

Nuevas Tecnologías

El protocolo electrónico tras la Ley 11/2023. Juicio crítico

PEDRO RINCÓN DE GREGORIO
Notario de Esplugues de Llobregat

Sumario: INTRODUCCIÓN. LO QUE NO FUE Y PUDO HABER SIDO. EL ERROR DEL PROTOCOLO EN ESPEJO. PROBLEMA EN LOS FLUJOS DE TRABAJO. EL PROBLEMA ARANCELARIO. ALGUNA CONCLUSIÓN.

Introducción

El pasado mes de octubre tuve la oportunidad —y el privilegio— de intervenir, invitado por nuestro compañero Francisco Javier García-Mas, en un congreso celebrado en Toledo sobre aspectos tecnológicos de la función notarial, organizado por el Colegio Notarial de Castilla-La Mancha. En mi mesa, acompañado de mis compañeros (y sobre todo amigos) Luis Fernández-Bravo y Pedro Maldonado, hablamos de las copias tras la Ley 11/2023, especialmente del lugar en que quedan las simples y las nuevas autorizadas electrónicas.

Nuestra exposición dio pie a comentar, era un foro adecuado, algunas luces y muchas sombras de la citada reforma y su posterior ejecución técnica.

Aprovechando el relanzamiento de esta revista, La Notaria, de cuyo consejo de redacción me honra formar parte, y transcurridos más de dos años de la entrada en vigor de la citada reforma, quiero dedicar este, mi primer artículo, a destacar algunos de estos claros oscuros.

La Ley 11/2023, que reformó la legislación notarial para digitalizar la función, es una oportunidad perdida para haber dado un paso más decidido hacia las enormes posibilidades que ofrece la tecnología y las nuevas necesidades de la función notarial. Lo he dicho en otros foros, pero me parece un punto de partida imprescindible.

Vaya por delante que esta afirmación es perfectamente compatible con la

comprensión de cómo funciona el proceso legislativo. Uno propone y las Cortes Generales disponen. El texto final de una norma a veces se aleja de la propuesta inicial pero, para estas reflexiones, me han interesado tanto o más las propuestas iniciales que el resultado final.

También soy consciente de que una ley no es el marco adecuado para el profuso desarrollo técnico, esa es labor del desarrollo reglamentario. Sí corresponde a la ley, en cambio, ser clara en sus conceptos, evitando redacciones ambiguas que, de hecho, siguen judicializadas dos años más tarde. También es la ley lugar adecuado para distinguir los procesos puramente informáticos de los que seguirán vinculados irremediablemente al papel o, si esto ya

lo consideramos prolijo, al menos no cerrar los caminos con redacciones oscuras. También corresponde a la ley, por último, fijar conceptos que puedan ser fáciles e incontrovertidos en la necesaria aplicación del arancel.

Por último, no podemos dejar de destacar que la reforma de la Ley 11/2023 tiene muchos otros aspectos que escapan de este artículo, como el régimen de las copias autorizadas electrónicas del artículo 31 LN o el interesante sistema de coordinación previsto en el propio artículo 17.2 LN, que luego referiremos por otras razones.

Nuestras reflexiones girarán en torno a la creación del protocolo electrónico, que de por sí tiene muchas cuestiones que merecen ser comentadas.





Lo que no fue y pudo haber sido

El notariado español lleva más de un cuarto de siglo —se dice pronto— realizando un enorme esfuerzo tecnológico que le ha permitido considerarse, sin miedo a equivocarnos, el colectivo profesional de la justicia más tecnificado. Tecnificación que tiene, entre otros muchos, tres elementos que quiero destacar: el primero de ellos, siempre, el Centro Tecnológico del Notariado, que *per se* merece el reconocimiento por su trabajo y esfuerzo. El segundo elemento es que ese desarrollo tecnológico ha sido necesaria y esencialmente uniforme, profundamente capilarizado en el territorio, de manera que igual desarrollo técnico tiene una notaría del centro de una gran ciudad como aquella notaría rural alejada de cualquier gran núcleo de población. El tercer elemento, al que luego volveremos, es que todo el desarrollo se ha realizado a costa de recursos personales y económicos de los notarios. Es muy difícil cuantificar este esfuerzo pero, sin duda, podemos hablar de cientos de millones de euros de inversión en estos últimos veinticinco años.

El entusiasmo y liderazgo tecnológico mostrado por la corporación notarial se ha enfrentado a una legislación que, estancada desde las leyes 24/2001 y 24/2005 y la reforma reglamentaria de 2007, se iba quedando atrás y ponía riendas muy cortas a muchas iniciativas o estrategias posibilistas, algunas brillantes y bien planteadas, que surgían para mejorar la función. La autorización a distancia de algunos negocios durante de la pandemia o la emisión de testimonios electrónicos circulados a particulares son algunos ejemplos. Además, siendo que el notariado va de la mano con el colectivo registral en la seguridad jurídica inmobiliaria y mercantil, la falta de desarrollo y desinterés por el avance tecnológico de unos nos ha supuesto un cierto freno, especialmente en los últimos años.

Por todo ello nos hacíamos merecedores, cuando por fin se nos dio la oportunidad, de una reforma mucho más ambiciosa. Una reforma que diese, esta vez sí, rienda suelta a todas nuestras capacidades y permitiesen a nuestra función ofrecer una mejor y mayor seguridad jurídica y una mejor y mayor colaboración con todas las autoridades.

Una reforma, por lo demás, mucho más ambiciosa en los objetivos y en los instrumentos para alcanzarlos. No innovo si digo que el anteproyecto fue una verdadera carta a los Reyes Magos. Se le dio al notariado la oportunidad de plasmar por escrito sus máximas aspiraciones en esta materia. El contenido de esa carta, sin embargo, estuvo lejos de ser lo que mucho de nosotros hubiésemos escrito. Fuimos pobres hasta para soñar. Se trata de un texto redactado —su lectura y desarrollo lo han demostrado— sin la intervención ni consulta de aquellos que hubiesen ofrecido soluciones útiles, innovadoras y adecuadas —procesos racionales— para la sociedad a la que servimos, para el trabajo de los despachos notariales y para un creciente peso del documento notarial. Es una propuesta legislativa que, teniendo un importante componente informático, no ha contado con técnicos en su elaboración. Una propuesta que, además, no deja claro el objetivo final y que se agarra —en conceptos y fundamentos— incomprensible e innecesariamente a una idea tradicional del documento notarial en papel, a una forma de hacer tradicional, enormemente superada por las nuevas necesidades. En fin, una propuesta legislativa que confunde la neutralidad tecnológica predicable de los medios electrónicos con una mal entendida equiparación de ambas realidades.

Efectivamente, nos enfrentamos a una reforma que, sustancialmente, se ha limitado a reproducir en formato electrónico lo que ya hacemos en papel y que obvia que en el formato electrónico no tienen sentido muchos de los conceptos tradicionales. Así, por ejemplo, en el formato electrónico el texto legible es sólo uno de los elementos que pueden formar el documento. Una reforma legal que, más allá del prudente y comprensible criterio de mantener el protocolo en formato papel, no admite profundizar en modernas soluciones que resuelven las recientes necesidades que la sociedad demanda a los notarios y al documento notarial y que nos condena, pendiente de futuras reformas o desarrollos reglamentarios,



a problemas técnicos irresolubles en el largo plazo.

El error del protocolo en espejo

La ley nos intenta marcar un devenir tecnológico en paralelo al papel, una suerte de doble materialidad sustancial que obliga y condena a crear dos naturalezas del mismo documento (“*La incorporación al protocolo electrónico o libro registro de operaciones electrónico se producirá en cada caso con la autorización o intervención de la escritura pública o póliza*”). Nos impone una suerte de dos formatos en espejo *ab initio*, el papel y el electrónico, que nacen al tiempo y que son coincidentes hasta la extenuación.

Esta última afirmación, ciertamente muy rotunda, parece que no se compadece con dos expresiones muy específicas del artículo 17 LN que dan lugar a una cierta ilusión e incluso nos crean un espejismo: “*Una matriz en papel que haya sido extraviada o sustraída (...) será reconstituida mediante nuevo traslado desde el protocolo electrónico*” y “*en el protocolo electrónico constarán, en cada instrumento público, el traslado de las notas y diligencias...*”. De ambos parece que el legislador vislumbra una cierta distinción entre la matriz electrónica y la matriz en papel pues, si conceptualmente son siempre y necesariamente iguales, qué quiere decir cuando se refiere a las notas o diligencias unidas “*a la matriz electrónica*” y esa referencia al “*protocolo electrónico*”. O lo que es lo mismo, de estas dos referencias normativas parece resultar que el legislador admite que ambas matrices puedan tener distinto contenido.

Sin embargo, esta interpretación, ilusionante, queda decepcionada con la rotundidad del literal artículo 17.2 LN “*En caso de contradicción entre el contenido de la matriz en soporte papel y del protocolo electrónico prevalecerá el contenido de aquella sobre el de este.*”, complementado por el propio 17 en sede de reconstrucción del protocolo extraviado o destruido, que dice “*que deberá realizarse en papel notarial y deberá incluir la totalidad de*

notas o diligencias unidas a la matriz electrónica”.

El notariado español lleva más de un cuarto de siglo —se dice pronto— realizando un enorme esfuerzo tecnológico que le ha permitido considerarse, sin miedo a equivocarnos, el colectivo profesional de la justicia más tecnificado

De ambos resulta una granítica interpretación del protocolo electrónico como un espejo exacto del protocolo en papel, y viceversa. Acaso esta literalidad —podría discutirse— manda al traste algunas posibilidades tecnológicas que se han planteado al amparo de esa cierta ambigüedad de la norma legal y su falta de desarrollo reglamentario. Hablamos, por ejemplo, de la idea de diligencias en formato electrónico que no tienen reflejo en el protocolo en papel, idea mantenida por mí mismo en algún foro previo o por Alfonso Madrideo en la revista *El Notario del siglo XXI*. Sea cuales fueren las conclusiones de esa discusión, lo que es evidente es que esa norma del 17.2 es enormemente perturbadora, pues aplica un criterio de brocha gorda a los distintos elementos que componen el documento notarial. Nos impone la idea de integridad de ambos formatos en un sentido amplísimo, de manera que nos plantea la duda razonable de si la matriz en papel sigue siendo íntegra si alguna diligencia posterior no se ha incorporado.

Como ya hemos comentado antes, en las enormes posibilidades que plantea la concepción del protocolo electrónico deberíamos poder distinguir —conceptualmente— los distintos elementos del documento notarial y no aplicar a todo él los mismos criterios. Con este afán, podría defenderse y

asumirse una estricta aplicación del 17.2, un reflejo exacto, respecto del contenido de la matriz referida al negocio documentado o a las distintas prestaciones del consentimiento. Sería el elemento estático, inmutable. Por lo que respecta a las diligencias, creemos que es conveniente distinguir, de suerte que muchas de ellas (la excepción más evidente, la que resulta del artículo 112.3 de la ley 24/2001) se configuren como diligencias enteramente informáticas, especialmente las referidas a envíos y recepción de información, que incluso no dejarían recuerdo como texto legible pero que permiten acreditar la comunicación, fecha y hora de la misma, organismo destinatario y el contenido de la mismas, es decir, si supuso el envío de una copia simple o sólo el suministro o recepción de datos. Actuaciones que pueden configurarse como semiautomáticas, de suerte que, siendo consecuencia y efecto de la autorización del instrumento público, el notario mantiene el control de las comunicaciones que se realizan pero se vale de la informática para su total cumplimiento. Por último, las notas, que bien podrían ser de carácter exclusivamente informático, si bien las citadas referencias del 17 LN son ciertamente perturbadoras. Diligencias y notas serían el elemento dinámico del documento notarial que lo mantiene con vida, actualizado, útil para la seguridad jurídica.

Por tanto, esta distinción entre el contenido contractual —estático— y las diligencias y las notas —dinámico— debiera haber sido acogida por el propio prelegislador, de suerte que hubiese podido articular un sistema que, sin merma del despliegue de todos los efectos del instrumento público, hubiese permitido resolver el equilibrio actual entre el aspecto jurídico civil de nuestra función y la creciente obligación de colaboración por la vía de la remisión de documentos o datos.

Ya hemos apuntado a lo largo del artículo alguna sugerencia técnica que podría haber sido tenida en cuenta por el legislador. Y es que el texto de la reforma (desde el anteproyecto hasta el definitivamente aprobado y publicado en el Boletín Oficial del Estado) apenas

ofrece asideros técnicos que permitan una mejor configuración del protocolo electrónico, lo que no se compadece —insistimos— con las enormes posibilidades que el desarrollo informático actual permitiría. Posibilidades que tiene que ver con los distintos formatos electrónicos de los archivos, que permiten, por ejemplo, simultanear ficheros en formato texto con otros en formato datos, donde se contienen metadatos, firma, datos parametrizados, etcétera, agrupados todos ellos en la idea de expediente electrónico, idea compatible con la unicidad del documento notarial. Ideas que van mucho más allá de la diligencia en papel, la desbordan, y que juegan con la idea de la diligencia electrónica que ya he introducido antes, y que puede comprender comunicaciones semiautomáticas, que forma parte del expediente electrónico que se genera en cada documento autorizado como reflejo informático de una comunicación, envío o intercambio de información. Diligencias electrónicas que no necesitarán documentarse pero que forman parte de una actuación notarial y sus efectos resultan del documento notarial autorizado. Posibilidades técnicas que nos permiten imaginar, incluso, una matriz electrónica que contuviese, aparte de texto, hipervínculos a otros documentos notariales o a documentos externos o que la propia eficacia de la matriz se autolimitase en el tiempo o efectos, a modo de matriz efímera. En fin, y sin ánimo de agotar las opciones, incluyamos una invitación a profundizar en las posibilidades que nos plantea el Esquema Nacional de Interoperabilidad (Real Decreto 4/2010) y su vasta normativa de desarrollo, que, partiendo del carácter multidimensional de la interoperabilidad, invita a dejar atrás la idea del intercambio de información con las Administraciones Públicas mediante la preparación y envío de una copia del documento como un archivo en formato PDF, fórmula que fue novedosa en 2001 pero que ya resulta indigesta.

Problema en los flujos de trabajo

Como ya comentamos, nos encontramos con un texto poco meditado en el desarrollo de los flujos de trabajo, lo que trae nefastas consecuencias para

la gestión documental y ha provocado dificultades en los despachos notariales que —con enorme vocación de servicio y resiliencia— han resuelto a costa, de nuevo, de sus propios recursos. El redactor del texto debió prever, desde el anteproyecto, que el desarrollo de la matriz y del protocolo electrónico suponían, en vez de un problema, una oportunidad si se sabía encauzar. Hubiese sido un buen momento para usar la tecnología disponible, descargando todo el trabajo posterior a la autorización del documento, en vez de duplicarlo.

A nadie se le oculta que es inviable técnica y políticamente incorporar nuevos conceptos arancelarios en una norma con rango de ley

Merece la pena insistir en la idea: las necesidades del protocolo notarial actual poco tienen que ver con las del protocolo en papel del siglo pasado. Hoy, junto a la labor esencial de la función notarial, se nos han impuesto gravosísimos deberes de información y colaboración que obligan a innovar y repensar.

Además, junto con la pléyade de obligaciones de suministro de información, nos enfrentamos en los últimos años —y como ya apuntamos anteriormente— ante un creciente peso del documento notarial. Con esta idea, en realidad, hacemos referencia a dos aspectos igualmente importantes, que nos ayudan a entender la necesidad y oportunidad de un desarrollo técnico reforzado.

Por un lado, la trascendencia que el documento notarial —y la propia función— tiene, no sólo desde el punto de vista civil, sino también como elemento esencial en la lucha contra el blanqueo de capitales, en la prevención del fraude fiscal, etc. El notariado es el elemento central en las relaciones jurídico-privadas que desborda en

mucho el contenido de cualquier registro administrativo o jurídico. Este aspecto supone una constante y agotadora obligación de envío de copias y, en general, suministro de información a numerosos organismos en plazos muy perentorios. No merece la pena insistir en la idea.

Por otro lado, ese peso tiene un sentido puramente cuantitativo pues el documento notarial es, cada vez más, el origen de más y mejores datos. Estos datos, tradicionalmente segregados en una ficha independiente del documento, llevan años pidiendo sistemas de gestión masiva de los mismos. La inmensidad de información, aparte de hacer idóneo el uso de la inteligencia artificial, hubiesen merecido que la configuración legal del documento electrónico y el intercambio de información con otros organismos u operadores se hubiese basado en esos datos parametrizados, y no en el simple recurso al texto. Además, la masiva gestión de los documentos unidos hubiese hecho interesante recurrir a figuras técnicas audaces, alguna ya referidas, como sustituir el concepto de “documento unido” por el de “documento enlazado”, como bien recuerda y sugiere nuestro compañero Carmelo Llopis.

El problema arancelario

No ocultamos nada si decimos que uno de los grandes errores estratégicos del prelegislador —arrastrado al texto definitivo— fue el olvido arancelario.

Una ley que iba a suponer una inversión millonaria en recursos tecnológicos y personales por parte del Consejo General del Notariado —y a su mandato del Centro Tecnológico— y de todos y cada uno de los despachos notariales, tenía que haber sido más diligente en la previsión de recursos para el despliegue del protocolo electrónico.

A nadie se le oculta que es inviable técnica y políticamente incorporar nuevos conceptos arancelarios en una norma con rango de ley. Sin embargo, la redacción de la norma podría haberse afinado para hacer referencia a conceptos sí reconocidos en el arancel, de manera que sin hacer mención de



este, nos condujese necesariamente a sus distintos conceptos. Esta, por cierto, ha sido la estrategia seguida por el Colegio de Registradores, con indudable éxito en este aspecto.

Así, el entuerto arancelario en el que nos encontramos se habría resuelto de una manera más satisfactoria si, en vez de tener que recurrir a una redacción tan canónica —o filosófica— para interpretar la idea de que la incorporación del protocolo electrónico se produce desde la autorización del documento en papel, se hubiese recurrido a redacciones con menos sentido de trascendencia, que quizás no recuerden tanto a Nicea o Constantinopla, pero sí más prácticas. Siguiendo este símil, hubiese sido interesante haber dado por buena la herejía arriana en esta cuestión, admitiendo que el soporte electrónico es posterior al papel. Es decir, haber dado por bueno que la matriz electrónica, siendo matriz a todos los efectos, se conforma inicialmente mediante testimonio de la matriz en papel (y viceversa en los casos que proceda). No obstante, incluso podría haberse defendido la idea de la doble materialidad de origen, protegiendo la idea de que los folios electrónicos son idénticos en importancia a los folios de la matriz en papel, buscando una literalidad del tipo:

“Con la autorización o intervención de cada escritura pública o póliza se forman dos protocolos o libros registro, uno en papel y otro de carácter informático, siendo ambos considerados originales o matrices.”

Se entiende por protocolo la colección ordenada de las escrituras matrices, en papel y electrónicas, autorizadas durante un año, foliadas ambas en letra y con los demás requisitos que se determinen en las instrucciones del caso. En el Libro-Registro figurarán por su orden, separada y diariamente, todas las operaciones en que hubiesen intervenido. El protocolo y el libro registro en formato papel se formalizarán en uno o más tomos encuadernados.”

De esta manera, o bien el cobro de un testimonio hubiese sido incontrovertido o, en la segunda opción

propuesta, la problemática del folio electrónico quizás no hubiese sido tal.

Por lo demás, y sin deseo de agotar la cuestión, una previsión legal de las distintas posibilidades de diligencias, la mayoría electrónicas, en los términos comentados en este artículo, hubiese incorporado un buen elenco de conceptos minutables.

Alguna conclusión

No podemos acabar este artículo sin intentar, al menos, sacar alguna conclusión que nos sirva de recuerdo y enseñanza de lo que hemos intentado esbozar.

La primera conclusión rezuma de todo lo que hemos dicho hasta ahora y es que la Ley 11/2023, la propuesta legislativa por parte del notariado que cristalizó en el anteproyecto, dadas las enormes implicaciones tecnológicas, debió haberse hecho empezando con un reposado trabajo técnico de base, estudiando cuáles podrían ser las mejores soluciones técnicas a los desafíos que afrontamos, uno de ellos la configuración de una buena matriz y protocolo electrónico, que tenga en cuenta la eficiencia, la seguridad y la robustez. Obtenidas las conclusiones técnicas, hubiese sido el momento de darle forma jurídica.

La segunda conclusión es que, no habiendo contado con el Centro Tecnológico del Notariado en la elaboración de la norma, es cierto que la LN, entre sus oscuridades, sus

ambigüedades y sus antinomias, deja cierto margen de mejora en el progreso tecnológico. Los técnicos que allí trabajan comprendieron desde el primer momento que el desarrollo del protocolo electrónico, más allá de lo que diga la norma —*extra legem*—, tiene que ser el más óptimo y eficiente posible. Como ejemplo de esos esfuerzos, los enormes avances en el uso masivo de la inteligencia artificial supervisada permitirán a medio plazo configurar un incipiente expediente electrónico que, junto con el protocolo electrónico en DOCX, pueda acompañarse de todos los datos estructurados que a este corresponden. Todas estas mejoras que rodean el texto de la ley son también gracias, justo es decirlo, a todos los que tienen poder de decisión desde la aprobación de la norma.

La tercera y última conclusión es más personal, pero vuelve a mi cabeza recordando el *iter* legislativo que concluyó en la Ley 11/2023. En algún momento nuestros órganos corporativos tienen que asumir que nuestra condición de iusprivatistas, acaso una élite jurídica —siendo inmodestos—, no nos hace buenos legisladores. Cada uno de nosotros individualmente sabemos hacer buenas escrituras, pero no sabemos hacer buenos textos legislativos. Se necesita crear equipos específicos, con ayuda de profesionales, que afronten el seguimiento y estudio de las necesidades legislativas. ■

