

EL DOCUMENTO PÚBLICO ELECTRÓNICO, SU ESTRUCTURA Y SU OTORGAMIENTO POR VIDEOCONFERENCIA

Pedro Garrido Chamorro

Notario de Madrid

TITLE: *The electronic public document, its structure, and its issuance via videoconference.*

RESUMEN: El concepto del documento público electrónico admite una reformulación en el plano de su configuración material, para potenciar al máximo su utilidad como instrumento de la moderna economía digital.

Los documentos públicos son ante todo un texto que formula un negocio jurídico, de modo que los matices y la precisión de ese texto definen el alcance y efectos jurídicos del negocio. Pero el documento, una vez formalizado, experimentará un reiterado manejo en sus múltiples gestiones ulteriores (fiscales, administrativas, registrales, privadas, etc.) Por ello, es necesario pensar el documento a la vez como un conjunto estructurado y ordenado de datos referentes a su objeto (finca, precio, valor, etc.), las personas que en él intervienen, el tipo de transacción formalizada (transmisión del dominio, constitución de un derecho real, operación sucesoria, modificación material del objeto), etc.

En consecuencia, el documento público electrónico, con las sucesivas adhesiones que posteriormente se le hacen dentro del procedimiento de gestión (notarial o administrativa), debe tener, en cuanto sea posible, una forma o estructura de datos incorporados a la matriz hábil para transmitir una información de forma comprensible, interoperable y fácilmente importable, en lugar de una acumulación de textos con sus variadas redacciones. Ello hace mucho más ágil y eficiente tanto la formación sucesiva de los contenidos del documento como la consulta o manejo posterior de la información que contiene. Y el hecho de estar firmado electrónicamente por el notario da a esos datos valor documental público.

La efectiva ejecución de la Ley 11/2023 en materia de protocolos notariales es por ello enormemente ineficiente, y en lugar de facilitar los procedimientos notariales internos y externos ha producido el efecto contrario. Ello exige una revisión de su formulación, y de las herramientas empleadas tanto para la generación de inputs como de outputs.

Por otra parte, el uso de la videoconferencia para ciertos otorgamientos a distancia resulta en principio un acierto. Pero la organización actual de esta herramienta es claramente deficiente. Se precisa por un lado la definición de un protocolo de seguridad de las herramientas que se emplean para la videoconferencia, para evitar los riesgos de fraude o suplantación que posibilitan las actuales herramientas de IA. Asimismo, es necesario un rigor en el manejo, que no se está proponiendo, del contenido digital del DNI como instrumento exclusivo para la identificación.

ABSTRACT: *The concept of the electronic public document, in its material construction, needs a restatement, to maximize its utility as a tool of the modern digital economy.*

Public documents are mainly a text expressing a legal deal, so the nuances and the precise terms of that text define the scope and legal effects of the deed. But the document, once solemnized, will undergo repeated handling in its various subsequent transactions (tax, administrative, registry, private, etc.) Therefore, we must also see the document as a structured and categorized set of data concerning its object (property, price, value, etc.), the people involved in it, the type of deed (transfer of ownership, adjudication of a right, succession, physical modification of the property), etc.

So, the electronic public document, with the layers of information added to it following its handling (in the notarial or administrative fields), must have as far as possible the form or structure of data incorporated into the original file, suitable for transmitting information in a comprehensible, interoperable and easily downloadable way, instead of a succession of texts with their different

presentations. This makes both the successive formation of the document's initial and aggregated contents and the following consultation or management of the information it contains much more agile and efficient. And the fact that it is electronically signed by the notary gives those data the value and effects of a public document.

The actual implementation of Law 11/2023 on the area of notarial protocols has therefore been highly inefficient, and instead of streamlining the internal and external notarial procedures, it has yielded quite the opposite effect. So, an assessment of its formulation, and of the tools used for the generation both of inputs and outputs is doubtlessly necessary.

On the other hand, the use of video chats for certain remote deeds is in principle good news. But the current organization of this tool is, no doubt, concerningly faulty. First, a security protocol for the tools used for video meetings is needed, to avoid the risk of fraud or impersonation enabled by the current AI tools. Secondly, more reliability than what has been proposed is necessary for the handling of the digital content of the DNI, as an exclusive instrument for identification.

PALABRAS CLAVE: Documento público, documento electrónico, interoperabilidad, datos, eficiencia, optimización, videoconferencia, identificación, otorgamiento a distancia

KEY WORDS: *Public document, electronic document, interoperability, data, efficiency, streamlining, videoconference, identification, remote signing.*

SUMARIO: 1. LA LEY 11/2023. 2. LA MATRIZ Y LA COPIA ELECTRÓNICAS. 2.1. *El protocolo electrónico como matriz desdoblada.* 2.2. *Las diligencias como datos: desmaterialización del concepto del documento.* 2.2.1. La configuración de las diligencias como documentos meramente digitales, incorporados a la matriz. 2.2.2. El concepto moderno del documento. 2.2.3. Fundamentación en la ley 11/2023. 2.2.4. La regulación del documento administrativo electrónico. 2.3. *La posibilidad de diligencias automatizadas.* 2.4. *La interoperabilidad del documento notarial, matriz y copia.* 3. LA AUTORIZACIÓN DE DOCUMENTOS PÚBLICOS MEDIANTE VIDEOCONFERENCIA. 3.1. *El contenido y valor de la autorización notarial del documento.* 3.2. *Brechas de seguridad en la videoconferencia.* 3.3. *Brechas de seguridad en la identificación*

1. LA LEY 11/2023

La Ley 11/2023, de transposición de directivas en materia, entre otras cosas, de digitalización de notarías y de registros, introduce importantes novedades sobre la forma de desempeño de la función notarial. Es una reforma que llega con retraso, desde el anterior impulso digitalizador que supuso la Ley 24/2001, hoy claramente desfasada, cuando no directamente incumplida, por ejemplo, en materia de publicidad de los registros (en la que, de forma sorprendente, se sigue a estas alturas empleando el medio arcaico, laborioso, inseguro y de pésima calidad que es el fax).

Pero si esta ley, que con tanto retraso llega, merece una valoración positiva en términos generales, presenta en su texto y su implantación inicial algunas carencias que hacen imprescindible un análisis cuidadoso. Con frecuencia, el jurista percibe la materia digital como un arcano que se deja a los técnicos, y en cierto sentido queda al margen del análisis jurídico, lo que parece haber conducido a una regulación claramente insuficiente y a una implementación que en algunos aspectos merece una

revisión serena, aunque varios de ellos nos parece que la misma debería realizarse con la mayor urgencia posible (particularmente, la forma de incorporación al protocolo electrónico de las notas y diligencias del notario y los medios empleados para la videoconferencia, por los serios problemas de ineficiencia y falta de seguridad que pueden plantear).

Es llamativo, y clara muestra de la dejación de las materias tecnológicas por el jurista, que el Consejo de Estado, en su informe sobre el Proyecto de Ley haya formulado varias observaciones esenciales, criticando que ciertos aspectos de la regulación introducida sean objeto de una remisión a normas de rango insuficiente (Instrucciones de la Dirección General, etc.), pero entre ellas ninguna sobre las cuestiones de mayor calado tecnológico, a pesar de que afectan a la esencia de la función notarial. Y tampoco parece haberse contado con una excesiva aportación de los organismos administrativos competentes en materia digital, principalmente la SGAD (Secretaría General de Administración Digital, entonces dependiente del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital).

Por último, en relación con la matriz electrónica, en mi opinión debería la misma organizarse mediante una Blockchain. Es acertado que la ley no imponga esta solución de forma expresa, ya que esta no es más que una de las tecnologías que van apareciendo en el ámbito digital. Pero su uso para el documento público notarial resulta aconsejable por dos motivos: primero, la seguridad que ofrece esta herramienta, en cuanto a la conservación y no alteración de los documentos a ella incorporados; y en segundo lugar, tendrá la ventaja de que frente a la presentación de la Blockchain como una alternativa a la función notarial por su virtualidad para asegurar la conservación y prueba de los documentos, el hecho de que se emplee la misma para la conservación del protocolo, dejará patente el mayor valor añadido del documento público notarial, más allá de esa prueba formal, basado en el control previo de la legalidad y la validez del documento que son el fundamento su fuerza legitimadora.

2. LA MATRIZ Y LA COPIA ELECTRÓNICAS

2.1. *El protocolo electrónico como matriz desdoblada*

La primera y principal novedad introducida por la Ley 11/2023 es la conocida como matriz electrónica, acompañada de unas copias electrónicas de amplia circulación a través del portal notarial. Esta innovación, ineludible exigencia de adaptación a los tiempos y medios actuales, resulta enormemente acertada, aunque su materialización efectiva es claramente mejorable.

La solución de partir de una matriz en papel, que se conservará en los archivos notariales y queda duplicada en formato digital, resulta correcta, tanto por la mayor confianza que para los usuarios brinda firmar un documento así materializado como por razones de seguridad (la conservación de los datos en soporte magnético no está garantizada al 100%: una tormenta magnética como el Evento Carrington que ocurrió en 1859, y podría repetirse en los próximos 10 años con una probabilidad del 0,5 al 2%, o peor aún el evento Miyake, del que en los últimos 1500 años se han producido tres, posiblemente acabarían con muchos de los datos conservados en los sistemas magnéticos empleados en la actualidad).

No obstante, debemos puntualizar que la forma en que se ha ejecutado la previsión legal admite un replanteamiento de varias de sus características que nos parece más que aconsejable, ya que por una parte simplificaría notablemente el trabajo en nuestras oficinas, y por otra dotaría de una utilidad mucho mayor al protocolo electrónico que de esta forma se vaya construyendo, dándole el carácter de una verdadera herramienta digital.

Porque en su versión actual, el protocolo electrónico constituye la simple duplicación del protocolo en papel, en una segunda versión digital, eso sí, firmada electrónicamente por el notario y encriptada, pero sin alcanzar a la idea de un verdadero protocolo digital, entendido como conjunto de datos con valor documental público y estructura propia de las bases de datos, que es lo que le dotaría de su mayor potencialidad. Así, lo que se está haciendo es formalizar los documentos y todas sus diligencias en papel, como hasta la fecha, y seguidamente ir las trasladando una a una, o por grupos, al protocolo electrónico. Esta forma de trabajar presenta un doble inconveniente: en primer lugar, en lugar de simplificar el trabajo a realizar en la notaría lo duplica, ya que para cada escritura se debe realizar una serie, frecuentemente prolija, de nuevas acciones en la esfera electrónica; y en segundo lugar, tampoco es la forma más útil de estructurar este protocolo, que queda configurado como una sucesión de textos, en lugar de una acumulación ordenada de datos con valor documental público referentes a cada documento.

2.2. Las diligencias como datos: desmaterialización del concepto del documento

2.2.1. La configuración de las diligencias como documentos meramente digitales, incorporados a la matriz

Tiene mucho más sentido dar un tratamiento formal diferente a los dos tipos de notas y diligencias incorporados a la matriz. Así resulta acertado que los documentos que se firmen por un ciudadano (tanto la matriz como las sucesivas diligencias que se le puedan añadir, de ratificación, rectificación, etc.) se hagan en papel y luego se pasen a la forma electrónica con la firma y encriptación del notario. Por el contrario, aquéllas que sólo lleven la firma del notario (expedición de copias, presentación al Registro, notificación al Catastro o al Ayuntamiento, notificación recibida de estas oficinas públicas, oficio recibido de otro notario, etc.) basta que sean firmadas por el notario en formato electrónico, desde el momento en que esa firma electrónica tiene el mismo valor que su firma manuscrita.

Además, no es útil, ni necesario, que se les dé la forma de un texto que plasma el contenido de cada diligencia y queda incorporado sucesivamente al protocolo digital. Es preferible darles la forma documental de un simple dato (el dato de la realización de una gestión telemática, como la presentación o notificación, inscripción registral, etc., con sus respectivos datos identificativos: circunstancias de fecha, hora y número del asiento de presentación, tomo, folio y número de asiento de inscripción; fecha, hora y código de la comunicación al Ayuntamiento a efectos del Impuesto Municipal Sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, número de expediente de la Comunicación de alteración de orden jurídico a la Oficina del Catastro, etc., etc.). Este dato sería incorporado a la matriz digital mediante la firma electrónica del notario, debidamente estructurado dentro de la base de datos que constituye el protocolo digital, y mediante esa incorporación adquiriría la naturaleza, o valor, de un documento público digital.

Esto tiene la gran ventaja de la simplificación del trabajo (basta que el notario acceda al listado de las notas recibidas de terceras oficinas públicas para su firma en el día, las compruebe, y firme en bloque la incorporación al protocolo de los datos que cada una incluya). Y ello no merma en modo alguno del contenido del protocolo, sino que al contrario potencia su utilidad informativa. La estructuración de todas esas notas como datos permitirá un acceso y control de los mismos mucho más ágil, facilitando además tanto su “lectura” como la obtención de información, tanto estructurada como estadística, sobre esos mismos datos (escrituras pendientes de inscripción, plazo medio de las inscripciones, porcentajes de revocaciones de poderes, etc.) Además, facilita de forma muy significativa la labor de control del notario de aquello que firma e incorpora a su protocolo electrónico: no precisa leer una a una todas las notas antes de subirlas, labor que hoy parece muy difícil de ejecutar de forma comprensiva, sino sencillamente revisar el cuadro de los datos que va a incorporar, y también el cuadro de los datos que

no han sido incorporados en el plazo previsible (asientos de presentación no practicados, inscripciones no recibidas dentro del plazo del asiento, etc.)

Esta construcción del protocolo electrónico es, por lo demás, perfectamente admisible y queda correctamente fundamentada, sobre la base de una revisión, o ampliación, del concepto mismo del documento en general, y por tanto del mismo documento público, más ajustado al entorno digital actual. Porque la matriz firmada por los otorgantes es el documento central del protocolo, como tronco al que se añadirán otros documentos secundarios o accesorios, las diferentes diligencias y notas, firmadas también o no por los otorgantes, pero siempre autorizadas por el notario con su firma. Cada una de esas diligencias, como documento secundario, tendrá una consistencia documental independiente, aunque se integra en la matriz (que será el documento troncal o centro), adhiriéndose a la misma de forma sucesiva, estructurada siempre que sea posible como mero conjunto de datos, y firmada por el notario para verificar esa incorporación.

2.2.2. El concepto moderno del documento

Los cambios culturales y tecnológicos han provocado una revisión progresiva del concepto de documento, en el que este planteamiento encaja a la perfección. Así, si en la primera mitad del siglo XX se incluyeron dentro de la idea del documento todo tipo de objetos capaces de ofrecer información, en particular sobre la actividad humana (PAUL OTLET), o cualquier signo conservado o registrado para representar o acreditar un fenómeno físico o intelectual, lo que desembocará en la conceptualización del documento más como un medio de prueba o evidencia que como un texto (SUZANNE BRIET). Esto conduce a una cierta revisión desde el punto de vista de la semiótica, considerando que cualquier objeto puede llegar a ser un vehículo de significado, y por tanto un medio de transferencia de información (ROLAND BARTHES).

Y más recientemente las tecnologías de la información y la digitalización han profundizado en esta vía, conduciendo finalmente a la definición del documento en términos de función y no de un formato físico (texto). Ello llevará, en palabras del profesor de la Universidad de California, Berkeley, MICHAEL BUCKLAND, a reconocer la posibilidad de que los documentos adquieran formas diversas, en el contexto de las diferentes tecnologías donde los mismos se generan, puesto que lo relevante no es esa forma, sino su funcionalidad como medios de transferencia de información .

Por citar un ejemplo muy significativo, exactamente en esta línea, UNCITRAL desarrolló ya en el año 2017 una Ley modelo sobre documentos electrónicos transmisibles (*Model*

Law on Electronic Transferable Records) que, junto al conocido principio de no denegación de efectos a un documento por el hecho de estar elaborado en formato digital (art. 7), establece que los documentos o instrumentos transmisibles (o endosables) reúnen los requisitos para esa funcionalidad legal con tal que contengan la información que sería exigible en el documento o instrumento endosable (art. 8). En otras palabras, el documento electrónico consistente en una mera agregación estructurada de datos o información tiene el mismo valor jurídico que el contenido en un texto escrito, si esa información resulta equivalente. Esta configuración formal del documento permite agilizar de forma muy sensible las transacciones mercantiles, puesto que se estima que la realización de las mismas mediante documentos desmaterializados reduce el tiempo necesitado para su procesamiento en un 75 %, y generaría un ahorro en los 10 años siguientes a su implantación estimando en 1137 millones de Libras.

Pues bien, la creación a partir de la Ley 11/2023 del protocolo electrónico debería formalizarse, tan pronto como sea posible, mediante una análoga desmaterialización del documento público notarial, o más concretamente de las diligencias y notas que, firmadas exclusivamente por el notario, se agregan con entidad documental propia a la matriz que constituye el tronco documental. Ello no implica, evidentemente, disminuir en modo alguno el valor del texto negocial que conforma la escritura pública y constituye su principal repositorio de valor, con todos los matices y detalles que le aporta la redacción que le da el notario. Pero esto es perfectamente compatible con esta configuración de las notas y diligencias como conjunto de datos estructurados, e incorporados a la matriz electrónica con valor documental público mediante la firma electrónica del notario, como hemos descrito unos párrafos más arriba.

Y en segundo lugar, esta desmaterialización, o potenciación del valor del documento público notarial, alcanzará un grado más de utilidad si se adhiere al documento electrónico raíz (tanto en la matriz como, especialmente, en la copia electrónica que circulará posteriormente) de toda la información en algún formato fácilmente legible o interoperable (XML o similar, estandarizado para facilitar el intercambio de información estructurada entre diferentes plataformas), también bajo la firma del notario y con valor documental público.

2.2.3. Fundamentación en la Ley 11/2023

Esta interpretación de la configuración del protocolo digital no sólo es admisible a la luz de la Ley 11/2023, sino que incluso parece la más ajustada a la misma, concretamente al tenor del art. 17.2 de la Ley del Notariado. En primer lugar, se establece en el mismo

la previsión de que la incorporación al protocolo electrónico o libro registro de operaciones electrónico se produzca «en cada caso con la autorización o intervención de la escritura pública o póliza». En cambio, se prevé expresamente la «incorporación al protocolo electrónico, en el mismo día o inmediato hábil posterior» (sin mención alguna de una previa incorporación al protocolo en papel) de las comunicaciones cursadas por otros notarios y las recibidas de las autoridades judiciales o administrativas atinentes a resoluciones, hechos o actos jurídicos que por disposición legal deban consignarse en el instrumento público. Y, en tercer lugar, la configuración de la reconstitución de la matriz en papel extraviada hace mención del traslado del protocolo electrónico a papel notarial con «la totalidad de notas o diligencias unidas a la matriz electrónica», lo que parece presuponer que esas notas se hayan practicado en ese formato electrónico, pero no, o no necesariamente, en papel.

Nos parece, por tanto, claro que el texto de la Ley presupone que este tipo de notas y diligencias se incorporen al protocolo exclusivamente en formato electrónico. Y en cualquier caso resulta indiscutible, como mínimo, que en el texto del art. 17.2 cabe tanto la formalización meramente digital como la que se realice en papel y seguidamente en formato digital. Y siendo ambas posibles, las notables ventajas en términos de facilidad de trabajo, usabilidad por el notario y claridad de la información que presenta la operación exclusivamente digital aconsejan sin duda, a nuestro entender, la reorganización del sistema en esta última forma.

El único argumento a favor de la doble incorporación, en papel y digital, de esas notas es la mayor seguridad que ofrece su conservación en papel. Sin embargo, esa ventaja se compensa fácilmente si realizados todos los traslados directamente en el protocolo digital, después -con periodicidad anual, trimestral o la que se quiera- los mismos se imprimen en un único documento ordenado por números del protocolo y el mismo es incorporado al registro protocolar en papel mediante un acta de protocolización, lo que sería incomparablemente más sencillo y ágil.

2.2.4. La regulación del documento administrativo electrónico

Por lo demás, esta concepción del documento digital incorporado al protocolo encaja perfectamente en los principios de nuestro ordenamiento sobre las entidades administrativas y su documentación. Estos principios se asientan en dos normas sucesivas con rango de Ley, que son la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos (derogada por la Ley 39/2015, de 1 de octubre), y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que derogaría a la anterior. Conviene apuntar cómo ambas normas, en su

respectivo artículo 2, incluyen en su ámbito subjetivo de aplicación, en términos coincidentes, a las «entidades de derecho público vinculados o dependientes de las Administraciones Públicas».

Pues bien, no cabe duda de que el notario, en cuanto funcionario público (art. 1 de la Ley del Notariado y art. 1 del Reglamento Notarial) que en su organización jerárquica depende del Ministro de Justicia y de la Dirección General de los Registros y del Notariado art. 307 del Reglamento Notarial), entra en cuanto al ejercicio de su función dentro de esa definición del ámbito subjetivo de aplicación de las dos citadas leyes, lo cual además se refuerza por el dato de que los protocolos notariales, en papel y electrónicos, sean propiedad del Estado. Ello no limita, en modo alguno, el hecho evidente de que la función notarial y el protocolo, tanto el papel como electrónico, estén sujetos a una regulación especial con unas normas y principios propios (especialmente, por lo que aquí nos interesa, el secreto del protocolo y la diferente naturaleza y efectos del documento público notarial y el documento administrativo), y que las dos Leyes citadas sólo resultarán de aplicación en defecto de norma especial sobre la función notarial.

Esto supone que, ante la parquedad de la regulación en la Ley 11/2023 de la sede electrónica notarial y del protocolo y el documento público notarial electrónicos, la regulación bastante más detallada de estas normas resulte de aplicación directa e indudable en todo lo demás. Y de este dato se puede extraer como conclusión la existencia de varias reglas o procedimientos que se deberían imperativamente cumplir en el desarrollo que de este protocolo electrónico se está realizando por el Consejo General del Notariado. Estas reglas se pueden condensar principalmente en tres: el concepto mismo, desmaterializado, del documento público; la posibilidad de actuaciones notariales automatizadas en la formalización de algunos de estos documentos secundarios, o no troncales, del protocolo, y la aplicación de la normativa sobre interoperabilidad.

La idea ya expuesta de los documentos notariales secundarios, configurados como meros datos, firmados exclusivamente por el notario, y adheridos al tronco principal que es la matriz también encaja en las normas que describen los documentos administrativos electrónicos. Así, el art. 45 de la Ley 40/2015 regula el «intercambio electrónico de datos en entornos cerrados de comunicación» (en términos también coincidentes el antiguo art. 20 de la Ley 11/2007), estableciendo que «los documentos electrónicos transmitidos en esos entornos cerrados de comunicaciones establecidos entre Administraciones Públicas, órganos y entidades de derecho público, serán considerados válidos a efectos de autenticación e identificación de los emisores y

receptores en las condiciones establecidas en el presente artículo». La norma, al incluir al documento dentro de la categoría de los datos, establece una cierta correlación o equiparación de ambos objetos (dato y documento).

Y la equiparación de los datos organizados y autenticados dentro del sistema digital con el documento se establece con toda claridad en el art 48.2 de la Ley 40/2015 (igualmente, trasunto del antiguo art. 20 de la Ley 11/2007), cuando establece que los documentos electrónicos que deban conservarse por contener actos administrativos y afectar a intereses particulares se almacenarán en soportes electrónicos, «ya sea en el mismo formato a partir del que se originó el documento o en otro cualquiera que asegure la identidad e integridad de la información necesaria para reproducirlo», debiendo ser posible el traslado de esos datos “a otros formatos y soportes que garanticen el acceso desde diferentes aplicaciones”. En consecuencia, el valor como documento administrativo del documento inicial empleado en la interacción con el ciudadano se equipara con la suma de los datos que permitan su acceso y la reproducción de dicho documento.

En términos aún más claros había formulado esa equiparación el anexo de la hoy derogada Ley 11/2007 cuando entre las definiciones recoge la siguiente: «j) Documento electrónico: Información de cualquier naturaleza en forma electrónica, archivada en un soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado.»

Por último, debe destacarse cómo la Norma Técnica de Interoperabilidad de Documento Electrónico, aprobada por la Secretaría de Estado para la Función Pública mediante Resolución de 19 de julio de 2011, establece que los componentes de un documento electrónico son su contenido, entendido como conjunto de datos o información del documento, su firma electrónica, en su caso, y sus metadatos (que se enumeran detalladamente). Añade dicha norma una descripción detallada del esquema XML, para intercambio de documentos y la información básica de firma de documentos electrónicos.

Como conclusión, de toda esta regulación se desprende con toda claridad que en nuestro derecho el concepto de documento público (tanto si se trata de un documento administrativo como notarial) comprende estas formas desmaterializadas, como conjunto de datos mediante los cuales es posible obtener o reconstruir la información relevante, y que tienen ese carácter de documento público si están dotados de la firma electrónica o validación por un órgano o funcionario competente al efecto.

2.3. *La posibilidad de diligencias automatizadas*

La segunda de las reglas contenidas en la Ley 40/2015 es la relativa a la actuación administrativa automatizada. El art. 41 de dicha Ley que entiende por actuación administrativa automatizada, cualquier acto o actuación realizada íntegramente a través de medios electrónicos por una Administración Pública en el marco de un procedimiento administrativo y en la que no haya intervenido de forma directa un empleado público, en cuyo caso el órgano competente será considerado responsable de dicho acto, a efectos de impugnación. En términos análogos se pronunció la Ley 11/2007 en su anexo y los artículos 18 y 39.

Cabe plantear aquí si es posible una actuación, es decir la firma de una diligencia, automatizada o al menos con una formalidad análoga a la actuación automatizada, por el notario como órgano responsable. Porque hay ciertas diligencias que son obligadas una vez se produce un hecho típico. Así, al expedirse una copia autorizada en papel debe inmediatamente ponerse en la matriz la nota que recoja tres datos: la fecha de la expedición, el sujeto para el que se expide y los folios en que la misma se ha extendido. Algo parecido ocurre con muchos otros hechos, cada uno con sus datos particulares, pero siempre homogéneos. Cabría citar aquí la expedición de una copia electrónica para la presentación de la escritura en un registro, o para su puesta a disposición del ciudadano a través de la sede electrónica, la recepción del Registro de la Propiedad o Mercantil de la comunicación del asiento de presentación (la cual, por cierto, se realiza de forma automatizada mediante un sello del Registro, no del propio registrador, por más que, en los términos del citado art. 41 de la Ley 40/2015, el Registrador es, personalmente en cuanto funcionario el responsable de ese acto), la recepción del justificante de la comunicación al Ayuntamiento de la transmisión, la recepción de la Oficina del Catastro del acuerdo de inscribir la alteración catastral de los inmuebles (todos ellos también automatizados), la recepción y archivo del acuerdo de inscripción de la escritura en el Registro de la Propiedad, etc.

La constancia de todas estas actuaciones administrativas es obligada e inmediata, en la matriz. Por ello, y dado que toda esa información es recibida por el notario a través de la plataforma Signo, tiene todo el sentido, y no resultaría excesivamente complejo, que en la misma plataforma se genere de forma automatizada cada una de esas diligencias de reflejo, con la forma de una mera incorporación de datos secundarios adheridos al tronco principal que es la matriz. Y si bien resulta claro que en el actual estado de la regulación de la firma electrónica notarial no es posible hablar de una forma de órgano, sino personal del notario, la actuación de incorporación de esos datos a cada documento se debería organizar de la forma más análoga posible: mediante la

presentación al notario del cuadro de datos-diligencias a incorporar, para que las firme de forma conjunta, permitiéndole además una revisión previa y sistematizada de esos datos, que como ya hemos apuntado siempre será mucho más efectiva que la revisión del texto de cada una de las diligencias por separado que hoy se tiene que realizar.

Esta forma de actuación tiene, como hemos indicado, dos grandes ventajas: la mayor facilidad de lectura y utilización de la información incorporada a estas notas, y la agilización del trabajo de back-office de las notarías, que hoy se está complicando de forma insostenible y claramente divergente frente a la oficina moderna, donde los medios digitales precisamente están permitiendo la práctica eliminación de ese back-office.

Insistimos, finalmente, que el posible temor a la pérdida de esa información se conjura de forma muy sencilla mediante la incorporación, con la periodicidad que se desee, de todos esos datos, ordenados y estructurados sobre papel, al protocolo mediante un acta autorizada por el notario.

2.4. La interoperabilidad del documento notarial, matriz y copia

Por otra parte, en relación con el formato de los datos del protocolo electrónico y del índice notarial, llama poderosamente la atención que la Disposición Adicional Segunda únicamente haga referencia a la interoperabilidad de esos datos con los sistemas de la administración de justicia. Debería haber realizado una referencia más genérica al esquema nacional de interoperabilidad (cfr., los artículos 156 y siguientes de la Ley 40/2015, y el Real Decreto 4/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Interoperabilidad en el ámbito de la Administración Electrónica), aplicable para todas las administraciones públicas.

De acuerdo con todo lo dicho anteriormente, parece claro que ese esquema nacional de interoperabilidad es aplicable al protocolo notarial electrónico, en los términos que se establecen por dicho Real Decreto y por la Norma Técnica de Interoperabilidad de Documento Electrónico de 2011, que hemos citado más arriba.

Esto facilitará enormemente el uso de los datos notariales tanto por las distintas administraciones públicas y administración de justicia como por las entidades privadas (bancos, empresas, etc.) y por tanto potenciará de manera muy significativa la utilidad del instrumento público notarial.

A la vez, las poderosas ventajas de la interoperabilidad del documento notarial electrónico se potenciarán enormemente si se extienden a la copia electrónica. Por ello, la Ley debería también haber aprovechado para dotar a esta última de una estructura más rica, incorporándole junto al texto que configura el negocio jurídico formalizado, los datos de ese negocio en formato XML, interoperable y directamente legible por cualquier sistema informático de las administraciones públicas, la administración de justicia, operadores privados, etc. No en vano, la misma Norma Técnica de Interoperabilidad recoge también en su anexo II el Esquema XML para intercambio de documentos electrónicos.

En cualquier caso, y por aplicación de las normas y principios sobre la actuación administrativa digital, a partir de la Ley 40/2015, parece que esa incorporación a la copia de los datos mediante el documento anexo XML debe considerarse posible, si no obligada.

Ello tendrá el efecto de potenciar la utilidad del documento público notarial, que no es un mero texto, sino que a la vez contiene unos datos cuyo manejo se debe facilitar en la mayor medida posible. No se olvide que el hecho de que esos datos vayan firmados electrónicamente por el notario que expide la copia les puede llegar a dar un valor documental público, lo que incrementaría significativamente esa utilidad.

En conclusión, el notariado debe reconocer el gran esfuerzo que se ha realizado con la puesta en marcha del protocolo electrónico, y la notable calidad del mismo. Pero en mi opinión debe también, sin dilación, plantearse la mejora del actual diseño, creando los instrumentos que canalicen ese formato de datos añadidos, lo que lógicamente exigirá de Auncert un trabajo redoblado.

3. LA AUTORIZACIÓN DE DOCUMENTOS PÚBLICOS MEDIANTE VIDEOCONFERENCIA

El otro aspecto fundamental del proceso de digitalización del documento notarial es el otorgamiento a distancia, mediante videoconferencia. La regulación de sus medios y procedimientos ha sido una vez más excesivamente parca, dejando su diseño y organización al Consejo General del Notariado, que luego deberá informar a la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, para la aprobación del sistema por la misma. Debemos aquí reiterar la crítica al texto legal, en la línea del informe del Consejo de Estado: cuando menos debería haber definido algunas de las exigencias esenciales de este procedimiento, o bien remitido su regulación a normas de rango reglamentario.

3.1. *El contenido y valor de la autorización notarial del documento*

En un otorgamiento por videoconferencia deberán estar presentes todos los elementos que conforman cualquier autorización notarial. Hay en la misma mucho más que la simple autenticación de la firma de los otorgantes. Con carácter previo se requiere su asesoramiento por el notario, que tiene el valor evidente de garantizar que finalmente las estipulaciones recogidas en el negocio redactado y autorizado por el notario coincidan con la verdadera voluntad de los otorgantes, y de permitir el control de legalidad del mismo. Estos elementos tienen un valor esencial, por cuanto conforman el fundamento de la eficacia legitimadora del documento público notarial y no pueden verse erosionados, o la fe pública notarial se banalizaría gravemente.

Por ello, no se puede centrar el valor del otorgamiento a distancia en la comprobación de la autenticidad de la firma electrónica, dejando en un segundo plano la identificación de la persona con la que se mantiene la videoconferencia. Si el asesoramiento notarial y el consiguiente control de la voluntad del otorgante y de la legalidad son esenciales, será imprescindible la garantía de que ese interlocutor sea realmente el otorgante del documento (por no hablar, en el terreno la prevención del blanqueo de capitales, de la importancia de una cabal identificación de la persona física que va a ser el titular real de la sociedad a constituir).

3.2. *Brechas de seguridad en la videoconferencia*

De la regulación aprobada parece desprenderse que simplemente el otorgante habrá de conversar con el notario mediante alguna aplicación de videollamada (aunque sea a través de la sede electrónica notarial), exhibiendo a la cámara su documento nacional de identidad para que el notario pueda comprobar la coincidencia de la persona con la fotografía exhibida. Semejante planteamiento constituye una puerta abierta a la fácil suplantación de aquél con quien se está manteniendo la conversación, por dos motivos:

Por un lado, en cuanto a la videoconferencia ya están disponibles, mediante el empleo de medios de inteligencia artificial que no requieren un nivel de sofisticación tecnológica exagerado, las aplicaciones llamadas de *Deep Fake*, a través de las cuales alguien conversa y gesticula ante la cámara, y lo que se proyecta al otro lado de la comunicación es esa interacción, pero con los rasgos de otra persona diferente.

Por otra parte, la exhibición del documento nacional de identidad o el pasaporte, por muy potente que sea la cámara o el escáner que se utilicen, no impedirá la utilización

de falsificaciones de este documento, también con unos medios tecnológicos elementales.

Por ello, se echa de menos que la Ley no haya precisado más desde el punto de vista tecnológico la forma en que se van a realizar esas actuaciones mediante videoconferencia. Como mínimo, deberían haberse exigido las mismas medidas y garantías técnicas que se establecen en la Ley 6/2020, de 11 de noviembre, reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza y su norma de desarrollo, la Orden Ministerial 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, y debería también haberse concretado el modo de identificación mediante el DNI.

Así, en términos algo genéricos el artículo 7 de la Ley 6/2020 ordena que para la expedición de un certificado electrónico cualificado se haya producido la presencia física del solicitante bien ante la autoridad que lo expide, o bien ante otras responsables de su identificación (como el notario cuando legaliza firmas para la solicitud y obtención de esos certificados, firmas que deben ser puestas o reconocidas en su presencia), y si se pretende la emisión a distancia mediante video-identificación, deberán emplearse otros medios que proporcionen una seguridad equivalente en términos de fiabilidad a la presencia física. Además, establece esta Ley en su disposición adicional 3ª que el medio para acreditar electrónicamente la identidad de la persona es el DNI (y no, por tanto, otro Certificado electrónico, aunque sea cualificado).

Por su parte, la orden ministerial de 6 de mayo de 2021 regula los medios de identificación remota por vídeo que se deben emplear para la expedición de certificados electrónicos cualificados. Y para proporcionar la debida seguridad, establece un listado de medidas y exigencias técnicas dirigidas a garantizar la autenticidad y no suplantación de la persona en el proceso, imponiendo a la vez un sistema de gestión continua del riesgo con revisión de los procedimientos empleados al menos anual, y con mayor frecuencia cuando las circunstancias así lo exigieran.

No se entiende, por tanto, que la Ley 11/2023 no haya exigido como mínimo, para el otorgamiento de un documento público notarial por videoconferencia, las mismas medidas de seguridad impuestas para la expedición de certificados electrónicos cualificados, aunque fuera mediante una simple remisión a esta normativa. Cuando menos, sería deseable un desarrollo reglamentario de la misma que impusiera de forma expresa, y con el suficiente detalle, esas medidas. Y mientras eso no se haga mediante disposiciones imperativas, Ancert y el Consejo General del Notariado cuando

menos deberían no solo aplicar de forma expresa las mismas medidas exigidas a las entidades de certificación, sino también brindar a los usuarios del sistema (los notarios, en el ejercicio de su función) la garantía de que las mismas se están aplicando, mediante un protocolo explícito y detallado de gestión y seguridad de la aplicación que se utilice. Porque para la autorización de algún documento público mediante videoconferencia parece imprescindible la certeza de que en la conversación que se está manteniendo no se ha empleado ninguno de esos medios fraudulentos.

3.3. Brechas de seguridad en la identificación

En cuanto al uso del DNI para la identificación en la videoconferencia, si bien hubiera sido deseable un mayor detalle en la Ley, la correcta interpretación de la normativa reguladora del mismo puede brindar una solución adecuada, siempre y cuando se sea debidamente consciente de los riesgos y de sus características técnicas.

En este sentido cabe traer a colación la forma en que esta problemática está siendo tratada en Alemania. La Oficina Federal de la Policía Criminal de Alemania recomienda que se evite completamente el empleo de la exhibición a través de la cámara o de un escáner del Documento de Identidad debido al peligro de falsificación del mismo, y que se empleen exclusivamente los sistemas de identificación *contactless* que se han creado para los propios documentos de identidad. Previsiblemente será éste el modo obligatorio de identificación a distancia en Alemania en el desarrollo y aplicación del Reglamento Eidas².

Pues bien, la normativa española sobre el documento nacional de identidad nos ofrece una clara solución sobre el uso de este medio de identificación. La Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana, dice en su artículo 8 que el DNI es el único documento público y oficial con suficiente valor por sí solo para la acreditación a todos los efectos de la identidad y los datos personales de su titular. A continuación, enumera los distintos elementos de identificación que la tarjeta incorporará, tanto en su aspecto externo o visible como en su contenido digital, el cual también forma parte integrante del DNI. Por ello, dice el párrafo tercero del mismo artículo que el DNI permitirá la identificación electrónica de su titular.

Y lo anterior se complementa con el Real Decreto 1553/2005, de 23 de diciembre, sobre la expedición del DNI y sus certificados de firma electrónica. El artículo 11 de este Real Decreto regula y establece el contenido que tendrá el DNI en este doble plano, gráfico y digital. Tras establecer qué datos sobre su titular recogerá gráficamente el DNI en su anverso y en su reverso, añade en su apartado 4 que el chip incorporado a la

tarjeta soporte (o la información digitalizada en formato NFC, *contactless*) contendrá los datos de filiación del titular, la imagen digitalizada de la fotografía, de la firma manuscrita, la impresión dactilar y los certificados reconocidos de autenticación de firma. De esta forma, los importantes riesgos de falsificación de la imagen gráfica del DNI prácticamente desaparecen si se exige imperativamente el empleo de la información en su formato digital, mediante un lector electrónico.

El mismo criterio se puede y debe, por otra parte, mantener para los otorgantes extranjeros. El 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, que el 2 de agosto de 2021 entró en vigor y es directamente aplicable por todos los estados miembros para la expedición de documentos de identidad y pasaportes de sus ciudadanos y residentes, establece que los mismos tendrán un contenido físico y un contenido digitalizado semejantes a los ya descritos de nuestro ordenamiento, debiendo el contenido digitalizado, ser transmisible o legible por medio de interfaces NFC.

La solución que se ofrece por el momento, de la consulta referente al DNI exhibido con la base de datos de la Policía, es claramente insuficiente, ya que según parece mediante la misma se informa únicamente de la existencia efectiva de un DNI con ese número, o de una posible denuncia relativa a su robo o extravío, pero no se transmitirán al Notario esos datos personales (en particular, la fotografía y firma del titular del Documento, ya que se consideran especialmente protegidos). Pero estando esos mismos datos incluidos en el contenido digital del DNI, y teniendo en cuenta la previsión del art. 17.ter.5 de la Ley del Notariado, en la redacción que le da la Ley 11/2023, cuando dispone que el notario habrá de denegar la intervención o autorización del documento cuando no concurren los presupuestos establecidos en la Ley del Notariado, parece que siendo la identificación del otorgante un requisito esencial, y sin excepción alguna como resulta evidente, para la autorización de cualquier documento público, sólo se debe admitir esta forma de otorgamiento a distancia si el DNI se transmite por los citados medios digitales.

Y por el mismo fundamento, en mi opinión el notario tampoco debe admitir el otorgamiento por videoconferencia si no tiene convenientemente justificada la seguridad del canal de videoconferencia en los términos que hemos reseñado, cuya responsabilidad compete a Ancert y al Consejo General del Notariado. Téngase en cuenta que es en el notario en quien recae finalmente la responsabilidad de la autorización y por tanto de la previa identificación de los otorgantes,

En resumen, no basta con la identificación del otorgante mediante su certificado electrónico por mucho que por ser uno de los reconocidos en el art. 9 de la Ley 39/2015 sea un medio admitido como suficiente por las administraciones públicas para la firma de documentos administrativos. La actuación del notario implica mucho más, y requiere la certeza sobre la persona con quien se está manteniendo la videoconferencia para el asesoramiento y el control de legalidad y de la voluntad del otorgante. Y para ello el otorgante, cualquiera que sea su nacionalidad, debe emplear exclusivamente los anteriores medios digitales seguros, y el Notario, que, insisto, debe denegar la autorización a distancia del documento cuando no concurren los presupuestos establecidos en la Ley del Notariado, sólo admitirla cuando se den todas las medidas de seguridad que se acaban de enumerar

Fecha de recepción: 02.0.2024

Fecha de aceptación: 14.05.2024