente sección y en la sección 1BIS se aplicarán a las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a los tipos de sociedades enumerados en el anexo II y, cuando se especifique, a los tipos de sociedades enumeradas en los anexos I y II BIS”.

sean los enumerados en el anexo II BIS”. Ello, en definitiva, significa que todos los Estados miembros tendrán a su disposición una cláusula de exención (*opting-out*) que deja en manos del legislador nacional la decisión de política jurídica de eximir de forma expresa a los tipos sociales cuya constitución presenta especial “complejidad” (anónimas y comanditarias por acciones; cfr. Considerando 15), de la aplicación del sistema de constitución en línea.

Desde el derecho comparado, la doctrina alemana venía ya, desde que la Comisión publicó el primer texto en 2018, abogando porque su legislador nacional se acogiese a esta exención¹⁹, lo que, efectivamente, ha sucedido con la DiRUG, limitando la constitución telemática a la sociedad limitada (“GmbH”) (y al subtipo, “Unternehmen Gesellschaft o UG”)²⁰. Lo mismo cabe decir del derecho italiano, que también lo ha limitado al tipo sociedad limitada (incluido el subtipo “simplificata”)²¹. Distinta sin embargo ha sido la orientación del derecho belga, que ha regulado el procedimiento de constitución telemática tanto para sociedades anónimas como limitadas²².

Por lo que respecta al derecho español, el Anteproyecto de Ley de transposición se sitúa en la línea, si se quiere, más conservadora, del derecho alemán e italiano. Concretamente, el que -de aprobarse tal cual- será el nuevo artículo 22 bis LSC, también se acoge la cláusula de exención y regula la fundación íntegramente en línea únicamente para las sociedades de responsabilidad limitada. Dicho precepto, rubricado “Constitución de sociedades en línea”, entre otros aspectos sobre los que luego se volverá dice en su primer párrafo: “Las sociedades de responsabilidad limitada podrán ser constituidas mediante el procedimiento íntegramente en línea regulado en esta ley, sin perjuicio de la posibilidad de utilizar cualquier otro tipo de procedimiento legalmente establecido”.

Por último, en relación con el ámbito subjetivo no debe olvidarse que, a los efectos de la constitución telemática, la Directiva observa que puedan actuar como fundadores tanto las personas físicas como jurídicas, sin importar el tipo social ni el número de socios, en su caso, del fundador en este último caso. Aunque esta precisión pueda parecer superflua, no lo es tanto, puesto que el antecedente al que ya nos hemos referido del Proyecto de Directiva SUP, limitaba mucho el ámbito subjetivo de la constitución íntegramente en línea debido al subtipo social al que iba destinada la norma: tanto por lo que respecta a los fundadores (único fundador), como por el tipo a constituir (sociedad de responsabilidad limitada, claro, unipersonal). Esta amplitud respecto del ámbito subjetivo de los fundadores puede plantear algunas dificultades adicionales al control de legalidad que debe llevar a cabo el notario en el proceso fundacional (*infra* 4.2).

4. El otorgamiento de la escritura fundacional y la prohibición de comparencia física ante el notario

4.1. El control de identidad, capacidad, voluntad y poder de los otorgantes: la identificación electrónica y los métodos de control complementarios

Como ya se ha avanzado, en este procedimiento íntegramente telemático o en línea, la identidad del fundador(es) –“solicitantes”, dice el texto- deberá constatarse de la misma forma, puesto que la comparencia física queda vetada. Para asegurar este fin, el artículo 13 *ter* establece en su apartado primero que:

19 Por todos, vid.: TEICHMANN, C., “Digitale Gründung von Kapitalgesellschaften”, ZIP, núm. 51-52, 2018, p. 2452 y 2453.

20 A este fin la DiRUG ha modificado el artículo 2 GmbHG, al que se añade un apartado 3º en el que se prevé que la constitución de la sociedad se puede hacer también por medio de la comunicación por video de acuerdo con los §§ 16a a 16e BeurkG.

21 El Decreto legislativo 2021/183, de 8 de noviembre, prevé esta delimitación subjetiva en su artículo 2. Indicando expresamente que esos tipos pueden ser constituidos por acto público ante notario mediante la participación a través de videoconferencia de todas las partes o de algunas.

22 Cfr. Ley de 12 de julio de 2021, que entró en vigor el 1 de agosto de 2021, por la que se implementa la Directiva al derecho de sociedades belga.

“Los Estados miembros velarán porque los siguientes medios de identificación electrónica puedan ser utilizados por los solicitantes que sean ciudadanos de la Unión en los procedimientos en línea contemplados en el presente capítulo: a) los medios de identificación electrónica expedidos por un sistema de identificación electrónica aprobado por el propio Estado Miembro [es decir, cada Estado miembro debe admitir, como es lógico, a los que se identifiquen con un sistema de identificación “propio” de ese Estado]; b) los medios de identificación electrónica expedidos en otro Estado Miembro y reconocidos a efectos de la autenticación transfronteriza de conformidad con el artículo 6 del Reglamento (UE) nº 910/2014” [esto es, los medios del Reglamento IDAS].

Probablemente, esta fue -si no la más- una de las cuestiones más delicadas y controvertidas del proceso de negociación de esta Directiva. A nadie se le puede escapar que la garantía de la identidad del otorgante de la escritura es crucial y que no todos los países observan los mismos estándares de exigibilidad a este respecto. De hecho, la negociación de este precepto -de la versión del mismo que propuso la Comisión inicialmente- en el seno del Consejo Europeo suscitó importantes controversias. Su inicial redacción no satisfacía las expectativas de seguridad de aquellos países que, como España, aplicaban un estricto control de legalidad *ex ante* en todos los procesos constitutivos de sociedades, ya que de su redacción parecía colegirse la obligación de los derechos nacionales de asumir cualesquiera otros medios de identificación más laxos que hubieran sido autorizados por algún Estado miembro. Tras arduas negociaciones se lograron dos importantes objetivos que eliminaron las iniciales reticencias de algunos países -como España- y facilitaron la aprobación del texto final: por un lado, la posibilidad de denegar el reconocimiento de medios de identificación electrónica que no cumplan con el estándar del artículo 6.1 del Reglamento IDAS; por otro lado, el reconocimiento en favor de los legisladores nacionales -si bien, en el Considerando 22, y no expresamente en el texto de la Directiva- de la posibilidad de establecer controles electrónicos complementarios mediante videoconferencia u otros medios en línea que ofrezcan una conexión audiovisual en tiempo real. Ello, como acertadamente se ha señalado, es coherente con los objetivos generales de la Unión Europea en cuanto a la prevención del blanqueo de capitales, seguridad en las transacciones, impidiendo el robo de identidad y un uso seguro de internet²³.

En cualquier caso, a la vista de todo lo anterior, es claro que el procedimiento constitutivo íntegramente en línea previsto en la Directiva choca con nuestro sistema notarial vigente, donde se exige que el otorgante de la escritura comparezca en persona y haga la correspondiente declaración de voluntad (libre) ante el notario, quien no solo tendrá que constatar su identidad (y voluntad), sino también que tiene capacidad civil suficiente para otorgar el acto o contrato de que se trate y, en su caso, la validez de su poder de representación (cfr. arts. 156 y ss. del Reglamento notarial sobre comparecencia y capacidad de los otorgantes y arts. 17, 17 bis y concordantes de la Ley de 28 de mayo de 1962 orgánica del Notariado).

De ahí que nuestro notariado, en la línea de lo ya avanzado en Alemania²⁴ o Italia²⁵ -con un sistema notarial con naturaleza y funciones similares- prevea también incorporar como medio adicional de control fundacional el recurso al sistema de videoconferencia. Para ello, el Anteproyecto de Ley de implementación ha previsto la modificación de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862. Especialmente relevante en relación con el tema que nos ocupa es la introducción de un artículo 17 *ter* en esa Ley (que abarca muchos más actos que la mera constitución de sociedades) en virtud del cual se dice expresamente que:

23 ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., “Proposal Regarding the Use of Digital Tools and Processes”, cit., p. 166

24 Aquel, mediante la DiRUG (§4 que modifica el §16 de la Beurkundungsgesetzes) mantiene la necesidad de comparecencia ante el notario, pero también ésta pasa a ser de carácter virtual a través del sistema de videoconferencia operado por la Cámara Federal de Notarios (equivalente al Consejo General del Notariado).

25 Por su lado, el legislador italiano ha previsto algo similar en su Decreto legislativo, donde expresamente observa que el otorgamiento de la escritura fundacional se haga a través de una plataforma telemática diseñada y gestionada por el *Consiglio Nazionale del Notariato* (art. 2.1 del D.lgs. 183/2021, de 8 de noviembre).

“1. Se podrá realizar el otorgamiento a través de videoconferencia como cauce obligado para el ejercicio de la función pública notarial, en los siguientes actos o negocios jurídicos: (...) b) La constitución de sociedades, nombramientos y apoderamientos, así como el otorgamiento de actos societarios que no contengan aportaciones inmobiliarias o de establecimiento mercantil. (...). 3. “En el acto del otorgamiento mediante videoconferencia, el Notario habrá de exhibir al compareciente el documento a través de la plataforma, de modo que pueda hacer uso de su derecho a leerlo, sin perjuicio de la lectura alternativa por parte del Notario y del asesoramiento que debe prestar acerca de su contenido (...)”.

Como se puede apreciar, la modificación de la Ley del Notariado propuesta no se limita a la constitución de sociedades de responsabilidad limitada que observa la reforma propuesta de la LSC, sino, en general, a todo tipo de sociedades, nombramientos, apoderamientos y a una gran variedad de actos societarios. Parece que la reforma legislativa -correctamente- ya piensa, por un lado, en una futura ampliación del ámbito subjetivo de la constitución telemática de sociedades (que probablemente en un futuro se extienda más allá del tipo limitada) y, por otro lado, en los actos que tengan que ver con el “ciclo vital” de las sociedades de capital, que también deberán implementarse al Derecho español (aunque, como decíamos anteriormente, para ello el plazo sea más amplio, hasta el 1 de agosto de 2023).

4.2. Dificultades vinculadas al número, naturaleza y modo de actuación de los fundadores otorgantes

La Directiva de digitalización no impone restricciones al número de fundadores ni a su naturaleza o forma de actuación: pueden serlo tanto personas físicas (que podrán actuar en su propio nombre o a través de representante) como jurídicas y, dentro de estas últimas, no está prevista restricción alguna en cuanto a la forma social que deban tener. De hecho, ninguna de las normas comparadas que ya han previsto la implementación de la Directiva (tampoco la española) ha previsto de forma expresa restricción alguna sobre los sujetos que pueden actuar como fundadores u otorgantes de la escritura fundacional mediante el sistema íntegramente telemático.

Sin embargo, esta restricción del ámbito de sujetos que pueden acudir a la constitución íntegramente telemática viene dada de forma implícita por las dificultades prácticas que surgirán a la hora de cumplir con las exigencias impuestas por la Directiva a la hora de identificar a ese fundador (o a la persona con poder para actuar en nombre de aquel) y/o la validez misma de ese poder de representación en función de diversas variables: (i) el número de fundadores y la posibilidad -que será, presumimos, habitual- de que unos comparezcan físicamente ante el Notario mientras otros deseen hacerlo telemáticamente (la denominada constitución “híbrida”); (ii) su naturaleza (personas físicas o jurídicas, y dentro de estas últimas, su tipo social, lo que puede dificultar e incluso en algunos casos, hacer inviable la constitución telemática); y (iii) el modo en que actúan, esto es, si actúan en su propio nombre o en virtud de un poder de representación que no esté emitido de forma electrónica, cuestión esta última que añade complejidades adicionales en las que en un acto de estas características no podemos analizar en profundidad, pero que ya han sido apuntadas por la doctrina alemana, a la que nos remitimos²⁶.

²⁶ SCHMIDT, J., “DiRUG-RefE: Ein Digitalisierungs-Ruck für das deutsche Gesellschafts- und Registerrecht”, ZIP, 2021, p. 115 y 116; STELMAZCYK, P./KIENZLE, P., “Die Onlinegründung der GmbH nach dem DiRUG”, GmbHR 2021, en especial, p. 858 y ss.

4.3. Las excepciones a la prohibición de comparecencia física

Aunque el artículo 13 *octies* se construye en torno al principio prohibitivo de la comparecencia física para garantizar la integridad del procedimiento en línea, contiene tres importantes excepciones que permiten relativizar –en alguna medida– el rigor de aquella prohibición. Estas excepciones se configuran como una suerte de cláusula anti-abuso o anti-fraude que está enunciada en la última frase del apartado 1º del artículo 13 *octies*²⁷, pero cuyo contenido se encuentra repartido entre (i) el apartado 4º del artículo 13 *ter*, dedicado a evitar el abuso de la identidad electrónica, y (ii) el apartado 8º del mismo artículo 13 *octies*, que se centra en la irregularidad o falta de capacidad y/o del poder de representación.

Tan relevante como compleja a efectos de interpretación de la norma –si se quiere, las normas, ya que se encuentra también en los dos preceptos mencionados– es la exigencia de un fundamento, que pudiera interpretarse como adicional, para que la comparecencia física pueda ser exigida por la autoridad correspondiente del derecho nacional. Se trata de la “razón de interés público”, que deberá vincularse a los tres supuestos de (sospecha de) fraude o irregularidad en relación con el control de legalidad sobre la identidad, la capacidad y el poder de representación del otorgante.

La transposición de esta norma, como no podía ser de otra manera, está prevista en el Anteproyecto de Ley español, que prevé incorporar un artículo 40 *quinquies* a la LSC en el que también se hace referencia a esas razones de interés público y a cuya interpretación intentaremos hacer una primera aproximación.

4.3.1. Las “razones de interés público”. Significado

La razón de interés público se encuentra presente en los dos preceptos a que nos hemos referido: el artículo 13 *ter*.4º dice:

“Cuando se justifique por razón de interés público en impedir el uso indebido o la alteración de identidad, los Estados miembros podrán, a los efectos de comprobar la identidad de un solicitante, adoptar medidas que requieran la presencia física de ese solicitante ante cualquier autoridad (...);”

de forma similar, el artículo 13 *octies*.8º establece:

“Cuando se justifique por razón de interés público en garantizar el cumplimiento de las normas sobre capacidad jurídica y sobre el poder de los solicitantes para representar a una sociedad, cualquier autoridad (...) para tratar cualquier aspecto de la constitución en línea de una sociedad, incluido el otorgamiento de la escritura de constitución, podrá solicitar la presencia física del solicitante”.

Importa subrayar que la Directiva (a diferencia de la Propuesta inicial de la Comisión) hace extensible esta excepción no sólo al procedimiento de constitución íntegramente en línea, sino a *todos* los procedimientos en línea, esto es, no sólo puede operar en la constitución de la sociedad, sino a lo largo de todos los actos que afecten a su “ciclo vital”. De ahí que el artículo 13 *undecies*.1º (pár. 2º) haga referencia a las excepciones a la comparecencia física previstas en los artículos 13 *ter*.4º y 13 *octies*.8º.

La dicción de estos preceptos y su implementación suscitan algunas complejas a la hora de interpretar esta norma al Derecho nacional que aquí sólo podemos apuntar:

²⁷ Que establece: “... a reserva de lo dispuesto en el artículo 13 *ter*, apartado 4, y en el apartado 8 del presente artículo”.

En primer lugar, se plantea la cuestión de si la razón de interés público es algo “adicional” (o, si se quiere, un estándar de “relevancia” o “grado” adicional) que debe concurrir para que la excepción a la prohibición de comparecencia física pueda ser aplicada, o si puede interpretarse que la mera duda sobre el “uso indebido o la alteración de la identidad” o el ánimo de “garantizar el cumplimiento de las normas sobre capacidad jurídica y sobre el poder de los solicitantes”, es, por sí sola, una razón de interés público suficiente para que la autoridad correspondiente pueda exigir al otorgante esa comparecencia.

En nuestra opinión, esta última interpretación debiera entenderse como la más adecuada. Convertir el interés público en un “grado” o en una suerte de requisito “adicional” provocaría graves dificultades interpretativas por que exigiría acudir a la doctrina del TJUE sobre qué se consideran “razones de interés público” que no harían sino abonar la inseguridad jurídica (eventuales distintas interpretaciones sobre la concurrencia o no de ese estándar o grado) y dificultar la efectiva materialización del procedimiento íntegramente telemático diseñado por la Directiva. Salvo mejor opinión, la redacción de la Directiva debe permitir entender que el legislador europeo entiende como una razón de interés público en sí misma (o como una manifestación de protección del interés público), evitar la falsificación de la identidad o comprobar adecuadamente la capacidad jurídica, validez y vigencia del poder de representación. Esta interpretación también se deduce del Considerando 21 al que luego nos volveremos a referir y que dice:

“...tal presencia física no debe exigirse sistemáticamente, sino solo caso por caso cuando existan motivos para sospechar una falsificación de identidad o un incumplimiento de las normas sobre capacidad jurídica y sobre el poder de los solicitantes para representar a una sociedad”.

Como puede observarse, en él no se añade mención alguna a razones de interés público, sino únicamente a los motivos ya apuntados referidos a la identidad, capacidad jurídica y poder de representación.

La interpretación que aquí defendemos creemos que también queda confirmada a partir de la redacción que el Anteproyecto de Ley da al nuevo artículo 40 *quinquies* LSC donde se recogen las excepciones a la prohibición de comparecencia física de la siguiente forma:

“La constitución electrónica de la sociedad, en la observancia de los requisitos establecidos por los artículos precedentes, se llevará a cabo íntegramente en línea y sin necesidad de que los fundadores comparezcan presencialmente ante el Notario. No obstante: (i) por razones de interés público y en orden a evitar cualquier falsificación de identidad, el Notario podrá, sin perjuicio de la ulterior calificación registral, a los efectos de comprobar la identidad exacta del fundador, requerir la comparecencia física del interesado por una sola vez; (ii) del mismo modo dicha comparecencia física podrá ser exigida por el Notario en orden a la completa comprobación de la capacidad del otorgante y, en su caso, sus efectivos poderes de representación. (...)”.

Nos parece que la redacción proyectada explica el interrogante que antes planteábamos a partir del artículo 13 *ter* 4º y *octies* 8º de la Directiva en la línea que antes considerábamos correcta: el legislador español, al añadir la expresión “y en orden a evitar” a continuación de la invocación de las razones de interés público (“por razones de interés público y en orden a evitar cualquier falsificación de identidad el Notario podrá...”) parece apuntar a que evitar cualquier falsificación de identidad es una razón de interés público en sí misma. Asimismo, a la luz del segundo sub-apartado (“del mismo modo dicha comparecencia física podrá ser exigida por el Notario en orden a la completa comprobación de la capacidad del otorgante y, en su caso, sus efectivos poderes de representación”) parece claro que nuestro legislador también ha concebido como tal razón de interés público la necesidad de llevar a cabo una “completa comprobación” (esto es, a satisfacción del estándar o rigor en el control legal que ejerza el notario) de la capacidad y/o la “efectividad” -entendemos que la norma se refiere a la validez y vigencia- del poder de representación.

4.3.2. El análisis necesariamente individualizado y justificado por parte de la autoridad

El carácter excepcional de la exigibilidad de comparecencia física del otorgante, impuesta por la Directiva, reclama un análisis casuístico, esto es, que cada supuesto se valore de forma individualizada y que, tras esa valoración, afloren motivos o razones suficientes que lleven a la autoridad correspondiente a requerir aquella comparecencia. Esa idea ya se encuentra reflejada en el ya mencionado Considerando 21²⁸ que, de forma coherente, en el propio articulado de la Directiva, reclama que la comparecencia física “no debe exigirse sistemáticamente, sino solo caso por caso”.

De forma coherente con ese análisis casuístico que reclama la Directiva, la norma proyectada española exige -acertadamente- de forma expresa que la autoridad (el notario) que invoque la excepción a la prohibición de comparecencia física motive adecuadamente su decisión en un anexo a la correspondiente escritura. Así, el artículo 40 *quinquies* LSC ha previsto que “En estos supuestos [esto es, aquellos en los que se requiere comparecencia física], el Notario deberá anexar a la escritura los motivos por los que se ha exigido la presencia de los comparecientes”. Se trata esta de una exigencia que, además de estar recogida en el Considerando 21 -que habla de “cuando existan motivos para sospechar”-nos parece imprescindible, ya que, de otro modo, podría quedar la norma prohibitiva de la comparecencia física, si no vacía de contenido, sí muy debilitada por quedar sometida a la discrecional voluntad del notario.

²⁸ Que advierte: “...tal presencia física no debe exigirse sistemáticamente, sino solo caso por caso cuando existan motivos para sospechar una falsificación de identidad o un incumplimiento de las normas sobre capacidad jurídica y sobre el poder de los solicitantes para representar a una sociedad”.

La identificación electrónica en el otorgamiento telemático notarial

III.2

D. JOSÉ CARMELO LLOPIS BENLLOCH
NOTARIO

1. EL OTORGAMIENTO TELEMÁTICO NOTARIAL

Como ya se ha comentado, la Directiva 2019/1151 de 20 de junio de 2019 de digitalización del Derecho societario introduce un sistema de constitución en línea de sociedades sin presencia física. Si a esta iniciativa le sumamos otras, como la Disposición Final decimoprimeras de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, lo cierto es que podemos afirmar que estamos más cerca que nunca de una regulación del otorgamiento notarial por videoconferencia y del protocolo electrónico. Esta regulación debe partir del principio de neutralidad tecnológica, pero también debe inspirarse en el principio de neutralidad jurídica, que implica que la digitalización de un proceso que vaya a producir efectos en el ámbito jurídico no debe cambiar la configuración de los requisitos ni los efectos de la institución jurídica a la que afecte, ni rebajar la seguridad jurídica previa al proceso de digitalización.

Por tanto, debemos intentar transponer los conceptos actualmente analógicos al mundo digital, comenzando por uno de los más importantes para el notariado, el concepto de comparecencia: comparecer puede ser definido como presentarse o acudir a un lugar, generalmente ante otra persona que también se encuentra, al mismo tiempo, en el mismo lugar. Por esa definición, la única comparecencia posible es la comparecencia física, pues debe confrontarse quien comparece (el otorgante) con la persona ante la que se comparece (el notario), debiendo desecharse la idea de que la comparecencia meramente instrumental electrónica, sea verdadera comparecencia.

Esta comparecencia física puede ser inmediata o mediata: la comparecencia física inmediata supone la presencia simultánea de la persona con otra en el mismo lugar, mientras que la mediata supone la presencia simultánea de la persona con otra en lugares distintos, como ocurre cuando se emplean medios de transmisión de audio y video en tiempo real, como la videoconferencia.

En el mundo físico e inmediato, en que el otorgante está a la vez que el notario en el mismo espacio físico (normalmente la oficina notarial), la parte externa se cumplimenta mediante la exhibición de un medio de identificación físico (documento nacional de identidad, pasaporte, tarjeta de residencia, etc.), mientras que la parte interna se realiza cuando el notario llega a la conclusión, tras haber cotejado el documento presentado con la apariencia física y firma de la persona, de que aquél pertenece a ésta, y que por tanto no hay suplantación de identidad. El notario se cerciorará además de que es capaz mediante la interacción con el mismo y, una vez explicado y leído el documento, firmará físicamente la matriz en papel con el otorgante.

En el mundo físico pero mediato, en que el otorgante está a la vez que el notario en el mismo espacio virtual (la sede electrónica notarial), la parte externa se cumplimenta mediante la autenticación de un medio de identificación electrónico, mientras que la parte interna se realiza cuando el notario llega a la conclusión, tras haber cotejado virtualmente la imagen digitalizada de dicho documento, o la imagen digitalizada del sujeto y de su firma, con la apariencia física (y en ocasiones la firma) de la persona que comparece por videoconferencia, de que aquél pertenece a ésta, y que por tanto no hay suplantación de identidad. El notario se cerciorará además de que es capaz mediante la interacción con el mismo utilizando el mismo sistema audiovisual en tiempo real que ha utilizado para el control de identidad y, una vez explicado y leído el documento en pantalla compartida, firmará electrónicamente la matriz con el otorgante.

Vamos a analizar por separado cada uno de esos cuatro pasos.

2. PRIMER MOMENTO: IDENTIFICACIÓN TÉCNICA

En el proceso de identificación electrónica podemos encontrar dos momentos o actuaciones: la remisión de los datos de identidad (identificación) por el emisor y la comprobación de que dichos datos son correctos (autenticación) por el receptor. El esquema que parece que debe prever la normativa notarial para proceder a la identificación técnica exige la conexión por medio de la sede electrónica notarial, y la utilización de un sistema de identificación electrónica de los admitidos en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

2.1. La sede electrónica notarial

Tras la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario y la **IDGRN de 14 de junio de 2019, la de 31 de julio de 2019 y la Nota del CGN de 1 de agosto de 2019**, se ha consolidado el principio general de que toda actuación que esté directamente relacionada con el ejercicio de la función notarial, especialmente las comunicaciones, debe ser vehiculada a través de una red telemática segura exclusivamente notarial, lo cual implica que la única vía válida de interconectarse con los otorgantes para realizar una videoconferencia es una plataforma notarial pública que sirva como punto de acceso seguro a los servicios notariales prestados en línea.

Esta cuestión también ha sido reconocida en los números 3 a 5 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.

El concepto de plataforma pública notarial es equiparable al de sede electrónica notarial, que se alinea con los conceptos y funciones del resto de sedes electrónicas de las Administraciones públicas, que es la interactuación de los notarios con otros funcionarios públicos (mediante SIGNO) y con los particulares (mediante el Portal Notarial del Ciudadano), cara visible y exterior de la sede electrónica notarial, que cuenta con las siguientes características:

- Cumple con las exigencias de seguridad del artículo 107 de la Ley 24/2001 y con la normativa de protección de datos de carácter personal.
- Garantiza la libre elección de notario y que ante quien se accede a la plataforma es efectivamente un funcionario público competente: un notario.
- La videoconferencia se basa en un sistema propio y cerrado controlado por Ancert que permiten al notario mantener en exclusiva y en todo momento el control de la sesión y la edición del documento que se exhibe en pantalla.

Finalmente, es posible que sean además aplicables algunos de los principios de 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 elec-

trónicos cualificados. Por ejemplo, se exigirán interacciones y actuaciones físicas, y el proceso no se considerará válido cuando, entre otras, existan indicios de coacción o intimidación, la calidad de la imagen o el sonido impidan o dificulten las verificaciones a realizar, o existan indicios de uso de archivos pregrabados.

2.2. Sistemas de identificación admitidos

Cumplido el primer requisito, y por tanto existiendo ya operativa la sede electrónica notarial, el ciudadano que quiera otorgar telemáticamente un documento notarial, deberá además estar provisto de un medio de identificación electrónico que esté incluido entre los admitidos por el artículo 9 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

2.3. Sistemas basados en certificados cualificados

El artículo 9.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, reconoce los sistemas basados en certificados electrónicos cualificados de firma electrónica (a) y de sello electrónico (b) expedidos por prestadores incluidos en la “Lista de confianza de prestadores de servicios de certificación”.

El principal medio de identificación admitido para las p españoles en el ámbito electrónico es el Documento Nacional de Identidad electrónico, que ya va por la versión 4.0. 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.

Además del chip NFC, mantiene la conocida tarjeta con microchip que incluye una imagen facial del titular del documento y dos impresiones de las huellas dactilares, sin perjuicio de además mantener la imagen digitalizada de la firma manuscrita y los certificados de autenticación y firma electrónica. 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.

Cuestión más compleja es la de la identificación de las personas jurídicas, a la que nos referiremos al tratar la firma

2.4. Sistemas de clave concertada

El artículo 9.2.c de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, reconoce también los sistemas de clave concertada que cuenten con un registro previo como usuario que permita garantizar su identidad. Por ejemplo, en el ámbito administrativo encontramos la plataforma **Cl@ve**, mientras que en el ámbito notarial, podríamos entender que el procedimiento de registro y acreditación en el Portal Notarial del Ciudadano es uno de esos sistemas.

En ese sistema, el ciudadano puede proceder a registrarse, introduciendo sus datos personales, pero como el simple registro no supone una identificación cualificada, el ciudadano tendrá restringidas sus acciones. Para desbloquear la totalidad de las actuaciones, el ciudadano debe acreditarse, bien utilizando un certificado cualificado de identificación (lo cual nos devuelve al artículo 9.2 antes visto), bien compareciendo una única vez físicamente ante cualquier notario, que lo identificará con un medio de identificación físico, que escaneará y validará, de modo que la imagen digitalizada de dicho documento de identidad quedará indisolublemente unida a los datos del ciudadano.

Este sistema además permite dar efectividad a la necesaria asistencia que los funcionarios públicos deben dar a las personas que carecen de medios de identificación electrónicos ya reconocida en el artículo 12.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, con objeto de facilitar a los sujetos que carecen de sistemas de identificación y firma electrónica el acceso a los servicios prestados en línea por las Administraciones públicas.

2.5. Sistemas de firma electrónica

No puede desconocerse además lo dispuesto en el artículo 10.5 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, al decir que “cuando los interesados utilicen un sistema de firma de los previstos en este artículo, su identidad se entenderá ya acreditada mediante el propio acto de la firma”.

2.6. Sistemas de identificación notificados con arreglo al Reglamento eIDAS

Con objeto de que existan unos medios de identificación conocidos y seguros que permitan a los nacionales de los Estados Miembros acceder a servicios en línea prestados por los demás, fija el artículo 1.a del Reglamento 910/2014 (eIDAS) como primer ámbito de aplicación el establecimiento de las condiciones del reconocimiento mutuo de los medios de identificación electrónica de las personas físicas y jurídicas pertenecientes a un sistema de identificación electrónica notificado de otro Estado miembro. La lista de Estados miembros que han notificado sistemas de identificación se publica actualizadamente en un documento cuya última versión es la 2020/C 276/02 de 21 de agosto de 2020.

Dichos medios no pueden ser desconocidos en nuestro ordenamiento jurídico interno, entre otras porque el artículo 1.4 de la Directiva 2019/1151 inserta en la Directiva 2017/1132 el nuevo artículo 13 ter, relativo al reconocimiento de medios de identificación que puedan ser utilizados en los procedimientos en línea por los solicitantes que sean ciudadanos de la Unión, siempre que se cumpla la equivalencia mínima de seguridad que reconoce el artículo 6 del Reglamento 910/2014, con nivel de seguridad sustancial o alto.

El nivel de seguridad sustancial debe permitir verificar que la persona está en posesión de pruebas de su identidad reconocidas por el Estado, mientras que en el nivel de seguridad alto, además debe verificar que la persona está en posesión de pruebas de identificación fotográficas o biométricas.

2.7. La revisión del Reglamento eIDAS

No obstante, dicho Reglamento está en proceso de revisión (el primer texto conocido del mismo es de 3 de junio de 2021), dado que sólo 15 de los 27 Estados (el 50% aproximadamente de la población) ofrece identificación digital transfronteriza a sus ciudadanos, y para evitar que los ciudadanos acudan a otras vías de identificación desconectadas de una verificación física de la identidad.

Dicho de otro modo, ante el fracaso del primer texto en este ámbito se opta por derogar el reconocimiento mutuo del artículo 6 y establecer un marco para un nuevo sistema de identificación: las wallets de identidad digital europeas que, de acuerdo con el nuevo artículo 3.42, son un producto y servicio que permite al usuario almacenar datos de identidad, credenciales y atributos vinculados a su identidad y utilizarlos para la autenticación y para crear sellos y firmas electrónicas cualificadas. El artículo 6a.1 obliga a cada Estado miembro a emitir gratuitamente para personas físicas un wallet con nivel de seguridad alto dentro de los doce meses siguientes a la entrada en vigor del Reglamento.

2.8. Reflejo en la escritura de la identificación técnica

A diferencia de lo que ocurre en el mundo analógico, en que es el propio notario el que comprueba que el documento presentado es válido y está vigente, en el mundo digital esta identificación técnica no la puede realizar el notario por sí mismo, sino valiéndose de los medios técnicos necesarios que le permitan confiar en que la identificación y la autenticación se han realizado correctamente por la plataforma. En consecuencia, será la plataforma por la que se conecte el otorgante la que deberá comprobar los certificados de identificación electrónica, su validez, vigencia y no revocación.

Pese a ello, es conveniente que el notario deje 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.

Este requisito puede entenderse incluido en la exigencia que establece el artículo 156 número 5º del Reglamento Notarial cuando exige “la indicación de los documentos de identificación de los comparecientes”.

3. SEGUNDO MOMENTO: IDENTIFICACIÓN JURÍDICA, O JUICIO DE IDENTIFICACIÓN

3.1. El juicio de identificación en la normativa

Este esquema identificación-autenticación está pensando exclusivamente para el acceso de los ciudadanos a los servicios que presta un Estado en línea y de manera automatizada. Por tanto, está pensando en una actuación técnica, no jurídica, en la que no interviene físicamente ningún funcionario y por tanto en que no hay necesidad de emitir juicios de identidad o de capacidad.

Cuando esto ocurre, a la actuación 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 artículo 2.3 del Reglamento 910/2014, que dice que la normativa contenida en el Reglamento no afecta al Derecho nacional o de la Unión relacionado con la celebración y validez de los contratos u otras obligaciones legales o de procedimiento relativos a la forma.

También llega a esta conclusión el Considerando 20 de la Directiva 2019/1151 de 20 de junio cuando dice que:

“(…) deben incluir también controles de la identidad y la capacidad jurídica de las personas (...) pueden formar parte del control de la legalidad que exigen algunos Estados miembros. (...) A tal efecto, los Estados miembros deben estar facultados para requerir la participación de notarios o abogados en cualquier fase de los procedimientos en línea”.

El juicio de identificación está intrínsecamente reconocido en el artículo 156 del Reglamento Notarial cuando separa su número 5º, antes visto, del número 7º que exige consignar además “la fe de conocimiento por el notario o medios sustitutivos utilizados”. Dicha fe de conocimiento, de manera congruente, se regula en el artículo 187 del Reglamento Notarial y en el artículo 23 de la Ley Orgánica del Notariado.

Por tanto, se está exigiendo del notario una actuación activa en la que enlace la fotografía y firma incorporado en el medio de identificación con la persona que comparece ante él. La normativa, además, podría reconocer al notario una herramienta extra para esta tarea, como sería la consulta de la información obrante en el índice único y las bases de datos del Ministerio del Interior.

Por otro lado, y sin que se vincule a indicios de fraude fundado, sino a razones de interés público y en orden a evitar falsificación de identidad, si el notario tuviera dudas acerca de la identificación del otorgante, debería poder exigir la comparecencia física ante él. Esta excepción está prevista en el Considerando 21 de la Directiva 2019/1151 y se positiviza en el artículo 13 ter 4.

Esta cuestión ha quedado muy bien reflejada en los números 1 y 2 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, cuando dice que:

“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 (...)”

el notario debe seguir siendo el único responsable de la identificación de las partes, incluso si decide proceder con el apoyo de instrumentos digitales”.

3.2. Las dos partes del juicio de identificación: videocomparecencia y fotografía

Para que el notario pueda cumplir con dicha obligación, se requiere que se cumplan dos circunstancias: que el notario tenga a su disposición una fotografía del sujeto y que el sujeto comparezca ante notario mediante la utilización de “videoconferencias u otros medios en línea que ofrezcan una conexión audiovisual en tiempo real”, como reconoce el Considerando 22 de la Directiva 2019/1151, y que permite reconducir su ejecución a la sede electrónica notarial.

En ella, el notario podrá comprobar que el sujeto que está al otro lado de la cámara es el titular de del documento electrónico de identificación. Si la acreditación en la sede electrónica notarial se ha realizado mediante la exhibición de un medio de identificación físico validado por el notario, al quedar la imagen digitalizada de dicho documento de identidad indisolublemente unida a los datos del ciudadano, dicha imagen será suficiente para realizar el juicio de identificación.

En cualquier otro caso, el nivel de seguridad exigible del documento de identidad 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 y que esta imagen aparezca en pantalla en la sede electrónica junto con la imagen en tiempo real del sujeto. Ese criterio sigue 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, que 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”.

En consecuencia, podrían ser utilizados tanto el Documento Nacional de Identidad electrónico, el pasaporte electrónico y 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), que sí incorporan fotografía del titular. Para los wallets o carteras y 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 ver si se incluye o no fotografía, lo cual nos lleve a la admisión exclusivamente de los que tienen un sistema de seguridad alto.

3.3. Reflejo en la escritura del juicio de identificación

No se recoge de manera separada, más allá de lo establecido en los artículos que hemos visto del Reglamento Notarial, un reflejo concreto del juicio de identificación, excepto cuando el notario afirma en la comparecencia de la escritura que ha identificado al otorgante.

Ante la falta de regulación de esta materia, nos debemos plantear si, en los otorgamientos por videoconferencia, el notario debe indicar expresamente que el juicio de identificación ha sido realizado. No parece que se requiera una actuación diferente a la que hacemos en el mundo analógico, si bien puede valorarse que el notario haga constar expresamente en la comparecencia que tanto el notario como el otorgante se han constituido en la sede electrónica notarial.

4. TERCER MOMENTO: JUICIO DE CAPACIDAD

4.1. Juicio de capacidad

Llegados a este punto, el notario que haya identificado técnicamente a un otorgante, y que además haya verificado su identidad mediante la fe de conocimiento, debe proceder a realizar el control de capacidad del otorgante, del mismo modo que ocurre en los otorgamientos presenciales. Dicha valoración se realiza mediante la interacción con el compareciente, la lectura y explicación de la escritura, acta o póliza y la pregunta del notario acerca de la comprensión de lo contenido en ella. En el ámbito virtual, será la sede electrónica notarial la que deba permitir la apreciación de su capacidad del otorgante.

Esta cuestión también se recoge en el párrafo primero del número 1 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, 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”.

En el mismo sentido en la Directiva 2019/1151 se manifiestan el ya visto Considerando 20 al decir que “las disposiciones relativas a los procedimientos en línea establecidos en la presente Directiva deben incluir también controles de la identidad y la capacidad jurídica de las personas”, y así el artículo 13 octies 2 y 3.a dicen que los Estados miembros establecerán normas detalladas para garantizar que los solicitantes tienen la capacidad jurídica necesaria y el poder para representar a la sociedad.

La razón de lo anterior es que no cabe pensar que existe una presunción general de capacidad absoluta y eterna de todos los titulares de identificaciones electrónicas, lo cual queda excluido del ámbito del Reglamento eIDAS por su artículo 2.3. Pero también es una materia completamente alejada del derecho de sociedades en la que no incide la Directiva 2019/1151, y que ni siquiera ha establecido con carácter general la reforma en materia de capacidad operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Es más, esa conclusión incluso se traslada a las soluciones tecnológicas de manera expresa: el artículo 8 de la Ley Orgánica 4/2015 de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana solo admite el uso del certificado de firma para los españoles mayores de edad que gocen de plena capacidad de obrar y a los menores emancipados, al ser la expresión de un consentimiento. En ese sentido, el artículo 1.4 del Real Decreto 1553/2005 de 23 de diciembre por el que se regula la expedición del DNI dice que para los españoles menores de edad, o que no gocen de plena capacidad de obrar, el documento nacional de identidad contendrá únicamente la utilidad de la identificación electrónica, emitiéndose con el respectivo certificado de autenticación activado.

En conclusión: que un español tenga activo el certificado de autenticación a los efectos de la identidad no significa en absoluto que éste esté vivo y sea capaz, por lo que es necesario que se produzcan cumulativamente el juicio de identidad y el de capacidad notarial.

Por otro lado, y al igual que ocurre en materia de identificación, por razones de interés público, si el notario tuviera dudas de la capacidad del otorgante, podrá exigir la comparencia física ante él.

5. CUARTO MOMENTO: FIRMA ELECTRÓNICA

Del mismo modo que la videoconferencia va unida indisolublemente al juicio de identificación y de capacidad, la cuestión relativa a la firma electrónica de los comparecientes y del notario, y el soporte documental del instrumento público también deben estudiarse de manera conjunta.

La firma es el final del procedimiento, la plasmación en el documento de la expresión de un consentimiento. Por tanto, la firma no es el consentimiento en sí mismo, sino la proyección externa de éste que hace el sujeto, lo cual, para actos de trascendencia jurídica tan relevantes como los que se otorgan ante notario, exige que ésta se produzca en presencia (mediata, por videoconferencia) del notario.

5.1. Firma electrónica de las personas físicas

En el artículo 25.2 del Reglamento 910/2014 existe una equiparación legal total de la firma electrónica cualificada a la manuscrita, por lo que la suscripción de cualquier documento con esas firmas producirá el mismo efecto que si hubieran sido suscritas con firma manuscrita tradicional. No obstante, no se puede desechar el efecto jurídico que pueden producir el resto de firmas, que también vinculan lo firmado al firmante, si bien es cierto que, a mayor seguridad técnica (es mayor en la avanzada que en la simple, y aún mayor en la cualificada), mayores efectos presuntivos y probatorios se dan. En ese sentido, el número 9 del Decálogo para las escrituras notariales a distancia, según texto del Consejo de Dirección de la Unión Internacional del Notariado de 26 de febrero de 2021, que exige una firma electrónica del más alto nivel de seguridad.

Hay que 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 y el Pasaporte electrónico sólo firmar.

La opción principal, por tanto, es que el otorgante esté provisto de una firma cualificada, pero ante la posibilidad de que eso no sea así, siguiendo lo que establece el número 9 del Decálogo para las escrituras notariales a distancia antes mencionado, el propio notario podría ser el encargado de proporcionarla. La normativa que desarrolle este punto debería además prever que dicha firma, que sería gratuita, tuviera limitado su ámbito y vigencia al documento público objeto de autorización o intervención.

Además, si la normativa prevé que los sistemas de identificación electrónica admitidos sean los del artículo 9 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, sería congruente admitir los sistemas de firma del artículo 10 del mismo cuerpo legal, a saber: firma o sello avanzado, basados en certificados electrónicos cualificados de firma o sello electrónico (respectivamente) expedidos por prestadores incluidos en la “Lista de confianza de prestadores de servicios de certificación” y cualquier otro sistema que las Administraciones Públicas consideren válido.

5.2. Firma electrónica de las personas jurídicas

El problema se plantea con la firma de las personas jurídicas. Tras los extintos certificados de persona jurídica, los artículos 35 a 40 del Reglamento 910/2014 introdujeron el concepto de sello electrónico. Según la Exposición de Motivos de la Ley 6/2020, de 11 de noviembre:

“el nuevo paradigma instaurado por el (...) reglamento implica que únicamente las personas físicas están capacitadas para firmar electrónicamente, por lo que no prevé la emisión de certificados de firma electrónica a favor de personas jurídicas o entidades sin personalidad jurídica. A estas se reservan los sellos electrónicos, que permiten garantizar la autenticidad e integridad de documentos tales como facturas electrónicas. Sin perjuicio de lo anterior, las personas jurídicas podrán actuar por medio de los certificados de firma de aquellas personas físicas que legalmente les representen”.

En ese sentido, las propias FAQ del Ministerio admite que cuando una transacción exija un sello electrónico cualificado de una persona jurídica, debe ser igualmente aceptable una firma electrónica cualificada del representante autorizado de la persona jurídica pero no a la inversa.

5.3. Reflejo de la firma electrónica en el documento notarial

La firma electrónica deberá ser validada por el notario, entendiendo dicha validación en el sentido del artículo 3 número 41 del Reglamento 910/2014 como *“el proceso de verificar y confirmar la validez de una firma o sello electrónicos”*. Al igual que ocurre con la identificación electrónica, el proceso meramente técnico de validación no puede realizarlo el notario por sí, sino que debe ser la propia plataforma la que realice los controles necesarios para admitir la firma electrónica de los comparecientes y del notario.

No obstante, la solución puede ser distinta a la planteada en el caso de la identificación, en el que concluimos que sería conveniente incorporar el resumen de las funciones realizadas por la plataforma, ya que no queda trazabilidad electrónica del medio de identificación empleado. La firma electrónica sí queda incrustada en el documento electrónico en formato pdf, por lo que, siempre que se conserve dicho documento electrónico en formato original, se podrá acudir a la comprobación de la firma del otorgante, lo que nos lleva necesariamente a la necesaria regulación del protocolo informático notarial.

La futura regulación sobre la materia parece que partirá de la idea de que el inicio del procedimiento se realiza en una matriz en soporte papel, la cual debe ser objeto de reflejo informático, en sentido unidireccional (del papel al reflejo informático), pero quizás sea más lógico establecer una bidireccionalidad entre ambas, de modo que las matrices electrónicas no pierdan los metadatos de los documentos unidos ni la posibilidad de comprobación de la firma electrónica.

5.4. Conclusión

Quiero finalizar esta exposición mencionando la reciente Jornada Notarial Iberoamericana de Puerto Rico, que tuvo lugar la semana pasada. Sus magníficas conclusiones muestran la implicación del notariado mundial con el ejercicio de la función pública en el ámbito virtual, destacando entre todas ellas la primera, que supone un gran resumen con el que cerraré la ponencia: *“Las tecnologías de la información y de la comunicación son medios para el desarrollo de la función notarial, que no alteran su esencia, bajo los principios de neutralidad tecnológico”*.

IV

La adaptación del otorgamiento notarial en España (II): El aspecto documental y otras cuestiones

IV.1. La digitalización de sociedades y el nombramiento del órgano de administración social en la constitución en línea

D^a Ana Belén Campuzano. Catedrática Derecho Mercantil. Universidad San Pablo CEU

IV.2. La trasposición de la Directiva de digitalización y el otorgamiento de documentos notariales a distancia

D^a Ana Belén Jurado. Abogada, DWF-RCD

La digitalización de sociedades y el nombramiento del órgano de administración social en la constitución en línea

IV.1

D^a ANA BELÉN CAMPUZANO

CATEDRÁTICA DERECHO MERCANTIL - UNIVERSIDAD SAN PABLO CEU

1. LA DIRECTIVA DE DIGITALIZACIÓN DE SOCIEDADES Y EL ANTEPROYECTO DE LEY DE TRANSPOSICIÓN

El concepto de digitalización en el ámbito del Derecho de sociedades no sólo viene caracterizado por su amplitud, sino que, además, proyecta sus efectos sobre diferentes aspectos de la constitución y funcionamiento de las sociedades. Entre estas cuestiones diversas susceptibles de mejora por la implantación de herramientas digitales, la Directiva (UE) 2019/1151 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que respecta a la utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del Derecho de sociedades, persigue la incorporación a las legislaciones de los Estados miembros de procedimientos que simplifiquen –en tiempo y coste– la constitución y registro de sociedades, sin reducir, lógicamente, las exigencias de autenticación y seguridad requeridas. Resulta, por tanto, fundamental el sistema que permita asegurar la identificación en un procedimiento que pretende ser íntegramente telemático no sólo al constituir la sociedad sino también durante la vida de la misma y el modelo de intercambio de información. La referida norma, conocida como Directiva de digitalización de sociedades (o Directiva de herramientas digitales) fijó el 1 de agosto de 2021 como fecha para su transposición, sin perjuicio de que dicho plazo se extiende hasta el 1 de agosto de 2023 para algunas disposiciones concretas (art. 2.2 Directiva). No obstante, como excepción contempla que los Estados miembros que experimenten especiales dificultades para transponer la Directiva puedan acogerse a una prórroga de como máximo un año respecto al plazo del 1 de agosto de 2021 (lo que han debido notificar a la Comisión a más tardar el 1 de febrero de 2021), aduciendo razones objetivas que justifiquen la necesidad de dicha prórroga.

En todo caso, en cumplimiento de este mandato, en octubre de 2021 se ha dado a conocer el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Digital del Servicio Público de Justicia, por la que se transpone al ordenamiento jurídico español la Directiva (UE) 2019/1151 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que respecta a la utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del Derecho de sociedades. En efecto, entre los objetivos de este Anteproyecto se encuentra el de la incorporación a nuestro Derecho de la Directiva de digitalización de sociedades. Así, la Exposición de Motivos del Anteproyecto, tras detallar las iniciativas que desde comienzos del siglo XXI ha llevado a cabo la Comisión Euro-

pea para crear un marco regulador moderno para el Derecho de sociedades en el ámbito de la Unión¹, identifica la digitalización como un objetivo esencial de política jurídica para la Comisión². La Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades incluía ciertos elementos –limitados– de digitalización, pero el mayor impulso de la digitalización de sociedades, en el marco en el que ahora nos centramos, viene de la mano de la Directiva (UE) 2019/1151 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, que también establece normas sobre publicidad e interconexión de los registros centrales, mercantiles y de sociedades de los Estados miembros.

Una de las líneas esenciales de la Directiva de digitalización de sociedades –que se conceptúa como una Directiva de mínimos– es imponer la obligación a los Estados miembros de que prevean en sus respectivos ordenamientos jurídicos un sistema de constitución de las sociedades de capital 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, incluyendo el otorgamiento de la escritura de constitución y la aportación del capital social, contemplándose como excepcional la posibilidad de requerir la presencia física del solicitante³. Sin perjuicio de que este procedimiento de constitución íntegramen-

- 1 En particular, la comunicación *Plan de acción: Derecho de sociedades europeo y gobierno corporativo –un marco jurídico moderno para una mayor participación de los accionistas y la viabilidad de las empresas* (12 de diciembre de 2012) y el llamado “Paquete de Derecho de Sociedades” (*Company Law Package*), en ejecución del Plan de Acción de 2012 (25 de abril de 2018). Este contenía entre sus propuestas la relativa al uso de herramientas digitales en la constitución y registro de sociedades. Dicha propuesta, y el resto de las contenidas, se precisaba que, técnicamente, no estaban llamadas a ser normas independientes con respecto al Derecho europeo vigente, sino que tenían por objeto la modificación, en cuanto a los aspectos contemplados por cada una de ellas, de la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades. En el ámbito que aquí interesa, la finalidad del *Company Law Package* es crear reglas más simples y menos costosas para las sociedades en relación con la constitución y registro de las compañías. Añade la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Digital del Servicio Público de Justicia por la que se transpone al ordenamiento jurídico español la Directiva que (...) junto con el Plan de Acción de 2012, para comprender el marco en el que aparece la conocida como “Directiva de digitalización”, resulta necesario, asimismo, hacer referencia a los esfuerzos realizados por las instituciones europeas en el ámbito de las nuevas tecnologías. El 6 de mayo de 2015, la Comisión presentó al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones su comunicación bajo el título “Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa”. La Comisión se fijó como objetivo potenciar el uso de las nuevas tecnologías, que no conocen fronteras, para lograr crear un mercado digital único conectado, siendo el mercado único digital aquél en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales está garantizada y en el que personas y empresas pueden acceder fácilmente a las actividades y ejercerlas en línea en condiciones de competencia, con un alto nivel de protección de los datos personales y de los consumidores, con independencia de su nacionalidad o lugar de residencia. De especial importancia en este campo era la aplicación del principio de «solo una vez», que permitía a las administraciones públicas reutilizar la información sobre ciudadanos y empresas que ya obraba en su poder sin tener que solicitarla de nuevo. En términos económicos, la ampliación de dicho principio, en cumplimiento de la normativa de protección de datos, se calculaba que generaría un ahorro neto anual importante en el espacio europeo. Ahondando en la aplicación del referido principio, la Comisión se propuso poner en marcha un proyecto piloto para el principio de «solo una vez» para empresas y ciudadanos, y exploraría la posibilidad de una solución a escala de la Unión Europea, un registro en línea seguro para los documentos. Tal y como se recogía en la Comunicación de 2015, “las empresas se ven obstaculizadas por la fragmentación normativa y las barreras que les hacen más difícil ampliar y operar a través de las fronteras dentro del mercado interior. Muchos Estados miembros han pedido medidas, incluido ayudar a las empresas a constituirse rápidamente (por ejemplo, en 24 horas). La Comisión considera que toda empresa constituida debe poder ampliar sus operaciones transfronterizas en línea y convertirse en paneuropea en el plazo de un mes sobre la base de la interconexión de los registros mercantiles y el principio de «solo una vez». Por ello, en aquel documento, la Comisión ya avanzaba que presentaría un nuevo Plan de Acción Europeo sobre Administración Electrónica 2016-2020 que incluiría i) hacer realidad la interconexión de registros mercantiles para 2017, ii) poner en marcha en 2016 una iniciativa con los Estados miembros para llevar a cabo una experiencia piloto del principio de «solo una vez»; iii) ampliar e integrar los portales europeos y nacionales hacia un «portal digital único» con el fin de crear un sistema de información para ciudadanos y empresas de fácil manejo y iv) acelerar la transición de los Estados miembros hacia una contratación pública electrónica plena y la interoperabilidad de la firma electrónica (...).
- 2 Como se destaca, elemento esencial para el funcionamiento de las medidas contenidas en la Directiva de Digitalización fue la creación del Sistema de Interconexión de Registros centrales, mercantiles y de sociedades de todos los Estados miembros (SIRM o BRIS), materializado en la Directiva 2012/17, de 13 de junio de 2012, operativo desde junio de 2017, tras la publicación del Reglamento de ejecución (UE) 2015/884, de la Comisión, de 8 de junio de 2015, por el que se establecen especificaciones y procedimientos técnicos necesarios para el sistema de interconexión de registros establecido por la Directiva 2009/101/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. Igualmente, se reseña la propuesta de Directiva sobre la *Societas Unius Personae* (SUP), que la Comisión Europea presentó el 9 de abril de 2014, aunque ésta no llegó a prosperar. Vid. ESTEBAN VELASCO, G. “La propuesta de Directiva relativa a las sociedades unipersonales de responsabilidad limitada (en especial la “societas unius personae”); en *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Emilio Beltrán. Liber Amicorum* (Coord. A. ROJO / A.B. CAMPUZANO), Tomo I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 909-940.
- 3 La Directiva de digitalización de sociedades, además, extiende el procedimiento íntegro en línea al registro de sucursales e introduce disposiciones que afectan al sistema de publicidad registral, al funcionamiento de los Registros mercantiles y al coste del servicio

te digital no supone la exclusión de otros procedimientos ya contemplados en las legislaciones nacionales de los Estados miembros. La consecución de este objetivo se vincula con documentación tipo –en aras de la simplificación procedimental- y con el desarrollo de sistemas seguros y fiables de identificación que, en nuestro modelo de sociedades, exige tener en consideración la actuación y funciones de los fedatarios públicos. Sin olvidar que dicho mandato no reduce su alcance a la constitución societaria de forma íntegra por medios telemáticos, sino que se persigue la extensión del procedimiento íntegramente en línea a todo el ciclo vital de la sociedad, lo que supone además arbitrar un sistema para la presentación telemática de la documentación necesaria⁴.

En este marco, el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Digital del Servicio Público de Justicia transpone al ordenamiento jurídico español la Directiva de digitalización de sociedades. Aunque en nuestro Derecho el uso de herramientas digitales en la constitución de sociedades conforma un objetivo ya perseguido en normas anteriores, lo cierto es que no se ha alcanzado aún en nuestro modelo societario un procedimiento íntegro de constitución de sociedades en línea que pueda considerarse exitoso. En efecto, la constitución digital fue introducida por la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la sociedad limitada Nueva Empresa, que supuso la modificación de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, dado que la sociedad limitada Nueva Empresa se configuró como un subtipo de ésta. Así, la Ley 7/2003, de 1 de abril, abrió la vía a la simplificación de los trámites de creación de empresas que reunieran los requisitos para ser consideradas pequeñas y medianas empresas y, en consecuencia, optar a la forma social sociedad limitada nueva empresa, para lo que, entre otras medidas, se acogió la de la utilización de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas en los procedimientos de constitución⁵. En la normativa actualmente vigente, la sociedad nueva empresa se regula en la Ley de Sociedades de Capital como especialidad de la sociedad de responsabilidad limitada y, en consonancia con esta declaración, contempla singularidades de régi-

prestado. Vid. BOQUERA, J. “La digitalización de las sociedades de capital españolas tras las Directivas europeas sobre la utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del Derecho de sociedades”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 320, abril-junio 2021, págs. 11-61; COHEN BENCHETRIT, A. “Digitalización en el Derecho de sociedades”, en *El sistema jurídico ante la digitalización. Estudios de Derecho Privado* (Dir. M. PANIAGUA), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, págs. 417-440 y “Digitalización en la constitución y registro de sociedades”, en *Estudios sobre Derecho digital* (Dir. R. PEREA), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2021, págs. 513-540; FUENTES NAHARRO, M. “Digitalización y constitución de sociedades”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 150, 2018, págs. 275-276 y “La digitalización del Derecho de sociedades: de la SUP al Company Law Package”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. 59, 2019, págs. 675-706; GARCÍA COLLANTES, J.M. “Derecho de sociedades y nuevas tecnologías, reflexiones de política jurídica en torno a la Directiva de digitalización societaria (UE 2019/1151, de 20 de junio)”, en *Delendus est Leviathan. Liber Amicorum Profesor José María de la Cuesta Rute* (Coords. J.C. GONZÁLEZ VÁZQUEZ / M.C. PABLO-ROMERO / J.M. DE LOS RÍOS / E.M. VALPUESTA), Wolters Kluwers, Madrid, 2020, págs. 357-370; LAMELA DOMINGUEZ, A. “La digitalización del derecho de sociedades. Directivas 2019/1151 y 2019/2121”, en *Actualidad Mercantil 2021* (Coords. M. ENCISO / E. ORTEGA), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, págs. 517-542; MARTÍNEZ BALMASEDA, A. “La digitalización de las sociedades en el Derecho europeo: la Directiva 2019/1151 sobre la utilización de herramientas y procesos digitales”, *Revista de Derecho de la competencia y la distribución*, núm. 26, 2020.

- 4 Vid. ALVÁREZ ROYO-VILLANOVA, S. “Propuesta de adaptación de la Directiva de Digitalización 2019/1151 a la vista del Derecho comparado”, *Revista Lex Mercatoria*, núm. 18, 2021, págs. 106-111 y “Constitución de sociedades en línea: como adaptar la Directiva de digitalización”, *El Notario del siglo XXI*, núm. 88, 2019, págs. 16-21; GONZÁLEZ FERRER, A. “Constitución de sociedades en línea: como adaptar la Directiva de digitalización”, *El Notario del siglo XXI*, núm. 89, 2020, págs. 6-9; LUCINI MATEO, A. “El documento público notarial en la perspectiva del proyecto de digitalización del Derecho europeo de sociedades”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. 58, 2018, págs. 193-238; MARTÍNEZ CARRASCOSA, J. “Retos del notariado europeo ante la digitalización”, *Escritura Pública*, núm. 130, 2021, págs. 6-13.
- 5 CAMPUZANO, A.B. “La sociedad limitada nueva empresa. El documento único electrónico”, *Revista de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 5, 2004, págs. 75-88; GARCÍA VALDECASAS, J.A. “Breves notas sobre las normas complementarias en desarrollo de la sociedad limitada nueva empresa”, *Revista de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 4, 2004, págs. 61-75. La Exposición de Mootivos del Anteproyecto de Ley que transpone la Directiva de digitalización de sociedades destaca que el sistema digital fue introducido por la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la sociedad limitada Nueva Empresa por la que se modifica la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada; sociedad limitada Nueva Empresa, subtipo de la limitada para el que se estableció un procedimiento especial de constitución telemática (artículos 5 y 6 del Real Decreto 682/2003, de 7 de junio, por el que se regula el sistema de tramitación telemática a que se refiere el artículo 134 y la disposición adicional octava de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada) que giraba en torno a cuatro piezas fundamentales: 1) Los puntos de atención al emprendedor; 2) La cumplimentación del Documento Único Electrónico (DUE), cuya remisión generaba una cita en la notaría; 3) y el CIRCE, sistema ante el cual la cuarta pieza del procedimiento, y 4) el Notario, solicitaba la inscripción de la escritura firmada electrónicamente, procedimiento cuya aplicación se extendió, posteriormente, a cualquier sociedad limitada en virtud del Real Decreto 1332/2006, de 21 de noviembre. También se introdujo, por primera vez en nuestro Derecho, un modelo de estatutos orientativos.

men jurídico en muy diversos aspectos de este tipo social. Así, el régimen jurídico sustantivo que se incorpora para facilitar la constitución, desarrollo y funcionamiento de la sociedad limitada nueva empresa viene presidido por dos rasgos esenciales fundamentales. De un lado, se simplifican los trámites de creación de empresas que reúnan los requisitos para ser consideradas pequeñas y medianas empresas y, en consecuencia, optar a la forma social sociedad limitada nueva empresa, fomentando la utilización de las tecnologías de la información y de las comunicaciones. De otro lado, se introducen condiciones y requisitos de muy diversa índole, todos ellos orientados a limitar la aplicación de esta forma social a las, a estos efectos, consideradas pequeñas y medianas empresas. En este sentido, la sociedad nueva empresa constituye una forma social de partida especialmente idónea para las pequeñas y medianas empresas, aunque ello no se haya traducido en su uso generalizado en la práctica

Posteriormente, el Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo, estableció, al margen del documento único electrónico, reglas para la constitución de sociedades de responsabilidad limitada por vía telemática –con diferencias si el capital social de las sociedades de responsabilidad limitada no era superior a 3100 euros y sus estatutos se adaptaban a algunos de los aprobados por el Ministerio de Justicia– y contempló de forma separada la constitución de las sociedades de capital que no fueran de responsabilidad limitada o que, siéndolo, tuvieran entre sus socios personas jurídicas o el capital social fuere superior a 30.000 euros o cuyo órgano de administración delimitado en los estatutos sociales no se estructurase como un administrador único, varios administradores solidarios, cualquiera que fuera su número, o dos administradores mancomunados. Estas previsiones fueron en su mayoría derogadas por la Ley 14/2013, de 27 de diciembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, que contempló la aplicación a todas las sociedades de responsabilidad limitada del sistema del Documento Único Electrónico (DUE).

En definitiva, como señala la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Digital del Servicio Público de Justicia que transpone la Directiva de digitalización de sociedades, en la actualidad en nuestro ordenamiento jurídico se distinguen dos procedimientos –que admiten el uso de estatutos tipo– de constitución telemática: desde un Punto de Atención al Emprendedor (PAE) a través del sistema de tramitación telemática del Centro de Información y Red de Creación de Empresa (CIRCE) con base en el Documento Único Electrónico (DUE) y directamente desde la notaría, sin empleo del Documento Único Electrónico. Ahora bien, como también se señala, este régimen de constitución telemática necesita ser modificado en algunos aspectos para poder cumplir con el mandato del legislador europeo de contemplar un procedimiento íntegramente on line, aplicable tanto al momento de constitución, como a las modificaciones societarias posteriores y al registro de sucursales por parte de solicitantes que sean ciudadanos de la Unión Europea. Teniendo en cuenta que el Anteproyecto opta por introducir en nuestro ordenamiento jurídico las modificaciones necesarias para dar cumplimiento de manera estricta al mandato de la Directiva europea, lo que supone que el procedimiento íntegramente en línea resultará de aplicación únicamente a las sociedades de responsabilidad limitada y dicho procedimiento no podrá utilizarse cuando la aportación de los socios al capital social se realice mediante aportaciones que no sean dinerarias. En buena medida, por tanto, la constitución en línea de sociedades permanece vinculada a la constitución de pequeñas y medianas empresas y, en particular, a las microempresas a las que la legislación presta especial atención en los últimos tiempos.

En consonancia con lo indicado, el Anteproyecto introduce modificaciones, en primer lugar, en el artículo 17 del Código de Comercio para la mejora en la obtención de información societaria relevante (disposición final tercera). En segundo lugar, incorpora en la Ley de Sociedades de Capital (disposición final undécima), el artículo 20 bis (definiciones), modifica la rúbrica del capítulo II, título II (constitución de sociedades) en el que integra el artículo 22 bis relativo a la constitución de sociedades en línea e incluye los artículos 40 bis a 40 quinquies en un capítulo III bis, en el título II, referido a la constitución electrónica de la sociedad de responsabilidad limitada (constitución en línea).

Por último, en tercer lugar, modifica el Reglamento del Registro Mercantil (disposición final quinta), introduciendo el artículo 94 bis (para asignar a las sociedades de capital y a las sucursales de sociedades de otros Estados miembros un identificador único europeo –EUID– que permita identificarlas inequívocamente en las comunica-

ciones entre los registros a través del sistema de interconexión de registros mercantiles), reformando la rúbrica de la sección 2ª del capítulo XI del título II (sección 2ª De la inscripción de los empresarios y sus actos) e introduciendo los artículos 308 bis a 308 quáter en la sección 2ª del capítulo XI del título II referidos a creación y cierre en línea de sucursales, los artículos 308 quinquies a 308 septies en una nueva sección 3ª del capítulo XI del título II relativos a la información societaria europea y su acceso mediante la plataforma central europea y el Identificador Único Europeo (EUID) y una nueva disposición final séptima en cuanto a las tasas por acceder a los documentos y la información accesible gratuitamente a través del sistema de interconexión de Registros.

2. EL NOMBRAMIENTO DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN SOCIAL EN LA CONSTITUCIÓN EN LÍNEA DE SOCIEDADES

2.1. Consideración general

En el concreto ámbito que aquí interesa –el nombramiento del órgano de administración societario en la constitución en línea de sociedades– objetivo principal de la Directiva de digitalización de sociedades es que no haya presencia física ante el notario ni presentación de documentos en papel, contemplándose como excepcional la posibilidad de requerir esa presencia física. En particular, la Directiva de digitalización de sociedades incide en tres aspectos en relación con el órgano de administración social en la constitución en línea, estrechamente relacionados con el sistema de identificación y con los requisitos de información. En este sentido, es evidente que la constitución en línea supone la implantación de sistemas que aseguren la identificación de los sujetos y la autenticación de los documentos, pero, además, se hace especial hincapié en el intercambio de información. Ambos requerimientos –identificación e información– se encuentran en la base de la mayor parte de los procedimientos y sistemas que permitirán el éxito de una constitución en línea de sociedades segura y ágil.

El primero de los aspectos a reseñar es implícito a la seguridad que ha de procurar la constitución en línea, al exigir a los Estados miembros el establecimiento de normas detalladas para ello que, entre las cuestiones que al menos han de contemplar, recogen la referida a los procedimientos para comprobar el nombramiento de los administradores. El segundo de los aspectos se refiere a la inhabilitación de administradores que se proyecta en un doble plano. De un lado, estableciendo que en la constitución en línea las normas que la detallen también puedan disponer las consecuencias de la inhabilitación de un administrador por la autoridad competente de cualquier Estado miembro. De otro lado, prestando especial atención a los cauces de información respecto a la inhabilitación de administradores. El tercero de los aspectos se sitúa en el marco de los requisitos de información:

“los Estados miembros velarán por que, en los portales o sitios web de registro accesibles a través de la pasarela digital única, se facilite una información concisa y de fácil consulta, proporcionada gratuitamente y, al menos, en una lengua ampliamente comprendida por el mayor número posible de usuarios transfronterizos, para ayudar a la constitución de sociedades y el registro de sucursales”.

Entre la información que, al menos, ha de incluirse se encuentra un resumen de las normas aplicables sobre la obtención de la condición de miembro del órgano de administración, el órgano de gestión o el órgano de control de una sociedad, incluidas las normas sobre inhabilitación de administradores, y sobre autoridades u organismos responsables de conservar la información sobre administradores inhabilitados y una descripción de las competencias y responsabilidades del órgano de administración, el órgano de gestión y el órgano de control de una sociedad, incluido el poder para representar a la sociedad frente a terceros.

El Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Digital del Servicio Público de Justicia que transpone la Directiva de digitalización de sociedades se alinea con las previsiones de la norma comunitaria, en el ámbito de las socie-

dades de responsabilidad limitada que se constituyan con aportaciones dinerarias, que es el marco al que refiere la incorporación de la Directiva. En la medida en que, como destaca la Exposición de Motivos del Anteproyecto, el régimen de constitución telemática vigente en nuestro ordenamiento jurídico necesita ser modificado en algunos aspectos para poder cumplir con el mandato del legislador europeo de contemplar un procedimiento íntegramente online, aplicable tanto al momento de constitución como a las modificaciones societarias posteriores y al registro de sucursales por parte de solicitantes que sean ciudadanos de la Unión Europea, se introducen modificaciones en el Código de Comercio, en la Ley de Sociedades de Capital y en el Reglamento del Registro Mercantil.

2.2. Los procedimientos para comprobar el nombramiento del órgano de administración social

La Directiva de digitalización de sociedades y, consecuentemente, el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Digital del Servicio Público de Justicia que lleva a cabo la transposición inciden en la relevancia, entre otros aspectos, de los procedimientos para comprobar el nombramiento de los administradores. La expresión, en el plano sustantivo, ha de relacionarse inicialmente con el modo o modos de organizar la administración de la sociedad y el correspondiente nombramiento de los administradores, tras la aceptación del cargo. De forma muy sintética, cabe reseñar que la concreción de los diversos sistemas de administración y representación admisibles en la Ley de Sociedades de Capital refiere diversas posibilidades: a) Un administrador único al que corresponderá necesariamente el poder de representación; b) Varios administradores solidarios, es decir, que actúen individualmente, en cuyo caso el poder de representación corresponde a cada administrador; c) Dos administradores que actúen conjuntamente, en cuyo caso el poder de representación se ejercerá mancomunadamente, aunque en la sociedad limitada –forma social a la que se ciñe la transposición de la Directiva de digitalización de sociedades– se admiten más de dos administradores mancomunados; y d) Un consejo de administración, integrado por un mínimo de tres miembros, que actuará por mayoría. En este último modo de organización el poder de representación corresponderá al propio consejo, que actuará colegiadamente. No obstante, los estatutos podrán atribuir el poder de representación a uno o varios miembros del consejo a título individual o conjunto. Además, el propio consejo podrá designar consejeros delegados, debiendo indicar el régimen de actuación de los mismos. Asimismo, puede darse un consejo de administración y una comisión ejecutiva o uno o más consejeros delegados, con indicación de sus respectivas competencias. En este caso, el poder de representación se atribuirá como en el supuesto anterior.

A ello debe añadirse que, salvo disposición contraria de los estatutos, para ser nombrado administrador no se requiere la condición de socio y que los administradores de la sociedad de capital pueden ser personas físicas o jurídicas, con la excepción de los consejeros de las sociedades cotizadas que han de ser necesariamente personas físicas (Ley 5/2021, de 12 de abril). En efecto, la Ley de Sociedades de Capital establece que los administradores de las sociedades de capital pueden ser personas físicas o jurídicas y añade que, en caso de ser nombrado administrador una persona jurídica, será necesario que ésta designe a una sola persona natural para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo. Esta última previsión se incorpora a la legislación de sociedades de capital por la Ley 25/2011, de 1 de agosto, exigiendo que esta designación se inscriba en el Registro Mercantil. Al nombramiento del administrador persona jurídica se refiere el artículo 143 del Reglamento Mercantil, al disponer que “en caso de administrador persona jurídica, no procederá la inscripción del nombramiento en tanto no conste la identidad de la persona física que aquella haya designado como representante suyo para el ejercicio de las funciones propias del cargo”. Y añade que, “en caso de reelección del administrador persona jurídica, el representante anteriormente designado continuará en el ejercicio de las funciones propias del cargo, en tanto no se proceda expresamente a su sustitución”. La previsión, además, se relaciona estrechamente con el apartado quinto del artículo 236 de la Ley de Sociedades de Capital, introducido por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, que establece que “la persona física designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica deberá

reunir los requisitos legales establecidos para los administradores, estará sometido a los mismos deberes y responderá solidariamente con la persona jurídica administrador⁶. La relación entre los referidos preceptos ha sido

6 La sucesiva incorporación de estas normas se destaca en la *Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Madrid, de 22 de enero de 2019*. En este marco, una de las cuestiones más controvertidas es la posible afectación de la calificación concursal a la persona física representante del administrador persona jurídica. Así, la *Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Murcia de 2 de noviembre de 2021*, en la resolución de los pronunciamientos solicitados en la sección de calificación concursal en el informe de la administración concursal y en el dictamen del Ministerio Fiscal, aborda, entre otras cuestiones, la relativa a la consideración de la afectación por la calificación concursal de la persona física designada por el administrador persona jurídica. En el supuesto se señala que no resulta controvertido que la sociedad concursada está participada únicamente por su matriz, una sociedad de responsabilidad limitada, que además ostenta la administración de derecho de la concursada, entendiendo la administración concursal y el Ministerio Fiscal que debe entenderse que la persona física designada para desempeñar las funciones de administrador ha de resultar afectada por la calificación como administrador de derecho de la concursada (no se postula su condición como administrador de hecho). La defensa de la referida persona física se opone a la aplicación analógica de la Ley de Sociedades de Capital en una materia sancionadora, como es la relativa a la calificación concursal, y en todo caso, se opone a que dicha aplicación analógica sea anterior al 24 de diciembre de 2014, fecha en que entró en vigor la reforma de la Ley de Sociedades de Capital que atribuye el mismo régimen de responsabilidad que a la persona jurídica designada administrador a la persona física designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador. Destaca la *Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Murcia de 2 de noviembre de 2021* que se plantea una cuestión que ha sido ampliamente discutida por la doctrina, y que presenta resoluciones contradictorias por las Audiencias Provinciales, no existiendo a fecha de hoy resolución sobre la materia por parte del Tribunal Supremo. Resume la postura favorable a la indicada pretensión de la administración concursal y del Ministerio Fiscal la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 22 de octubre de 2020, cuando afirma que, como es sabido, los administradores de la sociedad de capital podrán ser personas físicas o jurídicas (art 212.1 LSC), de manera que, en este último caso, será necesario que ésta designe a una sola persona natural para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo (art 212 bis LSC), designación que corresponderá, salvo previsión estatutaria en contra, realizar al órgano de administración y no a la junta general. En todo caso, aclara que la condición de administrador la ostenta la persona jurídica, no el representante designado por la persona jurídica administradora, y hasta la Ley 31/2014 la única forma de construir la responsabilidad de la persona física designada por el administrador persona jurídica era través de la figura del administrador de hecho (SAP Barcelona de 25 de marzo de 2015 y SAP Madrid de 1 de marzo de 2017, con cita de la precedente de 26 de junio de 2015). Ahora bien, incide en que la situación cambia con el nuevo apartado 5 del artículo 236 de la Ley de Sociedades de Capital, en el que se respeta la condición de administradora a la persona jurídica, pero se impone el mismo régimen de responsabilidad a la persona física designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador, sin que ello libere a la persona jurídica administradora, al establecerse su responsabilidad solidaria. A partir de ahí, la omisión en la legislación concursal (art. 172.2.1 LC 2003 y de igual modo art. 455 TRLC) de la persona física designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica suscita si puede catalogarse como persona afectada, o si esa condición debe reservarse solo a la persona jurídica administradora. Una lectura integradora, partidaria de considerar persona afectada por la calificación culpable también a la persona física destaca que se sustenta en (i) el argumento sistemático, al considerar que la responsabilidad societaria y concursal traen causa de un tronco común, que obliga a buscar la coordinación entre una y otra normativa, superando las omisiones a la hora de definir los sujetos responsables del precedente artículo 172.1.2 de la derogada Ley Concursal de 2003 y (ii) la ausencia de motivos que justifiquen su exclusión, ya que si esta persona física designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica está sometida a los mismos deberes que los administradores, consecuencia lógica de ello es que responda como estos cuando no observa estos deberes, no solo en el ámbito societario sino en otros, como en el concursal. Esta tesis se considera seguida de manera mayoritaria por las Audiencias Provinciales (SAP A Coruña de 27 de septiembre de 2018, SAP Almería de 12 de diciembre de 2017 y SAP Barcelona de 13 de julio de 2018; en contra, Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 1 de marzo de 2017). Sin perjuicio de que dicha tesis no podría aplicarse a aquellos hechos acaecidos antes de la entrada en vigor del artículo 236.5 de la Ley de Sociedades de Capital (como ocurre en la SAP Barcelona de 19 de abril de 2016, que en una sección de calificación concursal no aplica el referido artículo 236.5 por motivos temporales). La postura contraria se pone de manifiesto, entre otras, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 4 de noviembre de 2019, cuando afirma que debe recordarse que el artículo 212 bis.1 de la Ley de Sociedades de Capital impone con carácter general que “en caso de ser nombrado administrador una persona jurídica, será necesario que ésta designe a una sola persona natural para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo”, en cuyo desarrollo el artículo 143 del Reglamento del Registro Mercantil, ante el supuesto de nombramiento como administrador de una persona jurídica, dispone que “no procederá la inscripción del nombramiento en tanto no conste la identidad de la persona física que aquélla haya designado como representante suyo para el ejercicio de las funciones propias del cargo”. Pese al establecimiento de este régimen, la consideración de administrador social recae exclusivamente en la persona jurídica que se designa en el nombramiento, y la persona física es solo un representante de aquella en el ejercicio de aquel cargo, pero ésta no ostenta, en sí misma, la consideración de administrador social. Ante tal circunstancia, destaca que en la reforma de la Ley de Sociedades de Capital operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, se introdujo el artículo 236.5 con el fin de habilitar la extensión del régimen legal de responsabilidad societario propio de la persona jurídica administradora social a su representante persona física en el ejercicio del cargo, al establecer que “la persona física designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica (...) responderá solidariamente con la persona jurídica administrador”. Dicha previsión del régimen de responsabilidad societaria, remarca que no ha sido introducida en el listado taxativo contemplado en la legislación concursal, donde lo relevante sigue siendo la atribución de la condición de administrador social, la que no tiene el representante persona física como tal, por la simple circunstancia de ser ese representante de la verdadera administradora, la persona jurídica designada para ello. Por ello, considera que no cabe contemplar una interpretación extensiva de la previsión del artículo 236.5 de la Ley de Sociedades de Capital, dada la naturaleza de la norma concursal, de responsabilidad y pseudo-sancionatoria (art. 4.2 CC). Es decir, incide en que, en sede de responsabilidad concursal, se parte del

también puesta de manifiesto por la *Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de septiembre de 2019*, al señalar que el artículo 212 bis de la *Ley de Sociedades de Capital*, introducido en ésta por la *Ley 25/2011*, establece en su apartado 1: “En caso de ser nombrado administrador una persona jurídica, será necesario que ésta designe a una sola persona natural para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo”. Preceptos similares existen en otras normas especiales (cfr. art. 47.1 del Reglamento de la Sociedad Europea; art. 34.1, párrafo tercero, de la Ley de Cooperativas; art. 12.2 de la Ley 12/1991, de Agrupaciones Europeas de Interés Económico; art. 19.2 del Reglamento de Agrupaciones Europeas de Interés Económico). En este punto y en relación con las sociedades de capital, la Ley 25/2011 se limita a incorporar en una norma con rango de ley formal lo que dispone el artículo 143 del Reglamento del Registro Mercantil en la interpretación dada a esa norma por este Centro Directivo (desde una primera Resolución de 11 de marzo de 1991 hasta las posteriores de las de 3 junio de 1999; 22 de septiembre de 2010 y 18 de mayo de 2012), que fijó doctrina en un triple sentido: a) en primer lugar, es la persona jurídica designada administradora, y no la sociedad administrada, quien tiene la competencia para nombrar a la persona física o natural que ejercita las funciones propias del cargo; b) en segundo término, “por exigencias prácticas y operativas” ha de ser una única la persona física designada, no siendo válida la designación de varias ni aunque existan administradores solidarios o mancomunados en la administradora, y c) por último, esa persona física actuará en nombre de la persona jurídica administradora y con carácter permanente para el ejercicio estable de las funciones inherentes al cargo de administrador. Por lo demás, este Centro Directivo puso de relieve que la identidad del representante designado debe inscribirse al mismo tiempo que el nombramiento de la persona jurídica administradora en la hoja de la sociedad administrada y si el designado pertenece al órgano de administración de la persona jurídica administradora, bastará con presentar certificación correspondiente al acuerdo expedida por el órgano de la persona jurídica administradora que sea competente al efecto; mientras que en otro caso, la designación debe figurar en escritura pública de poder. Y añade, que ciertamente, debe distinguirse entre la aceptación del cargo de administradora por el representante de la sociedad nombrada (momento desde el cual surtirá efecto el nombramiento –art. 214.3 LSC–) y la designación por ésta de la persona natural que haya de ejercer las funciones propias del cargo (como requisito para la inscripción del nombramiento de la sociedad administradora en el Registro Mercantil –cfr. arts. 212 bis, apartado 2, de la LSC y 143 RRM–). Es también cierto que la inscripción de los poderes en el Registro Mercantil no requiere la aceptación previa por parte del apoderado, pues en todo apoderamiento, al ser un acto unilateral que no comporta obligación alguna para el apoderado sino únicamente facultades por ejercitar, es de esencia que no sea necesaria dicha aceptación expresa y sea suficiente la aceptación tácita al ejercer tales facultades. Por ello, en vía de principios, no sería necesaria la aceptación del designado cuando la designación de la persona natural representante de la sociedad nombrada administradora se realiza mediante apoderamiento. Pero no puede desconocerse que, con independencia del origen del vínculo representativo entre la sociedad administradora y su

principio de que el representante persona física de la persona jurídica administradora social actúa en las funciones del cargo bajo las directrices e instrucciones de ésta, como ejecutor material de las decisiones de la verdadera administradora, la que asume, por tanto, la imputación de responsabilidad que pueda derivarse en el Derecho de la insolvencia. Por ello, solo cuando dicha regla se rompa cabrá trasladar al representante persona natural algún tipo de responsabilidad, bajo los regímenes de imputación especial de la condición de administrador de hecho o de cómplice, en cada caso, bajo los requisitos exigidos para lo uno o para lo otro. Es decir, cuando la regla de la dependencia y mera ejecución de instrucciones por el representante persona física se quiebre, y pase ésta a adoptar decisiones autónomas, independientes y propias sobre la sociedad administrada, de modo continuado y con plena eficacia vinculante, podrá trasladarse responsabilidad concursal bajo el tipo de imputación propio de los administradores de hecho. En la tesitura entre adoptar una u otra postura, la *Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Murcia de 2 de noviembre de 2021* adopta la posición que resume la Audiencia Provincial de Murcia en la sentencia referida de 22 de octubre de 2020, considerando que los argumentos resultan convincentes y mayoritarios al margen de lo que pueda resolver en un futuro el Tribunal Supremo. Y, aunque en dicha sentencia la Audiencia Provincial de Murcia no aplicó esta tesis –porque el artículo 236.5 de la Ley de Sociedades de Capital no estaba en vigor cuando acaecieron los hechos enjuiciados– entiende la resolución del Juzgado de lo Mercantil que de los términos de la sentencia transcrita y de la plasmación de los argumentos a favor, parece que la Audiencia Provincial de Murcia se decante por la aplicación pretendida por la administración concursal y por el Ministerio Fiscal. Por ello, en definitiva, declara como persona afectada en el concurso a la persona física designada por el administrador persona jurídica, aunque, para el caso de que se aprecie alguna responsabilidad económica, limitada al periodo comprendido entre el 24 de noviembre de 2014, fecha en que entra en vigor la última redacción del artículo 236.5 de la Ley de Sociedades de Capital y la declaración de concurso.

representante persona física –representación voluntaria– por disposición legal, los efectos de esa designación exceden del ámbito propio del mero apoderamiento para asimilarse –al menos en algunos aspectos, como son los relativos a requisitos legales establecidos para acceder al cargo de administrador, así como deberes y responsabilidades del mismo– a los propios de la relación orgánica de administración, dada la naturaleza de las funciones propias del cargo de administrador que la persona física designada debe ejercer. Muestra de ello es que, a diferencia de los demás poderes (cfr. art. 94.1-5.º RRM), la referida designación de persona física representante no se inscribe en la hoja de la sociedad administradora sino en la hoja de la administrada. Y, aunque se trata de una cuestión que, durante mucho tiempo, no ha sido objeto de regulación normativa expresa, debe entenderse que en la legislación vigente existen normas que, si bien podrían ser más claras, establecen específicamente, siquiera sea por asimilación y remisión al régimen del nombramiento de administradores, la necesidad de aceptación por la persona natural designada para ejercer las funciones propias del cargo de administrador para el que ha sido nombrada la sociedad. Así resulta del artículo 236 de la Ley de Sociedades de Capital, que en su apartado 5 (introducido por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, que en este punto sigue una orientación análoga a la de legislaciones como la francesa –artículos L225-20 y L225-76 del “Code de Commerce”– y belga –artículo 2:55 del “Code des Sociétés”– en cuanto disponen que el representante designado queda sometido a las mismas condiciones e incurrirá en las mismas responsabilidades que si ejercieran el cargo de administrador en nombre propio), establece que: “La persona física designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica deberá reunir los requisitos legales establecidos para los administradores, estará sometida a los mismos deberes y responderá solidariamente con la persona jurídica administrador”. Y si esta asimilación puede presentar problemas de interpretación, en cuanto podría dudarse si abarca únicamente los requisitos subjetivos para ser administrador así como los deberes de diligencia, lealtad y de evitar situaciones de conflicto de intereses, así como las responsabilidades inherentes al cargo pero no los requisitos formales como es la aceptación, lo cierto es que del artículo 212 bis, apartado 2 “in fine”, de la misma ley se desprende inequívocamente la necesidad de aceptación por el representante persona física designado como requisito para su inscripción en el Registro, toda vez que del artículo 215 al que se remite resulta que sólo una vez aceptada se podrá presentar a inscripción esa designación y, además, ésta deberá presentarse dentro de los diez días siguientes a la fecha de la aceptación. Por lo demás, esta previsión normativa es lógica si se tiene en cuenta la dificultad o imposibilidad que existiría para exigir la responsabilidad al designado representante persona física de la sociedad administradora mientras no constare la aceptación de aquél, especialmente por ejemplo en caso de incumplimiento del deber de diligencia, no ya por los actos que pudiera realizar –de la que resultaría la aceptación tácita de la designación– sino como consecuencia de la omisión de actuaciones debidas⁷. Respecto a esta misma cuestión, la *Resolución de 11 de diciembre de 2019 de la Dirección General de los Registros y del Notariado*, que resuelve el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles a inscribir una escritura de cese y nombramiento de representante persona física de una sociedad anónima para el ejercicio del cargo de administradora de una sociedad de responsabilidad limitada⁸. En el supuesto, la primera de las objeciones que

7 Vid. también Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de septiembre y de 24 de julio de 2019.

8 En el expediente resuelto por la *Resolución de 11 de diciembre de 2019 de la Dirección General de los Registros y del Notariado*, en escritura autorizada notarialmente, otorgada por un apoderado de una sociedad anónima unipersonal, se formalizó el cese y nombramiento de persona física representante de dicha sociedad para ejercer el cargo de administradora única en una sociedad limitada unipersonal. En la misma escritura el notario autorizante expresó que las facultades del otorgante resultaban del poder conferido a su favor mediante la escritura que reseñaba, autorizada por él mismo, con indicación de la fecha, número de protocolo y datos de inscripción de la misma en el Registro Mercantil, cuya copia autorizada había tenido a la vista, y en la que, según afirmó, se le atribuían facultades suficientes para dicha escritura de cese y designación de persona física para el ejercicio de funciones propias del cargo de administrador único. Presentada copia autorizada de dicha escritura en el Registro Mercantil se resolvió no practicar la inscripción solicitada, primero, por no constar el acuerdo del consejo de administración de la sociedad anónima, socio único de la sociedad limitada, sobre el cese y nombramiento de la persona física representante de la primera en el órgano de administración de la segunda. Y, segundo, por no constar la aceptación de la representante, persona física, designada. Contra esta nota de calificación, el notario interpuso

opuso el registrador a la inscripción solicitada fue entender que debía constar el acuerdo del consejo de administración de la sociedad nombrada administradora por el que se cesaba y se designaba a la persona física que había de ejercer las funciones propias del cargo de administrador. Respecto a esta primera objeción, la *Resolución de 11 de diciembre de 2019* entiende que no puede mantenerse. En este sentido, destaca que, como ya puso de relieve la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resolución de 11 de marzo de 1991, la designación de una persona física que la persona jurídica nombrada administradora debe realizar para que, en nombre de ésta y con carácter permanente, pueda desempeñar por sí sola todas las funciones inherentes al cargo conferido, no se trata de un acto social interno respecto de la sociedad administrada, sino de una decisión que compete exclusivamente a la persona jurídica nombrada, y dado que ésta revestirá la naturaleza bien del apoderamiento, bien de la delegación de facultades, se precisará para su inscripción, respectivamente su formalización en documento público (arts. 18 CCom y 5 RRM) o la certificación del acuerdo delegatorio expedida por el órgano de la persona jurídica que sea competente al efecto. Y, según afirmó también la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resolución de 22 de septiembre de 2010, no puede rechazarse la designación de la persona física que realiza, mediante un apoderado, la propia sociedad nombrada administradora para que ejerza las funciones propias del cargo si –como acontece en el caso de este recurso– el notario autorizante de la escritura calificada ha reseñado la escritura de apoderamiento cuya copia autorizada se le ha exhibido y ha expresado su juicio de suficiencia sobre las facultades representativas acreditadas, conforme al artículo 98 de la Ley 24/2001, sin que en la calificación se contenga objeción alguna respecto del juicio notarial de suficiencia formulado, en relación con el negocio jurídico documentado. Por ello, la objeción expresada por el registrador no en su calificación sino –intempestivamente– en su informe, según la cual el mencionado apoderado sólo está facultado para ejercer personalmente la representación de la sociedad poderdante en la administración de la sociedad limitada unipersonal, pero no para atribuir a un tercero dicha representación, no puede ser analizada en este expediente (art. 326 LH).

En cuanto a la segunda de las objeciones –no constar la aceptación de la representante, persona física, designada– la *Resolución de 11 de diciembre de 2019* reitera el criterio expresado por la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resolución de 20 de septiembre de 2019. Así, parte de que debe distinguirse entre la aceptación del cargo de administradora por el representante de la sociedad nombrada (momento desde el cual surtirá efecto el nombramiento, art. 214.3 LSC) y la designación por ésta de la persona natural que haya de ejercer las funciones propias del cargo (como requisito para la inscripción del nombramiento de la sociedad administradora en el Registro Mercantil, arts. 212 bis, apartado 2 LSC y 143 RRM). Y, señala, que también es cierto que la inscripción de los poderes en el Registro Mercantil no requiere la aceptación previa por parte del apoderado, pues en todo apoderamiento, al ser un acto unilateral que no comporta obligación alguna para el apoderado sino únicamente facultades por ejercitar, es de esencia que no sea necesaria dicha aceptación expresa y sea suficiente la aceptación tácita al ejercer tales facultades. Por ello, en vía de principios, considera que no sería necesaria la aceptación del designado cuando la designación de la persona natural representante de la sociedad nombrada administradora se realiza mediante apoderamiento. Ahora bien, la *Resolución de 11 de diciembre de 2019* destaca que no puede desconocerse que, con independencia del origen del vínculo representativo entre la sociedad administradora y su representante persona física –representación

recurso. Como señala la *Resolución de 11 de diciembre de 2019*, el artículo 212 bis de la Ley de Sociedades de Capital establece en su primer apartado que *en caso de ser nombrado administrador una persona jurídica, será necesario que ésta designe a una sola persona natural para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo*. La previsión, como se ha señalado, se relaciona con lo dispuesto en el artículo 143 del Reglamento del Registro Mercantil, que ha sido interpretado por la Dirección General de los Registros y del Notariado (Resoluciones de 11 de marzo de 1991, 3 junio de 1999, 22 de septiembre de 2010 y 18 de mayo de 2012), en un triple sentido: a) en primer lugar, es la persona jurídica designada administradora, y no la sociedad administrada, quien tiene la competencia para nombrar a la persona física o natural que ejercita las funciones propias del cargo; b) en segundo término, ha de ser una única la persona física designada, no siendo válida la designación de varias ni aunque existan administradores solidarios o mancomunados en la administradora; y c) por último, esa persona física actuará en nombre de la persona jurídica administradora y con carácter permanente para el ejercicio estable de las funciones inherentes al cargo de administrador.

voluntaria–, por disposición legal, los efectos de esa designación exceden del ámbito propio del mero apoderamiento para asimilarse –al menos en algunos aspectos, como son los relativos a requisitos legales establecidos para acceder al cargo de administrador, así como deberes y responsabilidades del mismo– a los propios de la relación orgánica de administración, dada la naturaleza de las funciones propias del cargo de administrador que la persona física designada debe ejercer. Muestra de ello es que, a diferencia de los demás poderes (art. 94.1-5º RRM), la referida designación de persona física representante no se inscribe en la hoja de la sociedad administradora sino en la hoja de la administrada. Y, aunque se trata de una cuestión que, durante mucho tiempo, no ha sido objeto de regulación normativa expresa, debe entenderse que en la legislación vigente existen normas que, si bien podrían ser más claras, establecen específicamente, siquiera sea por asimilación y remisión al régimen del nombramiento de administradores, la necesidad de aceptación por la persona natural designada para ejercer las funciones propias del cargo de administrador para el que ha sido nombrada la sociedad. Así resulta, entiende la *Resolución de 11 de diciembre de 2019*, del artículo 236 de la Ley de Sociedades de Capital, que en su apartado 5 (introducido por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo), establece que “la persona física designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica deberá reunir los requisitos legales establecidos para los administradores, estará sometida a los mismos deberes y responderá solidariamente con la persona jurídica administrador”. Y si esta asimilación puede presentar problemas de interpretación, en cuanto podría dudarse si abarca únicamente los requisitos subjetivos para ser administrador, así como los deberes de diligencia, lealtad y de evitar situaciones de conflicto de intereses, así como las responsabilidades inherentes al cargo pero no los requisitos formales como es la aceptación, lo cierto es que del artículo 212 bis, apartado 2 in fine, considera la *Resolución de 11 de diciembre de 2019* que se desprende inequívocamente la necesidad de aceptación por el representante persona física designado como requisito para su inscripción en el Registro, toda vez que del artículo 215 al que se remite resulta que sólo una vez aceptada se podrá presentar a inscripción esa designación y, además, ésta deberá presentarse dentro de los diez días siguientes a la fecha de la aceptación. Por lo demás, concluye que esta previsión normativa es lógica si se tiene en cuenta la dificultad o imposibilidad que existiría para exigir la responsabilidad al designado representante persona física de la sociedad administradora mientras no constare la aceptación de aquél, especialmente, por ejemplo, en caso de incumplimiento del deber de diligencia, no ya por los actos que pudiera realizar –de la que resultaría la aceptación tácita de la designación– sino como consecuencia de la omisión de actuaciones debidas. En definitiva, la Dirección General de los Registros y del Notariado acuerda estimar parcialmente el recurso interpuesto, en cuanto al defecto relativo a la necesidad de que conste el acuerdo del consejo de administración de la sociedad nombrada administradora, y desestimarle en cuanto a la necesidad de aceptación expresa por la persona física designada representante.

Las referidas consideraciones son, en este punto, significativas para subrayar que en la constitución en línea el control de los procedimientos para comprobar el nombramiento del órgano de administración social ha de relacionarse, necesariamente, con el modo en el que la sociedad haya organizado la administración. En este sentido, en las previsiones legales actuales la mayor celeridad en la constitución digital de sociedades se vincula con sociedades cuyo modo de organizar la administración no responde a la amplitud señalada, sino que se introducen condiciones que “simplifican” esta organización. Así sucede en el modelo de sociedad nueva empresa. Al órgano de administración de la sociedad nueva empresa le compete, como en las sociedades de capital, la gestión de la sociedad y la representación de ésta frente a terceros, con carácter permanente⁹. Pues bien, la sociedad nueva

9 En efecto, a los administradores se les atribuye una doble facultad que alude, respectivamente, a un ámbito interno y externo: la gestión de la sociedad y la representación de la sociedad frente a terceros. Los administradores no sólo gestionan la vida social, sino que, también, son quienes tienen la facultad para contratar en nombre de la sociedad. La Orden JUS/1445/2003, de 4 de junio, por la que se aprueban los Estatutos orientativos de la sociedad limitada nueva empresa, especifica que al órgano de administración corresponde la gestión y administración social y la plena y absoluta representación de la sociedad, en juicio y fuera de él. Por consiguiente, sin más excepción que la de aquellos actos que sean competencia de la junta general o que estén excluidos del objeto social, el poder de representación de los administradores y las facultades que lo integran, deberán ser entendidas con la mayor extensión para contratar en general

empresa puede organizar la administración de la sociedad eligiendo entre una triple posibilidad. En primer lugar, confiar la administración a un órgano unipersonal. En segundo lugar, atribuir la administración a un órgano pluripersonal, cuyos miembros actúen mancomunadamente. En tercer lugar, confiar la administración a un órgano pluripersonal, cuyos miembros actúen solidariamente¹⁰. Fuera de estas opciones, a la sociedad nueva empresa le queda vedada la constitución de un consejo de administración. En efecto, cuando la administración se atribuya a un órgano pluripersonal, expresamente se establece que, en ningún caso, adoptará la forma y el régimen de funcionamiento de un consejo de administración. La prohibición es coherente con la reserva de la forma sociedad nueva empresa a sociedades de dimensiones reducidas, mientras que el consejo de administración es, idealmente, el sistema idóneo de gestión para grandes sociedades y, en especial, para sociedades cotizadas que, necesariamente, deben ser administradas por un consejo de administración cuyos consejeros han de ser personas físicas¹¹. La Orden JUS/1445/2003, de 4 de junio, por la que se aprueban los Estatutos orientativos de la sociedad limitada nueva empresa, determina que corresponde a la junta general, por mayoría cualificada y sin que implique modificación estatutaria, la facultad de optar por cualquiera de los modos de organizar la administración de la sociedad. Además, en todos los supuestos se exige que el administrador o administradores nombrados posean la condición de socio. En la sociedad nueva empresa para ser nombrado administrador se requiere la condición de socio, a diferencia de las sociedades de capital que, salvo disposición contraria de los estatutos, no requieren la condición de socio para ser nombrado administrador. En el ámbito de la sociedad nueva empre-

y para realizar toda clase de actos y negocios, obligacionales y dispositivos, de administración ordinaria o extraordinaria y de riguroso dominio, respecto de cualquier clase de bienes muebles, inmuebles, acciones y derechos.

10 De un lado, la administración de la sociedad nueva empresa puede confiarse a un órgano unipersonal. En este caso, el nombramiento recaerá sobre un administrador único, que deberá reunir la condición de socio, y al que se atribuirán todas las competencias del órgano de administración. En esa línea, se precisa que la representación de la sociedad y la certificación de los acuerdos sociales corresponderá, en caso de existir un administrador único, a éste. Ello es conforme con la previsión del Reglamento del Registro Mercantil, que atribuye la facultad de certificar al administrador único, exigiéndose que la persona que expida la certificación tenga su cargo vigente en el momento de la expedición. Para la inscripción de los acuerdos contenidos en la certificación deberá haberse inscrito, previa o simultáneamente, el cargo del certificador. No se podrán certificar acuerdos que no consten en actas aprobadas y firmadas o en acta notarial (art. 109 RRM). De otro lado, la administración de la sociedad nueva empresa puede también confiarse a un órgano pluripersonal no colegiado. Igualmente, sus miembros deberán ostentar la condición de socios y, como al tiempo de la constitución de la sociedad los socios no pueden superar el número de cinco, tampoco podrán los administradores superar el número de cinco en el momento constitutivo. Durante la vida de la sociedad, los socios deberán continuar siendo exclusivamente personas físicas, ya que si fueran adquiridas participaciones sociales por personas jurídicas deberán ser enajenadas a favor de personas físicas en el plazo de tres meses, contados desde la adquisición y, en caso contrario, la sociedad nueva empresa quedará sometida a la normativa general de la sociedad de responsabilidad limitada, sin perjuicio de la responsabilidad de los administradores de no adoptarse el correspondiente acuerdo de adaptación de los estatutos sociales. Sin embargo, no se encontrarán ya limitados al número de cinco, dado que, como consecuencia de la transmisión de participaciones sociales, podrá superarse el número de cinco socios y, en consecuencia, igualmente podría superarse el número de cinco administradores, aunque ello requeriría la modificación de los estatutos. En un órgano de administración pluripersonal la actuación de sus miembros podrá ser mancomunada o solidaria. En efecto, los miembros del órgano de administración podrán actuar mancomunadamente, es decir, de forma conjunta. En este sistema no se determina un número máximo de administradores que puedan actuar de forma conjunta, lo que, por otro lado, también sucede en la sociedad de responsabilidad limitada, cobrando aún más sentido en la sociedad nueva empresa, en la que no se permite la constitución de un consejo de administración. La representación de la sociedad y la certificación de los acuerdos sociales corresponderá, en caso de existir varios administradores mancomunados, a dos cualesquiera de ellos. O, en su caso, los miembros del órgano de administración podrán actuar solidariamente, es decir, de forma individual. La representación de la sociedad y la certificación de los acuerdos sociales corresponderá, en caso de existir varios administradores solidarios, a cualquiera de ellos. En ambos supuestos, la previsión es conforme con lo dispuesto en el Reglamento del Registro Mercantil, que atribuye la facultad de certificar a los administradores que tengan el poder de representación en el caso de administración conjunta o a cualquiera de los administradores solidarios. Ello requerirá que las personas que expidan la certificación tengan su cargo vigente en el momento de la expedición. Para la inscripción de los acuerdos contenidos en la certificación deberá haberse inscrito, previa o simultáneamente, el cargo del certificador. No se podrán certificar acuerdos que no consten en actas aprobadas y firmadas o en acta notarial (art. 109 RRM). En todo caso, en sede de sociedad nueva empresa no se incorpora ninguna precisión adicional respecto a la estructura del órgano de administración, por lo que habrá que considerar aplicables el resto de las previsiones contenidas en el régimen general de las sociedades de responsabilidad limitada, a excepción de las singularidades que se contemplan en materia de estatuto de los administradores y de remoción en el cargo. CAMPUZANO, A.B. “Artículo 447. Estructura del órgano de administración”, en *Tratado de Sociedades de Capital* (Dir. P. PRENDES / A. MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA / R. CABANAS), T.III, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2017, págs. 623-626.

11 MOLINA HERNÁNDEZ, C. “La incorporación de las nuevas tecnologías en los órganos de gobierno de las sociedades cotizadas”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 317, julio-septiembre 2020, págs. 243-280, en especial págs. 266-269.

sa, la exigencia de la condición de socio para ser administrador tiene carácter imperativo y no admite cláusula estatutaria que disponga lo contrario. La imposición de este requisito subjetivo, como la mayor parte de las especialidades acogidas en el régimen sustantivo de la sociedad nueva empresa, responde a la orientación de esta forma social hacia el ámbito de las pequeñas y medianas sociedades. Y, a estos efectos, hay que tener en cuenta que en la sociedad nueva empresa sólo pueden ser socios las personas físicas y que, al tiempo de su constitución, los socios no pueden superar el número de cinco. Ambos requisitos condicionan la composición subjetiva y el número de administradores que podrán ser nombrados en una sociedad nueva empresa. Como el socio de la sociedad nueva empresa ha de ser, necesariamente, persona física, el administrador único o los administradores mancomunados o solidarios de la sociedad serán socios persona física. Este requisito debe mantenerse durante toda la vida de la sociedad, ya que, si fueran adquiridas participaciones sociales por personas jurídicas, deberán ser enajenadas a favor de personas físicas en el plazo de tres meses, contados desde la adquisición. De no producirse esta enajenación, la sociedad nueva empresa quedará sometida a la normativa general de la sociedad de responsabilidad limitada, sin perjuicio de la responsabilidad de los administradores de no adoptarse el correspondiente acuerdo de adaptación de los estatutos sociales. Además, al tiempo de la constitución de la sociedad nueva empresa, los socios no pueden superar el número de cinco, por lo que en ese momento inicial ese será el número máximo posible de administradores. No obstante, la exigencia de que los socios no superen el número de cinco sólo opera en el momento de su constitución, ya que se contempla que, como consecuencia de la transmisión de participaciones sociales, pueda superarse ese número. En efecto, mientras que el requisito de que los socios sean personas físicas se mantiene durante la vida de la sociedad – si fueran adquiridas participaciones sociales por personas jurídicas, deberán ser enajenadas a favor de personas físicas en el plazo de tres meses, contados desde la adquisición y, en caso contrario, la sociedad nueva empresa quedará sometida a la normativa general de la sociedad de responsabilidad limitada, sin perjuicio de la responsabilidad de los administradores de no adoptarse el correspondiente acuerdo de adaptación de los estatutos sociales- la exigencia de que los socios no superen el número de cinco sólo opera en el momento de su constitución, ya que se contempla que, como consecuencia de la transmisión de participaciones sociales, pueda superarse ese número.

Y consideraciones similares pueden realizarse respecto a las sociedades de responsabilidad limitada que ahora se constituyen utilizando estatutos-tipo. La Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización contempla tanto la constitución de sociedades de responsabilidad limitada mediante escritura pública y estatutos tipo como la constitución de sociedades de responsabilidad limitada sin estatutos tipo. Son las primeras, las que se constituyen con estatutos tipo, las que se vinculan en mayor medida con la celeridad y facilitación de la actividad emprendedora. Estos modelos se desarrollan en el Real Decreto 421/2015, de 29 de mayo, por el que se regulan los modelos de estatutos-tipo y de escritura pública estandarizados de las sociedades de responsabilidad limitada, se aprueba modelo de estatutos-tipo, se regula la Agenda Electrónica Notarial y la Bolsa de denominaciones sociales con reserva. Este Real Decreto señala en su parte expositiva que:

“(…) con la intención igualmente de facilitar la actividad emprendedora que deba realizarse a través de determinadas personas jurídicas, se regula en el artículo 15 de la citada ley -la Ley 14/2013, de 27 de septiembre- la constitución de sociedades de responsabilidad limitada, con escritura pública y estatutos-tipo, mediante el llamado Documento Único Electrónico (DUE) y a través del sistema de tramitación telemática del Centro de Información y Red de Creación de Empresas (CIRCE), debiéndose autorizar la escritura pública en el plazo máximo de 12 horas hábiles y calificarse e inscribirse, en su caso, en el Registro Mercantil en el plazo de 6 horas. Se establecen por tanto unos exigentes requisitos temporales que la ley es consciente de que solamente pueden ser alcanzados con la estandarización de los estatutos sociales correspondientes a la constitución de la sociedad. Por ello establece en el citado artículo la necesidad de la existencia de unos estatutos-tipo que permitan la autorización de la escritura de constitución y la calificación e inscripción de la misma en tan breves plazos (...)”.

Y añade que:

...el artículo 16 –también de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre– que regula la constitución de sociedades de responsabilidad limitada sin estatutos-tipo, introduce la posibilidad de constitución de sociedades limitadas por medios electrónicos cuya principal novedad es que habilita para obtener en muy breve plazo de tiempo una inscripción provisional, aplicándose en lo necesario lo dispuesto en el artículo 15 y, por lo tanto, puede utilizarse el mismo modelo de escritura con formato estandarizado que permita, tanto al Notario, que tiene que autorizar el documento, como al Registrador Mercantil, que debe inscribirlo, cumplir sus respectivos cometidos dentro de los brevísimos plazos previstos. En consecuencia, en consonancia con lo previsto en la Ley de apoyo a los emprendedores y la voluntad del legislador de facilitar la creación de empresas en tiempos más cortos, la escritura en formato estandarizado y campos codificados se utilizará en los supuestos de constitución telemática (...).

Por ello, el Real Decreto 421/2015, de 29 de mayo, regula, conforme a la habilitación legal, los aspectos que deben reunir la escritura pública que se utilizará para la constitución de sociedades limitadas con y sin estatutos-tipo (el modelo concreto de escritura pública se recoge en la Orden JUS/1840/2015, de 9 de septiembre, por la que se aprueba el modelo de escritura pública en formato estandarizado y campos codificados de las sociedades de responsabilidad limitada, así como la relación de actividades que pueden formar parte del objeto social) y los estatutos-tipo en formato estandarizado (a los que se refiere el artículo 15 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, para la constitución de sociedades de responsabilidad limitada con capital social no inferior a 3.000 euros y sociedades de responsabilidad limitada de formación sucesiva) y el modelo estandarizado previsto legalmente. Así, en los estatutos-tipo en formato estandarizado para sociedades de responsabilidad limitada con capital social no inferior a 3000 euros o de formación sucesiva (SLFS), al referirse a la organización de la administración de la sociedad, se establece que la junta general podrá optar por cualquiera de los siguientes modos de organizar la administración de la sociedad, sin necesidad de modificación estatutaria: un administrador único, de dos a cinco administradores solidarios o dos administradores mancomunados. A lo que se añade que sólo las personas físicas podrán ser nombrados administradores.

Pues bien, el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Digital del Servicio Público de Justicia que transpone al ordenamiento jurídico español la Directiva de digitalización de sociedades, modifica la Ley de Sociedades de Capital para incorporar la constitución electrónica de la sociedad de responsabilidad limitada (constitución en línea). Con ello, se prevé que las sociedades de responsabilidad limitada puedan ser constituidas mediante el procedimiento íntegramente en línea, sin perjuicio de la posibilidad de utilizar cualquier otro tipo de procedimiento legalmente establecido. Teniendo en cuenta que, en este procedimiento íntegramente en línea para la constitución de una sociedad de responsabilidad limitada, se indica que los otorgantes podrán utilizar en la escritura pública notarial el modelo de constitución con estatutos tipo, cuyo contenido queda pendiente de determinación reglamentaria¹². Y, aunque ciertamente, la no utilización del procedimiento íntegramente en línea sólo se refiere a aquellas situaciones en la que aportación de los socios al capital social se realice mediante aportaciones que no sean dinerarias, la determinación posterior de los estatutos tipo que podrán utilizarse es previsible que incorpore otras circunstancias que, sin ser impeditivas, limiten aspectos organizativos de la sociedad. En esa medida, la

12 El Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Digital del Servicio Público de Justicia que transpone a nuestro Derecho la Directiva de digitalización de sociedades aborda los modelos electrónicos para la constitución electrónica en el nuevo Capítulo que introduce relativo a la constitución electrónica de la sociedad de responsabilidad limitada (constitución en línea). Así, dispone que “el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo conjuntamente con el Ministerio de Justicia, procederán a introducir las modificaciones necesarias en el Documento Único Electrónico, estatutos tipo y escritura pública estandarizada e incluirlos en su respectiva sede electrónica. Estos documentos habrán de ser accesibles, también, a través de la pasarela digital única europea. Se preverá además un nudo de comunicación con la plataforma notarial. Tales documentos modelos deberán de estar redactados en español, en las lenguas cooficiales y en inglés. El otorgamiento de la escritura pública y su inscripción, se realizará conforme a la normativa notarial y registral, respectivamente”.

constitución electrónica de sociedades es obvio que se afianza y consolida con carácter general, sin perjuicio de que el modelo acogido –sociedades de responsabilidad limitada con aportaciones dinerarias– y, sobre todo, las determinaciones que se incorporen a los estatutos tipo, continúen resultando más idóneas para pequeñas y medianas empresas (y, desde luego, para microempresas, que conforma una de las realidades económicas a las que la legislación europea presta especial atención en los últimos tiempos). En este sentido, si al objetivo de fundación en línea le sumamos la deseada celeridad en la constitución, ésta se incrementa notablemente cuando se utilizan modelos estandarizados que, hasta el momento, se han caracterizado por introducir limitaciones organizativas en la sociedad, destacando la opción por la “gran sencillez”, sin perjuicio de apelar a la posible aprobación futura de otro u otros modelos que incorporen mayor complejidad. El Anteproyecto deja a la determinación reglamentaria la concreción de esos modelos, cuyo uso tiene evidentes repercusiones en la referida celeridad en la constitución. Así, el Anteproyecto contempla que el procedimiento de constitución en línea, cuando se utilicen escrituras en formato estandarizado con campos codificados y estatutos tipo, se llevará a cabo en el plazo de las seis horas hábiles contadas desde el siguiente al de la fecha del asiento de presentación o, en su caso, al de la fecha de devolución del documento retirado, entendiéndose que esta segunda inscripción vale como modificación de estatutos. Mientras que, en los demás casos, la calificación e inscripción se llevará a cabo en un plazo máximo de cinco días laborables contados desde el siguiente al de la fecha del asiento de presentación o, en su caso, al de la fecha de devolución del documento retirado, entendiéndose que esta segunda inscripción vale como modificación de estatutos. Sin perjuicio de que, en caso de existencia de causa justificada por razones técnicas o por especial complejidad del asunto que impida el cumplimiento de dicho plazo, el Registrador mercantil debe notificar esta circunstancia al interesado.

En todo caso, sea cual sea el sistema de administración societario, en la constitución en línea de sociedades resultan esenciales los procedimientos que aseguren la identificación de los sujetos, la información relevante sobre los mismos y la comprobación de la documentación pertinente (identidad, capacidad, representación, prohibiciones...). Es evidente que todo ello requiere de herramientas y sistemas que lo procuren con seguridad, haciendo posible su realización en línea, sin presencia física –que la Directiva sólo prevé excepcionalmente y el Anteproyecto bajo la rúbrica excepciones en la constitución electrónica de la sociedad de responsabilidad limitada¹³– y sin aportación de documentos en papel. Estos requerimientos técnicos y de seguridad impactan no sólo en el ámbito propiamente societario, sino también en el marco del régimen aplicable a la actuación de los fedatarios públicos que en nuestro modelo intervienen en la constitución de sociedades. Y elemento esencial en este desarrollo es también el intercambio de información.

2.3. El intercambio de información sobre el órgano de administración social

El intercambio de información es un elemento central en el impulso a la digitalización de sociedades, no sólo por cuestiones de celeridad en la constitución societaria, sino también por motivos de seguridad jurídica, en cuanto un amplio y adecuado intercambio de información es esencial, a los ojos del legislador europeo, para evitar fraudes y abusos. Por ello, la Directiva de digitalización de sociedades remarca la importancia de la información que puede

¹³ El Anteproyecto parte de que la constitución electrónica de la sociedad de responsabilidad limitada, en la observancia de los requisitos establecidos, se llevará a cabo íntegramente en línea y sin necesidad de que los fundadores comparezcan presencialmente ante el Notario. No obstante, como permite la Directiva de digitalización de sociedades, contempla dos excepciones. En primer lugar, por razones de interés público y en orden a evitar cualquier falsificación de identidad, se dispone que el Notario podrá, sin perjuicio de la ulterior calificación registral, a los efectos de comprobar la identidad exacta del fundador, requerir la comparecencia física del interesado por una sola vez. En segundo lugar, del mismo modo establece que dicha comparecencia física podrá ser exigida por el Notario en orden a la completa comprobación de la capacidad del otorgante y, en su caso, sus efectivos poderes de representación. En estos supuestos, el Notario debe anexar a la escritura los motivos por los que se ha exigido la presencia de los comparecientes. El carácter de excepción de estos supuestos se reafirma al señalar que esta presencia física no impedirá que las restantes etapas y elementos del procedimiento electrónico de constitución de la sociedad puedan ser completadas electrónicamente.

solicitarse y que ha de suministrarse, con pleno respeto, obviamente, a las previsiones en materia de protección de datos. De ahí que el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Digital del Servicio Público de Justicia que transpone al ordenamiento jurídico español la Directiva incorpore modificaciones en este sentido, fundamentalmente, en el Código de Comercio y en el Reglamento del Registro Mercantil. En esta última norma, se contempla la asignación a las sociedades de capital y a las sucursales de sociedades de otros Estados miembros (a cuya creación y cierre en línea se dedican varios preceptos) un identificador único europeo (EUID), que permita identificarlas inequívocamente en las comunicaciones entre los registros a través del sistema de interconexión de registros mercantiles. Dicho identificador único europeo se compone del prefijo del país (ES); código del Registro Mercantil seguido de un punto; identificador único de sociedad o sucursal y, en su caso, un dígito de verificación que permita evitar errores de identificación.

Este intercambio de información se extiende al régimen de los administradores y, en particular, el legislador comunitario ha dispensado una atención especial a la inhabilitación de los administradores. Con carácter general, señala la Directiva de digitalización de sociedades que los

“Estados miembros deben ayudar a quienes deseen constituir una sociedad o registrar una sucursal proporcionándoles determinada información a través de la pasarela digital única y, en su caso, en el Portal Europeo de e-Justicia, de forma clara, concisa y de fácil utilización sobre los procedimientos y los requisitos para la constitución de las sociedades de capital, el registro de sucursales y la presentación de documentos e información, las normas relativas a la inhabilitación de administradores y una descripción de las competencias y las responsabilidades de los órganos de administración, gestión y control de las sociedades”.

Así, al regular los requisitos de información, la Directiva exige que los Estados miembros velen por que, en los portales o sitios web de registro accesibles a través de la pasarela digital única, se facilite una información concisa y de fácil consulta, proporcionada gratuitamente y, al menos, en una lengua ampliamente comprendida por el mayor número posible de usuarios transfronterizos, para ayudar a la constitución de sociedades y el registro de sucursales, información que, entre otros aspectos, ha de incluir al menos un resumen de las normas aplicables sobre la obtención de la condición de miembro del órgano de administración, el órgano de gestión o el órgano de control de una sociedad, incluidas las normas sobre inhabilitación de administradores, y sobre autoridades u organismos responsables de conservar la información sobre administradores inhabilitados y una descripción de las competencias y responsabilidades del órgano de administración, el órgano de gestión y el órgano de control de una sociedad, incluido el poder para representar a la sociedad frente a terceros. En esta línea, el Anteproyecto que transpone la Directiva de digitalización de sociedades modifica el artículo 17 del Código de Comercio, incorporando la previsión de que el Registro Mercantil asegurará la interconexión con la plataforma central europea en la forma que se determine por las normas de la Unión Europea y las normas reglamentarias que las desarrollen. Este intercambio de información a través del sistema de interconexión facilitará gratuitamente a los interesados la obtención de información sobre, entre otras indicaciones, los datos de las personas que, como órgano o como miembros de tal órgano, estén actualmente autorizadas por la sociedad para representarla en las relaciones con terceros y en los procedimientos jurídicos, y si las personas autorizadas a representar a la sociedad pueden hacerlo por sí solas o deben actuar conjuntamente. En el mismo artículo –el 17 del Código de Comercio– también se añade que el acceso a la información del sistema de interconexión de registros se produzca a través del portal y de los puntos de acceso opcionales que el Gobierno decida establecer, conectados con la plataforma central europea. Tales puntos de acceso opcionales también podrán ser establecidos por la Comisión Europea. Por su parte, el Anteproyecto que transpone la Directiva de digitalización de sociedades también modifica el Reglamento del Registro Mercantil introduciendo, entre otros, un nuevo precepto sobre información societaria europea. Así, el Registro Mercantil ha de asegurar la interconexión con la plataforma central europea en la forma que se determine por las normas de la Unión Europea y las normas reglamentarias que las desarrollen. Precizando que el intercambio de información a través del sistema de interconexión con la plataforma central europea facilitará a los interesados la obtención de información sobre los datos registrales referentes, entre otros aspectos, al nombramiento, el cese de funciones,

así como la identidad de las personas que, como órgano legalmente previsto, o como miembros de tal órgano, en primer lugar, tengan el poder de obligar a la sociedad con respecto a terceros y representarla en juicio, expresando si para obligar a la sociedad dichas personas pueden hacerlo por sí solas o deben actuar conjuntamente; en segundo lugar, participen en la administración, la vigilancia o el control de la sociedad; y, en tercer lugar, hayan resultado inhabilitadas para ejercer el cargo de administrador de la sociedad.

Y es que, como se indicaba, a lo referido en sede de intercambio de información ha de añadirse el particular interés que la norma comunitaria ha deparado a la inhabilitación de los administradores: “los Estados miembros podrán denegar el nombramiento de una persona como administrador de una sociedad cuando esa persona se encuentre inhabilitada para el ejercicio de la función de administrador en otro Estado miembro”. Impedir que una persona acceda al cargo de administrador no sólo en su territorio, sino también en otros Estados europeos si está inhabilitado para ello, es un objetivo que requiere un evidente suministro de información. De los considerandos de la Directiva a este respecto cabe destacar, de un lado, que se parte de que los Estados miembros puedan solicitar información a otros Estados miembros, sin que ello suponga crear una obligación de solicitar tal información en todos los casos. De otro lado, que se precisa que poder tener en cuenta información sobre la inhabilitación en otro Estado miembro no debe obligar a los Estados miembros a reconocer las inhabilitaciones vigentes de otros Estados miembros. A partir de ahí, el articulado de la Directiva dedica una específica previsión a administradores inhabilitados. Los Estados miembros han de asegurarse de que disponen de normas sobre inhabilitación de administradores, normas que incluirán la posibilidad de tener en cuenta cualquier inhabilitación vigente, o información pertinente a efectos de inhabilitación, en otro Estado miembro, respecto a los administradores que, al menos, han de incluir a quienes tengan el poder de obligar a la sociedad con respecto a terceros y representarla en juicio. Sobre esa base, se faculta o exige a los Estados miembros: poder exigir que las personas que soliciten convertirse en administradores declaren si tienen conocimiento de circunstancias que pudieran dar lugar a la inhabilitación en el Estado miembro de que se trate; poder denegar el nombramiento de una persona como administrador de una sociedad cuando esa persona se encuentre inhabilitada para el ejercicio de la función de administrador en otro Estado miembro; y garantizar que están en condiciones de responder sin demora a una solicitud de otro Estado miembro de información pertinente a efectos de inhabilitación de administradores con arreglo al Derecho del Estado miembro que responda a la solicitud. Sin perjuicio de que los Estados miembros también puedan intercambiar información adicional.

La relevancia que el legislador europeo procura al control de los administradores inhabilitados, sin embargo, no va acompañada de previsiones normativas similares en este ámbito por parte de los Estados miembros. Cada legislación nacional tiene, a estos efectos, sus propias disposiciones y, sobre todo, formas distintas de registrarlas. Por ello, este aspecto requerirá un esfuerzo adicional, en lo que a intercambio de información se refiere, para que resulte útil y cumpla los objetivos fijados¹⁴. En el caso de la legislación española, el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Digital del Servicio Público de Justicia que transpone a nuestro ordenamiento la Directiva de digitalización de sociedades, modifica el artículo 213 de la Ley de Sociedades de Capital para incluir un nuevo apartado, el tercero, que dispone que “a los efectos de lo dispuesto en este artículo, podrá tomarse en consideración cualquier inhabilitación o información pertinente a efectos de inhabilitación vigente en otro Estado miembro de la Unión Europea”. El referido precepto recoge, bajo la rúbrica de prohibiciones, las circunstancias que impiden el acceso al cargo de administrador societario. Dichas circunstancias son de muy diversa índole, al recoger supuestos de incapacidad, inhabilitación e incompatibilidad. Así, no pueden ser administradores los menores de edad no emancipados, los judicialmente incapacitados, las personas inhabilitadas conforme a la Ley Concursal mientras

14 En la evaluación por parte de la Comisión de las disposiciones de la norma comunitaria, que prevé la propia Directiva a través de la presentación de un informe sobre sus conclusiones al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo, se requiere a los Estados miembros que faciliten a la Comisión la información necesaria (en diversos plazos según la fecha de transposición), destacando que el informe de la Comisión evaluará, entre otros aspectos, la experiencia práctica adquirida con la aplicación de las normas relativas a la inhabilitación de los administradores.

no haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso y los condenados por delitos contra la libertad, contra el patrimonio o contra el orden socioeconómico, contra la seguridad colectiva, contra la Administración de Justicia o por cualquier clase de falsedad, así como aquéllos que por razón de su cargo no puedan ejercer el comercio. Además, tampoco podrán ser administradores los funcionarios al servicio de la Administración pública con funciones a su cargo que se relacionen con las actividades propias de las sociedades de que se trate, los jueces o magistrados y las demás personas afectadas por una incompatibilidad legal. Con la inclusión del indicado apartado tercero por el Anteproyecto que transpone la Directiva de digitalización de sociedades se acoge el objetivo de la norma europea de poder tener en cuenta cualquier inhabilitación o información pertinente vigente en otro Estado miembro de la Unión Europea que afecte a una persona, a los efectos de impedir su nombramiento como administrador social. Aunque la Directiva de digitalización de sociedades se centre, específicamente, en la inhabilitación, el resto de circunstancias impeditivas para el acceso al cargo de administrador social –incapacidades e incompatibilidades– han de considerarse igualmente relevantes y pertinentes a los efectos del intercambio de información.

La trasposición de la directiva de digitalización y el otorgamiento de documentos notariales a distancia

IV.2

D^a ANA BELÉN JURADO
ABOGADA DE DWF-RCD

Pregunta 1. En el ámbito de la constitución de sociedades de forma digital cobra especial importancia el procedimiento de acreditación de las aportaciones dinerarias y, especialmente, de los no dinerarias. ¿Qué previsiones se prevén al respecto en la Directiva?

La Directiva prevé y requiere que se instauren medidas en los Estados Miembros para constituir sociedades íntegramente en línea, sugiriendo, mediante Anexo, los tipos sociales para cada país a los que se deben aplicar estas medidas (así, para el supuesto de España, refiere a Sociedades de Responsabilidad Limitada).

No obstante, establece que los Estados Miembros podrán decidir no ofrecer procedimientos de constitución en línea para otros tipos de sociedades distintas a las indicadas en el Anexo (i.e. Sociedades Anónimas), considerando la complejidad del tipo social y el procedimiento de constitución asociado.

A este respecto, indicar que otros países de la Unión Europea, más avanzados en cuanto a la trasposición de las medidas previstas en la Directiva (tales como Alemania o Italia), se han decantado por limitar la intervención notarial a supuestos de sociedades análogas a la de Responsabilidad Limitada. Esta previsión de digitalización para Sociedades Limitadas ya se contempla en Anteproyectos de Ley de (i) Creación y Crecimiento de Empresas y de (ii) Fomento del ecosistema de las empresas emergentes.

Además, la Directiva establece que sus directrices deberán entenderse sin perjuicio de los procedimientos establecidos en Derecho Nacional, incluyendo los relativos a procedimientos jurídicos de constitución e incluyendo respetar las obligaciones derivadas de las normas de Blanqueo de Capitales y financiación del Terrorismo en cuanto a titulares reales.

Nuestra Ley de Sociedades de Capital actual prevé la doble posibilidad de realizar aportaciones a capital, tanto dinerarias como no dinerarias (tanto en constitución como en posteriores aumentos de capital).

Centrándonos en el supuesto de las Sociedades Limitadas, que parece ser la tendencia de tipo social al que aplicar las medidas de la Directiva:

a) Respeto de las aportaciones dinerarias:

La Directiva (artículo 13 octies) prevé que el pago del capital social en la constitución pueda efectuarse en línea, en una cuenta abierta en la UE, velando por que la prueba de dicho pago pueda presentarse también en línea. El desembolso se realizaría a través de servicios de pago proporcionados por entidades financieras u otros prestadores de servicios de pago (entendemos que deberán estar homologados y ofrecer seguridad jurídica), que permitan pagos transfronterizos y la identificación de la persona aportante.

En cuanto a la acreditación de la efectiva realización de dicho desembolso, en relación exclusivamente al proceso de constitución, la reforma de la LSC de finales de 2018 ya flexibilizó el régimen general de certificación bancaria acreditativa del depósito del capital social en cuenta, indicando que no será necesaria esta acreditación si los fundadores realizan manifestación al respecto. Esta consideración igualmente se prevé en el Anteproyectos de Ley de Creación y Crecimiento de Empresas.

b) Respeto de las aportaciones no dinerarias:

La Directiva prevé la posibilidad de excluir de la constitución en línea los supuestos de aportación no dineraria.

No sabemos cuál será la posición que a este respecto adopte el Estado Español, si bien, países como Alemania o Italia, referentes quizá en este momento, igualmente se han decantado por limitar el proceso de constitución en línea a aportaciones dinerarias, considerando que la aportación a capital en dinero, a través de una cuenta bancaria, ofrece el control necesario para cumplir con las exigencias de blanqueo de capitales.

A mi modo de ver, sería perfectamente factible incluir en el proceso de constitución en línea las aportaciones no dinerarias, al menos para las Sociedades Limitadas.

En nuestro ordenamiento jurídico, para los supuestos de aportación no dineraria, se exige descripción detallada de la aportación, el título de propiedad del aportante sobre los bienes o derechos aportados y la valoración de dicha aportación (que podrá acreditarse con informe de experto independiente con carácter voluntario).

Esta información es perfectamente factible que pueda presentarse en formato electrónico (cuestión prevista por la Directiva, que establece que los Estados Miembros velarán por que la constitución pueda efectuarse mediante la presentación de documentos o información en formato electrónico) y mediante las declaraciones oportunas por parte de los aportantes al tiempo de la constitución.

Si lo aportado son participaciones o acciones, por ejemplo, la verificación de su titularidad además, podría realizarse, en muchos casos, a través de los canales de interconexión entre registros centrales, mercantiles y de sociedades.

Si nuestro ordenamiento, para el supuesto de aportaciones no dinerarias, permite la sustitución que comentábamos, de certificación bancaria acreditativa del desembolso por declaración de los fundadores, con un menor control, por tanto, de las cuestiones relativas a blanqueo de capitales, del mismo modo entendemos que, aportando información auténtica y fiable en cuanto al bien o derecho aportado y, en su caso, con declaración del aportante al efecto, podría ser factible incluir estas aportaciones en el proceso de constitución online.

Además, debe tenerse en cuenta que la Directiva igualmente prevé la posibilidad de que los notarios pueda exigir la presencia física de los fundadores en supuestos justificados para garantizar cumplimiento normativo, pudiendo, en su caso, solicitar aquella información adicional que entiendan pertinente.

No obstante, apostaría por que España limitará estas medidas digitales a aportaciones dinerarias y solo para Sociedades Limitadas, sin perjuicio de que, con la práctica, a futuro, estas se puedan hacer extensibles a aportaciones no dinerarias y Sociedades Anónimas.

Pregunta 2. ¿Existirían cambios en el régimen de responsabilidad de los fundadores/promotores por la digitalización de la sociedad?

Las previsiones de la Directiva deben entenderse sin perjuicio de la normativa nacional respecto de cualquier aspecto de la constitución en línea de sociedades y la presentación en línea de documentos e información (artículo 13 quater).

A este respecto, la Directiva no prevé un régimen de responsabilidad para los Fundadores al margen del que ya prevean los ordenamientos jurídicos nacionales. Por tanto, resultará de aplicación lo dispuesto en la Ley de Sociedades de Capital.

Considerando que la constitución digital solo sea aplicable al tipo de Sociedad de Responsabilidad Limitada y aportaciones dinerarias, como comentábamos anteriormente, el régimen de responsabilidad sería:

- En caso de que la acreditación de los desembolsos no se realice mediante certificación bancaria sino mediante declaración en la constitución por parte de los fundadores, estos responderán solidariamente frente a la sociedad y los acreedores de la realidad de las aportaciones.
- Para el supuesto de aportaciones no dinerarias, si estas eventualmente fuesen incorporadas al procedimiento digital de constitución, la responsabilidad será la misma, no solo respecto de la realidad de la aportación sino también respecto de su valoración y ello salvo que tales aportaciones hubieran sido sometidas a informe de experto independiente.

Además, los fundadores también responden solidariamente frente a la sociedad, otros socios futuros y terceros, de la constancia en escritura pública de las menciones exigidas por la Ley, la exactitud de sus declaraciones y la adecuada inversión de fondos destinados al pago de los gastos de constitución.

Estas responsabilidades reforzarían el argumento que antes planteábamos en cuanto a la eventual admisión de las aportaciones dinerarias en el proceso de constitución en línea de sociedades.

Por otro lado, por los actos y contratos celebrados en nombre de la sociedad antes de su inscripción en el Registro Mercantil (inscripción constitutiva que, con la aplicación de las medidas previstas por la Directiva, supone una reducción significativa de plazos a 5 días laborables, si los fundadores son personas físicas, y 10 en el resto de casos), responderán los socios, personalmente, hasta el límite de lo que se hubieran obligado a aportar.

Todo ello al margen de las obligaciones y responsabilidades que en materia de blanqueo de capitales pudieran tener los socios fundadores por sus aportaciones, superando los umbrales económicos previstos en la Ley.

Pregunta 3. La Directiva plantea una pasarela digital única que facilite interconexión entre registros centrales, mercantiles y de sociedades en los distintos países de la UE con el objeto de reducir los costes, tiempo y cargas administrativas asociadas a los procesos de constitución de sociedades y registro de sucursales, promoviendo la globalización. Considerando la existencia, por tanto, de eventuales distintas jurisdicciones, ¿cómo plantea la Directiva las diferencias de lenguaje entre los distintos países?

La Directiva prevé que la documentación e información accesible a través de la pasarela digital única entre registros esté, al menos, disponible en una lengua ampliamente comprendida por el mayor número posible de usuarios transfronterizos, para ayudar a la constitución online de sociedades y sucursales.

En este sentido, entiendo que esa lengua probablemente sea el inglés, por cuanto es el idioma “digamos oficial” de los negocios y el que más extensión tiene entre los distintos países. Otra cosa es que haya países que, generar esta información en inglés, les pueda suponer dificultad o hiera ciertas sensibilidades, pero definitivamente es la manera de poder hacer eficiente el proceso. Lógicamente esto será un arduo trabajo para los registros y habrá que ver como se materializa quien

Ahora bien, que ocurre con aquella documentación que deba aportarse y no este disponible en registros (i.e. un poder para constituir, NIE o NIF?). En esos casos, entendemos que debe aplicar el criterio vigente a la fecha (y también previsto en el Anteproyectos de Ley de Creación y Crecimiento de Empresas), esto es, traducción jurada y apostilla de los correspondientes documentos que habrán de poderse aportar de forma telemática en el proceso de constitución.

V

Los aspectos tecnológicos del otorgamiento a distancia. Discusiones sobre las oportunidades y amenazas desde el punto de vista técnico (phishing, deep fake, protección de datos y biometría)

V.1. Presentación

D. Javier González Granado. Notario

V.2. Los aspectos tecnológicos del otorgamiento a distancia. Sistemas de vídeo identificación

D. Enric Hernández. Responsable del Área de Certificación y Seguridad, Ancert

V.3. La transposición de la Directiva de digitalización y el otorgamiento de documentos notariales a distancia. Aspectos tecnológicos

D. Rafael Palacios Hielscher. Profesor de Sistemas Inteligentes. Universidad Pontificia Comillas-ICAI

Presentación de la mesa: La transposición de la directiva de digitalización y el otorgamiento de documentos notariales a distancia

V.1

D. JAVIER GONZÁLEZ GRANADO
NOTARIO

Comenzamos la mesa de cierre de esta Jornada en la que vamos a tratar los aspectos tecnológicos del otorgamiento a distancia, con referencia a una serie de cuestiones concretas, phishing, deep fake, biometría de las que después D. Rafael Palacios Hielscher nos hablará en detalle pero que ahora podemos reconducir a una genérica: los datos, para situar el marco general de esas oportunidades y amenazas desde un punto de vista muy amplio, casi diríamos geo-estratégico porque es una evidencia para las empresas que, cuantos más usuarios y más información, mayores son las posibilidades de prestar mejores servicios y, en un bucle de retroalimentación, cuantos más y mejores servicios se presten, más usuarios y más información se consigue y esto que es cierto para las empresas lo es también para los estados.

Un ejemplo lo encontramos en una directriz de abril de 2020 publicada conjuntamente por el Consejo de Estado y el Comité Central del Partido Comunista Chino (PCC) a propósito del plan quinquenal actualmente vigente, que reelabora el listado tradicional de los factores de producción para incluir entre ellos además de los inmuebles, el trabajo y el capital, la tecnología y de forma autónoma, los datos.

No es baladí que sea China el primer país del mundo que considera oficialmente los datos como un factor de producción fundamental, porque lo hace en un marco donde se permite a las empresas un acceso casi ilimitado a los datos personales de sus usuarios y se ordena el trasvase de estos datos al Estado.

De la misma forma que hay paraísos fiscales creo que podríamos perfilar también el concepto de paraíso *datal* con China como modelo y además con una pretensión expansionista que le lleva a la captación, por no decir predación, también de datos de ciudadanos de otros países para utilizarlos en beneficio propio. Tik Tok sería un ejemplo clarísimo y nada inocente desde luego de este colonialismo *datal*. Vemos que lo que ha se ha dado en llamar tecno-socialismo o leninismo digital se plasma paradójicamente en un sistema de libre mercado de datos al servicio del Estado.

Contrariamente, Europa se presenta como paradigma de la regulación *datal* a través de una rígida normativa, y aún tendríamos un tercer sistema, el estadounidense, que deja un amplio margen a la auto-regulación y auto-limitación de las empresas.

Desde luego excede de la finalidad de esta mesa el análisis de las posibles desventajas competitivas europeas frente a estos otros sistemas, pero es indudable que esta visión nos ayuda a situar el marco general del que hablábamos al principio y la finalidad que cumple el eje vertebral normativo de esta materia que es el Reglamento Europeo de Protección de datos.

Vinculado con este marco, es también esencial el concepto de identificación que en el mundo jurídico hemos de vincular con derechos de rango fundamental pues si el artículo 6 de la Declaración Universal de Derechos Humanos consagra “el derecho de todo ser humano al reconocimiento de su personalidad jurídica en cualquier lugar”, la identificación es requisito previo para que ese reconocimiento pueda tener lugar y desde luego, en la órbita contractual, es el presupuesto mínimo para el acceso a cualesquiera bienes y servicios.

Y en un momento en que se proclama también el acceso a internet como un Derecho Universal, hemos de concluir que el derecho a una identidad y a una identificación digital, segura y confiable, se sitúan también en la órbita de esos Derechos fundamentales. D. Enric Hernández

El marco normativo general lo encontramos en el Reglamento 2015/1502 sobre identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior, siendo esencial su distinción entre niveles de seguridad bajo, sustancial y alto de los medios de identificación electrónica y la estratificación de los factores de autenticación en tres categorías basados en la posesión, en el conocimiento y en la inherencia, los clásicos algo que sé (una clave), algo que tengo (un token de identidad) y algo que soy (un elemento biométrico), lo que nos llevaría al debate de si debe ser suficiente la autenticación con doble factor o debería imponerse al menos en determinados niveles la triple autenticación

Por supuesto, situamos también en este ámbito normativo el propio Reglamento eIDAS donde se define la «identificación electrónica», y su próxima revisión, donde, en un paso crucial, se propone la creación de una identidad digital europea y paralelamente una cartera de identidad digital europea con pretensión de autodeterminación del sujeto titular.

Y, frente a este concepto crucial de la identidad, se alza la gran amenaza de la suplantación de identidad digital, que el ámbito penal reconduce al delito de usurpación de estado civil e instrumentalmente al delito de estafa. Esto en la órbita penal, en la civil, es imprescindible destacar, en cuanto a la firma electrónica, que el llamado efecto de “no repudio” supone una desacertada traslación al ámbito jurídico-legal de lo que en un principio era una expresión técnica de programación; los programadores, en la codificación de firmas digitales incluyeron un bit que podía ser activado o desactivado, como todo sistema binario y la activación significaba que el contenido del mensaje permanecía inmutable entre la firma y la lectura. Todo este protocolo se recoge en las normas ISO y lo cierto es que ya desde la ISO IEC 9594-8 aunque “no es incorrecto referirse a este bit de keyUsage utilizando el identificador nonRepudiation, el uso de este identificador ha quedado obsoleto. En cualquier caso y desde el punto de vista legal, (D. David Maeztu lo expondrá a continuación) lo único que existe es una presunción de atribución de lo firmado electrónicamente al titular de la firma electrónica. Dicha presunción (ex artículo 326.4 LEC) 1259 y 1261 admite prueba en contrario pero esta prueba recae sobre el titular de la firma electrónica que es el que debe demostrar que él no la ha utilizado, a diferencia de lo que ocurre en la firma manuscrita.

Concluimos ya esta presentación con referencia a otra cuestión, esta con especial interés en la contratación con intervención notarial, cuál será la del deslinde de responsabilidades en caso de suplantación de identidad digital pues aquí ya no se trata de la eventual negligencia del notario al admitir por ejemplo una fotocopia en lugar del DNI original o de no apreciar la coincidencia de firma entre el DNI y la escritura sino de la manipulación de un sistema informático no dependiente del notario sino de la aplicación que preste el servicio de identificación y aquí habrá que plantearse si cabrá hablar de una responsabilidad cuasi objetiva del proveedor de servicios de identificación similar a la establecida en el artículo 31 de la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de Servicios de Pago, que establece una responsabilidad de la entidad bancaria cuando la víctima no haya dado autorización real a la transferencia del dinero.

Los aspectos tecnológicos del otorgamiento a distancia. Sistemas de vídeo identificación

V.2

D. ENRIC HERNÁNDEZ

RESPONSABLE DEL ÁREA DE CERTIFICACIÓN Y SEGURIDAD, ANCERT

Esta ponencia tiene como objetivo realizar un recorrido cronológico por la normativa técnica y legal relacionada con los sistemas de vídeo identificación.

La primera parada obligada se trata del Reglamento (UE) n.º 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 (eIDAS). Dicho Reglamento derogaba la anterior Directiva 1999/93/CE y en su artículo 24.1.d abría las puertas a la expedición de certificados electrónicos cualificados mediante sistemas de identificación remotos, concretamente “utilizando otros métodos de identificación reconocidos a escala nacional que aporten una seguridad equivalente en términos de fiabilidad a la presencia física. La seguridad equivalente será confirmada por un organismo de evaluación de la conformidad”.

Se trata de un artículo de gran trascendencia en tanto en cuanto en el mismo Reglamento también se establece que “la firma electrónica cualificada debe tener el efecto jurídico equivalente a una firma manuscrita”, permitiéndose por lo tanto la expedición de certificados cualificados (condición *sine qua non* para la generación de firma electrónica cualificada) sin identificación basada en la presencia física.

En 2016 y 2017, el Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias (SEPBLAC) aprobó dos documentos que permitían a los sujetos obligados por la normativa de prevención de blanqueo de capitales, verificar la identidad de sus clientes a través de videoconferencia.

El documento de 2016 establecía un procedimiento de vídeo identificación asistido, mientras que el documento de 2017 definía el procedimiento no asistido equivalente.

El procedimiento asistido contemplaba la supervisión en tiempo real por parte de un operador para garantizar que:

- El cliente muestre el documento en su anverso y reverso a la cámara dentro de un campo que permita también la captura de su cara.
- Se realice la comparación entre la foto del documento y su cara.

- El operador le pida al solicitante que realice algunos gestos aleatorios para comprobar si es una persona viva o no (prueba de vida).
- Finalmente, el operador identifica positivamente o no al cliente.

En el modo no asistido se utilizan herramientas automáticas. Deben cumplirse los mismos requisitos que en el sistema asistido y deberá ser revisado por personal, interno o externo, pero en esta ocasión, a posteriori, no en tiempo real. El sistema está diseñado para una operación 24/7 que no dependa del horario de los operadores.

Adicionalmente, y con carácter general, también se requiere realizar un análisis de riesgos (identificación y decisión sobre qué riesgos del sistema se aceptan y cuáles no, y su impacto económico, reputacional ...), definir un plan de pruebas y documentar su ejecución, y generar y guardar evidencias del proceso completo (la grabación no se ha detenido, reanudado, cortado o editado) y de la integridad de los documentos obtenidos.

Los documentos reseñados, no obstante, son excesivamente generalistas. Se trata de tres páginas con requerimientos para tratar de garantizar calidad de las imágenes, la seguridad del canal de comunicación, ... pero no concreta parámetros específicos como, por ejemplo, los frames/segundo, ... Lo arregla diciendo que un experto externo deberá pronunciarse expresamente sobre la adecuación y eficacia operativa del procedimiento de vídeo identificación lo cual simplemente transfiere el problema, pero no lo resuelve.

Y en esta situación irrumpió el COVID-19 en nuestras vidas, y con él un Real Decreto Ley para hacerle frente (Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19).

Mediante la disposición adicional undécima, y al amparo del ya mencionado artículo 24.1.d del ReIDAS, se permitió por primera vez en España la emisión de certificados electrónicos cualificados con identificación por vídeo conferencia.

Para ello se aceptaron los sistemas que cumplían con la normativa del SEPBLAC, inicialmente pensados para el sector bancario pero que se adoptaron ante la ausencia de otras normativas nacionales o comunitarias. La conformidad debía acreditarla un organismo de evaluación (a efectos prácticos el Centro Criptológico Nacional).

A pesar del avance que supuso, al menos sobre el papel, el Real Decreto también establecía que los certificados emitidos al paraguas de esta nueva disposición deberían ser revocados por el prestador emisor a la finalización del estado de alarma, por lo que a efectos prácticos no tenía mucho sentido para los prestadores realizar una inversión en una infraestructura para un periodo puntual y transitorio.

En noviembre del 2020 se aprobó la Ley 6/2020, de 11 de noviembre, reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza. Se trataba de la adecuación de la normativa nacional al ReIDAS ya que, a diferencia de la anterior Directiva, al tratarse de un Reglamento no se requería trasposición.

Dicha Ley, en su Artículo 7.2 habilitaba a que el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital determinara, mediante Orden Ministerial, los requisitos técnicos para los sistemas de vídeo identificación. Este encargo se llevó a cabo en mayo de 2021, a través de la Orden ETD/465/2021, por la que se regulan los métodos de identificación remota por vídeo para la expedición de certificados electrónicos cualificados.

En dicha Orden se mantiene el modo asistido y el no asistido con revisión posterior introducidos por la normativa del SEPBLAC.

Se exige también verificar la autenticidad y validez del documento de identidad. Para validar su correspondencia con el solicitante del certificado se pone a disposición la plataforma de intermediación del Servicio de Verificación y Consulta de Datos, cuyo organismo responsable es la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial, como medio fiable para contrastar los datos de identidad de los solicitantes con una fuente auténtica.

Respecto a las pruebas de vida se incluyen las usuales (acciones aleatorias como mover la cabeza, levantar mano izquierda ...) así como el envío de códigos de un solo uso (OTP), habilitándose también una plataforma única y fiable para garantizar la asociación de móviles a usuarios.

Se mantienen también los requisitos de formación para los operadores y se define el plazo de conservación evidencias durante 15 años.

Un aspecto relevante es que se exige la certificación contra la norma técnica “Guía de Seguridad de las TIC CCN-STIC-140” (anexo F11), del Centro Criptológico Nacional (CCN), no dejando la homologación a criterio de un tercero experto sino apoyándose en una guía técnica para evaluar el producto.

Se define también un periodo transitorio hasta julio de 2022 durante el cual bastará con un informe emitido por un laboratorio acreditado, no requiriéndose la certificación oficial en los términos descritos.

La Guía de Seguridad CCN-STIC-140 se publicó en marzo del 2021 y establece controles específicos para mitigar las siguientes amenazas:

- Ataque a la red (escuchar ilegítimamente por el canal de comunicación).
- Acceso a información sensible almacenada en la plataforma (protección de datos personales).
- Acceso a funciones de seguridad del sistema (desactivación seguridad).
- Actividad ilegítima no detectada (detección de intrusiones).
- Presentación de evidencias biométricas que originen falsos positivos o falsos negativos ya sea usando evidencias genuinas de otra persona (impersonar) o directamente fabricando evidencias falsas, lo que se conoce en argot técnico como *Deep Fake*.

El nombre proviene de la conjunción de los términos *fake* (falso) y *deep* que hace referencia al paradigma de aprendizaje profundo (*Deep Learning*) que se ha convertido en el estándar de facto en biometría facial y el tratamiento de imágenes, en general.

El aprendizaje profundo consiste en la utilización de redes neuronales y sus características de aproximadores universales (es decir, que debido a su naturaleza inherentemente no lineal pueden aprender cualquier función) para aprender a partir de ejemplos.

Más específicamente, para la generación de evidencias falsas se usan las denominadas redes neuronales adversarias o antagónicas. El proceso consiste en que la red antagónica aprende a generar evidencias falsas que posteriormente son dadas por buenas por la red reconocedora, mediante un proceso iterativo de generación/evaluación. Es decir, se utiliza la misma tecnología usada por el sistema de reconocimiento precisamente para engañar a dicho sistema.

Llegados a este punto, la situación hasta el momento es la disponibilidad de una guía técnica en el marco normativo español pero en el contexto europeo también se está trabajando. Al final, lo deseable es armonizar los criterios técnicos entre todos los países miembros de la CE y para ello, organizaciones como ETSI juegan un papel fundamental.

En esta línea, ETSI publicó en febrero de 2021 un estudio (ETSI TR 119 460) analizando los diferentes sistemas europeos existentes para la comprobación de identidad en función de los siguientes criterios:

- Recogida de evidencias y atributos (qué y cómo).
- Validación de evidencias y atributos (autenticidad e integridad de las evidencias).
- Mecanismo de asociación de evidencias a usuarios.

El objetivo del estudio fue recopilar información para la elaboración de la especificación técnica ETSI TS 119 461, publicada en julio de 2021.

Dicha norma adoptó los estándares de nomenclatura para las normas ETSI relacionadas con la provisión de servicios de confianza. Así al conjunto de normas: ETSI TS 119 401 (prestadores de servicios de certificación), ETSI TS 119 411 (emisión de certificados electrónicos), ETSI TS 119 421 (sellado de fecha y hora), ETSI TS 119 431 (firma con claves centralizadas), se añadió la especificación técnica ETSI TS 119 461 para regular los sistemas de prueba de identidad.

El escenario previsible es que esta norma sea la referencia técnica contra la que se tendrán que certificar los productos. Recordemos que para el caso de la firma con claves centralizadas sucedió lo mismo, es decir, se estableció un periodo transitorio con una guía propia publicada por el CCN hasta la publicación de la especificación ETSI correspondiente.

Para concluir, tan solo unos breves apuntes finales:

- La identificación remota ha venido para quedarse, como demuestra la aprobación de la Ley de Eficiencia Digital para Justicia que ratifica aspectos como la comparecencia procesal por vídeo conferencia.
- Los sistemas de vídeo identificación son solo un subconjunto dentro del marco de las pruebas de identidad. Conviene recordarlo para evitar la sinécdoque común de tomar la parte de la vídeo identificación por el todo.
- La identificación remota no es un servicio de confianza, ni lo será en la próxima revisión del ReIDAS. Es lo que se conoce como un componente, es decir, un subsistema integrado en un servicio de confianza como por ejemplo la expedición de certificados.
- Si queremos incorporar un sistema de vídeo identificación a algún servicio de confianza, actualmente, los CAB (*conformity assesment bodies*) toman como referencia la Orden Ministerial y por lo tanto, la guía del CCN.
- Por último, España es el país de la Unión Europea con un mayor mercado de prestadores de servicios electrónicos de confianza. Quiero terminar invitando a una reflexión sobre este dato, en positivo, pero también y seguramente más interesante, desde una perspectiva más crítica.

La transposición de la directiva de digitalización y el otorgamiento de documentos notariales a distancia. Aspectos tecnológicos

V.2

D. RAFAEL PALACIOS HIELSCHER

PROFESOR DE SISTEMAS INTELIGENTES UNIVERSIDAD PONTIFICIA COMILLAS-ICAI

Las tecnologías de la información han transformado todos los sectores de la sociedad en los últimos años, y muchos aspectos de las operaciones realizadas en los despachos de las notarías, también se han beneficiado de estos avances. La transformación digital de este sector se manifiesta en una paulatina conversión de documentos en papel a documentos en formato electrónico, y a la posibilidad de realizar ciertas operaciones en remoto o en ambientes mixtos; es decir, parte presencial y parte remota.

Por un lado, la tecnología de la Firma Electrónica ha sido el motor principal que ha permitido transformar la documentación en soporte papel a soporte electrónico. De hecho, en la mayoría de los casos ha forzado esta transformación, ya que un documento firmado electrónicamente sólo tiene validez plena cuando se mantiene en formato digital y la firma electrónica se pierde si el documento se pasa a formato papel (se imprime).

Por otro lado, las técnicas de videoconferencia permiten mantener reuniones en tiempo real con una parte de los participantes presentes físicamente y otros participantes asistiendo en una o varias localizaciones remotas. Los algoritmos criptográficos que se aplican al canal de comunicación aseguran la confidencialidad de la reunión. Las señales analógicas de los teléfonos tradicionales son fáciles de interceptar y escuchar por extraños, y sin embargo el tráfico de las videoconferencias, al estar cifrado, resulta casi imposible de ver o escuchar por un tercero, aunque éste hubiera tenido la capacidad de capturar dicho tráfico.

Sin embargo, también hay que tener en cuenta aspectos tecnológicos que pueden permitir a un atacante interferir en el buen funcionamiento de las cosas, ya sea mediante suplantación de personalidad, robo de documentación, destrucción de documentación, o creando evidencias que permitan invalidar una operación. En esta sección se van a analizar aspectos tecnológicos que pueden afectar al buen funcionamiento de las notarías y especialmente en lo relativo al otorgamiento a distancia.

1. PHISHING, FAKE NEWS Y OTROS ENGAÑOS

Entre las tecnologías de ataque cibernético, se encuentran las conocidas como ataques por ingeniería social. Estas técnicas de ataque combinan el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones con aspectos relativos al comportamiento social de las personas. En muchos casos la ingeniería social se puede considerar como la

evolución al mundo tecnológico de los clásicos “timos y estafas callejeros” que se han producido toda la vida. Todos ellos consisten en conseguir embaucar a la víctima para realizar una determinada acción, que no habría tenido lugar de no haber sido por el engaño.

El *phishing* es una técnica de engaño que se inicia generalmente por medio de un correo electrónico enviado a la víctima. En el texto del mensaje se utilizan las mismas estrategias que en los timos tradicionales para conseguir llamar la atención de la víctima. Ejemplos habituales son mensajes que comunican haber sido agraciado con un premio, o tener acceso a descuentos especiales, o un falso anuncio de rebajas extraordinarias, o poder conseguir dinero, viajes, objetos deseados, etc. Otro tipo de mensajes tienen contenidos que pueden interesar a la víctima, como los relativos a noticias que están siendo ampliamente difundidas en los medios de comunicación. Curiosamente resultan muy efectivos los mensajes relativos a cuestiones de seguridad, ya sean advertencias del tipo “para mejorar tu seguridad debes hacer esto...” o mensajes que suplantan a una entidad financiera del tipo “tu cuenta se ha visto comprometida, debes hacer esto...”. Por último, también son efectivos los mensajes que aprovechan la sensibilidad que pueden tener las personas, como la ayuda humanitaria en catástrofes naturales, colaborar con buenas causas, etc.

Los mensajes de *phishing*, que inicialmente siempre se enviaban mediante correo electrónico, ahora también se envían por mensajes SMS, mensajes de WhatsApp, o cualquier otro sistema de mensajería. El proceso termina llevando a la víctima a una página web, controlada por los atacantes, donde se pueden robar las credenciales (usuario/contraseña) o datos personales de la víctima mediante un formulario, o bien es un sitio web que consigue instalar *malware* (programas maliciosos) en el ordenador o en el dispositivo portátil (teléfono móvil o *tablet*).

Las *Fake News*, o noticias falsas, es un mecanismo de difusión de mensajes por redes sociales que está demostrando tener mucha influencia sobre la población general. Ya hemos visto en los últimos años cómo se puede influir sobre los resultados electorales, y sobre la manera de pensar de las personas respecto a temas de actualidad (vacunación COVID, procesos de migración, política). Las *Fake News* están relacionadas con los procesos de *phishing* de dos maneras, bien porque sea el medio de difundir los mensajes engañosos, como alternativa a los correos electrónicos, o bien porque crean una expectación relativa a un tema y luego las personas que reciben *phishing* orientado a ese tema son más sensible y más proclives a resultar engañados. Algunos estudios demuestran que las personas que son muy activas en reenviar mensajes de redes sociales (especialmente sin pararse a pensar si son mensajes falsos) son más propensos a resultar víctimas de un engaño de *phishing*.

La gran amenaza en cuestiones legales derivadas de *phishing* y otros engaños consisten principalmente en dos aspectos: conseguir acciones del usuario, o robar su identidad. Acciones que se pueden conseguir mediante engaños incluyen el hecho de Aceptar determinadas condiciones o documentos, que pueden ser acciones poco comprometidas, o bien conseguir que la víctima firme electrónicamente un documento de manera involuntaria, que sería mucho más grave. La suplantación de identidad se consigue robando las credenciales de acceso, para procesos que no requieran firma electrónica como tal. El robo de certificados digitales, aunque más complicado, es posible realizarlo mediante *malware* instalado en el ordenador de la víctima; esto permitiría al atacante realizar firma electrónica suplantando a la víctima. Se podrían firmar documentos falsos, o bien hacer ver que el certificado ha sido robado lo que haría perder credibilidad de documentos realmente firmados por la víctima.

Hay que comentar que además de educación en seguridad, para no caer en los engaños, también existe tecnología que evita este tipo de ataques. Las tecnologías de doble factor de autenticación, que envían códigos temporales de validación a algún dispositivo del usuario, son bastante efectivas para evitar el robo de contraseñas. Por otro lado, la utilización de firma electrónica mediante tarjetas criptográficas, como el caso del DNI electrónico, impide toda posibilidad de robo de los certificados digitales.

2. FAKE VIDEOS

Recientemente han evolucionado espectacularmente unas tecnologías denominadas como *Deepfake*, que es la unión de los términos *Deep Learning* y *Fake video*. Los deepfake son videos falsos, con imagen y sonido, que han sido generados sintéticamente. Recientemente hemos visto videos de políticos haciendo discursos con contenidos totalmente contrarios a sus ideales.

Los *deepfake* utilizan técnicas de *Deep Learning*, que son técnicas de aprendizaje automático basadas en redes neuronales profundas. El sistema se entrena con multitud de videos de la persona a suplantar, y a continuación es posible generar videos donde el aspecto, los gestos y la manera de hablar tienen tal nivel de realismo que nos hacen pensar que estamos viendo a la persona real. Según la consultora Deeptrace, el 96% de los videos deepfake son de tipo pornográfico, que ha sido la industria que más ha invertido en estas técnicas y ha permitido un desarrollo tan espectacular. Sin embargo, lo que realmente nos preocupa es la posibilidad de producir imágenes realistas de una persona en tiempo real, porque esto puede dar lugar o facilita la suplantación. De hecho, ya existen sistemas, aunque algo rudimentarios, que permiten realizar esta suplantación de personas en tiempo real sustituyendo la imagen de la cara de un impostor por la imagen de la cara de la persona suplantada. Estos sistemas se pueden integrar dentro de algunos programas de videoconferencia de manera que podríamos estar viendo en la pantalla del ordenador a una persona “sintética” que nos hace pensar que estamos viendo y hablando con la persona suplantada.

La correcta identificación de las personas es esencial en cualquier proceso notarial. Por ello es importante tener en cuenta que las tecnologías como *deepfake* en tiempo real pueden resultar una amenaza muy importante si el proceso de identificación se realiza en remoto. Cuando esta tecnología evolucione lo suficiente, será necesario estar preparados y realizar procesos de identificación por canales alternativos, a semejanza de lo que se hace con los dobles factores de autenticación en procesos de validación. También las técnicas biométricas, que se comentan más adelante, pueden ayudar obtener un proceso fehaciente de identificación.

3. PROTECCIÓN DE LA INFORMACIÓN

En la medida en que la documentación se va transformando del soporte papel a soporte digital, resulta más importante ser capaces de proteger esta información electrónica. En algunos aspectos proteger la información en formato electrónico resulta más sencillo, pero en otros aspectos puede resultar más peligroso que en formato tradicional. Por ejemplo, evitar la pérdida de información en formato electrónico es tan sencillo como tener implantado un procedimiento de copias de seguridad. Las clásicas amenazas contra los archivos tradicionales, como podían ser los incendios o las inundaciones, no afectarían de una manera tan significativa a los archivos electrónicos cuando se dispone de copia de seguridad. Amenazas modernas en el mundo informático como serían los ataques de ransomware, que consisten en bloquear el acceso a la información, también resultan altamente mitigadas con una buena política de copias de seguridad.

Sin embargo, hay otros aspectos en donde la protección de la información en formato electrónico puede resultar más dificultosa. Es por ejemplo el robo de información o el espionaje. En un archivo tradicional, la seguridad física y el control de acceso a las personas es la barrera principal para evitar consultas no autorizadas o robo de documentos. Pero en el caso de infraestructuras informáticas, que siempre están conectadas por red, es muy importante saber establecer las barreras necesarias y los controles de acceso para evitar que un atacante pueda infiltrarse y robar información digital. Además, a diferencia de una irrupción por la fuerza, el robo de información digital puede realizarse sin dejar huellas visibles y por lo tanto resultar muy difícil de detectar. Por otro lado, el robo físico de los equipos deja de ser una gran preocupación si se aplican técnicas de cifrado de los discos. Entonces el robo del portátil de un empleado, o de dispositivos móviles, o de los ordenadores de una oficina, no serían una

gran preocupación si están bien configurados, porque el acceso a la información sería prácticamente imposible sin conocer las claves de acceso.

Muchos de los accesos indebidos a información confidencial de las organizaciones se realizan por medio de alguno de los empleados, ya sea consiguiendo la colaboración de dicho empleado o bien utilizando sus credenciales o su propio sistema informático. En este sentido contar con buenas políticas de seguridad es la clave para tener la información y las comunicaciones bien protegidas.

4. TÉCNICAS BIOMÉTRICAS

A diferencia de una identificación basada en un usuario y una contraseña, que no garantizan que la persona que se conecta es quien dice ser, las técnicas biométricas permiten identificar a una persona por características físicas de la misma. Las técnicas biométricas incluyen huellas dactilares, iris del ojo, imagen de la cornea, reconocimiento facial, forma de la mano, características de la voz... Diversos estudios demuestran que cada una de estas características biométricas son únicas para cada persona y por lo tanto resultan muy interesantes para garantizar la identidad.

Sin embargo, para poder dar por válido un proceso de identificación basado en biometría, especialmente cuando se realiza en remoto, es necesario tener en cuenta diversos aspectos prácticos del proceso. El primer aspecto para poder asegurar si nuestro interlocutor es quien dice ser, es el relativo a proceso de toma de la muestra (1). La toma de la muestra biométrica se realiza normalmente mediante cámaras, o lectores de huella dactilar. En el caso de una identificación presencial no hay duda sobre quién está utilizando el lector biométrico, pero en el caso de una identificación en remoto hay que ser más precavido. El segundo aspecto, es el relativo a la posibilidad de manipulación de la muestra (2). La manera en que el sensor biométrico se integra en el sistema informático encargado de realizar la validación es esencial para evitar que la muestra de un impostor pueda ser reemplazada por una muestra robada de la persona suplantada. En este sentido las técnicas de cifrado y las comunicaciones seguras son fundamentales para protegerse frente a procesos de manipulación de la información. El tercer aspecto, es el relativo a que la base de datos donde se almacenan las credenciales biométricas de la persona, sea segura (3). Todo proceso de identificación biométrica requiere previamente haber recogido muestras de una persona, y posteriormente es cuando se puede realizar una toma de muestra de la persona a identificar para contrastarla con las muestras iniciales. La base de datos donde se almacenan las muestras debe estar altamente escarizada, de manera que no se puedan producir robos de las muestras de identidad de una persona, ni se puedan sustituir las muestras biométricas de la persona por las del impostor.



En este sentido resulta curioso que hay procesos de creación de documentos oficiales de identificación, en los cuales el ciudadano puede aportar su propia fotografía en papel. Sería más correcto, como se hace en algunos países, recoger mediante una cámara la imagen de la cara, de la misma manera que se recoge la huella dactilar de la persona, es decir garantizando que la información de tipo biométrico realmente pertenece a la persona que está realizando el trámite.



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICA1

ICADE

CIHS