

Noves Tecnologies

El protocol electrònic després de la Llei 11/2023. Judici crític

PEDRO RINCÓN DE GREGORIO

Notari d'Esplugues de Llobregat

Sumari: INTRODUCCIÓ. EL QUE NO VA SER I PODIA HAVER ESTAT. L'ERROR DEL PROTOCOL EN MIRALL. PROBLEMA ALS FLUXOS DE TREBALL. EL PROBLEMA ARANZELARI. ALGUNA CONCLUSIÓ.

Introducció

El mes d'octubre passat vaig tenir l'oportunitat —i el privilegi— d'intervenir, convidat pel nostre company Francisco Javier García-Mas, en un congrés celebrat a Toledo sobre aspectes tecnològics de la funció notarial, organitzat pel Col·legi Notarial de Castella-la Manxa. A la meua taula, acompanyat dels meus companys (i, sobretot, amics) Luis Fernández-Bravo i Pedro Maldonado, vam parlar de les còpies després de la Llei 11/2023, especialment del lloc on queden les simples i les noves autoritzades electròniques.

La nostra exposició va donar peu a comentar, era un fòrum adequat, algunes llums i moltes ombres de la reforma esmentada i la seva execució tècnica posterior.

Aprofitant el relançament d'aquesta revista, *La Notaria*, del consell de redacció de la qual m'honora formar-ne part, i transcorreguts més de dos anys des de l'entrada en vigor de la reforma esmentada, vull dedicar aquest article, el meu primer, a destacar alguns d'aquests clarobscurs.

La Llei 11/2023, que va reformar la legislació notarial per digitalitzar la funció, és una oportunitat perduda per haver fet un pas més decidit cap a les enormes possibilitats que ofereix la tecnologia i les noves necessitats de la funció notarial. Ho he dit en altres fòrums, però em sembla un punt de partida imprescindible.

Vagi per davant que aquesta afirmació és perfectament compatible amb la comprensió de com funciona el procés legislatiu. Un proposa i les Corts Generals disposen. El text final d'una norma de vegades s'allunya de la proposta inicial, però, per a aquestes reflexions, m'han interessat tant o més les propostes inicials que el resultat final.

També soc conscient que una llei no és el marc adequat per al desenvolupament tècnic profús, aquesta és una tasca del desenvolupament reglamentari. Sí que correspon a la llei, en canvi, ser clara en els seus conceptes i evitar redaccions ambigües que, de fet, segueixen judicialitzades dos anys més tard. També és la llei el lloc adequat per distingir els processos purament informàtics dels que seguiran vinculats

irremeiablement al paper o, si això ja ho considerem prolix, com a mínim no tancar els camins amb redaccions obscures. Finalment, també correspon a la llei fixar conceptes que puguin ser fàcils i incontrovertits en l'aplicació necessària de l'aranzel.

Finalment, no podem deixar de destacar que la reforma de la Llei 11/2023 té molts altres aspectes que s'escaparan d'aquest article, com ara el règim de les còpies autoritzades electròniques de l'article 31 de l'LN o l'interessant sistema de coordinació previst al mateix article 17.2 de l'LN, a què després farem referència per altres raons.

Les nostres reflexions giraran al voltant de la creació del protocol electrònic, que de per si té moltes qüestions que mereixen ser comentades.





El que no va ser i podia haver estat

Fa més d'un quart de segle —es diu aviat— que el notariat espanyol realitza un enorme esforç tecnològic que li ha permès considerar-se, sense por d'equivocar-nos, el col·lectiu professional de la justícia més tecnificat. Tecnificació que té, entre molts d'altres, tres elements que vull destacar: el primer, sempre, el Centre Tecnològic del Notariat, que *per se* mereix el reconeixement pel seu treball i esforç. El segon element és que aquest desenvolupament tecnològic ha estat necessàriament i essencialment uniforme, profundament capil·laritzat al territori, de manera que té el mateix desenvolupament tècnic una notaria del centre d'una gran ciutat que aquella notaria rural allunyada de qualsevol gran nucli de població. El tercer element, al qual hi tornarem després, és que tot el desenvolupament s'ha realitzat a costa de recursos personals i econòmics dels notaris. És molt difícil quantificar aquest esforç, però, sens dubte, podem parlar de centenars de milions d'euros d'inversió en aquests darrers vint-i-cinc anys.

L'entusiasme i el lideratge tecnològic mostrat per la corporació notarial s'ha enfrontat a una legislació que, estancada des de les lleis 24/2001 i 24/2005 i la reforma reglamentària del 2007, s'anava quedant enrere i posava regnes molt curtes a moltes iniciatives o estratègies possibilistes, algunes de brillants i ben plantejades, que sorgien per millorar la funció. L'autorització a distància d'alguns negocis durant la pandèmia o l'emissió de testimonis electrònics circulats a particulars en són alguns exemples. A més, sent que el notariat va de la mà amb el col·lectiu registral en la seguretat jurídica immobiliària i mercantil, la manca de desenvolupament i el desinterès per l'avenç tecnològic d'uns ens ha suposat un cert fre, especialment en els darrers anys.

Per tot això, ens feiem mereixedors, quan finalment se'ns va donar l'oportunitat, d'una reforma molt més ambiciosa. Una reforma que, aquesta vegada sí, donés curs a totes les nostres capacitats i permetés a la nostra funció oferir una millor i major seguretat jurídica i una millor i major col·laboració amb totes les autoritats.

Una reforma, a més, molt més ambiciosa en els objectius i en els instruments per assolir-los. No innovo si dic que l'avantprojecte va ser una veritable carta als Reis Mags. Se li va donar al notariat l'oportunitat de plasmar per escrit les màximes aspiracions en aquesta matèria. El contingut d'aquesta carta, però, va estar lluny de ser allò que molts de nosaltres haguéssim escrit. Vam ser pobres fins i tot per somiar. Es tracta d'un text redactat —la lectura i el desenvolupament ho han demostrat— sense la intervenció ni la consulta d'aquells que haguessin ofert solucions útils, innovadores i adequades —processos racionals— per a la societat a què servim, per al treball dels despatxos notariais i per a un creixent pes del document notarial. És una proposta legislativa que, tenint un component informàtic important, no ha comptat amb tècnics en la seva elaboració. Una proposta que, a més, no deixa clar l'objectiu final i que s'agafa —en conceptes i fonaments— incomprendiblement i innecessàriament a una idea tradicional del document notarial en paper, a una manera de fer tradicional, enormement superada per les noves necessitats. En fi, una proposta legislativa que confon la neutralitat tecnològica predicable dels mitjans electrònics amb una equiparació malentesa de totes dues realitats.

Efectivament, ens enfrontem a una reforma que, substancialment, s'ha limitat a reproduir en format electrònic allò que ja fem en paper i que obvia que en el format electrònic no tenen sentit molts dels conceptes tradicionals. Així, per exemple, en el format electrònic el text llegible només és un dels elements que poden formar el document. Una reforma legal que, més enllà del criteri prudent i comprensible de mantenir el protocol en format paper, no admet aprofundir en solucions modernes que resolen les necessitats recents que la societat demana als notaris i al document notarial i que ens condemna, pendent de futures reformes o desenvolupaments reglamentaris, a problemes tècnics irresolubles a llarg termini.



L'error del protocol en mirall

La llei ens intenta marcar un esdevenir tecnològic en paral·lel al paper, una mena de doble materialitat substancial que obliga i condemna a crear dues naturaleses del mateix document («*La incorporació al protocol electrònic o llibre registre d'operacions electrònic es produirà en cada cas amb l'autorització o intervenció de l'escriptura pública o pòlissa*»). Ens imposa una mena de dos formats en mirall *ab initio*, el paper i l'electrònic, que naixen alhora i que coincideixen fins a l'extenuació.

Aquesta darrera afirmació, certament molt rotunda, sembla que no casa amb dues expressions molt específiques de l'article 17 de l'LN que donen lloc a una certa il·lusió i, fins i tot, ens creen un miratge: «*Una matriu en paper que hagi estat extraviada o sotreta (...) serà reconstituïda mitjançant un nou trasllat des del protocol electrònic*» i «*en el protocol electrònic constaran, en cada instrument públic, el trasllat de les notes i diligències...*». De tots dos sembla que el legislador albira una certa distinció entre la matriu electrònica i la matriu en paper, ja que, si conceptualment són sempre i necessàriament iguals, què vol dir quan es refereix a les notes o diligències unides «*a la matriu electrònica*» i aquesta referència al «*protocol electrònic*»? O el que és el mateix, d'aquestes dues referències normatives sembla que el legislador admet que les dues matrius puguin tenir contingut diferent.

Això no obstant, aquesta interpretació, il·lusionant, queda decebuda amb la rotunditat del literal de l'article 17.2 de l'LN «*En cas de contradicció entre el contingut de la matriu en suport paper i del protocol electrònic, prevaldrà el contingut d'aquella sobre el d'aquest.*», complementat pel mateix article 17 pel que fa a la reconstrucció del protocol extraviat o destruït, que diu «*que s'ha de realitzar en paper notarial i ha d'incloure la totalitat de notes o diligències unides a la matriu electrònica*».

Fa més d'un quart de segle —es diu aviat— que el notariat espanyol realitza un enorme esforç tecnològic que li ha permès considerar-se, sense por d'equivocar-nos, el col·lectiu professional de la justícia més tecnificat

De tots dos en resulta una interpretació granítica del protocol electrònic com un mirall exacte del protocol en paper, i viceversa. Potser aquesta literalitat —podria discutir-se— engega en orris algunes possibilitats tecnològiques que s'han plantejat a l'emparrat d'aquesta certa ambigüitat de la norma legal i la seva manca de desenvolupament reglamentari. Parlem, per exemple, de la idea de diligències en format electrònic que no tenen reflex en el protocol en paper, idea mantinguda per mi mateix en algun fòrum previ o per Alfonso Madrideo a la revista *El Notario del siglo XXI*. Siguin quines siguin les conclusions d'aquesta discussió, el que és evident és que aquesta norma del 17.2 és enormement perturbadora, ja que aplica un criteri matusser als diferents elements que componen el document notarial. Ens imposa la idea d'integritat de tots dos formats en un sentit amplíssim, de manera que ens planteja el dubte raonable de si la matriu en paper continua sent íntegra si no s'ha incorporat alguna diligència posterior.

Com ja hem comentat abans, en les enormes possibilitats que planteja la concepció del protocol electrònic hauríem de poder distingir —conceptualment— els diferents elements del document notarial i no aplicar a tot el document els mateixos criteris. Amb aquest afany, es podria defensar i assumir una estricta aplicació del 17.2, un reflex exacte, respecte del contingut

de la matriu referida al negoci documentat o a les diferents prestacions del consentiment. Seria un element estàtic, immutable. Pel que fa a les diligències, creiem que és convenient distingir, de manera que moltes (l'excepció més evident, la que resulta de l'article 112.3 de la Llei 24/2001) es configuren com a diligències plenament informàtiques, especialment les referides a enviaments i recepció d'informació, que fins i tot no deixarien record com a text llegible, però que permeten acreditar la comunicació, la data i l'hora, el organisme destinatari i el contingut d'aquestes, és a dir, si va suposar l'enviament d'una còpia simple o només el subministrament o la recepció de dades. Actuacions que es poden configurar com a semiautomàtiques, de manera que, sent conseqüència i efecte de l'autorització de l'instrument públic, el notari manté el control de les comunicacions que es realitzen, però es val de la informàtica per al compliment total. Finalment, les notes, que bé podrien ser de caràcter exclusivament informàtic, si bé les referències esmentades de l'article 17 de l'LN són certament perturbadores. Les diligències i les notes serien l'element dinàmic del document notarial que el manté amb vida, actualitzat, útil per a la seguretat jurídica.

Per tant, aquesta distinció entre el contingut contractual —estàtic— i les diligències i les notes —dinàmic— hauria d'haver estat acollida pel mateix prelegislador, de manera que hagués pogut articular un sistema que, sense minvar el desplegament de tots els efectes de l'instrument públic, hagués permès resoldre l'equilibri actual entre l'aspecte jurídic civil de la nostra funció i l'obligació creixent de col·laboració per la via de la remissió de documents o dades.

Ja hem apuntat al llarg de l'article algun suggeriment tècnic que podria haver tingut en compte el legislador. I és que el text de la reforma (des de l'avantprojecte fins a l'aprovat definitivament i publicat al Butlletí Oficial de l'Estat) amb prou feines ofereix ajudes tècniques que permetin una millor

configuració del protocol electrònic, cosa que no casa —hi insistim— amb les enormes possibilitats que el desenvolupament informàtic actual permetria. Possibilitats que tenen a veure amb els diferents formats electrònics dels arxius, que permeten, per exemple, simultaniejar fitxers en format text amb altres en format dades, on es contenen metadades, signatura, dades parametritzades, etcètera, agrupades totes en la idea d'expedient electrònic, idea compatible amb la unitat del document notarial. Idees que van molt més enllà de la diligència en paper, la desborden, i que juguen amb la idea de la diligència electrònica que ja he introduït abans, i que pot comprendre comunicacions semiautomàtiques, que forma part de l'expedient electrònic que es genera en cada document autoritzat com a reflex informàtic d'una comunicació, enviament o intercanvi d'informació. Diligències electròniques que no necessitaran documentar-se, però que formen part d'una actuació notarial i els seus efectes resulten del document notarial autoritzat. Possibilitats tècniques que ens permeten imaginar, fins i tot, una matriu electrònica que contingués, a banda de text, enllaços a altres documents notariais o a documents externs o que l'eficàcia mateixa de la matriu s'autolimités en el temps o els efectes, com si fos una matriu efímera. En fi, i sense ànim d'esgotar les opcions, incloem una invitació a aprofundir en les possibilitats que ens planteja l'Esquema Nacional d'Interoperabilitat (Reial decret 4/2010) i la seva vasta normativa de desenvolupament, que, partint del caràcter multidimensional de la interoperabilitat, convida a deixar enrere la idea de l'intercanvi d'informació amb les Administracions Públiques mitjançant la preparació i l'enviament d'una còpia del document com un arxiu PDF, fórmula que va ser innovadora el 2001, però que ja resulta indigesta.

Problema als fluxos de treball

Com ja hem comentat, ens trobem amb un text poc meditat en el

desenvolupament dels fluxos de treball, cosa que comporta conseqüències nefastes per a la gestió documental i ha provocat dificultats als despatxos notariais que —amb enorme vocació de servei i resiliència— han resolt a costa, de nou, dels seus propis recursos. El redactor del text hauria d'haver previst, des de l'avantprojecte, que el desenvolupament de la matriu i del protocol electrònic suposaven, en comptes d'un problema, una oportunitat si se sabia canalitzar. Hagués estat un bon moment per utilitzar la tecnologia disponible i descarregar tota la feina posterior a l'autorització del document, en lloc de duplicar-la.

A ningú se li amaga que és inviable tècnicament i políticament incorporar nous conceptes aranzelaris a una norma amb rang de llei

Val la pena insistir en la idea: les necessitats del protocol notarial actual tenen poc a veure amb les del protocol en paper del segle passat. Avui, juntament amb la tasca essencial de la funció notarial, se'ns han imposat deures d'informació i col·laboració molt feixucs que obliguen a innovar i repensar.

A més, juntament amb la plèiade d'obligacions de subministrament d'informació, ens enfrontem els darrers anys —i com ja hem apuntat anteriorment— a un creixent pes del document notarial. Amb aquesta idea, en realitat, fem referència a dos aspectes igualment importants, que ens ajuden a entendre la necessitat i l'oportunitat d'un desenvolupament tècnic reforçat.

D'una banda, la transcendència que té el document notarial —i la funció mateixa—, no només des del punt de vista civil, sinó també com a element essencial en la lluita contra el blanqueig de capitals, en la prevenció del frau fiscal, etc. El notariat és l'element central en les relacions juridicoprivades que

desborda molt el contingut de qualsevol registre administratiu o jurídic. Aquest aspecte suposa una obligació constant i esgotadora d'enviament de còpies i, en general, subministrament d'informació a nombrosos organismes en terminis molt peremptoris. No val la pena insistir en la idea.

D'altra banda, aquest pes té un sentit purament quantitatiu ja que el document notarial és, cada cop més, l'origen de més i millors dades. Aquestes dades, tradicionalment segregades en una fitxa independent del document, fa anys que demanen sistemes de gestió massiva. La immensitat d'informació, a banda de fer idoni l'ús de la intel·ligència artificial, hagués merescut que la configuració legal del document electrònic i l'intercanvi d'informació amb altres organismes o operadors s'hagués basat en aquestes dades parametritzades, i no en el simple recurs al text. A més, la gestió massiva dels documents units hagués fet interessant recórrer a figures tècniques audaces, algunes ja esmentades, com substituir el concepte de «document unit» pel de «document enllaçat», com bé recorda i suggereix el nostre company Carmelo Llopis.

El problema aranzelari

No amaguem res si diem que un dels grans errors estratègics del prelegislador —arrossegat al text definitiu— va ser l'oblit aranzelari.

Una llei que suposaria una inversió milionària en recursos tecnològics i personals per part del Consell General del Notariat —i al seu mandat del Centre Tecnològic— i de tots i cadascun dels despatxos notariais, hauria d'haver estat més diligent en la previsió de recursos per al desplegament del protocol electrònic.

A ningú se li amaga que és inviable tècnicament i políticament incorporar nous conceptes aranzelaris a una norma amb rang de llei. Això no obstant, la redacció de la norma podria haver-se afinat per fer referència a conceptes sí reconeguts a l'aranzel, de manera que, sense fer-ne menció, ens conduís



necessàriament als seus diferents conceptes. Aquesta, per cert, ha estat l'estratègia seguida pel Col·legi de Registradors, amb un èxit indubtable en aquest aspecte.

Així, l'embolic aranzelari en què ens trobem s'hauria resolt d'una manera més satisfactòria si, en comptes d'haver de recórrer a una redacció tan canònica —o filosòfica— per interpretar la idea que la incorporació del protocol electrònic es produeix des de l'autorització del document en paper, s'hagués recorregut a redaccions amb menys sentit de transcendència, que potser no recordin tant a Nicea o Constantinopla, però més pràctiques. Seguint aquest símil, hauria estat interessant haver donat per bona l'heretgia arriana en aquesta qüestió, i admetre que el suport electrònic és posterior al paper. És a dir, haver donat per bo que la matriu electrònica, sent matriu a tots els efectes, es conforma inicialment mitjançant testimoni de la matriu en paper (i viceversa en els casos que sigui procedent). No obstant això, fins i tot es podria haver defensat la idea de la doble materialitat d'origen i protegir la idea que els folis electrònics són idèntics en importància als folis de la matriu en paper, cercant una literalitat del tipus:

«Amb l'autorització o intervenció de cada escriptura pública o pòlissa es formen dos protocols o llibres registre, un en paper i un altre de caràcter informàtic, i tots dos són considerats originals o matrius.

S'entén per protocol la col·lecció ordenada de les escriptures matrius, en paper i electròniques, autoritzades durant un any, totes dues foliades en lletra i amb els altres requisits que es determinin a les instruccions del cas. Al llibre registre han de figurar per l'ordre, separatament i diàriament, totes les operacions en què hagin intervingut. El protocol i el llibre registre en format paper es formalitzen en un o més toms enquadernats.»

D'aquesta manera, o bé el cobrament d'un testimoni hagués estat incontrovertit o, en la segona opció

proposada, la problemàtica del foli electrònic potser no hauria estat tal.

D'altra banda, i sense desig d'esgotar la qüestió, una previsió legal de les diverses possibilitats de diligències, la majoria electròniques, en els termes comentats en aquest article, hagués incorporat un bon elenc de conceptes minutables.

Alguna conclusió

No podem acabar aquest article sense intentar, si més no, treure alguna conclusió que ens serveixi de record i d'ensenyament del que hem intentat esbossar.

La primera conclusió traspua de tot el que hem dit fins ara i és que la Llei 11/2023, la proposta legislativa per part del notariat que va cristal·litzar en l'avantprojecte, ateses les enormes implicacions tecnològiques, s'hauria d'haver fet començant amb un treball tècnic de base reposat, estudiant quines podrien ser les millors solucions tècniques als desafiaments a què ens enfrontem, un d'aquests la configuració d'una bona matriu i un protocol electrònic, que tingui en compte l'eficiència, la seguretat i la robustesa. Obtingudes les conclusions tècniques, hauria estat el moment de donar-li forma jurídica.

La segona conclusió és que, no havent comptat amb el Centre Tecnològic del Notariat en l'elaboració de la norma, és cert que l'LN, entre les

foscors, les ambigüitats i les antinòmies que presenta, deixa cert marge de millora en el progrés tecnològic. Els tècnics que hi treballen van comprendre des del primer moment que el desenvolupament del protocol electrònic, més enllà del que digui la norma —*extra legem*—, ha de ser el més òptim i eficient possible. Com a exemple d'aquests esforços, els enormes avenços en l'ús massiu de la intel·ligència artificial supervisada permetran a mitjà termini configurar un expedient electrònic incipient que, juntament amb el protocol electrònic en DOCX, pugui acompanyar-se de totes les dades estructurades que li corresponen. Totes aquestes millores que envolten el text de la llei són també gràcies, val a dir-ho, a tots els que tenen poder de decisió des de l'aprovació de la norma.

La tercera i última conclusió és més personal, però torna al meu cap recordant l'*iter* legislatiu que va concloure en la Llei 11/2023. En algun moment els nostres òrgans corporatius han d'assumir que la nostra condició de iusprivatistes, potser una elit jurídica —sent immodestos—, no ens fa bons legisladors. Cadascú de nosaltres individualment sabem fer bones escriptures, però no sabem fer bons textos legislatius. Cal crear equips específics, amb ajuda de professionals, que afrontin el seguiment i l'estudi de les necessitats legislatives. ■

