

Objeto, eficacia jurídica e impugnación del documento notarial

(Reflexiones sobre el art. 17 bis, apartado 2, de la Ley del Notariado)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ¿DACIÓN DE FE MÁS ALLÁ DE LOS HECHOS PERCIBIDOS? SIGNIFICADO JURÍDICO DE ESA «DACIÓN DE FE» Y ALGUNAS DUDAS.—III. ¿IMPUGNACIÓN DEL DOCUMENTO NOTARIAL?: 1. IMPUGNACIÓN DEL VALOR PROBATORIO DEL DOCUMENTO NOTARIAL. IMPRECISIONES, INSEGURIDADES Y SEGURIDADES EXCESIVAS. ¿SÓLO MEDIANTE CONDENA EN PROCESO PENAL POR FALSEDAD? 2. IMPUGNACIÓN DE EFECTOS DEL DOCUMENTO NOTARIAL DISTINTOS AL VALOR PROBATORIO LEGAL. CARGA DE LA DEMANDA, CARGA DE LA PRUEBA Y MODO DE CONTRARRESTAR UNA VENTAJA PROBATORIA.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, incluyó un amplio capítulo sobre medidas relativas a la seguridad jurídica preventiva, entre las que se incluía el régimen necesario para la utilización de los medios electrónicos, informáticos y telemáticos como forma válida de las actividades notarial y registral. En parte, ese régimen ha quedado contenido en una ley extravagante —la propia Ley 24/2001—. En otra parte se introdujo mediante modificación de la Ley Hipotecaria y de la Ley del Notariado.

Mi propósito es comentar algunos aspectos de la disposición utilizada para regular la plena validez formal del instrumento notarial en forma electrónica, incluidas las firmas de los otorgantes y del notario: el nuevo artículo 17 bis de la Ley del Notariado. Ciertamente lo que me llama la atención de la mencionada disposición, no es la que parece ser su principal razón de ser —regular una nueva forma para el desempeño de la función notarial—, sino la más que discutible oportunidad de introducir unas proposiciones nor-

mativas que, prescindiendo de los requisitos de forma, generan dudas e inseguridad sobre el objeto y eficacia jurídica de la función notarial.

El artículo 17 bis dice, en la parte que interesa, lo siguiente:

«En todo caso, la autorización o intervención notarial del documento público electrónico ha de estar sujeta a las mismas garantías y requisitos que la de todo documento público notarial y producirá los mismos efectos. En consecuencia:

a) Con independencia del soporte electrónico, informático o digital en que se contenga el documento notarial, el notario deberá dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecúa a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes e intervinientes».

Apunto una interpretación posible —que puede corresponder, si no a la *voluntas legislatoris*, sí a la intención de inspiradores de la redacción del texto—: bajo la cobertura de la específica eficacia jurídica que produce la fe pública se coloca no sólo lo que ontológicamente puede ser objeto de ella, sino también otros elementos del acto documentado con intervención notarial. Concretamente: la capacidad y legitimación de los otorgantes —aunque, respecto a esto, la dación de fe aparece matizada por el «a su juicio», matiz que la letra de la disposición no facilita extender a los elementos siguientes de esta enumeración—, la libre prestación del consentimiento y el carácter debidamente informado de la voluntad expresada, y, en fin, la adecuación del otorgamiento a la legalidad.

II. ¿DACIÓN DE FE MÁS ALLÁ DE LOS HECHOS PERCIBIDOS? SIGNIFICADO JURÍDICO DE ESA «DACIÓN DE FE» Y ALGUNAS DUDAS

Es sabido que la dación de fe sólo puede tener por objeto los hechos o acaecimientos perceptibles con los sentidos. En cuanto el ordenamiento establece una norma de prueba legal para una parte del contenido del documento público —y el Derecho español lo hace con el art. 319.1 LEC, que establece que «harán prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ellos» (1)—, está

(1) La prueba plena de la identidad de los otorgantes e intervinientes entiendo que debe excluirse. En este aspecto la dación de fe no puede alcanzar más que a lo previsto por el artículo 23 de la Ley del Notariado.

imponiendo —en principio y salvo éxito de la impugnación procedente— tener por ciertos esos hechos y establecerlos como tales en la sentencia. Esta eficacia imperativa que la norma de prueba legal anuda a la constatación notarial de un determinado hecho puede ser entendida en el sentido de que, atendidos los efectos de su intervención, el notario «manda» u «ordena», porque la interposición de su oficio tiene el resultado de vincular una parte del contenido de la sentencia judicial. Éste sería el punto de partida para la impropia extensión semántica de la «dación de fe» a la que me referiré de inmediato.

La disposición comentada parece querer convertir en objeto de la dación de fe lo que no son hechos sensorialmente perceptibles, sino juicios o apreciaciones del notario. Los que versan sobre las aptitudes subjetivas de una persona, sobre la titularidad por esa persona de un derecho o situación jurídica subjetiva condicionantes de la validez o eficacia del negocio celebrado —¿qué significa legitimación en el art. 17 bis?—, sobre el conocimiento informado y la expresión libre de la voluntad, y, más aún, el juicio acerca de que las declaraciones de voluntad han respetado los límites imperativos establecidos por el ordenamiento —parece correcto entender así la referencia a la adecuación del otorgamiento a la legalidad—.

¿Cuál es el significado jurídico de estas proposiciones normativas tan claramente expresadas en la letra del artículo 17 bis, apartado 2, de la Ley del Notariado?

En principio, pueden considerarse estos dos (2):

1. Significa una norma jurídica imposible, porque ontológicamente no puede ser objeto de dación de fe el acierto de un juicio o de una apreciación.

2. El legislador ha utilizado impropriamente los términos de dación de fe para significar una eficacia o valor imperativos de ciertos juicios o apreciaciones expresadas por el notario. La impropiedad terminológica de utilizar expresiones cuyo significado corresponde al ámbito de las declaraciones de conocimiento para representar realidades que están situadas en el campo de las declaraciones imperativas de voluntad, no es en absoluto nueva ni desconocida en el mundo del Derecho. Baste recordar la formulación de la cosa juzgada —que realmente es una prohibición de nuevo enjuiciamiento y un deber de ajustarse al enjuiciamiento realizado— como una presunción de verdad, que hasta hace muy poco campeaba en la letra del artículo 1.251, párrafo segundo del Código Civil.

En definitiva, la letra del artículo 17 bis, apartado 2, letra a) de la Ley del Notariado, habría que entenderla no tanto como que el notario da fe sobre los

(2) Ya los plantea DE LA OLIVA SANTOS, A., «Sobre el objeto y eficacia de la dación de fe notarial (a propósito del art. 98 de la Ley 24/2001)», en *Tribunales de Justicia*, octubre de 2002, págs. 19-25.

extremos que en el mismo se enuncian, sino como que el notario «establece», con cierta eficacia jurídica, que las partes son capaces y tienen legitimación para el negocio que han realizado, que han expresado su voluntad libremente y con la información debida y que han realizado un negocio jurídico conforme a ley —tal vez mejor: no disconforme con ella en cuanto a sus normas de *ius cogens*—. La función notarial añadiría a la dación de fe en sentido estricto, ligada a la existencia de normas de prueba legal, una especie de «función resolutiva» acerca de las cuestiones que han quedado enunciadas.

Puntualicemos, enseguida, que la eficacia o valor jurídicos de esa «función resolutiva», que acompañaría a la autorización o intervención notarial de la documentación de un negocio jurídico, tendría un carácter interino, expuesto a una eventual impugnación jurisdiccional del negocio jurídico. Aunque, llegado a este punto, ya empiezo a dudar si no sería más acertado hablar de la impugnación de la autorización-intervención notarial, que sería la que habría dado al negocio el valor que hace necesario atacarlo, si no se comparten los juicios y apreciaciones formulados por el notario. Porque, si el negocio por sí sólo, aunque no tenga forma escrita notarial, tiene la misma eficacia jurídica para crear, modificar o extinguir las relaciones jurídicas privadas, y está sujeto a impugnación si la producción de esos efectos puede ser negada por no haberse operado de modo conforme con el ordenamiento, se hace difícil entender qué le añade la autorización-intervención notarial, como no sea, precisamente, la dación de fe en sentido estricto y el correspondiente valor probatorio legal, aunque ceñido a los hechos objeto de la dación de fe. Si determinados juicios o apreciaciones del notario producen un efecto jurídico que hace necesaria, en su caso, una impugnación, parece que ésta se justifica por algo distinto a la simple existencia del negocio sin forma escrita notarial.

Si se admitiera que la autorización-intervención notarial en la forma de celebración de un negocio jurídico tiene, aunque sea en parte, el segundo significado que se acaba de exponer, habría que reconocer una nueva modalidad de hechos constitutivos —en sentido amplio, es decir, comprendiendo los modificativos y extintivos— de las relaciones jurídicas privadas. Junto a la eficacia constitutiva ligada a la estricta celebración de un negocio jurídico, o a los actos del poder público que pueden generar efectos jurídicos con fundamento en una *potestas imperii* habilitada por el ordenamiento, tendríamos un supuesto de hecho constitutivo en el que a la declaración de voluntad de las partes en la que consiste el negocio jurídico, se adheriría una aparente «declaración de verdad», pero realmente una «orden interina de validez jurídica», emitida por el notario.

A partir de ahí se abren una serie de interrogantes, alguno de los cuales no me atrevo ni siquiera a apuntar cómo podría cerrarse.

El valor o eficacia de esa «orden interina», ¿se fundaría en una «imposición» de la voluntad del notario con fundamento en sus juicios jurídicos sobre

la de los otorgantes? Me parece evidente que no, porque es suficiente que uno de los otorgantes niegue el concurso de su voluntad para que el acto o el negocio no se realicen.

¿Sería su fundamento la voluntad del otorgante u otorgantes, por sí sola, aceptando los términos del otorgamiento? Tampoco convence, porque en tal caso queda sin explicación por qué la «especial eficacia» necesita de la autorización-intervención notarial y no se produce sin ella.

¿Habrá que pensar, como fundamento, en que la voluntad del otorgante u otorgantes concurre con la voluntad del notario de formular aquella implícita «orden interina de validez jurídica»?

En fin, es claro que el notario responde por falsedad si falta conscientemente a la verdad en la dación de fe en sentido estricto. Pero si, además, hubiera que entender que el notario emite real, aunque implícitamente, una «orden interina de validez jurídica» al autorizar o intervenir el otorgamiento, ¿debería responder también a título de prevaricación en el caso de que haya efectuado los juicios y apreciaciones de manera arbitraria y conscientemente injusta?

III. ¿IMPUGNACIÓN DEL DOCUMENTO NOTARIAL?

Vayamos ahora a la impugnación del acto o negocio autorizado o intervenido por notario.

Lo primero que habría que apuntar es que no corresponde a nuestra cultura jurídica la idea de impugnar el acto o negocio precisamente por la autorización-intervención notarial de los mismos, como quien impugna un acto administrativo para destruir la eficacia de la que le rodea el artículo 57 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. La cuestión del valor y eficacia de la autorización-intervención notarial surge, más bien, con ocasión de un litigio en el que un acto o negocio documentado notarialmente es relevante, sea para fundar la pretensión, sea como objeto de una pretensión impugnativa (contra el acto o negocio, no contra su autorización notarial).

Presupuesto lo anterior, hay que distinguir, a continuación, entre, por un lado, la impugnación del valor probatorio legal vinculado a la dación de fe sobre ciertos extremos, y, por otro lado, la eventual necesidad y el modo de combatir en el proceso los efectos jurídicos —de naturaleza distinta a la dación de fe y a su acompañante valor probatorio legal— de ciertos juicios y apreciaciones expresados por el notario.

1. IMPUGNACIÓN DEL VALOR PROBATORIO DEL DOCUMENTO NOTARIAL.
IMPRECISIONES, INSEGURIDADES Y SEGURIDADES EXCESIVAS. ¿SÓLO MEDIANTE
CONDENA EN PROCESO PENAL POR FALSEDAD?

La impugnación del valor probatorio legal del documento público en cuanto a los extremos dotados estrictamente de ese valor (arts. 319.1 LEC y 1.218 del Código Civil) sigue teniendo en la nueva LEC un régimen tan deficiente como en el antiguo ordenamiento procesal. Realmente el problema es que no se establece expresamente un régimen de impugnación, lo que origina dudas sobre cuál deba ser el mismo y, en cierto modo, sobre la verdadera entidad y eficacia de las normas de prueba legal. Lo último tanto más desde que la LEC ha establecido una norma de facilitación probatoria a favor de una clase de documentos públicos que no están dotados de valor probatorio legal en ninguno de sus extremos (art. 319.2 LEC).

Me adelanto a decir que no constituyen impugnación del valor probatorio legal del documento público, a pesar del epígrafe del artículo 320 LEC, las actividades a las que se refiere este artículo, ni las de impugnación de testimonios o certificados incompletos (art. 321 LEC), ni, en fin, las de comprobación de la autenticidad formal de documentos públicos sin protocolo, matriz o expediente original (art. 322 LEC). Estas actividades van dirigidas a establecer o a impugnar un requisito previo a la atribución del valor probatorio legal y condicionante de esa atribución: si el documento es un documento público —en efecto, también ha de ser posible una impugnación fundada en que el documento no cumple los requisitos de los arts. 1.216 y 1.217 del Código Civil y de las normas a las que éstos remiten—, completo y plenamente coincidente con el original si se aportó una copia (arts. 320 y 321 LEC), o que, cuando no es posible el cotejo con el original, cumple determinados requisitos (art. 322 LEC). Si las mencionadas condiciones no se dan en sus respectivos casos, la impugnación del valor probatorio legal del documento no es ni siquiera necesaria, porque el documento aportado no encaja en el supuesto de hecho legal al que, también la ley, vincula aquel valor en cuanto a ciertos extremos del documento.

De impugnación del valor probatorio del documento público cabe hablar si una parte sostiene que el hecho, acto o estado de cosas documentados, la fecha de la documentación o la identidad del fedatario o de las personas que se dicen intervinientes, no coinciden o son divergentes con la realidad de lo acontecido.

El establecimiento de las normas de prueba legal no excluye que esa realidad divergente de lo documentado pueda ser probada y, con ello, queden privados de valor probatorio legal los extremos del documento en principio dotados del mismo.

La cuestión es de qué modo debe hacerse la impugnación, porque una poco matizada exposición de los datos probados por prueba legal a ser con-

trarrestados con fundamento en medios de prueba de libre apreciación, puede conducir a una real infravaloración de las reglas de prueba legal y de los fines a los que quiere servir el establecimiento de las mismas.

La técnica jurídica en cuanto al modo de impugnación que, a mi juicio, simboliza una mayor protección del valor probatorio legal, es la vigente en Derecho italiano, que impone instar una declaración específica de la falsedad del documento para eliminar su valor probatorio legal, declaración que puede obtenerse en un proceso civil autónomo o en un debate incidental específico inserto en el proceso civil en el que se aportó el documento (3).

Diferentemente, la ZPO se limita a disponer que «*Der Beweis, daß der Vorgang unrichtig beurkundet sei, ist zulässig*» (§ 415, párrafo segundo). Pero, aunque falte el rigor procedimental del que rodea la impugnación el Derecho italiano, la doctrina recalca que «es necesaria la prueba de la incorrección (de lo documentado). El valor probatorio del documento no queda excluido, ni eliminado mediante la prueba de la posible incorrección o por la mera puesta en duda de la corrección» (4).

En nuestro ordenamiento, y bajo la antigua LEC, la cuestión del modo de impugnación del valor probatorio legal del documento público no tenía una respuesta específica (5). La doctrina sostenía —a veces con incomprensibles reservas (6)— que, junto al proceso penal para el enjuiciamiento del delito de falsedad eventualmente cometido, era admisible plantear en el propio proceso civil la divergencia entre lo documentado y la realidad que pretende reflejar, probar esta última con todos los medios de prueba admisibles, y que, en definitiva, la sentencia decida qué hechos han de ser tenidos por ciertos (7).

La nueva LEC no ha alterado los términos para resolver la cuestión. Y, a mi juicio, la doctrina no siempre se ha pronunciado sobre el modo de resolverla con la suficiente claridad, y, menos aún, de manera uniforme.

En unos casos, la impugnación del valor probatorio legal del documento público no se distingue con suficiente nitidez de impugnaciones previas di-

(3) Sobre la denominada *querela di falso*, véanse los artículos 221-227 CPC, y una aproximación a sus problemas en CARPÍ, F., TARUFFO, M., *Comentario breve al Codice di Procedura Civile*, Cedam, Padova, 2002, págs. 692-702.

(4) LEIPOLD, D., en STEIN-JONAS, *Kommentar zur Zivilproßessordnung*, IV-2, 21.^a ed., J.C.B. Mohr, Tübingen, 1999, pág. 432.

(5) GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Dir.: ALBALADEJO, XVI-2, Edersa, Madrid, 1981, pág. 119.

(6) PRIETO-CASTRO, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, I, Aranzadi, Madrid, 1982, pág. 716, indica —demostrando cierta reticencia frente a este modo de impugnación— que «al lado de la falsedad penal se habla (con razones poco asequibles) de falsedad civil, sin duda para significar la ausencia de dolo penal, pero subsistiendo la idea de falsedad».

(7) GUASP DELGADO, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, II-1, Aguilar, Madrid, 1947, pág. 548; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Dir. ALBALADEJO, XVI-2, Edersa, Madrid, 1981, págs. 119-120.

rígidas a establecer si la copia aportada coincide plenamente con el original del documento (8).

En algunos autores la impugnación del valor probatorio legal del documento público no aparece netamente distinguida del modo de contrarrestar efectos del documento público que no consisten en valor probatorio legal, porque se refieren a aspectos sobre los cuales ese valor no está establecido. Así, por ejemplo, la veracidad del contenido de las declaraciones de los otorgantes (9), siendo así que el valor probatorio legal sólo cubre, respecto de las declaraciones de los otorgantes, el hecho de que fueron formuladas con un determinado tenor, pero no la sinceridad y veracidad de su contenido.

Otros autores sí que expresan con claridad su tesis sobre el modo de impugnación del valor probatorio legal del documento público.

Así, para MONTERO: «en el proceso civil en que se presenta un documento público, y ahora nos referimos a los notariales, la parte del mismo que queda cubierta por la fe pública y que hace prueba plena (y el caso más evidente es el de la fecha), no puede verse desconocida por el Juez al que se le impone la valoración legal del medio de prueba, salvo que se ponga en marcha un proceso penal, con suspensión del civil, y en aquel proceso se condene a los autores por el delito de falsedad. La fe pública notarial supone que en el proceso civil no cabe prueba para evidenciar la falsedad de la escritura pú-

(8) Me parece que es el caso de DE LA OLIVA, A., *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, con Díez-PICAZO JIMÉNEZ, I., Cera, Madrid, 2001, págs. 341-342. Aunque comienza matizando que «el artículo 320 LEC se ocupa de la impugnación del valor probatorio del documento público o, *mejor* (la cursiva es mía) —como dice el precepto literalmente— de la impugnación de la autenticidad», concluye que «si el cotejo o la comprobación —en todo caso, una comparación— arrojan resultado de identidad, la específica fuerza probatoria del documento público queda confirmada y deviene inatacable». Del mismo autor, ahora en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, con otros autores, Civitas, Madrid, 2001, es la siguiente frase en págs. 563-564. «Son documentos que, en principio, llevan el sello de la autenticidad y de la verdad de lo que documentan y su autenticidad y veracidad sólo puede ser destruida mediante una impugnación que, además, demuestre inequívocamente la falsedad o el error tras las operaciones previstas en el artículo 320, si son posibles y cuando no sea de aplicación el artículo 321». La frase me parece equívoca, porque no deja claro si tales operaciones son las únicas admisibles para demostrar la falsedad o el error o si la mención de las mismas se debe a que, en todo caso, deben realizarse previamente a esa demostración.

(9) ASENSIO MELLADO, J. M., «Proceso civil práctico», con otros autores, IV, en *La Ley*, Madrid, 2001, pág. 526; GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, P., en CORDÓN/ARMENTA/MUENZA/TAPIA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, I, Aranzadi, Pamplona, 2001, págs. 1122-1123; SACRISTÁN REPRESA, G., en FERNÁNDEZ-BALLESTEROS/RIFÁ/VALLS, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, II, Iurgium, Barcelona, 2001, págs. 1522-1524; ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., «La prueba documental y los medios e instrumentos idóneos para reproducir imágenes o sonidos o archivar y conocer datos», en *La Ley*, Madrid, 2000, págs. 100-101.

blica, siempre en su parte de valor legal, y desde la misma dictar sentencia negando el valor probatorio legal de ese documento» (10).

Y para ORMAZÁBAL: «el ejercicio de la correspondiente acción penal, por haber incurrido el fedatario en falsedad en relación con los hechos aseverados en el documento, es el único medio para evitar que aquél despliegue su eficacia de prueba legal en los términos más arriba expuestos» (11).

A mi modo de ver, el proceso penal que finalice con una sentencia de condena por falsedad del fedatario público no es, ni puede ser, el único modo de impugnar el valor probatorio legal del documento público.

Aún suponiendo que el único caso en que pudiera ser excluido ese valor probatorio fuera el de que el fedatario público hubiera incurrido en una consciente divergencia entre lo percibido por él y aquello sobre lo que ha dado fe en el documento, el proceso penal con resultado de condena sería un instrumento insuficiente para constatar la concurrencia en la realidad de tal único supuesto de exclusión del valor probatorio legal. Como GUASP hace tiempo que advirtió (12), bastaría el fallecimiento del fedatario público imputado —o una incapacidad del mismo que diera lugar a una suspensión indefinida del proceso penal—, la prescripción del delito o la concurrencia de circunstancias eximentes de la responsabilidad penal, para que, aunque constara objetivamente la divergencia entre la realidad y lo documentado con cobertura de fe pública, el valor probatorio legal no pudiera ser excluido.

Pero es que, además, como apunta DE LA OLIVA (13), también la demostración inequívoca de un error del fedatario público que haya conducido a la mencionada divergencia puede fundar la exclusión del valor probatorio legal (14).

Como la LEC no establece ningún procedimiento específico para impugnar el valor probatorio legal del documento público, he de concluir que, salvo que proceda la aplicación del artículo 40.4 y 5 —y, aún en tal caso, si el

(10) MONTERO AROCA, J., «La justificación y la prueba de la existencia y de la suficiencia de la representación en el proceso», en *La Ley*, 27 de marzo de 2003, apartado V, 2, B.

(11) ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., «La prueba documental y los medios e instrumentos idóneos para reproducir imágenes o sonidos o archivar y conocer datos», en *La Ley*, Madrid, 2000, pág. 101.

(12) GUASP DELGADO, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, II-1, Aguilar, Madrid, 1947, pág. 548.

(13) DE LA OLIVA SANTOS, A., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, con otros autores, Civitas, Madrid, 2001, pág. 564.

(14) En la doctrina alemana no se discute que lo relevante es alcanzar la prueba de la objetiva incorrección de la documentación en relación con el hecho de lo declarado, las circunstancias de lugar y tiempo de la declaración y la identidad del fedatario y de los declarantes, sin que importe que esa incorrección se deba a falsedad, a error o a otras causas. Véase, en este sentido, LEIPOLD, D., en STEIN-JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, IV-2, 21.ª ed., J.C.B. Mohr, Tübingen, 1999, págs. 432-433.

proceso penal termina sin pronunciamiento de condena, pero que no niegue la divergencia objetiva entre lo documentado por el fedatario y lo acontecido ante él—, el modo de impugnación habrá de consistir en alegar la mencionada divergencia y probarla con cualesquiera medios de prueba admisibles. La clave de la protección que el ordenamiento dispensa al valor probatorio legal por él establecido radica en el resultado probatorio que esos medios de prueba habrán de producir para que resulte excluido el valor probatorio legal. Habrá de ser un resultado de plena, absoluta y total convicción del tribunal acerca de que lo ocurrido en la realidad fue diferente a lo que figura documentado con fe pública. Las razones de esa convicción han de ser, además, expuestas en la motivación de la sentencia (art. 218.2 LEC).

Sostener que el valor probatorio legal de los documentos públicos puede ser impugnado del modo dicho, puede entenderse que conduce a una equiparación del trato de estos —establecido en el art. 319.3 LEC— con el correspondiente a los documentos que la LEC ha diferenciado como documentos administrativos u oficiales (art. 319.2 LEC), respecto de los cuales sí que dispone que «los hechos, actos o estados de cosas que consten en los referidos documentos se tendrán por ciertos, a los efectos de la sentencia que se dicte, salvo que otros medios de prueba desvirtúen la certeza de lo documentado».

Evidentemente si esta desvirtuación hay que entenderla como una prueba conducente «a un juicio de certeza contrario o distinto» (15), se produciría aquella equiparación. Pero, de modo no menos evidente, si, en caso de valor probatorio legal del documento público, se excluyera toda posibilidad —salvo la de condena penal del fedatario— de una prueba plena acerca de haberse producido una documentación con fe pública que diverge de la realidad documentada, se estaría incurriendo en la insuficiencia de los medios de impugnación de la prueba legal que más arriba comenté.

A mi juicio, el apartado 1 del artículo 319 —aún con la posibilidad de impugnación razonablemente amplia que sostengo— puede tener un significado plenamente distinto al del apartado 2 del mismo artículo, si se entiende que en este apartado «desvirtuar la certeza de lo documentado» no significa conseguir la plena convicción del tribunal sobre la certeza de algo distinto a lo documentado, sino generar las dudas del tribunal —quitar fuerza a la certeza— sobre lo documentado. El valor probatorio de los documentos administrativos u oficiales quedaría desplazado con el simple *acreditamiento* de lo contrario a lo que en ellos se constata, tal como, por cierto, literalmente dicen las dos disposiciones más importantes en esta materia —los arts. 107.1 y 144.1 de la Ley General Tributaria—.

(15) DE LA OLIVA SANTOS, A., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, con otros autores, Civitas, Madrid, 2001, pág. 564.

2. IMPUGNACIÓN DE EFECTOS DEL DOCUMENTO NOTARIAL DISTINTOS AL VALOR PROBATORIO LEGAL. CARGA DE LA DEMANDA, CARGA DE LA PRUEBA Y MODO DE CONTRARRESTAR UNA VENTAJA PROBATORIA

Aparte del contenido del documento notarial estrictamente cubierto por la fe pública y al que se atribuye valor probatorio legal —contenido al que, principalmente, se refiere el art. 319.1 LEC—, el artículo 17 bis, apartado 2, letra a), de la Ley del Notariado parece atribuir, bajo la fórmula impropia de «el notario deberá dar fe», una eficacia especial a ciertos juicios y apreciaciones del notario contenidos también en el documento notarial.

¿Cómo se impugna esa especial eficacia? ¿Qué significa impugnarla y qué se requiere para el éxito de la impugnación? Incluso, ¿es necesario impugnar esa «eficacia especial» o se trata, realmente, de la impugnación de algo diferente a la misma?

Entre los juicios y apreciaciones del notario a los que se refiere el artículo 17 bis, apartado 2, letra a), de la Ley del Notariado, cabe distinguir dos clases, en atención a la naturaleza del juicio o apreciación y también a la existencia o no de una doctrina jurisprudencial que reconozca alguna eficacia especial a los mismos:

1.º Por un lado, tenemos la pretendida dación de fe sobre la capacidad de los otorgantes, la libre prestación de su consentimiento y la debida información de la voluntad expresada por los mismos.

Estos juicios o apreciaciones tienen una naturaleza compleja. En parte expresan los resultados de cierta observación de la realidad por el fedatario, o, mejor, de una apariencia externa de esa realidad: signos externos reveladores del estado psicofísico del otorgante, circunstancias que rodean la expresión del consentimiento. En otra parte son suposiciones de hechos ni percibidos, ni perceptibles por el fedatario —por ejemplo, que la declaración de un otorgante no está influida por el miedo, la intimidación, el error o la conducta dolosa de la contraparte o de un tercero—. En fin, expresan auténticas valoraciones jurídicas acerca de la aptitud de los otorgantes y de la ausencia de vicios de consentimiento, valoraciones que se basan en los elementos anteriormente mencionados.

La eficacia especial de esta clase de juicios y apreciaciones es explicada por la jurisprudencia y la doctrina de modos muy diversos. Unos acuden a la categoría de la presunción *iuris tantum* (16). Otros autores critican la anterior

(16) CORDÓN MORENO, F., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Dir.: ALBALADEJO, XVI-2, Edersa, Madrid, 1981, pág. 141; GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, P., en CORDÓN/ARMENTA/MUERZA/TAPIA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, I, Aranzadi, Pamplona, 2001, págs. 1123-1124; y la jurisprudencia citada por ambos, así como la que cita ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., «La prueba documental y los medios e instrumen-

explicación y estiman más correcta la de una regla especial de carga de la prueba (17). Otros, en fin, la explican como un principio de prueba sobre los elementos beneficiados por esa eficacia especial (18) o como una regla especial que incide en la libre valoración de la prueba (19).

Por el momento diré que no me parece del todo equivocada la explicación de la especial eficacia de esta primera clase de juicios y apreciaciones mediante conceptos propios de Derecho probatorio. Como he apuntado antes, esos juicios y apreciaciones se fundan sobre ciertas constataciones de hechos —más bien menos que más seguras— realizadas por el fedatario. Cuestiones diferentes —sobre las que volveré después— son si, de una parte, los conceptos de Derecho probatorio bastan para la explicación, y, de otra, si alguna de las explicaciones ensayadas sirve sólo para los negocios jurídicos con documentación notarial o es extensible a toda impugnación de negocio jurídico, cualquiera que haya sido la forma de su celebración.

2.º La segunda clase de juicios o apreciaciones que consideramos incluye la pretendida dación de fe acerca de que «el otorgamiento se adecúa a la legalidad».

La explicación de una especial eficacia de este juicio en términos de presunción *iuris tantum* también la ha hecho la doctrina. Decía NÚÑEZ LAGOS —y CORDÓN MORENO estima acertada su tesis— que «la fe pública notarial irradia sus efectos en dos capas o estratos del otorgamiento: en la de los hechos (*iuxta verum dictum*) como manifestación de verdad o de realidad, y en la del derecho, como manifestación de legalidad (*iuxta legem actum*). En el primer estrato, el acto documentado por el notario surte todos sus efectos íntegramente mientras una sentencia no declare su falsedad, es decir, mientras no deje de ser instrumento público. En el segundo estrato, el negocio jurídico contenido en la escritura pública es legal y válido *iuris tantum*, mientras una sentencia firme no declare su nulidad» (20).

En este caso, la explicación mediante aquella categoría de Derecho probatorio me parece del todo inapropiada, porque en modo alguno se halla en

tos idóneos para reproducir imágenes o sonidos o archivar y conocer datos», en *La Ley*, Madrid, 2000, págs. 64-65.

(17) MONTERO AROCA, J., «La justificación y la prueba de la existencia y de la suficiencia de la representación en el proceso», en *La Ley*, 27 de marzo de 2003, apartado VI.

(18) SACRISTÁN REPRESA, G., en FERNÁNDEZ-BALLESTEROS/RIFÀ/VALLS, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, II, Iurgium, Barcelona, 2001, pág. 1524.

(19) ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., «La prueba documental y los medios e instrumentos idóneos para reproducir imágenes o sonidos o archivar y conocer datos», en *La Ley*, Madrid, 2000, págs. 66-67.

(20) NÚÑEZ LAGOS, *Estudio sobre el valor jurídico del documento notarial*, Alcalá de Henares, 1945, pág. 68, citado por CORDÓN MORENO, F., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones F orales*, Dir. ALBALADEJO, XVI-2, Edersa, Madrid, 1981, pág. 141.

cuestión la fijación de hechos relevantes, sino, presupuestos los elementos del negocio a los que los otorgantes han prestado su consentimiento como consta documentado, que tales elementos respetan los límites imperativos de la autonomía de la voluntad. Es decir, el juicio del notario es un juicio estrictamente jurídico, que, si es el caso, en un proceso será realizado *ex novo*, como uno de los componentes del enjuiciamiento sobre el objeto del proceso, sin que la parte interesada en impugnar el negocio, ni el tribunal, estén condicionados por, ni deban contrarrestar específicamente aquel implícito juicio de legalidad efectuado por el notario. Cómo máximo puede reconocerse un valor extrajurídico debido a la *auctoritas* que pueda reconocerse, genéricamente, a la intervención notarial o, más probablemente, a la de un determinado notario.

La impugnación de un negocio jurídico porque sus estipulaciones no se ajustan a la legalidad no tiene ninguna especialidad debida al requisito de forma de la documentación notarial frente a otras formas del negocio. Únicamente es más probable que con la intervención de notario y con su asesoramiento, las partes eviten desajustes a los límites imperativos a la autonomía de la voluntad.

Vayamos, ahora, a la impugnación de la especial eficacia de los juicios y apreciaciones de la primera clase antes descrita.

Una primera observación es la de que no hay, de entrada y directamente, ninguna impugnación de tal especial eficacia, sino una impugnación del negocio jurídico, celebrado en forma de documento público notarial.

Esta impugnación puede articularse, procesalmente, de dos modos:

1.º Si el negocio se ha hecho valer como hecho constitutivo para obtener la tutela judicial, la falta de capacidad, de libertad en el consentimiento (por incidencia de violencia o miedo), de voluntad debidamente informada (influida por el error o el dolo) y, aunque el artículo 17 bis, apartado 2, letra *a*), de la Ley del Notariado no lo diga, la falta de expresión sincera del consentimiento (por ejemplo, por simulación), serán utilizados por el demandado para fundar una reconvención, una excepción reconvencional (art. 408.2 LEC) o una defensa de fondo para obtener, simplemente, la desestimación de la demanda.

2.º Pero la persona interesada puede también utilizar esos hechos y las apreciaciones jurídicas que se sustentan en los mismos para instar una tutela judicial declarativa (negativa) o constitutiva (extintiva) del negocio jurídico.

Pero ¿ocurre, en principio, algo distinto si el negocio sólo tiene documentación privada o se ha formalizado como pacto verbal?

En esencia, no. Las posibilidades de articulación procesal de la impugnación ~~del negocio~~ son las mismas. Pero es cierto que la presencia, en un caso, del documento público **notarial** —con sus efectos **no procesales** (acceso al Registro de la Propiedad) y procesales de valor probatorio **legal**— y la ausencia del mismo en los demás casos, influirá en la carga de la demanda:

1.º Es más probable, si la documentación es privada o no hay documentación, que, con base en el negocio, se tenga necesidad de pretender tutela declarativa o de condena, mientras que, si hay documentación notarial, los efectos de la forma de la documentación inducen al reconocimiento y al cumplimiento extraprocesal.

Pero, con independencia de la forma de la documentación, si se piden esas tutelas el actor habrá de probar los hechos constitutivos del negocio y, si el demandado quiere impugnarlo, habrá de alegar y probar las causas mencionadas.

2.º Es, en cambio, más probable si hay documentación notarial que si no la hay, que exista interés en presentar demanda de impugnación del negocio. Aunque también faltando esa documentación puede haber interés en la demanda de impugnación si, por ejemplo, se hubiera ya operado una transmisión patrimonial en cumplimiento de las obligaciones constituidas por el negocio.

Presentada la demanda, ¿hay una diferente atribución de la carga de la alegación y de la prueba según el negocio haya sido o no documentado con intervención notarial?

Según las reglas generales sobre carga de la prueba, no. Y, aunque es innecesario, se podría añadir que la prueba legal vinculada a una parte del documento público de ninguna manera impone matizar esa respuesta negativa. En efecto, la prueba legal prueba determinados hechos y, en la correspondiente medida, queda excluida la aplicación de la regla de carga de la prueba —que es una regla de imputación de las consecuencias desfavorables de la falta de prueba—, precisamente por que la parte ha probado con éxito.

Algún autor (21) ha querido explicar aquella especial eficacia generada por la autorización notarial y diferente al valor probatorio legal vinculado al estricto objeto de la fe pública mediante una regla especial de carga de la prueba. El interesado en que se declare la invalidez o ineficacia del negocio tendría que probar plenamente la falta de capacidad, de seriedad y sinceridad de la declaración de voluntad, o de libertad de la misma o de conocimiento informado, y la posición procesal de esa parte resultaría perjudicada por la falta de esa prueba (22).

(21) MONTERO AROCA, J., «La justificación y la prueba de la existencia y de la suficiencia de la representación en el proceso», en *La Ley*, 27 de marzo de 2003, apartado VI.

(22) En principio, la explicación suena bien. Pero, rápidamente, tiende uno a preguntarse si acaso ocurre algo distinto cuando el negocio no ha sido notarialmente documentado. Por ejemplo, sería una de tales reglas especiales de carga de la prueba la de que, en caso de testamento abierto, quien lo impugnara con base en falta de capacidad del testador por carencia de cabal juicio, tendría que probar esa falta plenamente. Pero ¿acaso la regla de carga es diferente en caso de testamento ológrafo? Creo que no. Tanto si para determinar que la falta de capacidad es un hecho impositivo acudimos a la teoría de la nor-

A mi juicio, esa explicación es incorrecta y aboca a una identificación entre dos cosas que se querían distinguir: el valor probatorio legal del documento público notarial y una especial eficacia de ese documento consistente en una ventaja o facilitación probatoria cuya entidad hay que precisar.

¿En qué puede consistir esa ventaja o facilitación?

En primer lugar, en una especie de preconstitución de una prueba testifical respecto de elementos de hecho relevantes para fundar determinados juicios o apreciaciones. Si el notario hace constar que, a su juicio, los otorgantes tienen la capacidad (natural) necesaria, se debe a que ha observado unos signos externos que le llevan a aquella conclusión; y si hace constar que los otorgantes expresan una voluntad debidamente informada, se deberá a que les leyó y, en su caso, explicó, las cláusulas y los otorgantes manifestaron entenderlas.

En segundo término, la ventaja o facilitación probatoria puede consistir en considerar adquiridas para la prueba, sin necesidad de que el notario declare como testigo, las constataciones anteriormente mencionadas, implícitas o subyacentes a juicios o apreciaciones expresadas por el notario en el documento.

En fin, el grado más intenso de esa facilitación probatoria consistiría en—sin abandonar la libre valoración de la prueba, porque, si en algo hay acuerdo es en que para estos extremos del documento público no hay valor probatorio legal— entender que el juicio o apreciación expresados por el notario, debido a la inmediatez de las observaciones en que se basa y a las aptitudes que desarrolla en su práctica profesional, son especialmente fiables y prueban, de entrada y en principio, los hechos subyacentes a los mismos. A partir de esto, la tarea probatoria de la parte que, por su posición procesal, necesite combatirlos será más ardua que si no existiera aquel inicial reconocimiento de fiabilidad.

Obviamente es admisible que la parte interesada contrarreste esa especial fiabilidad. El problema consiste en determinar qué resulta necesario para entender que ha sido contrarrestada con éxito.

Una respuesta puede ser la de que, para contrarrestar el resultado probatorio inicialmente establecido por determinados juicios y apreciaciones expresados por el fedatario público, es necesaria la prueba plena de lo con-

malidad —PRIETO-CASTRO, L., «La defensa del demandado», en *Trabajos y orientaciones de Derecho procesal*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, págs. 178-179—, como si atendemos a la más objetiva teoría normativa —DE PADURA BALLESTEROS, M. T., *Omisión de pronunciamiento y desestimación tácita. Términos de comparación para discernir la congruencia*, MacGraw-Hill, Madrid, 1998, págs. 90-91, en nota; específicamente para nuestro ejemplo, el artículo 662 del Código Civil reconoce la capacidad para testar de un modo que la prohibición de la misma constituye una excepción—, concluiremos que la carga de la prueba de la incapacidad para testar la tiene el que impugna el testamento.

trario (23), de unos hechos distintos a aquellos que están presupuestos o implícitos en los juicios o apreciaciones mencionados.

Esta respuesta no me parece correcta, porque acaba por exigir lo mismo para destruir el valor probatorio legal del documento público que para contrarrestar la especial eficacia de esos juicios y apreciaciones del fedatario, que ahora estamos considerando.

Evidentemente, en la anterior confusión no se incurre si se sostiene que el único modo de destruir el valor probatorio legal es el de obtener una condena penal por falsedad del fedatario público. Pero, como ya apunté más arriba, esa limitación me parece arbitraria —es decir: sin razón objetiva que la fundamente— porque el medio jurídico mencionado ni siquiera sirve para corregir todos los casos de divergencia entre lo percibido por el fedatario y lo que el mismo ha hecho constar en el documento bajo fe pública. Por no hablar de los casos de error en la percepción.

Más plausible me parece la respuesta de que la ventaja o facilitación probatoria vinculada a los hechos implícitos o presupuestos en determinados juicios o apreciaciones notariales quedará eliminada si la parte a la cual aquella ventaja es desfavorable, consigue un resultado probatorio parcial que simplemente genere en el juez la duda acerca del resultado probatorio inicialmente vinculado a ciertos contenidos del documento público que ahora consideramos. A partir de esa quiebra de la ventaja inicial —quiebra que habrá de ser razonada en la motivación de la sentencia (art. 218.2 LEC)— la formación de la convicción sobre los hechos relevantes se desenvolverá sin especiales condicionamientos. Por otra parte, según los resultados probatorios alcanzados —o no alcanzados— en la libre apreciación de la prueba sobre esos hechos, la sentencia resolverá sobre la pretensión, aplicando, en su caso, las reglas de carga de la prueba establecidas por la ley.

MANUEL ORTELLS RAMOS
Catedrático de Derecho Procesal
Universitat de Valencia (Estudi General)

(23) MONTERO AROCA, J., «La justificación y la prueba de la existencia y de la suficiencia de la representación en el proceso», en *La Ley*, 27 de marzo de 2003, apartado VI.