



ÁLVARO LUCINI MATEO

Notario de Madrid

La seguridad jurídica en
los procedimientos societarios
digitales: apuntes sobre
la Directiva UE 1151/2019
en vísperas de su trasposición

16 de enero de 2020

I. AGRADECIMIENTOS

Muchas gracias por estas palabras de presentación, tan amables y generosas.

Antes de empezar la exposición del tema, querría expresar mi agradecimiento a todos los notarios que se ocupan o se han ocupado anteriormente de las tareas europeas de la sección internacional, del seguimiento y el estudio del Derecho europeo, del mantenimiento de una presencia activa en Bruselas, coordinada con los otros veintiún notariados europeos de matriz romano-germánica que forman parte del Consejo de Notariados de la Unión Europea. Un trabajo en la sombra, poco lucido, siempre a expensas de otras ocupaciones más gratificantes, pero cuya importancia ponen de manifiesto iniciativas legislativas como la que hoy va a ser tratada aquí. El agradecimiento es extensivo a los colaboradores que no son notarios, por su dedicación, entrega e inestimable contribución a esas tareas internacionales.

La conferencia de hoy va por todos ellos, sin citar nombres, pues no son pocos y el olvido de uno sólo sería muy injusto.

Mi agradecimiento también a todos los asistentes a esta conferencia de tema, en principio, arduo y poco atractivo, como sucede en general con las Directivas europeas hasta que se incorporan al ordenamiento interno. Veo, además, que algunos son reincidentes. Repiten, como los toros nobles en la embestida al caballo, tras el castigo al que fueron sometidos hace dos años por este mismo conferenciante, cuando aún no se había publicado la Directiva. Así que me veo en la obligación, por el bien del auditorio, de pedirle al secretario de la Academia, querido Pepe Aristónico, que saque el pañuelo verde y no de pie a la tercera vara reglamentaria.

II. INTRODUCCIÓN

Efectivamente, esta conferencia es la continuación de la pronunciada aquí hace dos años¹, antes de que la Comisión publicara el largamen-

¹ LUCINI MATEO, A., «El documento público notarial en la perspectiva del proyecto de digitalización del Derecho europeo de sociedades», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 2017-2018, número LVIII, pp. 193-238.

te esperado Company Law Package, que finalmente vio la luz el 25 de abril de 2018, integrado por dos proyectos de Directiva, por una parte la que es materia de la conferencia de hoy, por otra la relativa a transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas². Para abreviar, me referiré a ellas en lo sucesivo como Directiva de digitalización y Directiva de movilidad.

La conferencia de hace dos años tuvo que ser por fuerza, a la espera de un proyecto de la Comisión que no terminaba de aparecer, una especulación acerca de los cambios que la intervención del legislador europeo podría suponer en el Derecho notarial y la práctica de los notarios en España. Unos cambios que anticipaban el frustrado proyecto de Directiva sobre la Sociedad Limitada Unipersonal presentado por la Comisión Europea el 9 de abril de 2014³ y el informe sobre la digitalización del Derecho de sociedades, publicado en marzo de 2016, por el grupo internacional de expertos de la Comisión, conocido como ICLEG por sus siglas en inglés⁴.

La conferencia de hoy prescindirá de los antecedentes y será mucho más concreta, al referirse a una Directiva ya publicada, cuyo plazo de trasposición ha empezado a correr el pasado 1 de agosto.

Los dos proyectos fueron aprobados finalmente el 18 de abril de 2019, con una extraordinaria rapidez, menos de un año después de la presentación de la propuesta de la Comisión, aunque la publicación se haya demorado algo más, especialmente en el caso de la Directiva de movilidad, a causa de problemas técnicos relacionados con la traducción. Ésta última ha sido publicada en el Boletín de la UE el 12 de diciembre de 2019, mientras que la Directiva de digitalización lo había sido el 11 de julio.

La aprobación se produjo en la última sesión plenaria del Parlamento antes de expirar la anterior legislatura. Sin duda, el shock del Brexit y el temor al avance de los populismos nacionalistas antieuropeos en las inminentes elecciones de mayo de 2019 incentivaron el realismo político y la flexibilidad necesarios para obtener un acuerdo de armonización de mínimos sobre la base del principio de neutralidad jurídica, además de la tecnológica, con una amplísima remisión al Derecho nacional de los Estados miembros.

² El texto completo en inglés del llamado Company law package está disponible en https://ec.europa.eu/info/publications/company-law-package_es

³ La retirada del proyecto de Directiva sobre la Sociedad Limitada Unipersonal aparece publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea del 4 de julio de 2018, C 233/7.

⁴ El texto en inglés del informe del ICLEG sobre la digitalización está accesible en https://ec.europa.eu/info/files/report-digitalisation-company-law_en

III. PRESENTACIÓN DE LA DIRECTIVA: PRINCIPALES ASPECTOS DE SU CONTENIDO

La Directiva de digitalización⁵ viene a modificar la Directiva codificada 2017/1132 sobre sociedades (que ha refundido en un solo texto todas las Directivas vigentes, excepto la relativa a las sociedades unipersonales).

El legislador europeo apunta como objetivos de su intervención a la simplificación, la reducción de costes y el incremento en eficiencia derivado del aprovechamiento de las ventajas de la tecnología informática, especialmente para las PYMES

Pero al mismo tiempo la Directiva erige como principios la prevención del fraude y el abuso, con una especial referencia a la lucha contra el blanqueo de capitales (considerandos 3, 16, 20 y 37) y el respeto a la diversidad de tradiciones y sistemas jurídicos dentro de la UE (considerando 19, art. 13 quater 1, 2 y 3).

Enseguida veremos cómo se resuelve la tensión entre estas tres fuerzas actuantes en sentidos diferentes.

Tres son también los aspectos principales del contenido de la reforma, en primer lugar la introducción a nivel europeo de procedimientos enteramente digitales para la constitución de sociedades de capital, el registro de sucursales y la presentación en el Registro mercantil de actos posteriores afectantes al ciclo vital de unas y otras.

En segundo lugar, la eliminación de ciertas duplicidades en materia de publicidad que sobrecargan a las compañías mercantiles. El legislador nacional tendrá la posibilidad de suprimir la exigencia de publicación en el BORME, derogando los artículos 21 del Código de Comercio y 9 del Reglamento del Registro Mercantil. Pero podrá también mantenerla, siempre que la información se transmita electrónicamente desde el Registro mercantil al BORME sin necesidad de una nueva presentación a cargo de la sociedad, lo que ya se cumple en nuestro Derecho interno (artículos 384 y 385 del Reglamento del Registro Mercantil).

En tercer lugar, la introducción de ciertos cambios en el ámbito de la publicidad registral:

⁵ 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. El texto en español puede encontrarse en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32019L1151>

– El plazo máximo de inscripción será cinco días cuando una sociedad se constituya exclusivamente por personas físicas que utilicen el modelo del instrumento de constitución, y diez días en los demás casos (artículo 13 octies).

– La información proporcionada por el Registro tendrá valor de certificación, salvo renuncia expresa del solicitante (artículo 16 bis 3).

– Habrá más información accesible gratuitamente a través del sistema de interconexión de los Registros mercantiles, que incluirá la identidad de los representantes orgánicos (artículo 19 2 g).

– Los precios o tasas deberán ser transparentes, no discriminatorios y no superiores al coste administrativo del servicio (considerandos 13 y 30, artículos 13 quinquies, 16 bis 2 y 19 1)⁶.

La conferencia de esta tarde va a centrarse en el primer aspecto, el de los procedimientos íntegramente online. Pretendo sobre todo poner de manifiesto la compatibilidad entre los procedimientos digitales y la seguridad jurídica derivada de la exigencia por el Derecho nacional de un control notarial acerca de la identidad, capacidad y legitimación de los otorgantes, de la prestación de un consentimiento libre e informado y de la legalidad del negocio jurídico. Y exponer, en grandes líneas, los cambios que nuestro ordenamiento jurídico interno necesita para hacerla efectiva.

⁶ La Directiva viene a elevar a norma legal la doctrina jurisprudencial establecida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en una serie de decisiones acerca de la interpretación de los artículos 4, 10 y 12 de la Directiva 69/335/CEE del Consejo, de 17 de julio de 1969, hoy remplazada por la Directiva 2008/7/CE del Consejo, de 12 de febrero de 2008, relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales.

Se trata fundamentalmente de las sentencias de 20 de abril de 1993, Ponente Carni SpA y Cispadana Costruzioni SpA (asuntos acumulados C-71/91 y C178/91), de 11 de junio de 1996, Denkvit Internationaal BV y otros (asunto C-2/94), de 2 de diciembre de 1997, Fantask A/S (asunto C-188/95), de 29 de septiembre de 1999, Modelo SGPS SA I (asunto C56/98), de 21 de septiembre de 2000, Modelo SGPS SA II (asunto C-19/99) y de 26 de septiembre de 2000, IGI Investimentos Imobiliários SA (asunto C-134/99). En ellas el Tribunal de Luxemburgo rechaza, en primer lugar, que los impuestos, tasas o derechos diversos causados por la inscripción en el Registro mercantil de las operaciones relativas al capital social excedan del coste real del servicio prestado y, en segundo lugar, que se calculen en función de la cuantía de la operación.

El Considerando 13 de la Directiva de digitalización condensa sintéticamente esta doctrina jurisprudencial. Sin embargo, la Directiva va más allá, al extenderla de la constitución y las modificaciones del capital social a cualquier acto que sea objeto de inscripción mediante los procedimientos en línea exigidos por la propia Directiva, así como a la publicidad formal.

IV. EL PANORAMA EUROPEO ACTUAL

Según el estudio de impacto del proyecto de Directiva, en 17 Estados miembros (España entre ellos) existe algún tipo de procedimiento digital, aunque no sea integralmente. Pero sólo un Estado miembro, Estonia, permite la constitución digital transfronteriza.

Resulta interesante conocer la situación actual por lo que se refiere a la exigencia de escritura pública notarial para la constitución o modificación posterior de las sociedades mercantiles. Recordemos que el artículo 10 de la Directiva codificada 2017/1132, no modificada por la Directiva de digitalización, establece que «en todos los Estados miembros cuya legislación no prevea un control preventivo, administrativo o judicial, en el momento de la constitución, la escritura de constitución y los estatutos de la sociedad, así como las modificaciones de estos documentos, constarán en escritura pública». Volveré más adelante sobre este artículo, pero ahora quiero destacar que la nueva Directiva de digitalización mantiene el texto original, sin modificación alguna.

La exigencia legal de escritura pública para los actos societarios, con carácter general, existe, además de en España, en Alemania, Austria, Bélgica, Croacia, Italia, Lituania, Luxemburgo y los Países Bajos.

También en la República checa, si bien aquí el control notarial es alternativo al control judicial: la sociedad puede constituirse en escritura pública o en documento privado; en el primer caso el notario se ocupa de la inscripción registral sin que haya calificación por el funcionario judicial encargado del Registro mercantil, cuya calificación se reserva para el caso de constitución mediante documento privado.

Igualmente conocen la exigencia de escritura pública Eslovenia, Grecia y Polonia, pero con una importante excepción, la constitución mediante el uso de los modelos estándar oficiales, en cuyo caso no se requiere documento público notarial.

Hoy en día, como consecuencia en gran medida de la política británica en favor de la expansión de la UE en el Este de Europa y del activo lobbying desplegado en los nuevos Estados miembros tanto por los británicos como por los norteamericanos, ha crecido el número de países cuyo sistema sigue el esquema desregulado del modelo anglosajón, ajeno a la idea de un control preventivo.

Aún así, el sistema de constitución notarial está vigente en Estados de la UE que antes del Brexit suman el 57% del PIB y el 57,79% de la población de la UE (según los datos de 2017 publicados por Eurostat) y que tras el Brexit pasarían a sumar el 65,66% del PIB y el 65,26% de la

población. Estamos hablando, pues, de casi dos terceras partes de la producción económica total y de la población de la UE.

Interesa también destacar que el sistema de doble control notarial/registral vigente en España no es una rareza de nuestro país. Rige también en Alemania, Austria, Croacia y la República checa, con la particularidad en este último país, ya apuntada, de que se trata de un sistema de doble control no cumulativo sino alternativo, a elección de los otorgantes.

Este conjunto de países se diferencia de un segundo grupo en el que se encuentran Italia y los tres del Benelux (Bélgica, Luxemburgo y Países Bajos), donde el único control de legalidad en los procedimientos societarios es el que lleva a cabo el notario.

El conocimiento de estos datos es necesario para entender la Directiva. Muestran claramente que el legislador europeo ha actuado con prudencia y realismo, partiendo del respeto a los diversos sistemas jurídicos existentes dentro de la UE y evitando conscientemente cambios disruptivos. De otra forma difícilmente hubiera prosperado la iniciativa.

V. PROCEDIMIENTOS DIGITALES

Con este contexto internacional en perspectiva, paso a analizar la regulación en la Directiva de los procedimientos on line. Recordemos que el plazo de trasposición termina el 1 de agosto de 2021, con posibilidad de prórroga por un año más, que debería fundarse en dificultades objetivas del Estado miembro en cuestión y comunicarse a la Comisión no más tarde del 1 de febrero de 2021⁷.

1. Cuestiones relacionadas con el ámbito de aplicación

En coherencia con los objetivos apuntados la Directiva de digitalización impone a los Estados miembros introducir procedimientos íntegramente online para todos los actos del ciclo vital de las sociedades de

⁷ Al tiempo de revisar el texto de esta conferencia para su publicación (junio de 2020), se especula en algunos medios en Bruselas con la posibilidad de una moratoria general de los plazos de transposición, en consideración a las dificultades que la pandemia de Covid-19 ha ocasionado en el normal funcionamiento de los Gobiernos y Parlamentos de todos los Estados miembros. Pero no se conoce por el momento ninguna propuesta o iniciativa oficial al respecto.

capital y sus sucursales por parte de solicitantes que sean ciudadanos de la Unión Europea.

Sin embargo, no excluye el mantenimiento de procedimientos no digitales. Se dice en el Considerando 8 que «la presente Directiva no debe obligar a las sociedades a utilizar tales procedimientos». Pero justo a continuación se reconoce a los Estados miembros la posibilidad de «decidir que algunos procedimientos en línea, o todos ellos, sean obligatorios».

Por lo tanto, el legislador nacional tiene la última palabra respecto a la implantación de los procedimientos digitales con carácter exclusivo o alternativo. La imposición como única posibilidad podría tener efectos excesivamente disruptivos, al obligar a muchas pequeñas empresas a realizar cambios que tal vez consideren innecesarios o excesivamente onerosos. Además, haría muy difícil el acceso a los ciudadanos o sociedades de terceros Estados, lo que podría afectar negativamente a la inversión extranjera en España, a no ser que se rebajaran drásticamente los estándares de seguridad en la identificación, en cuyo caso se resentirían la seguridad jurídica y la eficacia de la prevención del blanqueo de capitales.

Parece claramente preferible la opción de la alternatividad.

Se ha de señalar también que la Directiva se limita a imponer los procedimientos digitales en las relaciones de las sociedades de capital con las autoridades de los Estados miembros, pero no en las relaciones entre la sociedad y sus socios o administradores.

El procedimiento online es aplicable en principio a todos los tipos incluidos en el anexo II de la Directiva codificada societaria 2017/1132, es decir, a todas las sociedades de capital, y por lo que a España se refiere, a la sociedad anónima, la comanditaria por acciones y la limitada. Sin embargo, los Estados miembros tienen la posibilidad de reducir el ámbito de aplicación exclusivamente a los tipos incluidos en el nuevo anexo II bis introducido por la Directiva de digitalización, es decir, respecto de España, a la sociedad de responsabilidad limitada.

Criterios de prudencia y gradualidad en la aplicación de la reforma abonarían el ejercicio por España de esta posibilidad de «opting out», a reserva de una eventual extensión tras la evaluación e informe de la Comisión previstos para dentro de cinco años en el artículo 3 de la Directiva de digitalización.

Por otra parte, el artículo 13 octies 4, en su apartado d), autoriza a los Estados miembros a excluir de la constitución online aquellos casos en que el capital social se suscriba mediante contribuciones en especie.

El ejercicio de esta posibilidad de exclusión parece muy conveniente, dada la complejidad que puede entrañar la adaptación del procedimiento de constitución societaria online a procedimientos no digitalizados, espe-

cialmente en materia de transmisión y publicidad de derechos reales sobre bienes inmuebles. Aboga también por esa solución el ser las aportaciones no dinerarias a sociedades terreno propicio para el blanqueo de capitales, como es bien sabido.

La Directiva solo obliga a los Estados miembros a posibilitar el procedimiento online a los solicitantes que sean ciudadanos de la Unión y cuyos medios de identificación electrónica puedan ser reconocidos de conformidad con el artículo 6 del Reglamento europeo 910/2014. (Considerando 10, art. 13 ter 1).

De conformidad con los artículos 9 del TUE y 20 del TFUE, se considera ciudadano de la Unión a toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro, independientemente de su residencia dentro de la UE o en un tercer Estado.

El concepto de ciudadanía, como el de nacionalidad, es ajeno a las personas jurídicas, pero, según el artículo 54 del TFUE, gozan de la libertad de establecimiento las sociedades civiles y mercantiles constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Unión, incluso las sociedades cooperativas, y las demás personas jurídicas de Derecho público o privado, con excepción de las que no persigan un fin lucrativo.

Aunque el texto de la Directiva no es del todo claro, parece razonable concluir que los procedimientos digitales han de ser aplicados tanto a las personas físicas nacionales de cualquier Estado miembro, independientemente de su lugar de residencia, como a las personas jurídicas con ánimo de lucro constituidas bajo la ley de cualquiera de los Estados miembros que tengan en un Estado miembro su domicilio registral o sede real⁸.

En cambio, podrían no ser aplicados a los nacionales de terceros Estados⁹, a las personas jurídicas constituidas conforme a la Ley de ter-

⁸ Sin embargo, por lo que a las personas físicas se refiere, puede ofrecer alguna duda el caso de los nacionales de Estados miembros del Espacio Económico Europeo y el de los nacionales de terceros Estados residentes legalmente dentro de la UE. No, en cambio, el de los nacionales de terceros Estados no residentes legalmente dentro de la UE. Cuestión distinta es el criterio político que se considere debe prevalecer, si la prevención del delito, el fraude y el blanqueo de capitales o el estímulo de la inversión extranjera.

⁹ En el mismo sentido, KINDLER, P./JOBST, S., «Die Online-Gründung nach dem Company Law Package – Chancen und Risiken bei der Umsetzung ins deutsche Recht», en *Der Betrieb*, Nr. 27-28, 2019, p. 1551.

Igualmente OMLOR, S., «Digitalisierung im EU-Gesellschaftsrechtspaket: Online Gründung und Registerführung im Focus», en *Deutsches Steuerrecht (DStR)*, 48/2019, p. 2546.

ceros Estados o que no tengan dentro de la UE ni su domicilio registral ni su sede real y a las personas jurídicas sin ánimo de lucro, aun cuando se hayan constituido conforme a la ley de un Estado miembro y tengan su sede dentro de la UE.

Es razonable concluir también que la concurrencia entre los otorgantes de uno sólo que no sea ciudadano de la UE o persona jurídica que goce de la libertad de establecimiento dentro de la UE bastaría para justificar la no aplicación del procedimiento online.

No se puede pasar por alto el riesgo del aprovechamiento de las nuevas facilidades para crear cadenas societarias cuyo único objetivo sea ocultar la titularidad real, con fines criminales o de elusión fiscal. La necesidad de prevenir ese riesgo deberá ser tomada en cuenta a la hora de la trasposición y de la aplicación posterior de las normas resultantes. No está de más recordar el estándar del GAFI conforme al cual cuando una sociedad no esté constituida íntegramente por personas físicas es necesaria una especial diligencia, que requiere el contacto personal en presencia física¹⁰. Pero está fuera de duda, en mi opinión, que la Directiva es aplicable a las personas jurídicas que gozan de la libertad de establecimiento dentro de la UE¹¹.

2. El concepto de procedimiento íntegramente on line: su definición negativa y positiva en la Directiva.

Qué deba entenderse por procedimiento digital o procedimiento íntegramente on line ha sido muy debatido en la fase preparatoria previa a la publicación del proyecto de la Comisión.

En España, sin ir más lejos, los procedimientos digitales están en funcionamiento desde hace casi veinte años. Aunque no se haya implan-

¹⁰ Véanse las recomendaciones del GAFI (FATF por sus siglas en inglés) en particular la número 24, así como su Guía sobre transparencia y titularidad real. Están disponibles en inglés en [http://www.fatf-gafi.org/publications/?hf=10&b=0&s=desc\(fatf_releasedate\)](http://www.fatf-gafi.org/publications/?hf=10&b=0&s=desc(fatf_releasedate))

¹¹ Sobre las vicisitudes del procedimiento de elaboración de la norma que han conducido a este resultado, BORMANN, J./STELMASZCZYK, P., «Digitalisierung des Gesellschaftsrechts nach dem EU-Company Law Package», en *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG)*, 2019, p. 603. Los mismos autores analizan las dificultades prácticas para la futura constitución en Alemania por el procedimiento digital de sociedades limitadas por sociedades procedentes de aquellos Estados miembros en que la inscripción en el Registro mercantil no produce legalmente efectos protectores de la confianza de los terceros.

tado la matriz electrónica¹², sí se ha hecho un uso muy amplio de las copias electrónicas, que constituyen el medio habitual para la inscripción de los actos jurídicos documentados notarialmente en los Registros públicos.

También se ha hecho un uso muy amplio del índice único informatizado, que se ha convertido en la principal fuente de información de las Administraciones Públicas acerca de las relaciones jurídicas privadas. La información procedente del índice resulta verdaderamente útil, pues por su origen notarial es fiable, se remite por vía telemática en plazos muy breves y está estructurada en campos.

Dentro del ámbito específico de los procedimientos societarios, el sistema digital fue introducido por la ley 7/2003, de 1 de abril, que crea la Sociedad Limitada Nueva Empresa, subtipo de la limitada para el que se establece un procedimiento especial de constitución telemática basado en el Documento Único Electrónico o DUE, posteriormente extendido a cualquier sociedad limitada por el RD 1332/2006, de 21 de noviembre. La misma Ley 7/2013 introduce también, por vez primera en nuestro Derecho, un modelo de estatutos orientativos.

Posteriormente el RDL 13/2010, de 3 de diciembre, regula con carácter general un procedimiento de constitución telemática aplicable a todas las sociedades de capital, al margen del DUE.

Finalmente, la vigente ley 14/2013, de 27 de diciembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, deroga el sistema del RDL 13/2010 y generaliza a todas las sociedades limitadas el sistema del DUE. El diseño de esta ley se completa mediante el RD 421/2015, de 29 de mayo, por el que se aprueba el modelo de estatutos tipo, utilizable por cualquier sociedad limitada, y mediante la OMJ 1840/2015, de 9 de septiembre, por la que se aprueba el modelo de escritura pública en formato estandarizado y campos codificados de la sociedad limi-

¹² A diferencia de otros países de nuestro entorno, como Francia e Italia. No obstante, en España existe desde el año 2001 la base legal para su implantación en el futuro. El artículo 17 bis de la Ley del Notariado prevé la introducción de la matriz electrónica y la equipara con la matriz en papel en cuanto a los requisitos básicos y a los efectos, remitiendo al Reglamento notarial la regulación de los demás requisitos. Esta norma fue introducida por el artículo 115.1 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, cuyo apartado 2 añade una nueva disposición transitoria undécima a la Ley del Notariado, con el siguiente contenido: «Hasta que los avances tecnológicos hagan posible que la matriz u original del documento notarial se autorice o intervenga y se conserve en soporte electrónico, la regulación del documento público electrónico contenida en este artículo se entenderá aplicable exclusivamente a las copias de las matrices de escrituras y actas así como, en su caso, a la reproducción de las pólizas intervenidas.»

tada, así como la relación de actividades que pueden formar parte del objeto social.

Actualmente pueden distinguirse en la práctica dos procedimientos de constitución telemática. Uno el que se realiza desde un Punto de Atención al Emprendedor, a través del sistema CIRCE y con base en el DUE. El otro directamente desde la notaría, sin empleo del DUE. Ambos admiten el uso de estatutos tipo. La preferencia por el segundo en casi el 90% de los casos¹³ merecería alguna reflexión acerca de la necesidad real de mayor agilidad por lo que a la constitución de la persona jurídica se refiere, cuando los principales obstáculos al inicio de la actividad empresarial residen en los trámites administrativos posteriores a su nacimiento.

En cualquier caso, lo que interesa destacar ahora es que el procedimiento de constitución telemática hoy vigente en España es ágil y no excesivamente costoso, pero exige la comparecencia personal ante el notario del socio o socios fundadores (o sus representantes). Lo mismo puede decirse de los procedimientos de modificación posteriores a la constitución, que, como regla general, exigen la presencia física ante el notario de los administradores o de un apoderado con poder suficiente.

Sin embargo, no es éste el concepto de la Directiva, que define negativamente el procedimiento digital mediante un principio de no exigencia, con carácter general, de la comparecencia física ante una autoridad en el Estado de registro de la sociedad. Este principio, proclamado reiteradamente en la Exposición de motivos y en el articulado, constituye uno de los criterios de política jurídica de la reforma.

La exigencia de presencia física debe reservarse para casos excepcionales, individualmente determinados, en que existan razones para

¹³ El gran esfuerzo realizado por los sucesivos Ministerios de Industria para promover el sistema CIRCE se ha traducido en una utilización creciente, hasta alcanzar en 2019 la preferencia de casi el 12% del total de los usuarios. Éstos son los datos estadísticos de los últimos cinco años, según los datos facilitados por el Consejo General del Notariado:

Sociedades de responsabilidad limitada	Total	A través de CIRCE	% CIRCE/ Total
2015	97.385	7.870	8,08%
2016	101.006	10.170	10,06%
2017	96.053	10.390	10,81%
2018	96.266	10.689	11,10%
2019	94.474	11.295	11,95%
Total 2015-2019	485.184	50.414	10,39%

sospechar que puede producirse un uso indebido o alteración de identidad (artículo 13 ter 4) o que los solicitantes no tienen la capacidad jurídica necesaria o el poder para representar a una sociedad (artículo 13 octies 8)¹⁴.

El mantenimiento de la intervención notarial en los procedimientos online implica, por tanto, la supresión de la exigencia general de comparecencia física personal o mediante apoderado.

El procedimiento digital se define también positivamente en la Directiva mediante una triple obligación a cargo de los Estados miembros: admitir la identificación electrónica, posibilitar la presentación de documentos en formato electrónico y el desembolso en línea del capital social, poner a disposición pública un modelo del instrumento de constitución, utilizable en línea. Vamos a examinar estas tres obligaciones, pero conviene hacerlo a la luz de los otros principios inspiradores de la Directiva, por lo que antes voy a referirme muy brevemente a ellos.

3. El principio de prevención del fraude y el abuso

Este principio aparece proclamado en cuatro de los Considerandos de la Directiva (3, 16, 20 y 37), con una especial referencia a la lucha contra el blanqueo de capitales en el último¹⁵.

¹⁴ A las excepciones a la regla general de exclusión de la exigencia de presencia física expresamente establecidas en los artículos 13 ter 4 y 13 octies 8 (sospechas de falsificación de identidad o de incumplimiento de las normas sobre capacidad jurídica y sobre el poder para representar a una sociedad) hay que añadir las derivadas de la aplicación de la legislación anti-blanqueo. Resulta así del Considerando 37, según el cual la Directiva no afecta a «las obligaciones en virtud del Derecho de la Unión y nacional... derivadas de las normas para combatir el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo y sobre los titulares reales. La presente Directiva no afecta a las disposiciones de la Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y el Consejo (8) que regulan los riesgos de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo, en particular las obligaciones relativas a la adopción de las oportunas medidas de diligencia debida con respecto al cliente en función del riesgo y para identificar y registrar al titular real de cualquier entidad de nueva creación en el Estado miembro de su constitución.»

¹⁵ La creciente preocupación del legislador europeo por este aspecto está plenamente justificada. A principios de 2020 saltaba a los medios de comunicación el caso de las sociedades «Envestio» y «Kuetzal», constituidas en Estonia, un país que se ha destacado por la relajación de los controles preventivos a fin de atraer sociedades en el mundo digital. Ambas sociedades, dedicadas a captar inversiones de pequeños ahorradores en el ámbito del crowdlending, han desaparecido con decenas de millones de euros, dejando más de quince mil víctimas, muchas de ellas en España. La investigación policial se encuentra con que detrás de estas dos compañías hay una cadena de

En aplicación de ese principio, el apartado 3º del artículo 13 octies, contiene un novedoso mandato regulatorio que, como ha observado la profesora Mónica Fuentes¹⁶, obligará a algunos Estados miembros a elevar sus actuales estándares de exigencia en el control sobre el proceso constitutivo. Dicho artículo exige imperativamente que en el régimen de los procedimientos online se establezcan normas que aseguren:

- un control sobre la identidad, la capacidad jurídica y el poder de representación de los solicitantes, necesariamente en todo caso;
- un control sobre la legalidad del objeto y la denominación social «en la medida en que dichos controles estén previstos en el Derecho nacional»;
- y un control sobre la inhabilitación para el nombramiento de los administradores.

Por lo que respecta al blanqueo de capitales, el Considerando 37 deja a salvo las obligaciones establecidas por las normas de Derecho europeas y nacionales, en particular las obligaciones establecidas en la Directiva anti-blanqueo UE 2015/849 relativas a la adopción de las oportunas medidas de diligencia debida con respecto al cliente en función del ries-

sociedades interpuestas, cuyo verdadero titular parece estar oculto mediante una suplantación de identidad digital e inalcanzable en un remoto paraíso fiscal. El caso muestra a la perfección cómo las facilidades digitales pueden ser aprovechadas para la comisión del crimen perfecto.

El problema del robo de identidad continúa afectando, con gravedad creciente, a los Registros mercantiles que publican datos sobre la base de meras declaraciones privadas, sin pasar por el filtro del documento público. En la página web del Registro inglés, paradigma del llamado «modelo declarativo», puede observarse que nuevas modalidades de fraude centradas en la apropiación mediante engaño de las contraseñas o claves de acceso se han sumado al variado catálogo del robo de identidad («identity theft»), que incluye el cambio no consentido de la denominación o el domicilio social, el nombramiento de administradores sin el consentimiento de la sociedad y/o sin el conocimiento del designado o la inscripción de documentos nulos con ocasión de conflictos internos dentro de la sociedad. Vid. <https://www.gov.uk/government/publications/reporting-fraud-about-a-company-to-companies-house>

Y si por un momento nos alejamos de Europa para observar la situación en Estados Unidos, vemos que alrededor de 26.000.000 de estadounidenses, es decir un 10 % de los residentes mayores de 16 años fueron víctimas en 2016 (frente a un 7% en 2014) de algún tipo de robo de identidad digital, con daños totales por valor de 17.500 millones de dólares, según las últimas estadísticas oficiales publicadas por la Oficina Estadística de la Justicia, accesibles en https://www.bjs.gov/content/pub/pdf/vit16_sum.pdf

¹⁶ FUENTES NAHARRO, M., «La digitalización del derecho de sociedades: de la SUP al Company Law Package», en Anales de la Academia Matritense del Notariado, 2018-2019, número LIX, p. 700.

go y para identificar y registrar al titular real de cualquier entidad de nueva creación en el Estado miembro de su constitución.

No está de más recordar que España cuenta con un sistema de información sobre la titularidad real de las sociedades mercantiles muy eficaz en la lucha contra el blanqueo de capitales, basado en tres pilares: la exigencia legal de escritura pública para la constitución, modificación y extinción de todo tipo de sociedades mercantiles, así como para la transmisión de participaciones de sociedades limitadas, el índice único informatizado y la actuación del Órgano Centralizado de Prevención en materia de blanqueo de capitales en el Consejo General del Notariado (OCP), creado en el año 2005 por la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda EHA/2963/2005, de 20 de septiembre, y regido, además, por la Orden del mismo Ministerio EHA/114/2008, de 29 de enero.

La interacción personal permite al notario comprobar la identidad de los otorgantes, indagar la identidad del titular real y detectar incoherencias, por ejemplo, entre las circunstancias personales (edad, educación, habilidades profesionales) y los medios materiales o la complejidad del proyecto empresarial, formulando, en su caso, la correspondiente advertencia al Servicio de Prevención de Blanqueo de Capitales, a través del OCP. El funcionamiento del sistema se basa, además, en el examen por este órgano de la información procedente de todos los protocolos notariales. El análisis de los datos cruzados permite detectar supuestos de blanqueo en operaciones intervenidas por diversos notarios, en fechas y lugares diferentes, que aisladamente consideradas escapan a las sospechas de cada notario individual, pero cuya visión en conjunto revela que han sido diseñadas para el blanqueo¹⁷.

El Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI, en inglés FATF, siglas de Financial Action Task Force) ha comprobado el funcionamiento en la práctica de este sistema durante su visita de inspección a nuestro país en Junio de 2014 y lo ha valorado muy positivamente en el

¹⁷ Desde finales del año 2006, en que empezó a utilizarse este sistema, se han comunicado por los notarios españoles al Órgano Centralizado de Prevención del Blanqueo de Capitales (OCP) más de 6050 reportes de operación sospechosa (ROS), de los cuales el 51% tenía alguna relación con escrituras de constitución de sociedad. Y se han detectado por análisis de los datos cruzados otros 350 casos más. El OCP, previa valoración de la consistencia de los reportes enviados por los notarios, remite los que considera consistentes al Servicio Ejecutivo de Prevención de Blanqueo (SEPBLAC), que a su vez abre la vía judicial en el 80%, aproximadamente, de los casos comunicados por el OCP. Las sospechas del notario surgen casi siempre como consecuencia del contacto personal con los otorgantes. Las cifras hablan por sí mismas de la importancia de la interacción personal.

informe subsiguiente, hasta el punto de considerarlo como un ejemplo de buenas prácticas a nivel mundial¹⁸.

4. El principio de armonización mínima y neutralidad jurídica

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

1, la atribución de competencias funcionales a personas u organismos (notarios, registradores, funcionarios, jueces, abogados,...) para intervenir en los procedimientos digitales, sin límite alguno

2, la determinación de los requisitos procedimentales, con el único límite de no impedir la constitución en línea de una sociedad, el registro en línea de una sucursal y la presentación en línea de documentos e información, tal como se contemplan en los artículos que respectivamente los regulan

y 3, la determinación de los requisitos formales y los efectos de los documentos y la información, con el mismo único límite señalado en el párrafo anterior¹⁹.

La Directiva no pretende, pues, inmiscuirse en los aspectos sustantivos del Derecho de Sociedades de los Estados miembros ni en sus disposiciones internas de Derecho público o privado en materia de organización jurídica, forma de los negocios jurídicos, tipos de documentos,

¹⁸ De seguimiento, publicada en diciembre de 2019, en <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents>»Measures for enabling access to beneficial ownership information, in particular, the notary profession's Single Computerised Index, are an example of good practice in the context of Spain's legal system» es uno de las «Key findings» del informe. El texto en inglés puede encontrarse en <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/mer4/Mutual-Evaluation-Report-Spain-2014.pdf> . Y el de la última valoración /reports/fur/Follow-Up-Assessment-Spain-2019.pdf

¹⁹ García Collantes apunta acertadamente que los procedimientos digitales previstos en la Directiva son jurídicamente neutros, herramientas o instrumentos técnicos que por sí mismos carecen de virtualidad para modificar la sustancia de las normas jurídicas sustantivas del Derecho de Sociedades. 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», 2020, pp. 357, 364, 366 y sgs.

eficacia probatoria y legitimadora de los documentos públicos, procedimientos para la creación de documentos públicos y la práctica de asientos registrales, requisitos y efectos de la publicidad registral y cualesquiera otras normas configuradoras de los sistemas nacionales de seguridad jurídica preventiva.

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

Los sistemas nacionales de control preventivo de legalidad pueden seguir funcionando en cuanto sean susceptibles de ser ejercidos íntegramente en línea.

Esto incluye los sistemas de doble control, pues en la Directiva de digitalización no alienta el principio, que sí alentaba en el frustrado Estatuto de la Sociedad Privada Europea, de limitar el control de legalidad a un único control, como máximo.

Al contrario, la amplia formulación en el texto final del principio de armonización mínima y la expresa mención de la videoconferencia en el considerando 22 responden al interés de algunos Estados importantes, especialmente Alemania y España, en dejar bien clara la compatibilidad de los procedimientos digitales con su sistema nacional de seguridad preventiva basado en el doble control notarial-registral.

Las razones del Gobierno alemán eran dobles. Por una parte, la valoración positiva del funcionamiento en la práctica de ese sistema, cuyo peso principal recae en el control de identidad, capacidad, legalidad y consentimiento libre e informado realizado por los notarios, previamente al acceso de la información al Registro Mercantil, al igual que en España. De otra parte, el enorme coste financiero y presupuestario que supondría transferir toda esa carga de los notarios a los propios Registros, al tener que multiplicar por diez el número de registradores y demás funcionarios asignados, con el agravante de que en Alemania la organización del Registro mercantil es competencia y está cargo del presupuesto del Estado federal, mientras que el notariado es competencia de los Estados federados.

Con respecto a España lo ha señalado acertadamente la profesora Mónica Fuentes, en esta misma sala, en la conferencia que pronunció en mayo de 2019: no se rechaza ni se pone en cuestión el control notarial, sino el modo o la forma en la que ese control se ha venido ejerciendo, mediante la exigencia de la presencia física²⁰.

²⁰ FUENTES NAHARRO, M., «La digitalización del derecho de sociedades: de la SUP al Company Law Package» cit., p 692

5. *La identificación electrónica*

Para los procedimientos societarios online los Estados miembros deberán admitir y poner a disposición del público medios de identificación electrónica expedidos en el propio Estado, con un determinado nivel de seguridad de entre los previstos en el artículo 8.2 del Reglamento europeo 910/2014, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y en el Reglamento de Ejecución (UE) 2015/1502 de la Comisión, de 8 de septiembre de 2015, sobre la fijación de especificaciones y procedimientos técnicos mínimos para los niveles de seguridad de medios de identificación electrónica.

Los Estados miembros tendrán que admitir, además, medios de identificación electrónica expedidos en otro Estado miembro, siempre que estén incluidos en la lista oficial publicada por la Comisión y que cumplan el mismo o superior nivel de seguridad (considerando 10, art 13 ter 1, 2 y 3), de conformidad con el artículo 6.1 de dicho Reglamento.

Sin embargo, los Estados miembros pueden considerar insuficiente la mera identificación electrónica y establecer, adicionalmente, controles electrónicos complementarios de identidad, capacidad jurídica y legalidad, mediante videoconferencia u otros medios en línea que ofrezcan una conexión audiovisual en tiempo real. Así lo establece el fundamental considerando 22 de la Directiva, a cuya luz han de ser interpretados el artículo 13 quater y los que en él se mencionan como límites.

Nuestro ordenamiento interno habrá, por lo tanto, de determinar, en primer lugar, qué nivel de seguridad (bajo, sustancial, alto) se exige a los medios de identificación electrónica para los documentos societarios inscribibles en el Registro mercantil. Elementales razones de seguridad jurídica abonarían la opción por el nivel alto, en coherencia con los principios de nuestro ordenamiento interno.

En segundo lugar habrá de decidir el legislador español acerca de la exigencia o no de los medios complementarios previstos en el Considerando 22 de la Directiva.

Se ha de tener en cuenta que la identificación electrónica no proporciona una identificación segura, salvo si se basa en controles de identidad biométricos incorporados al medio de identificación que puedan ser comprobados, lo que no suele suceder en la práctica hoy en día. La mayor parte de los medios de identificación electrónica utilizados actualmente se basan en la posesión de dispositivos electrónicos y en el conocimiento de claves o contraseñas que en cierta fecha se entregaron a una determinada persona, que fue entonces identificada. Pero no hay seguridad de que quien los utiliza ahora sea la misma persona, ni siquie-

ra de que ésta continúe en vida. Existe un riesgo en absoluto desdeñable de suplantación de identidad, consentida o no, precedida o no de la sustracción del medio de identificación electrónica, que puede ser aprovechada para finalidades fraudulentas, criminales o de blanqueo de capitales.

Ciertamente los medios de identificación electrónica generalmente utilizados podrían mejorar en el futuro y llegar a proporcionar una certeza casi absoluta acerca de la identidad de la persona en cuestión. Pero esto no sucede hoy por hoy. Además, no parece prudente subestimar las dificultades de tipo técnico y sobre todo las resistencias socio-éticas y políticas a la incorporación a los medios de identificación personal de datos biológicos, especialmente de los genéticos (los más seguros), susceptibles de ser almacenados, copiados y utilizados para otros fines

Se ha de tener en cuenta también que la identificación electrónica no puede, en ningún caso, proporcionar certeza alguna acerca de la capacidad y de la prestación de un consentimiento libre de violencia, intimidación u otros vicios invalidantes.

El control de la capacidad de las personas físicas viene exigido imperativamente por el artículo 13 octies 3º de la Directiva. Y requiere para su efectividad una interacción personal con el otorgante o requirente, un contacto personal sin el cual no es posible detectar las incapacidades naturales, las más frecuentes en la práctica, como sabe por experiencia cualquier notario. El control meramente formal de la existencia o no de una declaración de incapacidad inscrita en el Registro civil no sería suficiente, aparte de resultar hoy por hoy inviable en los supuestos transfronterizos, que constituyen el objeto principal de la Directiva.

Lo mismo puede decirse del control de la prestación de un consentimiento libre e informado: requiere de una interacción personal, más necesaria si cabe en los supuestos transfronterizos, en los que frecuentemente el otorgante desconoce la lengua y las leyes españolas.

La interacción personal con los otorgantes parece así mismo imprescindible para cumplir las obligaciones establecidas por las normas europeas y nacionales contra el blanqueo de capitales, que no se ven afectadas por la Directiva, según se dice expresamente en el Considerando 37. Entre ellas se encuentra el conocimiento de la titularidad real de las sociedades mercantiles, de manera que se pueda localizar a la persona física que, indirectamente a través del esquema de sociedades interpuestas, controla a la persona jurídica.

Nuestro ordenamiento jurídico atribuye efectos legitimadores, probatorios y ejecutivos a los documentos públicos y a las inscripciones

registrales basadas. Tales efectos no pueden fundarse en un cimiento tan débil como la mera identificación electrónica²¹. Y lo mismo puede decirse de la aplicación de una práctica eficaz de prevención del blanqueo de capitales.

Las carencias apuntadas abogan por la exigencia de los controles electrónicos complementarios de identidad, capacidad jurídica y legalidad previstos en el Considerando 22 de la Directiva, que «pueden incluir, entre otros, videoconferencias u otros medios en línea que ofrezcan una conexión audiovisual en tiempo real»²².

Respecto a la videoconferencia, cabría plantear que tuviera que realizarse desde una notaría u otro centro oficial, como sucede con las grabaciones de las actuaciones orales en vistas, audiencias y comparencias celebradas ante los jueces o magistrados o ante los secretarios judiciales (artículo 147 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), en que las cámaras están

²¹ En el mismo sentido, KINDLER, P./JOBST, S., «Die Online-Gründung nach dem Company Law Package – Chancen und Risiken bei der Umsetzung ins deutsche Recht», cit., p. 1551. Señalan estos autores la ausencia de un control material de fondo o contenido por parte de la Comisión Europea previamente a la inclusión en su lista oficial de los sistemas de identificación electrónica notificados de conformidad con lo previsto en el artículo 9.1 del Reglamento Europeo 910/2014. Los mismos autores observan que los procedimientos registrales se encuentran expresamente excluidos del ámbito de aplicación de dicho Reglamento (artículo 2.3 y Considerando 21)

²² La crisis provocada por la pandemia de COVID-19 ha puesto de manifiesto precisamente que la videoconferencia es una herramienta adecuada cuando tiene que haber una interacción personal y no es posible la presencia física inmediata, como sería el caso en la constitución de una sociedad en línea según lo previsto en la Directiva. Lo demuestran las medidas urgentes que el Gobierno ha adoptado durante el estado de alarma:

– El artículo 40 del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, que contempla la posibilidad de juntas de sociedades u otras personas jurídicas mediante videoconferencia y habilita al notario para levantar por este medio el acta de la reunión.

– La Disposición adicional 11ª del Real Decreto Ley 11/2020 de 31 de marzo, que permite durante la vigencia del estado de alarma la expedición de certificados electrónicos cualificados, aceptando aquellos métodos de identificación por videoconferencia basados en los procedimientos autorizados por el Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias o reconocidos para la expedición de certificados cualificados por otro Estado miembro de la Unión Europea.

– El artículo 19 del Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, que regula la realización de actos procesales preferentemente mediante presencia telemática, siempre que los Juzgados, Tribunales y Fiscalías tengan a su disposición los medios técnicos necesarios para ello, si bien en el orden jurisdiccional penal será necesaria la presencia física del acusado en los juicios por delito grave; e igualmente contempla que las deliberaciones de los tribunales tengan lugar en presencia telemática cuando se cuente con los medios técnicos necesarios para ello.

instaladas en la sala de vistas del juzgado. Sin embargo, parece dudosa la compatibilidad de tal exigencia con la exclusión de la comparecencia física ante una autoridad impuesta por la Directiva.

No ofrece duda, en cambio, la necesidad de establecer unos mínimos estándares técnicos, para asegurar la calidad de la imagen y el sonido.

La perfección del negocio jurídico se produciría en el momento del otorgamiento, entre presentes, como si todos los otorgantes y el notario se encontraran reunidos físicamente, considerándose a todos los efectos legales como lugar y momento del otorgamiento los del notario. Conveniría que la norma lo declarase así expresamente.

La videoconferencia sería un simple medio auxiliar, sucedáneo de la presencia física, por lo que no habría necesidad de exigir la grabación, como no se exige en la comparecencia física.

Para que la video-conferencia sirva como medio complementario de la identificación es necesario que el medio de identificación electrónica incluya una fotografía del titular que pueda ser cotejada con la imagen que aparece en la pantalla de video. Pero esto no lo exige el Reglamento 910/2014, ni tampoco las normas de desarrollo. Hay aquí una primera fractura respecto a la legislación notarial

Además, puede suceder que un medio de identificación electrónica válido conforme al Reglamento europeo 910/2014, no haya sido expedido por una autoridad pública sino por una empresa privada que actúe, ya por mandato de un Estado miembro, ya independientemente pero con su reconocimiento. Lo permite el artículo 7 del Reglamento 910/2014. Esta es la segunda fractura.

El artículo 23 de la Ley Notarial exige a efectos de la identificación que los documentos de identidad hayan sido expedidos por las autoridades públicas con ese fin y contengan retrato y firma. El problema reside sobre todo en la fotografía, imprescindible para la comprobación mediante videoconferencia de que no se ha producido una suplantación de personalidad; no en la firma, al menos cuando se trate firma electrónica reconocida.

Entiendo que la exigencia de la videoconferencia como medio complementario de identificación puede y debe ir acompañada de la exigencia de la presentación por medios electrónicos de un documento de identidad o pasaporte electrónicos expedido por una autoridad oficial con fines de identificación, que cumpla unos mínimos estándares de seguridad y que incorpore un medio de almacenamiento con la imagen facial del otorgante, de manera que pueda realizarse el cotejo de la fotografía con la imagen que aparece en la pantalla. Tal exigencia adicional sería, en mi opinión, compatible con la Directiva, en base a lo dispuesto en el artículo 13 quater 2 y 3 y en el Considerando 22.

El Reglamento europeo 2019/1157 de 20 de junio de 2019²³, cuya entrada en vigor está prevista para el 2 de agosto de 2021, va a reforzar las normas de seguridad aplicables a los documentos de identidad expedidos por los Estados miembros a sus nacionales y a los documentos de residencia expedidos por los Estados miembros a los ciudadanos de la Unión y a los miembros de sus familias. Obligarán a incluir un medio de almacenamiento de alta seguridad que contendrá una imagen facial del titular del documento y dos impresiones dactilares en formatos digitales interoperables (artículo 3.5), lo que ya cumple el nuevo DNI español.

Tanto el actual DNI español, como los documentos de identidad o tarjetas de residencia previstos en el Reglamento europeo 2019/1157, como los pasaportes biométricos actuales, incorporan un chip con la imagen del titular y permiten la comunicación por radiofrecuencia. Es posible acceder telemáticamente a la información biométrica que contienen mediante una aplicación informática (app en caso de utilizarse un teléfono móvil), que puede ser fácilmente descargada.

Hay que tener en cuenta que ese nuevo Reglamento no obliga a los Estados miembros a introducir documentos de identidad ni documentos de residencia en el caso de que no esté previsto en su derecho nacional (Considerando 11). Y en algunos Estados miembros –caso de Irlanda, por ejemplo– no existe un documento similar a nuestro DNI, tan solo el pasaporte. Además, el plazo para la retirada de los documentos que no cumplan los nuevos requisitos de seguridad se extiende, con algunas excepciones, hasta el 3 de agosto de 2031 (artículo 5). También hay que tener en cuenta, como se ha dicho ya anteriormente, que el medio de identificación electrónica presentado, de conformidad con lo previsto en el artículo 13 ter 1 de la Directiva y en el Reglamento europeo 910/2014, podría no ser un documento oficial de identidad y/o no contener la imagen del titular.

Pues bien, en todos estos casos en que, por la razón que sea, el medio de identificación presentado electrónicamente no sea un documento oficial de identidad electrónico con fotografía incorporada, cabría exigir adicionalmente la presentación por medios electrónicos de un pasaporte electrónico que cumpla con los estándares actualmente vigentes del

²³ Reglamento (UE) 2019/1157 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre el refuerzo de la seguridad de los documentos de identidad de los ciudadanos de la Unión y de los documentos de residencia expedidos a ciudadanos de la Unión y a los miembros de sus familias que ejerzan su derecho a la libre circulación. El texto está disponible en español en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32019R1157>

documento 9303 de la Organización Internacional de Aviación Civil, establecidos por dicha asociación para los pasaportes de lectura mecánica al amparo del Convenio de Chicago del año 1944 sobre aviación civil internacional.

Se trata de una exigencia justificada por razones de seguridad y fácil de cumplir por cualquier usuario transfronterizo, puesto que en el peor de los casos el interesado tendría simplemente que obtener un pasaporte o renovar anticipadamente su documento de identidad o pasaporte y descargar una aplicación informática. Creo, pues, que estaría amparada por lo dispuesto en el Considerando 22 de la Directiva y dentro de los límites establecidos por el artículo 13 quater 2 y 3.

En todo caso, el artículo 23 de la Ley Notarial tendría que ser modificado para introducir las especificidades de la identificación en el caso de procedimientos digitales sin comparecencia física inmediata del otorgante.

6. Presentación de documentos en formato electrónico y desembolso en línea del capital social

La constitución online exige también a los Estados miembros permitir la presentación de documentos o información en formato electrónico (artículo 13 octies 2 y 13 undecies 1 y 2), incluida la prueba del pago del capital, que así mismo ha de ser viable en línea a través de una entidad financiera o un prestador de servicios de pago establecido en un Estado miembro (artículo 13 sexies).

Actualmente en España la circulación de las copias electrónicas autorizadas de los documentos públicos notariales está restringida a la comunicación entre autoridades nacionales (artículo 17 bis de la Ley del notariado), lo que puede constituir un obstáculo para el procedimiento íntegramente online en los casos transfronterizos.

Dada la improbabilidad de que llegue a establecerse una red europea de comunicación entre autoridades semejante a la nacional, parece necesario modificar el artículo 17 bis, apartado 3, de la Ley del Notariado a fin de permitir la expedición de la copia electrónica para el otorgante, acompañada de la entrega a éste de un código seguro de verificación u otro medio similar que haga posible la comprobación de su autenticidad accediendo al traslado electrónico de la matriz en poder del notario.

Al mismo tiempo, sería preciso extender a los documentos notariales la apostilla electrónica, regida por la Orden del Ministerio de Justicia JUS/1207/2011, de 4 de mayo, derogando el artículo 11 de esta

norma, que en su actual redacción, en consonancia con el apartado 3 del artículo 17 bis de la Ley del Notariado, establece que los documentos autorizados por notario o con firmas legitimadas notarialmente solo pueden ser apostillados en soporte papel.

7. Puesta a disposición pública de un modelo del instrumento de constitución, utilizable en línea

La constitución online implica también para los Estados miembros la obligación de poner a disposición pública, a través del portal digital único europeo, modelos para la constitución de sociedades limitadas. Respecto a los otros tipos sociales es potestativo. Queda a la libre elección de los usuarios la opción de utilizar tales modelos o documentos individualizados a su medida (Considerando 18, arts 13 octies 2 y 4 y 13 nonies)

El contenido de los modelos se regirá por el Derecho nacional.

La redacción no ha sido delegada en la Comisión. Corresponde a los Estados miembros (art 13 nonies 1).

En cuanto a la lengua, se ha introducido el inglés a través de un eufemismo («una lengua oficial de la Unión ampliamente comprendida por el mayor número posible de usuarios transfronterizos»), aunque únicamente a efectos informativos: los Estados miembros tienen la obligación de facilitar los modelos en esa lengua pero pueden decidir libremente si permiten o no constituir una sociedad empleando modelos en una lengua que no sea oficial en ese Estado.

La trasposición implica, pues, la redacción de un modelo de documento constitutivo y estatutos tipo, necesariamente para la sociedad limitada, optativamente para otros tipos.

La confusa redacción del último inciso del primer párrafo del artículo 13 nonies 2, podría dar pie a entender equivocadamente que se establece una equivalencia funcional entre la constitución en forma privada mediante formularios y estatutos tipo y el otorgamiento de una escritura pública notarial. Tal interpretación sería absurda, como enseguida veremos.

La confusión procede de un error en la traducción, originado a su vez por una tergiversación en la traducción del francés al inglés al tiempo del ingreso del Reino Unido en la Comunidad Económica Europea en 1973, junto con Irlanda y Dinamarca.

En aquel tiempo, los miembros de la llamada entonces CEE eran únicamente seis (Francia, Italia, la República Federal de Alemania, más los tres países del Benelux) y las lenguas oficiales cuatro: francés –que

ocupaba el lugar preminente que hoy ocupa el inglés— alemán, italiano y neerlandés. En todas ellas el artículo 10 de la llamada 1ª Directiva de sociedades, de 9 de marzo de 1968, exigía que cuando la ley nacional no previese un control preventivo, administrativo o judicial, en el momento de la constitución de una sociedad de capital, la escritura de constitución y los estatutos de la sociedad, así como las modificaciones de estos documentos constasen en escritura pública²⁴.

Pero aceptar esto a los británicos les hubiera supuesto un cambio de envergadura en su ordenamiento interno, que desconoce tanto el control preventivo administrativo o judicial como el concepto de escritura pública, así que con gran desenvoltura —o desfachatez, si se prefiere— optaron por traducir libremente «doivent être passés par acte authentique» por «shall be drawn up and certified in due legal form»²⁵, es decir, «deberán constar en escritura pública « por «deberán ser redactados y certificados en la forma legalmente establecida». Por arte de birli-birloque se convertía en cheque en blanco lo que era una restricción al legislador nacional justificada por la protección de los intereses de los socios y de los terceros.

No hay ninguna duda de que se trata de una tergiversación deliberada, pues el significado del texto en francés de la Primera Directiva y las vicisitudes de las negociaciones que habían conducido a él, eran bien conocidos en la doctrina anglosajona²⁶.

²⁴ «In allen Mitgliedstaaten, nach deren Rechtsvorschriften die Gesellschaftsgründung keiner vorbeugenden Verwaltungs- oder gerichtlichen Kontrolle unterworfen ist, müssen der Errichtungsakt und die Satzung der Gesellschaft sowie Änderungen dieser Akte öffentlich beurkundet werden.»

«Dans tous les États membres dont la législation ne prévoit pas un contrôle préventif, administratif ou judiciaire, lors de la constitution, l'acte constitutif et les statuts de la société ainsi que les modifications de ces actes doivent être passés par acte authentique.»

«In tutti gli Stati membri la cui legislazione non preveda, all'atto della costituzione, un controllo preventivo, amministrativo o giudiziario, l'atto costitutivo e lo statuto della società e le loro modifiche devono rivestire la forma di atto pubblico.»

«In alle lidstaten waarvan de wetgeving niet voorziet in een voorafgaande administratieve of rechterlijke controle bij de oprichting, moeten de oprichtingsakte en de statuten van de vennootschap alsmede de wijzigingen in die akten bij authentieke akte worden verleden.»

²⁵ «In all Member States whose laws do not provide for preventive, administrative or judicial control, at the time of formation of a company, the instrument of constitution, the company statutes and any amendments to those documents shall be drawn up and certified in due legal form.»

²⁶ *Vid. ad exemplum*, STEIN, Eric, «Harmonization of European company laws: national reform and transnational coordination», Indianapolis, 1971, pp. 237-312, en especial 299-312.

Lo gracioso del asunto es que los daneses, igualmente desconocedores del concepto de escritura pública pero menos desenvueltos que los británicos en su relación con la verdad, incluyeron en la traducción al danés la palabra francesa «acte authentique», así, sin traducirla, dada la inexistencia de tal concepto en su país²⁷.

El caso es real, aunque parezca sacado de la imaginación de los guionistas de aquellas excelentes series de humor satírico de la BBC tituladas «Yes, Minister» y «Yes, Prime Minister».

La confusión ahora en la traducción del artículo 13 nonies 2 de la Directiva de digitalización se debe a que el traductor español, al tomar en consideración el texto del artículo 10 (no modificado por la nueva Directiva) ha mezclado las versiones en español y en inglés, sin reparar en el deslizamiento de sentido producido por aquella tergiversación en la traducción del francés al inglés.

La equiparación entre el documento público notarial y un documento privado desprovisto de las mismas garantías, carece, evidentemente, de fundamento, pues va en contra de la neta distinción en nuestro Derecho entre documentos públicos y privados (base de todo el sistema probatorio tanto judicial como extrajudicial) y en contra de lo dispuesto en el segundo párrafo de ese mismo artículo 13 nonies 2, como aplicación particular del principio de neutralidad jurídica establecido con carácter general en el artículo 13 quater: «La presente Directiva no afectará a ningún requisito en virtud del Derecho nacional de otorgar las escrituras de constitución en debida forma, mientras siga siendo posible la constitución en línea a que se refiere el artículo 13 octies»²⁸.

²⁷ «I alle medlemsstater, efter hvis lovgivning selskabers stiftelse ikke er underkastet en forebyggende forvaltnings- eller domstolskontrol, skal selskabets stiftelsesoverenskomst og vedtægter samt ændringer heraf udfærdiges som officielt bekræftet dokument (acte authentique).»

²⁸ Ésta es también la autorizada opinión de la profesora Mónica Fuentes, que como integrante del grupo de expertos de la Comisión Europea (ICLEG) ha seguido muy de cerca la génesis y evolución del proyecto. Señala esta autora que «la utilización de los modelos no exige del deber de otorgar escritura pública cuando el Derecho nacional así lo exija como requisito de forma: «La presente Directiva no afectará a ningún requisito en virtud del Derecho nacional de otorgar las escrituras de constitución en debida forma, mientras siga siendo posible la constitución en línea a que se refiere el artículo 13 octies» (art. 13 nonies 2º, segundo párrafo). Esta previsión, que no contenía la Propuesta de digitalización publicada por la Comisión de 25 de abril de 2018, refleja y resuelve –correctamente– el controvertido significado y efectos jurídicos que venían siendo atribuido a estos modelos desde su precedente, la Propuesta SUP». FUENTES NAHARRO, M., «La digitalización del derecho de sociedades: de la SUP al Company Law Package» cit., p. 703.

La Directiva ha de interpretarse en el sentido de que una escritura pública no deja de serlo por el hecho de estar basada en el modelo estandarizado de documento constitutivo o de incorporar los estatutos modelo. O de que el control de legalidad realizado por el legislador hace innecesario un ulterior control de legalidad posterior respecto al contenido de los estatutos modelo²⁹. Pero en modo alguno puede sostenerse que la utilización de tales documentos estandarizados equivalga a y pueda sustituir el control notarial en cuanto a la identidad, capacidad, legitimación, consentimiento libre e informado o prevención del blanqueo de capitales.

La interpretación sistemática debe prevalecer sobre la literal, especialmente si ésta recae sobre un texto mal traducido.

CONCLUSIONES

Primera. Se van a plantear al legislador nacional algunas disyuntivas en relación con el ámbito de aplicación de los procedimientos digitales:

- Implantarlos con carácter obligatorio o potestativo.
- Excluir o no a las sociedades anónimas y comanditarias por acciones.
- Excluir o no los casos de aportación in natura.

He expuesto los argumentos que abonan la opción por el carácter alternativo de los procedimientos digitales, la exclusión (al menos provisional) de su aplicación a tipos distintos de la sociedad limitada y la exclusión de su aplicación a todos aquellos casos en que el capital se desembolse mediante aportaciones no dinerarias.

Segunda. No hay necesidad de desmontar en el ámbito del Derecho societario el sistema español de seguridad jurídica preventiva, basado en un control por el notario, previo a la inscripción en el Registro Mercantil, de la identidad, capacidad y legitimación de los otorgantes, de la legalidad del contenido del negocio jurídico y de la prestación de un consentimiento libre e informado.

Esta Directiva no obliga a cambiar el modelo, aunque el legislador español es muy libre de hacerlo, en cualquier momento, si considera que

²⁹ ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., «Proposal Regarding the Use of Digital Tools and Processes in Company Law: The Practitioner's Perspective», en *European Company and Financial Law Review (ECFR)*, 1–2/2019, p. 170.

hay un sistema mejor, suficientemente seguro y más económico. La decisión, evidentemente, debería basarse en un estudio detallado y riguroso de lo que vale y lo que cuesta el sistema actualmente existente, tal como se ha hecho en Alemania, considerando todas las posibles alternativas y las ventajas y desventajas tanto de suprimir sin más las garantías actualmente existentes a cargo de los notarios, como de encomendarlas a otros agentes distintos, o a la inversa.

Tercera. Si el legislador español decide, como parece razonable, mantener el sistema actual, con todas sus garantías para la seguridad jurídica, la Directiva obligaría a introducir no muchas, pero importantes, modificaciones en la legislación notarial:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Quinta. Además de las modificaciones normativas apuntadas, la adaptación del sistema de seguridad jurídica preventiva hoy existente a lo previsto en la Directiva sobre procedimientos digitales, requiere un importante esfuerzo tecnológico.

Ese esfuerzo ha sido realizado ya en buena parte por el notariado español, a través de su empresa tecnológica ANCERT.

El notariado español, al igual que el alemán, ha desarrollado un modelo para la constitución de sociedades a distancia, que se adapta a las exigencias de la Directiva y mantiene las garantías para la seguridad jurídica derivadas de la intervención del notario en el procedimiento.

Ambos prototipos combinan la identificación electrónica en el nivel alto de seguridad y los controles complementarios de identidad, capacidad y legalidad por medio de videoconferencia.

Ambos requieren la presentación por el interesado de un medio de identificación electrónica que incorpore la imagen del rostro y permita, previa descarga de una aplicación informática, su cotejo con la que aparece en la pantalla, previamente al ejercicio por el notario de los demás

controles (capacidad, legalidad, prestación de consentimiento libre e informado).

Ambos pueden ser utilizados desde un ordenador, fijo o portátil, o desde un teléfono móvil.

Pero existen también diferencias.

En el prototipo alemán, está previsto proporcionar en todo caso a cada otorgante, dentro del mismo procedimiento, una clave de firma electrónica de uso único. La razón estriba en que el nuevo documento de identidad alemán permite la identificación electrónica pero no va acompañado de datos para la creación de firma electrónica. En España sí, de ahí que no se considerase, en principio, necesario proporcionar una clave, aunque podría hacerse fácilmente a través de ANCERT.

Por otra parte, en el modelo alemán el procedimiento termina con la firma electrónica por el notario, tras la firma electrónica por los otorgantes, en una matriz íntegramente en soporte electrónico, mientras que en el modelo español se contempla un paso más, el reflejo en soporte papel del procedimiento online, para su incorporación al protocolo, en previsión de que se mantenga el sistema actual de conservación de la matriz en papel.

En cualquier caso, del modelo alemán y de la trasposición de la Directiva en Alemania³⁰ hablará aquí, en el mes de mayo, con mucho más conocimiento que yo, Jens Bormann, Presidente del notariado alemán, notario de Rattingen, ciudad renana próxima a Düsseldorf, cuyas ocupaciones y preocupaciones actuales son muy similares a las nuestras.

Yo termino ya, con la observación de que el notariado en la Unión Europea está integrado actualmente por alrededor de 40.000 notarios que tienen a su cargo unos 200.000 empleados, presentes en veintidós Estados de los veintisiete³¹, con una función similar en todos ellos –aun-

³⁰ El 29 de noviembre de 2019 el Bundesrat alemán ha aprobado por unanimidad, a propuesta del Presidente del Estado de Renania del Norte-Westfalia (el de mayor población de la Federación) una iniciativa legislativa basada en el mantenimiento del sistema actual de doble control notarial-registral y la introducción del procedimiento íntegramente en línea para la constitución de sociedades de responsabilidad limitada mediante aportación dineraria, única y exclusivamente, con todas las garantías derivadas de la intervención del notario, en el que están previstos la identificación electrónica en el nivel alto de seguridad y el control complementario por el notario mediante video-conferencia de la identidad, capacidad y prestación de consentimiento libre e informado de los otorgantes. El texto puede encontrarse (en alemán únicamente) bajo el número de referencia 611/19 en <https://www.bundesrat.de/DE/dokumente/dokumente-node.html>

³¹ Todos, excepto Chipre, Dinamarca, Finlandia, Irlanda y Suecia.

que haya también diferencias importantes— y con diez siglos de experiencia histórica detrás. Esto sólo puede explicarse por la utilidad social de la institución como puente entre la sociedad y el Estado y por su capacidad de adaptación a los cambios en la sociedad, en la economía, en la técnica. No tengo ninguna duda de que en esta hora de la digitalización el notariado estará a la altura, si el Estado continúa honrándole con su confianza.

Muchas gracias.

