

Eficacia jurídica de los documentos públicos notariales

(Interpretación integradora de los arts. 1218 del Código Civil, 319.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 17 bis de la Ley del Notariado, y 98 de la Ley 24/2001)

SUMARIO: I. LA NECESIDAD DE UNA ACLARACIÓN SOBRE LA EFICACIA DE LOS DOCUMENTOS PÚBLICOS NOTARIALES.—II. ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 1218 DEL CÓDIGO CIVIL, 319.1 LEC, 17 BIS LN Y 98 LA: A) LOS ARTÍCULOS 1218 DEL CÓDIGO CIVIL Y 319.1 LEC; B) LOS ARTÍCULOS 17 BIS LN Y 98 LA; C) EL ARTÍCULO 17 BIS LN: SU INTERPRETACIÓN EN RELACIÓN CON LOS ARTÍCULOS 1218 DEL CÓDIGO CIVIL Y 319.1 LEC: 1. *Análisis del artículo 17 bis LN*. 2. *Interpretación del artículo 17 bis LN junto con los artículos 1218 del Código Civil y 319.1 LEC: prevalencia del constante entendimiento de estos últimos preceptos en cuanto a la eficacia de la dación de fe*. D) ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 98 LA: LO QUE QUISO EL LEGISLADOR Y EL IMPOSIBLE QUE EL PRECEPTO PRETENDE; E) LA BÚSQUEDA DE UN SENTIDO ACEPTABLE PARA EL ARTÍCULO 98 LA: 1. «*Reseña identificativa*» limitada al documento mismo, juicio notarial de suficiencia y «prueba de la representación»: imposibilidad de un entendimiento racional del artículo 98 LA. 2. La «reseña identificativa» del contenido del documento, con expresión clara y completa de las facultades representativas que consten en el documento reseñado: juicio notarial de suficiencia y «prueba de la representación»: una interpretación del artículo 98 LA: a) Reseña completa y fiel del contenido del documento, dación de fe y eficacia probatoria; b) Problemas derivados del artículo 98 LA cuando la «reseña identificativa» comprende el contenido del documento: el debido respeto al ejercicio de las funciones judiciales y administrativas legalmente atribuidas y a las correspondientes facultades de determinación de hechos; c) Límites de la eficacia acreditativa y probatoria del documento notarial confeccionado con arreglo al artículo 98 LA; d) Ámbito y límites de la eficacia acreditativa y probatoria del documento notarial confeccionado con arreglo al artículo 98 LA. Ámbito de la utilidad indiscutible de este precepto.—III. LA EFICACIA EN EL PROCESO DEL DOCUMENTO NOTARIAL CONFECCIO-

NADO CON ARREGLO AL ARTÍCULO 98 LA: EFICACIA PROBATORIA Y EFICACIA ACREDITATIVA: A) EFICACIA PROBATORIA DEL DOCUMENTO CONFECIONADO CONFORME AL ARTÍCULO 98 LA. B) EFICACIA ACREDITATIVA O DE *SEMIPLENA PROBATIO*: 1. *La tesis del artículo 98 LA como norma especial de carga de la prueba*. 2. *Análisis crítico de la tesis anterior*. 3. *Recapitulación sobre la eficacia acreditativa del documento del artículo 98 LA*.—IV. CONCLUSIONES.

I. LA NECESIDAD DE UNA ACLARACIÓN SOBRE LA EFICACIA DE LOS DOCUMENTOS PÚBLICOS NOTARIALES

1. Pese a la amplitud del título, en absoluto injustificada, el principal propósito de este trabajo es aclarar un asunto que, sin hipérbole, reviste la máxima importancia: la eficacia jurídica *directa e inmediata* de los documentos públicos y, específicamente, los notariales. Esa concreta eficacia jurídica es la de acreditamiento o justificación y la probatoria, es decir, la de fundamentar un juicio de probabilidad cualificada de la verdad (*semiplena probatio*) o la de basar la fijación procesal de la certeza, respectivamente. De forma indirecta y mediata, los documentos públicos notariales tienen la eficacia jurídica que corresponda a la virtualidad que el Derecho objetivo anude a los hechos acreditados o probados. Además, ni que decir tiene que esos documentos contribuyen muy poderosamente a la normalidad y fluidez de la vida social con relevancia para el Derecho, al dotar de efectividad a innumerables negocios jurídicos.

Si resulta necesaria una aclaración de un asunto de tamaño importancia como la eficacia jurídica probatoria y acreditativa de muchos documentos notariales, es sólo a causa de dos reformas legales, generadas, ambas, por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social («Ley de Acompañamiento»: publicada en el *BOE* de 31 de diciembre de 2001; en adelante, LA): el artículo 17 bis de la Ley del Notariado (LN) y el artículo 98 de la misma Ley 24/2001.

Hasta la aprobación de estos dos preceptos, la doctrina científica y la jurisprudencia eran sustancialmente pacíficas al interpretar el artículo 1218 del Código Civil (en adelante, CC), en relación con las normas del ordenamiento procesal y, más en concreto, desde la entrada en vigor de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (LEC), con su artículo 319.1 y los concordantes. Ahora, no cabe ignorar lo producido por la tan repetida Ley 24/2001.

2. Una última observación acerca del enfoque de este trabajo. Es sabido que esa LA, la Ley 24/2001, ha generado, a causa de su artículo 98, un neto conflicto entre algunos Notarios y algunos Registradores de la Propiedad y, además, entre el Consejo General del Notariado y el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

Contra lo que algunos superficiales observadores (y ciertos protagonistas) puedan pensar y afirmar, ese enfrentamiento o conflicto no constituye una discusión gremial, en la que se ventile exclusiva o principalmente dinero o prestigio, o ambos: están en juego valores y bienes jurídicos, algunos de ellos concernientes a infinidad de negocios y sujetos jurídicos. Con todo, aquí nos importa el pleno y primordial significado de los preceptos positivos producidos por la Ley 24/2001 en relación con otros preceptos legales anteriores (el art. 1218 CC y el art. 319.1 LEC), lo que significa que el enfoque de este trabajo no es tratar de las repercusiones del artículo 98 LA en las relaciones entre Notarios y Registradores, por más que ese aspecto —en absoluto desdeñable, desde luego— sea el que ha alcanzado más relieve público hasta la fecha.

Que ahora nosotros nos interese sobre todo por la ya indicada cuestión de la eficacia jurídica *directa e inmediata* de los documentos públicos notariales explica que, con todo respeto a enfoques diferentes, dejemos a un lado las argumentaciones desplegadas por la Dirección General de los Registros y del Notariado para intentar resolver el referido enfrentamiento y obviemos incluso la «jurisprudencia menor» hasta ahora recaída en el mismo marco (1). Innegablemente, las conclusiones que alcancemos serán aplicables al conflicto señalado, pero el problema jurídico no es ese conflicto, sino la reciente producción de normas positivas poco afortunadas y mal avenidas con las clásicas, preexistentes y no derogadas, sino vigentes y razonables.

II. ANÁLISIS DE LOS ARTÍCULOS 1218 DEL CC, 319.1 LEC, 17 BIS LN Y 98 LA

3. Alcanzar la meta perseguida por estas páginas requiere un análisis crítico de esas normas y una interpretación integradora o sistemática de ellas,

(1) Cfr. Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (RDGRN), de 12 de abril de 2002, «sobre la interpretación del artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, respecto de los títulos inscribibles en los Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles» (publicada en el *BOE* de 16 de mayo de 2002). *Vid.*, asimismo, PRATS ALBENTOSA, L., «La calificación de los poderes: interpretación judicial y de la DGRN del artículo 98 de la Ley 24/2001», en *Diario La Ley*, 18 de julio de 2003, págs. 1-7. Expresar el análisis pormenorizado de la citada RDGRN supondría un espacio y, para el lector, un tiempo, que resultarían de escasa utilidad. Con la idea de resolver un conflicto determinado, la DG parece despreocupada de la doctrina jurídica preexistente (y pacífica) sobre los documentos autorizados por fedatario y sobre la dación de fe y prescinde, de hecho, de la hermenéutica jurídica, entregándose a la consecución de una decisión mediante un lenguaje que, so capa de iniciático, pone de manifiesto muchas deficiencias básicas. Por lo que respecta a la «jurisprudencia menor», se ciñe a resolver los casos atendiendo a la formulación del artículo 98 LA, sin apenas el análisis jurídico general necesario para la integración de ese precepto en el conjunto de nuestro Ordenamiento.

sin perder de vista nunca, desde luego, la interpretación teleológica. Presentan todas el denominador común de tratar de los documentos públicos y más en concreto, las dos normas más recientes sobre los documentos autorizados por Notario.

Los cuatro preceptos mencionados se pueden agrupar, en razón de la armonía entre dos pares de ellos, en dos parejas. Los dos preceptos que componen cada una de ellas son similares y parecen responder a parámetros semejantes. En cambio, las dos parejas, que son muy distintas, no pueden estar bien avenidas. Por este motivo, la interpretación sistemática del conjunto aparece, en principio, como problemática.

Una pareja la forman los artículos 1218 del CC y 319 LEC. La otra está constituida por el artículo 17 bis LN, aprobado por la Ley 24/2001 (LA) y por el artículo 98 de la misma LA.

A) LOS ARTÍCULOS 1218 DEL CC Y 319.1 LEC

4. Comencemos por la primera pareja y, para mayor comodidad del lector, veamos, ante todo, el tenor literal de los preceptos.

El del artículo 1218 del CC es éste:

«Los documentos públicos *harán prueba*, aun contra tercero, del *hecho que motiva su otorgamiento* y de la *fecha* de éste».

«También harán prueba contra los contratantes y sus causahabientes, en cuanto a las declaraciones que en ellos hubiesen hecho los primeros».

Por su parte, el artículo 319.1 LEC dice así:

«Con los requisitos y en los casos de los artículos siguientes, los documentos públicos (...) *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 ella*».

5. El examen comparativo revela, en primer lugar, la diferencia entre «prueba» a secas y «prueba plena». Sin embargo, esta diferencia no supone problema alguno. Parece lógico que una ley procesal del año 2000 se exprese con la precisión correspondiente a esa naturaleza y a ese tiempo. Así, a fin de no dejar dudas, se utilizan los términos «prueba plena», opuestos, por un lado, a *semiplena probatio* o acreditamiento y, por otro, a prueba que cabría denominar simple, esto es, de aquéllas que es preciso valorar junto a otras relativas al mismo hecho, si las hay. En la LEC, «prueba plena» significa la

que por sí sola determina la fijación de un hecho como cierto a los efectos de un proceso.

6. «Hecho que motiva su otorgamiento» y «hecho, acto o estado de cosas que documenten» vienen a significar lo mismo: simplemente, la LEC no mira tanto como el CC hacia los instrumentos públicos que documentan negocios jurídicos (escrituras en sentido estricto) (2) y tiene más en cuenta la existencia de documentos públicos que materializan actos que no tienen por qué constituir un negocio jurídico. Parece obvio que las referencias al «hecho» y al «acto o estado de cosas» incluyen dejar constancia de sus coordenadas espacio-temporales.

Ambos preceptos tienen igual contenido respecto de la fecha del documento.

7. El artículo 1218 del CC no se refiere explícitamente a los sujetos, mientras que sí lo hace el artículo 319.1 LEC. Cabe entender, y así se ha entendido durante más de un siglo, que el elemento subjetivo está implícito en el artículo 1218 del CC al mencionar el «hecho»: en el documento han de aparecer el o los protagonistas del «hecho», sin los cuales éste no resultaría plenamente identificado.

8. Son de señalar, finalmente, algunos parecidos entre ambos preceptos, el del CC y el de la LEC. En primer lugar, ambos miran a la *prueba* y no se ocupan directa y expresamente de la dación de fe, pues no disponen de qué da fe el fedatario ni usan la expresión «hacer fe». En segundo lugar, los dos preceptos integran dos grandes cuerpos legales desde su origen y cabe suponer que fueron ideados y redactados en el amplio contexto de la elaboración de esas dos grandes leyes.

9. El examen preliminar de los dos preceptos de la primera *pareja* conduce a considerarlos conformes y armónicos. Según ambos preceptos, ha sido —y es aún— pacífico el entendimiento:

- a) de que la dación de fe sólo tiene como objeto hechos perceptibles por los sentidos del fedatario;
- b) de que la exhibición de copia auténtica del documento en que interviene un fedatario público produce seguridad en el tráfico respecto de la certeza de los hechos objeto de dación de fe;
- c) de que la aportación a un proceso de una copia auténtica debe conducir a la fijación, en ese proceso, de la certeza procesal de los hechos que consten presenciados por el fedatario, siempre que no se impugne la autenticidad de la copia o si, impugnada, la copia resulta conforme con el original o matriz.

(2) «Otorgamiento» nos parece un término poco apropiado, por ejemplo, para un acta que refleje una declaración de conocimiento o unas operaciones manuales (un sorteo, por ejemplo) presenciadas por el Notario.

Complementado todo esto en sentido negativo, resulta que si los hechos objeto de dación de fe son declaraciones de conocimiento, la dación de fe prueba la realidad de las declaraciones, pero no la realidad de lo declarado. Si los hechos son declaraciones de voluntad, la dación de fe alcanza sólo a tener por ciertas esas declaraciones con el concreto contenido que conste en el documento, pero no a establecer el sentido de lo declarado ni a determinar, por tanto, su eficacia jurídico-sustantiva. La jurisprudencia pacífica se patentiza, por ejemplo, en las SSTs 176/2000, de 24 de febrero (RJ 2000/757), 1210/2000, de 22 de diciembre (RJ 2000/10137) y 1005/2001, de 2 de noviembre (RJ 2001/9642).

B) LOS ARTÍCULOS 17 BIS LN Y 98 LA

10. Procedamos ahora a considerar la segunda *pareja*.

Del artículo 17 bis de la Ley del Notariado importan los siguientes términos de la letra a) del apartado 2:

«Con independencia del soporte electrónico, informático o digital en que se contenga el documento público 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 adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada* de los otorgantes o intervinientes» (la cursiva es nuestra).

E interesan también los términos de la letra b) del mismo apartado 2:

«Los documentos públicos autorizados por Notario en soporte electrónico, al igual que los autorizados sobre papel, *gozan de fe pública y su contenido se presume veraz e íntegro* de acuerdo con lo dispuesto en esta u otras leyes» (la cursiva es nuestra).

El artículo 98 de la LA, interesa en su totalidad. El apartado 1 dice así:

«En los instrumentos públicos otorgados por representantes o apoderados, el Notario autorizante insertará una *reseña identificativa del documento auténtico que se le haya aportado para acreditar la representación alegada* y expresará que, a su juicio, son *suficientes* las facultades representativas acreditadas para el acto o contrato a que el instrumento público se refiera» (la cursiva es nuestra).

El apartado 2 del artículo 98 LA, en la misma línea del artículo 17 bis LN, dispone lo siguiente:

«La reseña por el Notario del documento auténtico y su valoración de la suficiencia de las facultades representativas harán fe suficiente, por sí solas, de la representación acreditada, bajo la responsabilidad del Notario» (la cursiva es nuestra).

Finalmente, el apartado 3 del artículo 98 es del siguiente tenor:

«Deberán ser unidos a la matriz, original o por testimonio, los documentos complementarios de la misma cuando así lo exija la ley y podrán serlo aquellos que el Notario autorizante juzgue conveniente. En los casos de unión, incorporación o testimonio parcial, el Notario dará fe de que en lo omitido no hay nada que restrinja ni, en forma alguna, modifique o condicione la parte transcrita» (la cursiva es nuestra).

11. El artículo 17 bis LN y el artículo 98 LA forman *pareja* con claras afinidades. Por una parte, se trata de reformas parciales o aisladas, que, producidas en el mismo momento histórico, constituyen una legislación que, cuando menos, merece ser calificada de extravagante (en sentido clásico y, probablemente, según veremos, también en sentido coloquial o vulgar). Por otra parte, en ambos miembros de la *pareja* se habla de dar fe o de hacer fe y no de prueba. Asimismo, los dos preceptos tienen en común, como se demostrará, confundir deplorablemente el *objeto* de la *dación de fe* y el *contenido* del documento notarial, como si esto último hubiera de coincidir del todo con lo primero.

Veamos estos dos preceptos con detalle.

C) EL ARTÍCULO 17 BIS LN: SU INTERPRETACIÓN EN RELACIÓN
CON LOS ARTÍCULOS 1218 DEL CC Y 319.1 LEC

1. *Análisis del artículo 17 bis LN*

12. Por lo que respecta al artículo 17 bis LN, en primer término llama la atención que, pese a tratarse de un precepto relativo a los «documentos públicos notariales» en general, la redacción responde más bien a lo que sería propio de los documentos notariales que, en concreto, materializan negocios jurídicos (las escrituras, entendidas como especie y no como denominación genérica del documento notarial).

Pero, en segundo término, asombra —a la luz de la *communis opinio* sobre el objeto de la dación de fe— que literalmente se pretenda imponer un deber de dar fe respecto de varios extremos en absoluto perceptibles por los sentidos del fedatario. Así, por un lado, dar fe de una cualidad del ánimo y

de la voluntad, como es la libertad del consentimiento y, por otro, dar fe de algo inmaterial como la adecuación a la legalidad o la adecuación a la voluntad debidamente informada. Además, la expresión «debidamente informada» entraña un juicio doble: primero, acerca del acierto de la actividad informadora y, segundo, acerca de la buena comprensión de la información por su receptor.

Parece obvio que el Notario no puede conocer el estado de libertad plena con el que una persona presta su consentimiento o realiza una declaración y sólo podría percibir que esa persona dice actuar libre o debidamente informada.

En cuanto a la adecuación a la legalidad, ningún fedatario —en rigor, nadie, sea o no fedatario— percibe por los sentidos una tal cualidad de una declaración o de una manifestación de voluntad. Lo que le cabe al fedatario es dejar constancia de su personal juicio sobre legalidad, juicio llevado a cabo por el fedatario, pero no en cuanto tal, sino en cuanto conocedor del Derecho.

El documento del Notario puede dejar constancia de que, como dice el precepto, «a su juicio», los comparecientes tienen «capacidad y legitimación». En cambio, no puede dar fe de la capacidad y de la legitimación. Y acerca de la libertad y de la legalidad, el documento notarial puede también expresar los juicios del fedatario, pero lo que el precepto dice resulta imposible: sobre capacidad, legitimación, libertad y legalidad no cabe dación de fe, porque, insistimos, ésta se proyecta sólo sobre lo que es perceptible por los sentidos externos.

13. Ocurre, además, con el artículo 17 bis LN, que si la dación de fe de la letra *a*) del apartado 2 fuese auténtica y, por tanto, hiciese prueba plena, resultaría difícil de explicar lo que se afirma en la letra *b*) del mismo apartado y precepto, a saber: que el contenido del documento «se presume veraz». Aunque se defendiese y se estableciese que no estamos en presencia de una genuina presunción —que exige dos hechos: el indicio o «base» y el presunto—, parece poco dudoso que la presunción de veracidad significa posibilidad de demostrar el error o falsedad, algo semejante a la posible prueba en contrario de las auténticas presunciones *iuris tantum*. Mas, en tal caso, quedaría menoscabada la prueba *plena* sobre hechos que sean objeto genuino de la dación de fe. Así, pues, la índole defectuosa del artículo 17 bis LN llega hasta el extremo de contener disposiciones contradictorias (3).

(3) La contradicción que señalamos no se disuelve o desaparece a base de entender que la «presunción de veracidad» significa que el valor probatorio del documento público notarial, aportado al proceso por copia auténtica, depende de la no impugnación intraprocesal de la autenticidad de la copia o de que no se pida y obtenga la declaración jurisdiccional de falsedad. Que la copia auténtica de un documento notarial haga «prueba plena» significa, no que esté *permitido* tener como cierto el hecho objeto de la dación de fe, sino que es *exigible* al juzgador fijar la certeza procesal de ese hecho. Cuando cabe «prueba

2. *Interpretación del artículo 17 bis LN junto con los artículos 1218 CC y 319.1 LEC: prevalencia del constante entendimiento de estos últimos preceptos en cuanto a la eficacia de la dación de fe*

14. El artículo 17 bis LN consta de ocho apartados. Sólo el primero y los seis últimos se refieren específica y únicamente al documento notarial en soporte electrónico con firma electrónica avanzada del Notario. La justificación general del artículo 17 bis LN es, a todas luces, introducir un precepto nuevo para una realidad nueva: los soportes electrónicos y la denominada firma electrónica avanzada. La Ley 24/2001 no ha querido modificar y no ha modificado ningún precepto del Código Civil ni de la Ley del Notariado, de 1862: se ha limitado a *añadir* un precepto nuevo a este último cuerpo legal.

Sentado lo anterior, que consideramos indiscutible, nótese que todos los puntos que, en relación con el artículo 17 bis LN, se han analizado y criticado no se refieren específicamente al documento notarial electrónico con firma electrónica (simple o avanzada) del Notario, sino a cuanto, con ocasión de ocuparse de estas novedades, se dice sobre cualesquiera documentos notariales, sea cual sea su soporte. Resulta claro, por tanto, que la oportunidad de legislar sobre la firma electrónica del Notario y el documento electrónico así firmado ha sido aprovechada, en uno (el 2) de los ocho apartados del artículo 17 bis LN, para formular afirmaciones generales acerca de los documentos públicos notariales.

Esas afirmaciones carecen, como se ha visto, de precisión y de rigor técnico-jurídico. Si, además de este grave defecto, se repara en que, como se acaba de señalar, la Ley 24/2001 no modifica ni el CC ni la misma LN, resulta fuera de duda que los dislates expresivos de ese único apartado, el segundo, del artículo 17 bis LN, no pueden prevalecer sobre la debida interpretación de los artículos 1218 del CC y 319.1 LEC, que, según se dijo, es pacífica en la jurisprudencia y la doctrina científica (cfr. *supra*, núm. 9).

Por supuesto, las disposiciones de los apartados 1 y 3 a 8 del artículo 17 bis LN valdrán lo que soporte su *ratio iuris*, que no es objeto de este trabajo.

en contrario» no se está apuntando al cotejo de la copia con el original o a la declaración jurisdiccional de falsedad, sino a que lo que se presume sólo *puede* ser tenido como cierto, siempre a expensas de que no se pruebe, por otros medios de prueba cualesquiera: a) la certeza negativa del hecho (es decir, que no se ha producido); b) la certeza positiva de hechos incompatibles con el hecho presunto; c) la inexistencia en el caso de «enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano» (arg. arts. 383 y 386 LEC).

D) ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 98 LA: LO QUE QUISO EL LEGISLADOR
Y EL IMPOSIBLE QUE EL PRECEPTO PRETENDE

15. En cuanto al artículo 98 LA, ya nos ocupamos de él en otra ocasión (4). Pero ahora podemos desarrollar el núcleo de nuestro anterior trabajo, una vez confirmada la solidez de ese núcleo, no sólo por no haberlo cuestionado nadie, sino por haber sido expresamente reconocido como certero cuando se ha discrepado del conjunto de dicho trabajo (5). Prescindiremos aquí de aspectos no determinantes de la interpretación (6) y de algún anterior argumento colateral (7) susceptible de matización, pero añadiremos nuevas consideraciones y ofreceremos conclusiones perfiladas.

16. El apartado 1 del artículo 98 LA no suscita, en sí mismo y por sí solo, especial problema de inteligibilidad. Las cuestiones problemáticas surgen cuando este apartado 1 del artículo 98 LA se pone en relación con el

(4) Cfr. nuestro trabajo «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*, núm. 10, octubre de 2002, págs. 19-25.

(5) Cfr. MONTERO AROCA, «La justificación y la prueba de la existencia y de la suficiencia de la representación en el proceso», en *Diario La Ley*, núm. 5748, del jueves 27 de marzo de 2003, págs. 1 a 8.

(6) En concreto, de la improcedencia de que el Notario dé fe de su propia identidad y de su propia presencia. El artículo 139 del RN, en sede de «incompatibilidades», permite que los Notarios, con la antefirma «por mí y ante mí», autoricen escrituras en las que sólo contraigan obligaciones o extingan o pospongan «derechos a su favor» y, en concreto, les permite autorizar su propio testamento, poderes de todas clases, cancelación y extinción de obligaciones, así como otros actos o contratos en que sean parte la esposa (o el marido) del Notario y ciertos parientes. Es claro, por tanto, que los Notarios pueden dar fe de su presencia, de su identidad y de sus declaraciones de voluntad. Sigo pensando, no obstante, que, aunque sea legal, resulta jurídicamente heterodoxa esa intervención del Notario *in re sua*. Si, como establece ahora el artículo 17-bis LN, el Notario emite juicios de capacidad, de legitimación y de adecuación a la legalidad, ¿es razonable que el Notario juzgue su propia capacidad en asunto de su propio interés? Se trataría de un enjuiciamiento en el que coincidirán el juez y la parte, lo que no suele reputarse jurídicamente impecable.

(7) Es innegable que, como recuerda MONTERO AROCA (*op. cit.*, págs. 3 y 4), el antiguo «bastanteo» de los poderes «para pleitos», a cargo de un Abogado (casi nunca el asesor de la parte procesal), debía suponer un juicio del Abogado respecto de la suficiencia en relación con determinadas actuaciones procesales, cosa distinta del juicio notarial sobre la representación. Lo que tampoco es dudoso es que al Notario, en cuanto conocedor del Derecho, podía habersele atribuido ese juicio de suficiencia siempre que se otorgasen poderes especiales para pleitos, pero nadie pidió tal atribución, como argumento contra el «bastanteo». Nada impedía que, en el caso de los poderes especiales, el poderdante manifestase al Notario para qué fin procesal pretendía utilizarlo y el Notario juzgase sobre la suficiencia, dejando constancia de su juicio. Nótese que, según el artículo 17-bis LN, se exigen del Notario juicios jurídicos que parecen tan teñidos de relatividad como el que exigiría un «bastanteo» que se hubiese tomado en serio.

apartado 2. Pero, a nuestro entender, es inteligible lo que el precepto impone al Notario: insertar una reseña identificativa del documento auténtico que se le haya aportado para acreditar la representación alegada y expresar «que, a su *juicio*, son suficientes las facultades representativas acreditadas para el acto o contrato a que el instrumento público se refiera». Por si el tenor literal del apartado 1 no bastara, la RDGRN, de 12 de abril de 2002, señala que «este sistema de reseña del documento acreditativo y expresión de la valoración de la suficiencia de la representación es imperativo, por cuanto la Ley lo impone como obligación y no como facultad del Notario autorizante, de modo que una y otra exigencia son, en todo caso, imprescindibles y no quedan cumplidas —añade— por la mera transcripción o incorporación, total o parcial, del documento representativo aportado con omisión de la expresión de dicha valoración...».

A la pregunta sobre el por qué de la obligatoriedad de la reseña viene a ofrecer respuesta la misma RDGRN, acto seguido de lo que se acaba de transcribir, cuando habla de «un estéril encarecimiento» consiguiente a la incorporación o transcripción. Tenemos así confirmación expresa del propósito del legislador al incluir este artículo 98 en la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de «Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social»: *abatar los costes notariales de cientos de miles de negocios jurídicos* (8). No se debe perder de vista este dato a lo largo del análisis crítico de los problemas y a la hora de ofrecer respuestas razonables.

17. Decíamos que los graves problemas surgen cuando el apartado 1 del artículo 98 LA se pone en relación con el apartado 2 del mismo precepto. Ocurre, en efecto, que, según este apartado 2, la reseña identificativa del documento y el juicio o valoración del Notario —dos elementos absolutamente heterogéneos— «*harán fe* suficiente, por sí solas, de la *representación acreditada*». Resulta indiscutible que en esta frase se usa el concepto «hacer fe» por su relación con la noción de «dar fe», expresamente utilizada en el apartado 3 del mismo artículo 98 LA. Esto sentado, pasamos a examinar con detalle el precepto.

De entrada, volvemos a señalar algunos pormenores poco afortunados de esa norma positiva, como la adjetivación de «suficiente» respecto de la fe pública y los términos «por sí solas». Porque ni se entiende que el «hacer fe» pueda ser «insuficiente» o «suficiente» ni puede encontrarse justificación técnico-jurídica para la enfatización «por sí solas». Después, constituye un dislate escribir que una «representación *acreditada*» sea objeto del «hacer

(8) Existían y existen otros modos de lograr esa laudable finalidad, sin crear los problemas que, como se verá enseguida, suscita el artículo 98 LA. Dejando a un lado una reforma del sistema retributivo de las actuaciones notariales, hubiera podido —y aun podría— imponerse lo que permite el artículo 166 RN.

fe»: carece de sentido que se dé y se haga fe sobre algo *acreditado* (9). Pero lo principal es que la representación, como cualidad jurídica resultante de un mandato representativo, en modo alguno puede ser objeto de una dación de fe y, por ende, la dación de fe —que siempre, como se ha dicho, se proyecta sobre hechos— no puede engendrar nada distinto de la certeza sobre hechos. De lo que el Notario podría dar fe es de hechos constitutivos del negocio jurídico que determina la existencia de representación. Veremos más adelante si esto es, en realidad, lo que hace el Notario conforme al artículo 98.2 LA.

18. Dejemos claro, con carácter preliminar, nuestro reconocimiento de que la dación de fe no es la única función del Notario. Cuando se producen ante él declaraciones de voluntad (e incluso de conocimiento) con relevancia jurídica, el Notario pone en juego su ciencia jurídica, a distintos efectos, que es innecesario exponer aquí. No se quiere negar que el Notario pueda llevar a cabo una valoración jurídica o que incluso deba hacerlo, por imperativo de un precepto legal. Lo que aquí se pretende es insistir en que no deben confundirse, mezclarse o implicarse descuidadamente dos acciones de diversa naturaleza: la dación de fe y el asesoramiento jurídico.

Así, pues, cabe que el documento notarial se integre o complete con la expresión de un juicio de suficiencia a cargo del Notario. Pero ni este juicio de suficiencia constituye dación de fe ni es, en rigor, objeto de dación de fe, porque un juicio no es un hecho perceptible por los sentidos. Es suficiente, por lo demás, con la expresión por el Notario de su juicio o dictamen.

19. El apartado 3 del artículo 98 de la Ley 24/2001 incurre en un error semejante al que se acaba de señalar. Cuando ese precepto dispone que «en los casos de unión, incorporación o testimonio parcial, *el Notario dará fe de que en lo omitido no hay nada que restrinja ni, en forma alguna, modifique o condicione la parte transcrita*», parece —sólo es apariencia— que el fedatario testificaría cualificadamente un hecho: «no hay nada...». Pero, bien mirado, no es así. Porque que «no hay nada que *restrinja ni, en forma alguna,*

(9) *Hacer fe* por un Notario connota *prueba plena* y, por tanto, fundamento de la fijación de la *certeza*, mientras que, en el ámbito de la técnica jurídica procesal, *acreditar* significa *semiplena probatio*, es decir, fundamento de un juicio de *probabilidad cualificada*. Está claro que el artículo 98.2 LA no utiliza el término «acreditar» en sentido propio según la técnica jurídica. Y es casi seguro que al hablar de «representación acreditada» como objeto de la dación de fe y del «hacer fe» el precepto quiere significar que la representación de la que se da fe (?) es precisamente la que derive de los documentos que el Notario haya tenido a la vista y que tiene que haber reseñado. Pese a esta explicación, el tenor literal sigue siendo desafortunado, porque, literalmente, parece que habría una suerte de misteriosa eficacia de la dación de fe, consistente en convertir en procesalmente cierto lo que fuese ya muy probable. Y no es eso lo que sucede. La dación de fe determina por sí sola, de ordinario, la certeza procesal de lo que sea genuino objeto de esa dación de fe, aunque previamente no hubiese elementos que fundamentasen un juicio de probabilidad, simple o cualificada.

modifique o condicione la parte transcrita» exige un juicio, que, concretamente, consistiría, dicho esquemáticamente, en una valoración jurídica (no restricción, modificación o condición) sobre elementos fácticos (parte no transcrita de uno o varios documentos). Así, pues, en su apartado 3 el artículo 98 pretende nuevamente —y aquí con expresión clarísima: «el Notario dará fe...»— que el Notario ejerza como fedatario de un juicio y, por añadidura, de un juicio propio.

Insistimos en que un Notario puede, desde luego, hacer constar en un instrumento público un juicio o apreciación suya. Puede, por tanto, dejar afirmado que, a su juicio, no hay en la parte no transcrita de un documento «*nada que restrinja ni, en forma alguna, modifique o condicione la parte transcrita*». Lo que ha de quedar meridianamente claro es que esa afirmación no está comprendida en el ámbito de la dación de fe. El Notario no da fe de su propio juicio: sencillamente lo expresa o asevera. El resultado es el mismo: consta sin lugar a dudas que el Notario ha emitido un juicio en una determinada fecha, pero que los efectos sean iguales no debe confundirnos sobre las causas. El documento notarial deja indiscutible constancia del juicio del fedatario, pero los elementos fácticos en que se basa el juicio sólo quedarán probados si son objeto de la dación de fe, en sentido estricto.

20. Una mirada al artículo 166 del Reglamento Notarial (en la redacción dada por el Decreto 2310/1967, de 22 de julio) ayuda a remachar lo anterior. Como se verá de inmediato, la semejanza del contenido de este precepto reglamentario con el apartado 3 del artículo 98 LA no precisa explicación, pero la diferencia es sumamente ilustrativa. El citado Reglamento, tras prescribir que, respecto de los documentos fehacientes que acrediten la representación, «basta con que de dichos documentos se inserte lo pertinente», añade: «*aseverando el Notario que en lo omitido no hay nada que amplíe, restrinja ni, en forma alguna, modifique o condicione la parte transcrita*».

El artículo 166 RN resulta atinado en su expresión porque *aseverar* es actividad distinta de *dar fe*. Aseverar (10) es, cabalmente, lo que sí puede hacer un Notario: afirmar algo y, en el caso que nos ocupa, afirmar o expresar un juicio propio. El texto del Reglamento prueba que, hasta el artículo 98 LA, en el ámbito del Notariado mismo no se confundían las narraciones de hechos presenciados (sobre los que recaía la dación de fe) y los juicios emitidos.

21. El error craso del artículo 98 LA estriba, a la postre, en pretender este imposible: que la eficacia de la dación de fe (cuyo objeto es necesariamente un hecho) consista, no en producir certeza sobre hechos presenciados

(10) Según el DRAE, «aseverar» es «afirmar o asegurar lo que se dice» y, de ser acertada la indicación terminológica (no siempre acierta el DRAE), resulta que esa palabra castellana proviene de la latina *asseverare* y ésta, a su vez, de *ad* y de *severus*, no de *verus*, verdadero.

por el Notario, sino en dotar de fuerza —y, por añadidura, de *fuerza probatoria*— a un juicio (jurídico, por ende). Así, se confunden y se mezclan el plano de la certeza histórica sobre hechos con otros dos planos muy distintos: el del acierto o el desacierto de un quehacer valorativo y el de la eficacia jurídica (validez, nulidad, etc.).

E) LA BÚSQUEDA DE UN SENTIDO ACEPTABLE PARA EL ARTÍCULO 98 LA

22. En ocasión anterior conjeturamos que, para intentar neutralizar cuanto se lleva dicho, quizá se lanzaría un reproche de conceptualismo o formalismo. No ha habido tal reproche explícito. Pero acertamos al pensar que, frente a nuestra crítica, podría argüirse que, por encima de un desacierto expresivo (11), el artículo 98 de la Ley 24/2001 tiene un significado claro: dotar de eficacia jurídica a un juicio notarial, llevado a cabo a partir de documentos presentados ante el fedatario público y añadido a una dación de fe en sentido estricto.

Pensamos que se vendría a defender que, por encima de sus términos literales, el artículo 98 LA dispone algo acertado: la atribución de una determinada eficacia jurídica —la probatoria— a la asociación de la dación de fe y de la formación jurídica del Notario. Se nos dice, en efecto, que en el artículo 98 LA no habría ningún imposible, ni fáctico ni jurídico: porque, además de dar fe, el Notario puede valorar y la ley puede otorgar eficacia a esa valoración. Y se añade algo decisivo, a saber: que esa concreta eficacia jurídica atribuida es razonable.

23. Así, pues, se ha de revisar la racionalidad del artículo 98 LA o, lo que es igual, hemos de preocuparnos de su *ratio iuris*. Pero, antes de examinar la posible *ratio iuris* de anudar a la conmixtión de dación de fe y juicio jurídico la concreta eficacia prevista en dicho artículo 98 LA, resulta sumamente oportuno volver sobre la cuestión del *fundamento de la ley* (de cualquier ley). Nuestra posición acerca de dicho fundamento era y sigue siendo ésta: que, salvo que se acoja una noción meramente formal de ley, una ley sin *ratio iuris* no es una ley verdadera. Podremos vernos obligados a acatarla o a soportar que se aplique, a causa de la amenaza de unas consecuencias negativas, pero no seremos destinatarios de un genuino precepto jurídico, que no existirá. Con todo respeto a quienes discrepen, entiendo que esta posición me parece mucho más sólida que aquella consistente en sentar el siguiente

(11) Añadimos: «cuya gravedad cabría incluso admitir» (cfr. «Sobre el objeto y eficacia de la dación de fe notarial...», *cit.*, pág. 22). La discrepancia con nuestro análisis se ha producido y publicado, como ya se ha dicho, pero sin admisión de los muy graves errores expresivos del artículo 98 LA. Esto nos parece verdaderamente notable.

axioma: cuando aparece un precepto legal nuevo, necesariamente ese precepto ha de tener un significado aceptable.

Las normas positivas desprovistas de fundamento racional pueden incurrir en el error de disponer imposibles. Si es así, esos preceptos carecerán de eficacia. Porque, por imperativo de la física y de la metafísica, lo imposible no puede ser.

24. Hay que insistir, por lo demás, en que la ausencia de autenticidad jurídica en una norma positiva no es algo concerniente sólo a la ética y a la iusfilosofía, sin relevancia en el plano de la técnica jurídica y, en concreto, en el de la interpretación y la aplicación del Derecho. Me parece cuasi-evidente que los pseudo-preceptos no pueden tener el mismo valor que las normas jurídicas genuinas a la hora de la interpretación (sistemática y teleológica) de las normas positivas, algunas de ellas —como el art. 98— implicadas con amplias facetas del Ordenamiento jurídico.

1. *«Reseña identificativa» limitada al documento mismo, juicio notarial de suficiencia y «prueba de la representación»: imposibilidad de un entendimiento racional del artículo 98 LA*

25. Sentado lo anterior, cabe intentar responder al interrogante sobre el posible fundamento jurídico —racional y prudencial, por tanto— del artículo 98 de la LA, si se insiste en entender que, por encima de sus erróneos términos, puede atribuir a la dación de fe y a la emisión de un juicio, la concreta eficacia de una prueba plena de la representación.

La posible eficacia razonable de la dación de fe no presenta problema alguno: de lo presenciado por el fedatario, el documento público hace prueba plena. Por tanto, queda probado que le ha sido aportado al Notario al menos un concreto documento acreditativo de representación. Este documento es el objeto de una «reseña identificativa». Pero si esta «reseña» sólo identifica el documento y no su contenido, siquiera sea en los particulares o extremos relevantes, la dación de fe notarial no se proyectaría en absoluto sobre hechos constitutivos de la representación. En tal caso, la eficacia *probatoria* de esos hechos *ex* artículo 98 LA se querría hacer derivar del juicio de suficiencia emitido por el Notario. Mas, como quiera que el juicio de suficiencia no es dación de fe y tampoco al expresarlo se da cuenta de un hecho constitutivo de la representación, la cuestión de un fundamento *razonable* para la eficacia que el artículo 98 LA pretende tener —hacer prueba de «la representación acreditada»— se revela como infinitamente problemática o, más precisamente, como imposible de responder (12).

(12) Ya dije en ocasión anterior que, al no ser autor o inspirador del artículo 98 LA y al no estar en posesión de información privilegiada sobre la gestación de su tenor literal

26. Si, según la letra del artículo 98 LA, el calificativo «identificativa» se refiriese al documento y sólo a él, la prueba de la representación (lo diremos así para abreviar, pues la prueba sería, como se ha precisado, de los hechos constitutivos de la representación), que el artículo 98 LA parece querer como efecto, habría de derivar, no, desde luego, de la dación de fe, sino de algo muy distinto, esto es: de la imposición legal de una suerte de deber de prestar adhesión de fe al Notario. Y fe en dos distintos aspectos: en que el documento meramente identificado contiene una atribución de facultades representativas, primero; y, en segundo lugar, fe en que el Notario acierta al juzgar suficientes esas facultades para el acto o contrato de que se trate.

Si, por un lado, la expresa constancia en el documento notarial de facultades representativas es sustituida por la mera afirmación del Notario en el sentido de que esas facultades existen y han sido conferidas documentalmente, y si, por otro lado, se decide que esa afirmación del Notario resulta indiscutible o inatacable, una consecuencia fáctica insoslayable es la imposibilidad de cualquier comprobación de la realidad de las facultades representativas por cualquier sujeto jurídico al que se presente un documento notarial confeccionado según esa interpretación del artículo 98 LA.

Veremos después si resulta razonable desembocar en una tal situación. Ahora, examinemos el posible fundamento de la imposición legal del juicio de suficiencia relativo a las traídas y llevadas facultades de representación.

27. Ya en ocasión anterior afrontamos el interrogante sobre la pretendida fuerza vinculante de la valoración o «juicio de suficiencia» efectuado por un Notario. Insistimos en nuestra respuesta: sí, a los muy distintos efectos que cabe imaginar como posibles, un instrumento público, presentado en los correspondientes diversísimos ámbitos de eficacia, resultara indiscutible para los diferentes profesionales y servidores públicos, muchos de ellos con titulación jurídica de grado superior, intervinientes en aquellos ámbitos, el fundamento de tamaña virtualidad habría de consistir en atribuir o reconocer una enorme superioridad jurídica de los Notarios, precisamente en todos y cada uno de los ámbitos aludidos.

Sin embargo, ni la legalidad ni la realidad social avalan ese fundamento.

—la crónica del debate parlamentario no esclarece el asunto—, no me era exigible precisar con el mayor afinamiento la eficacia que la Ley 24/2001 querría atribuir al juicio de suficiencia emitido por el Notario. Cuando sostengo razonadamente que, en sus propios términos, el artículo 98 LA dispone un imposible y, por tanto, algo jurídicamente absurdo, tal convicción es incompatible con el hallazgo de un satisfactorio sentido razonable del citado precepto. Por todo esto, en la aludida ocasión sólo pude someter a análisis y poner a prueba una tesis ajena de índole maximalista, según la cual, la eficacia del juicio de suficiencia sería absoluta o general, es decir, vincularía, en principio, a todos, con la única salvedad (¡faltaría más!) de su destrucción judicial directa, por la vía de la pretensión y consiguiente declaración jurisdiccional de la falsedad.

28. Es de señalar, ante todo, que no cabe encontrar, ni en la Ley 24/2001 ni en sus antecedentes conocidos, elemento alguno en el que fundar la idea de que dicha Ley ha querido modificar sustancialmente la naturaleza y funciones del Notariado en España.

Diríase, más bien, que el precepto que nos viene ocupando, el artículo 98 LA, parece redactado tomando como punto de partida las funciones que a los Notarios corresponden conforme a su Ley y Reglamento, que la Ley 24/2001 no cambia radicalmente, porque, como se ha repetido, el cambio se limita al ya examinado 17 bis LN.

29. En cuanto a la autoridad jurídica de otros servidores públicos, bastarán algunos ejemplos. Los miembros del Ministerio Fiscal tienen como función, constitucional y estatutariamente reconocida (arts. 124.1 CE y 1 EOMF), la defensa de la legalidad. Eso, sin embargo, no confiere a sus informes, dictámenes, escritos, etc., una especial autoridad jurídica, ni siquiera en el caso de que su posición procesal vincule, de alguna manera, por disposición legal, al Juez o a los Magistrados miembros de un Tribunal colegiado.

Nada distinto hay que decir de Abogados del Estado, Letrados de Cortes, Letrados del Consejo de Estado y otros servidores públicos con específicas funciones de asesoramiento jurídico, que la Ley 24/2001 no modifica. A todos ellos incumbe respetar y defender el principio de legalidad y, a muchos de ellos se dirigen específicamente las exigencias del artículo 103 CE. Pero no por eso los juicios jurídicos de todos esos funcionarios son legalmente in cuestionables, sino cuestionables y, de hecho, son cuestionados.

30. Como ya dijimos en otro momento, los Notarios gozan de merecido reconocimiento social por su formación jurídica, pero no hay, a nuestro parecer, una atribución general de mayor *auctoritas* al conjunto de los Notarios que a la generalidad de los funcionarios titulados en Derecho que se acaban de citar o de aludir. En la sociedad hay —y los miembros del cuerpo social así lo reconocen— profesionales del Derecho, de un tipo y otro, con mayor o menor prestigio personal. Y en la sociedad se encuentran personas que, por su formación, experiencia y otros diversos motivos, pueden considerar más preparados a una clase de profesionales que a los de otra clase, pero, a nuestro entender, no existe un «ranking» de prestigio jurídico, generalmente reconocido como acertado.

31. Volvamos a la situación descrita como hipótesis *supra*, número 26 *in fine*, es decir, al supuesto de imposibilidad legal de cualquier comprobación de la realidad de las facultades representativas por cualquier sujeto jurídico al que se presente, *ex* artículo 98 LA, un documento notarial en que la «reseña identificativa del documento» se limite a establecer cuál es éste, pero sin hacer constar su contenido.

Por un lado, hemos puesto de manifiesto varios e importantes defectos de fundamentación o justificación intrínseca de esa situación hipotética. Y, por

otra parte, tal situación vendría a chocar violentamente con las funciones y deberes que distintas parcelas de nuestro Ordenamiento Jurídico atribuyen e imponen a diferentes servidores públicos. Como quiera que el artículo 17 bis LN y el artículo 98 LA no sólo han de entenderse, por cuanto se lleva expuesto, en armonía con los artículos 1218 CC y 319 LEC, con insoslayable prevalencia del pacífico sentido de estos últimos preceptos, sino que, además, la Ley 24/2001 en absoluto modifica las aludidas parcelas del Ordenamiento Jurídico, menoscabando las funciones de aquellos servidores públicos o disminuyendo sus deberes, es obligado rechazar la hipótesis y abandonar sus presupuestos.

Dicho con otras palabras: se impone negar tajantemente que el artículo 98 LA pueda entenderse de suerte que con una «reseña identificativa» limitada al documento mismo (que se dice) acreditativo de una representación, ésta (*rectius*: sus hechos constitutivos) quede probada plenamente o *erga omnes*, convirtiéndose en universalmente indiscutible.

2. *La «reseña identificativa» del contenido del documento, con expresión clara y completa de las facultades representativas que consten en el documento reseñado: juicio notarial de suficiencia y «prueba de la representación»: una interpretación del artículo 98 LA*

a) *Reseña completa y fiel del contenido del documento, dación de fe y eficacia probatoria*

32. No son pocos los que, al ocuparse del artículo 98 LA, han señalado que la «reseña identificativa» no puede limitarse a identificar el documento en que aparece el otorgamiento de representación (por más que eso sea cabalmente lo que, *ad pedem litterae*, dice el artículo 98 LA: «reseña identificativa del documento»). En ese sentido, haremos uso por una vez de la ya citada RDGRN, de 12 de abril de 2002, en la que literalmente se lee: «...el Notario autorizante deberá indicar somera, pero suficientemente, los datos de la escritura en cuya virtud se confirieron las facultades representativas, la suficiencia, el ámbito o extensión de éstas y las circunstancias que acrediten la subsistencia de las mismas (hecho de la exhibición al Notario de la copia autorizada o en su caso datos de inscripción en el Registro Mercantil)».

Y, con mayor precisión, se expresa la DGRN en el siguiente párrafo: «La «reseña identificativa» del documento mediante el que se acredite la representación habrá de consistir en una sucinta narración de las señas distintivas del documento auténtico que se haya exhibido, y en una *relación o transcripción*

somera pero suficiente de las facultades representativas» (13) (la cursiva es nuestra).

33. Se viene a defender, así, que la «reseña identificativa» sea una reseña comprensiva, sí, de la identificación del documento, pero también de su contenido y que, en concreto, dé cuenta de las específicas facultades representativas conferidas, a lo que se añadirá el juicio de suficiencia relativo al caso.

De este modo, el Notario, en vez de limitarse a afirmar que el documento identificado atribuye facultades representativas, con el añadido de su juicio sobre la suficiencia de ellas, expresaría las facultades representativas conferidas en el documento que tiene a la vista. No habría que prestar fe plena al Notario, respecto de elementos fácticos jurídicamente relevantes, pero no contenidos o reflejados en el documento notarial, sino que el Notario daría fe y cabría estar al contenido del documento en la medida en que de ese contenido se diera fe. Porque, como quiera que la dación de fe obliga al Notario, con mucha frecuencia, a utilizar su propio lenguaje, cabría sostener que, aun cuando no se siguiese la vía de la «somera transcripción», el Notario estaría dando genuina fe de un documento mediante una reseña del contenido de ese documento, siempre que la reseña fuese certera y cabal.

No se debe silenciar, empero, que cuando ha de darse fe, no de un estado de cosas o de unas expresiones verbales o de unas operaciones materiales, que el Notario presencie, sino del contenido de un documento que el fedatario tiene a la vista, resulta difícilmente imaginable —dicho eufemísticamente— un modo mejor, más seguro y más fiel, que la transcripción del tenor literal de ese documento en los extremos que interesen. Así se logra, a la vez, eludir errores y abaratar los costes notariales respecto de la transcripción de todo el documento o su incorporación (*vid.* núm. 16 *in fine*).

Cabe aceptar esas bases, aunque ese entendimiento de la «reseña identificativa» no elimina el craso error en que incurre el artículo 98 LA al pretender que la *reseña y la valoración o juicio de suficiencia prueban* la representación (o *hacen fe* de ella). Pero si se prescinde del juicio de suficiencia, relevante sólo a efectos de responsabilidad del Notario, se puede sostener que

(13) Véanse con estos párrafos cómo, según dijimos *supra*, nota 1, la RDGRN es muy defectuosa, incluso en gramática y sintaxis. Las facultades representativas no se confieren en *virtud* de la escritura ni de los *datos* de ésta, pese a los términos de la Resolución. Y, además, parece enteramente lógico que primero se dé cuenta del ámbito o extensión de las facultades de representación y, después, se exprese el juicio de suficiencia y no, como dice la RDGRN, al revés. Finalmente, ni se entiende que la indicación de unos *datos* haya de ser «somera» (si se precisa cuáles son los datos, la indicación deja de serlo cuando se dice cualquier cosa que no sea comunicar los datos) ni menos aún parece que este mismo adjetivo sea aplicable a una «transcripción». Estas *pequeñeces* son, obviamente, pequeñas cosas, pero son también sumamente significativas.

una reseña del contenido del documento, cuando sea fiel a ese contenido, constituye un ejercicio de verdadera dación de fe y, por tanto, es susceptible de poseer genuina fuerza probatoria. Si los hechos documentados y *debidamente reseñados* son los del otorgamiento de facultades representativas, el documento notarial reseñante acreditará o probará los hechos constitutivos de la representación.

- b) Problemas derivados del artículo 98 LA cuando la «reseña identificativa» comprende el contenido del documento: el debido respeto al ejercicio de las funciones judiciales y administrativas legalmente atribuidas y a las correspondientes facultades de determinación de hechos

34. Sin embargo, el artículo 98 LA, además de grave e incorregiblemente erróneo en su formulación, constituye un semillero de problemas y dificultades en la medida en que la «reseña identificativa» no sea —o no parezca que es— cabal o completa. Si no tiene o no presenta esas características, podrá aducirse con fundamento que el documento notarial que contiene la reseña no da fe y no acredita o no prueba los hechos constitutivos de la representación.

35. Además y sobre todo, aun confeccionado el documento notarial con reseña cabal o completa del documento en el que constan conferidas facultades representativas, subsiste la cuestión de si el artículo 98 LA puede menoscabar los deberes y facultades de comprobación de hechos y, en su caso, de fijación de su certeza, que diversas normas atribuyen a los Tribunales de Justicia y a los más diversos órganos y autoridades administrativos. Nos referimos a la Constitución y las leyes procesales respecto de la determinación de los hechos relevantes en procesos de todo tipo, así como a un sinnúmero de leyes administrativas, que, para la consecución de fines públicos y privados innegablemente legítimos y para la satisfacción de derechos, imponen a las Administraciones Públicas (la del Estado, las Autonómicas y Municipales, las tributarias, etc.) tener por ciertos algunos hechos. El menoscabo se daría si los titulares de los órganos jurisdiccionales y administrativos se encontraran, a causa de la aplicación del artículo 98 LA, con posibilidades de comprobación o fijación de hechos menores que las anteriores a la vigencia de ese precepto legal.

Sin duda, una línea argumentativa para afrontar esta cuestión es negar radicalmente que el artículo 98 LA, interpretado como ahora lo hacemos (esto es, con una reseña identificativa del documento mismo y también de su contenido pertinente), pueda conllevar una disminución de las posibilidades o facultades de determinación de hechos. Se aduciría que mientras que una

reseña identificativa limitada al documento sin duda afectaría negativamente a esas posibilidades o facultades, una reseña fiel y completa del *contenido* del documento, en cambio, equivale plenamente a la incorporación o transcripción de ese documento en que consta la atribución de facultades.

A nuestro entender, una cosa es admitir que la reseña fiel y cabal del contenido pertinente de un documento constituye una manifestación de dación de fe y es idónea para surtir efectos acreditativos y probatorios y otra cosa, bien distinta, casi constitutiva de negación de lo evidente, es sostener que la reseña, que puede no hacerse mediante transcripción parcial (puede hacerse así, pero también, DGRN *dixit*, por *indicación* «somera, pero suficientemente los datos de la escritura en cuya virtud se confirieron las facultades representativas» o por *relación* de dichas facultades), no supone una limitación del conocimiento sobre el documento reseñado respecto de su incorporación, de su transcripción completa e incluso respecto de la transcripción parcial.

36. Esto sentado, se impone negar que el artículo 98 LA pueda originar un menoscabo de las facultades de comprobación y determinación de hechos por parte de los órganos jurisdiccionales o de organismos y entidades administrativas. Y la negación se impone porque, en primer término, el propósito o *ratio* —o si se prefiere, el común denominador de las *rationes iuris* de sus preceptos— de la Ley 24/2001 no supone ni requiere ni guarda relación alguna con un cambio de atribuciones o de modo de proceder, tanto en los procesos jurisdiccionales como en los procedimientos administrativos. En segundo lugar y complementariamente, porque no existe ningún indicio de que al aprobarse la Ley 24/2001 se tuviese conciencia de esos cambios, que, desde luego, la misma Ley 24/2001 no introdujo clara y expresamente, cuando pudo hacerlo.

- c) *Ámbito y límites de la eficacia acreditativa y probatoria del documento notarial confeccionado con arreglo al artículo 98 LA.*
Ámbito de la utilidad indiscutible de este precepto

37. A la vista de lo que se acaba de defender, tal vez se dirá que incurrimos en una contradicción: por una parte, reconocemos que una completa y fiel reseña identificativa del contenido del documento es manifestación de genuina dación de fe y puede permitir tener por acreditados o probados los hechos objeto de la reseña (hechos constitutivos de facultades de representación), pero, por otra parte, sostenemos que un documento notarial confeccionado (obligatoriamente, recordémoslo: cfr. *supra*, núm. 17) según el artículo 98 LA puede no resultar satisfactorio para los titulares de órganos jurisdiccionales o administrativos.

Hay, en efecto, una apariencia de contradicción: si un documento notarial *ex* artículo 98 LA no resulta satisfactorio para esos órganos es porque menoscaba sus facultades de acreditamiento y prueba de hechos, pero, a su vez, como quiera que reputamos indebido ese menoscabo, la consecuencia, para tales órganos, ha de ser no conformarse con tal documento, por no atribuirle, sin más, la eficacia acreditativa o probatoria que el artículo 98 LA pretende tener. Y no atribuirle esa eficacia es lo que puede parecer contradictorio con lo que afirmábamos (*supra*, núm. 33) respecto de un entendimiento del artículo 98 LA en el sentido de que la «reseña identificativa» no se limite al documento, sino que dé cuenta fiel y completa de su contenido relevante.

38. Sólo existe apariencia de contradicción. Porque ocurre que, en distintos ámbitos jurídicos y a diferentes efectos, varían los métodos (procesos o procedimientos) para la determinación de la certeza de los hechos, además de que sean diversos el alcance subjetivo y la eficacia jurídica objetiva de esa determinación. Dicho con otros términos, que corresponden a un ligero cambio del punto de vista: la eficacia inmediata y directa del documento notarial no es —no puede ser nunca, si bien se mira— independiente del ámbito en que se pretende que se despliegue esa eficacia.

Veámoslo más de cerca. El ámbito procesal es tendencialmente controversial por la dualidad de partes y la prueba, más en concreto, ha de estar abierta a la contradicción. La contradicción juega un insoslayable papel en todos los procesos y la ausencia de contradicción lo desempeña en la mayoría de los procesos civiles y similares. En el seno de un proceso jurisdiccional, la determinación de los hechos o su duda influye en la sentencia y ésta, a su vez, como regla, limita sus efectos a las partes (*res iudicata inter partes*). En procedimientos administrativos puede ser muy frecuente que la Administración y uno o varios interesados sean los únicos protagonistas, sin que la Administración haya de resolver tras una contienda entre distintos sujetos. Por su parte, el Registrador de la Propiedad también afronta los documentos notariales al margen de controversias entre distintos interesados, pero se encuentra gravado con la responsabilidad de la relevancia *erga omnes* de posibles actuaciones registrales.

Paralelamente a lo que se acaba de señalar, resultan heterogéneas las siguientes cuestiones, simples ejemplos, en torno a documentos del artículo 98 LA y es lógico que no se puedan responder exactamente de la misma forma:

1.^a Certeza o seguridad que proporciona un documento notarial entre los dos sujetos que han comparecido ante el Notario, uno como representante de entidad de crédito, prestamista, y otro, como prestatario.

2.^a Eficacia del poder notarial otorgado por el consejero-delegado de una compañía mercantil a una persona física a efectos de participación en un concurso de adjudicación de una obra pública estatal.

3.^a Eficacia, para el Registro de la Propiedad, de la escritura pública de venta de un inmueble a persona física por representante de una sociedad anónima.

4.^a Eficacia acreditativa y probatoria del documento notarial en que consta poder para pleitos otorgado por el administrador único de una sociedad de responsabilidad limitada para que uno o varios procuradores comparezcan y actúen en proceso civil en nombre de la sociedad.

5.^a Eficacia probatoria del documento notarial en que consta otorgado por el consejero-delegado de una sociedad anónima un poder a persona física para llevar a cabo ciertos tipos de negocios jurídicos.

39. A nuestro entender, las cuestiones 2.^a y 3.^a han de ser respondidas admitiendo que tanto la Administración Pública convocante del concurso como el Registrador de la Propiedad habrán de tener por cierta la representación si el documento notarial confeccionado según el artículo 98 LA presenta una reseña identificativa del documento y de su pertinente contenido, que, en cuanto a éste (al otorgante y al receptor de las facultades representativas y al contenido de éstas), permite tener por ciertos los hechos constitutivos de la representación que importe, según el caso. Así, pues, como dijimos (*supra*, núm. 33), el documento notarial *ex* artículo 98 LA conduce a fijar como ciertos los hechos que sean objeto de dación de fe mediante una reseña fiel y completa.

Sin embargo —y de ahí la inexistencia de contradicción, que es sólo aparente—, resulta innegable, a nuestro parecer, que, si el Registrador —que, desde luego, ha de comprobar ante todo las características deseables de la reseña— llega a tener a la vista otros documentos, de fuerza contrapuesta al notarial arreglado al artículo 98 LA, puede y debe —en el ejercicio de sus funciones: la RDGRN, de 12 de abril de 2002, las reconoce subsistentes tras el art. 98 LA— no conformarse con el documento *ex* artículo 98 LA y actuar en consecuencia. De modo análogo, la Administración, con justa causa y razonable motivo, puede y debe, asimismo, no conformarse con el documento elaborado según el artículo 98 LA y no tener por acreditada, con sólo éste, la representación que se afirma. Piénsese, por ejemplo, que el documento reseñado presenta una antigüedad de varios años y es notorio para la Administración que la compañía mercantil ha experimentado grandes cambios en la composición (o en la estructura también) de sus órganos. En un caso así, parece, no ya lícito, sino obligado, no atribuir fuerza de prueba plena al documento confeccionado con arreglo al artículo 98 LA y requerir documentos distintos o el documento reseñado en su integridad.

Éstos son algunos casos en que el documento del artículo 98 LA no surtirá efectos acreditativos o probatorios, por mor del ejercicio de unos

deberes y facultades, no eliminados o mermados por el artículo 98 LA ni por ningún otro precepto de la LA.

40. Quien simplemente acepte que no carece de fundamento jurídico-racional este modo de entender la eficacia de los documentos notariales arreglados al artículo 98 LA, a buen seguro se planteará un interrogante en estos o parecidos términos: si no siempre puede ser absoluta e incondicional la eficacia del documento notarial conforme al artículo 98 LA, supuesta una reseña fiel y completa del documento en que consta la atribución de facultades representativas, ¿no se frustraría enteramente el propósito de la referida LA, esto es, reducir el tamaño y el coste de los documentos notariales en casos de comparecencia de representantes ante Notarios?

Si, dejando las cuestiones 4.^a y 5.^a, ambas de eficacia procesal, para un específico análisis posterior, volvemos la mirada a la cuestión 1.^a y a su correspondiente ejemplo, se podrá advertir que cientos de miles de negocios jurídicos —préstamos y créditos a cargo de Bancos, Cajas de Ahorros y otras entidades semejantes— pueden documentarse notarialmente conforme al artículo 98 LA, con el beneficio de un menor coste y con casi total eficacia del documento notarial que aquí estamos considerando. La cuestión 1.^a merece esta respuesta: la certeza y seguridad que el documento proporciona *inter partes* es máxima. Y, de ordinario, el ámbito en que esa certeza y seguridad interesan es cabalmente un ámbito estrictamente intersubjetivo.

Así, por un lado, un alto porcentaje de esos negocios —materializados en documentos no destinados específicamente a su aportación ante autoridades administrativas ni ante Registros públicos generadores de eficacia *erga omnes*— se desarrolla y se desarrollará con normalidad. Y, por otro lado, en cuanto a los negocios que ocasionen litigiosidad, aparte de lo que diremos posteriormente, abundarían los casos en que ninguna de las partes impugnaría los documentos en cuanto acreditativos o probatorios de los hechos constitutivos de la representación (14). La experiencia nos enseña que son y serán mucho más frecuentes las discrepancias relativas a la interpretación del negocio jurídico y a su cumplimiento.

(14) No quiero dejar de señalar que, con frecuencia, frente a una eventual impugnación del acreditamiento o de la existencia de representación, sobre todo a efectos de presupuestos procesales, sería aplicable la doctrina del llamado «reconocimiento extraprocesal de la personalidad» (en estos casos, de la representación), que no es, en rigor, sino una aplicación de la prohibición de ir contra los propios actos (prohibición del *venire contra factum proprium*).

III. LA EFICACIA EN EL PROCESO DEL DOCUMENTO NOTARIAL CONFECCIONADO CON ARREGLO AL ARTÍCULO 98 LA: EFICACIA PROBATORIA Y EFICACIA ACREDITATIVA

41. Ya se han expuesto, en las páginas anteriores, las bases generales para resolver las cuestiones sobre eficacia en el proceso de los documentos notariales confeccionados según el artículo 98 LA y, en concreto, con el entendimiento de este precepto que exige una reseña clara y completa del contenido pertinente del documento en que consta la atribución de facultades representativas. Pero parece conveniente tratar por extenso de la virtualidad procesal de esos documentos.

No estará de más, ante todo, una breve recapitulación, en los siguientes puntos:

1.º No parece razonable pensar que el artículo 98 LA ha querido mermar los derechos de los justiciables expresamente reconocidos en leyes vigentes ni menoscabar los deberes y facultades de los órganos jurisdiccionales ni alterar los procedimientos establecidos para el acreditamiento o la prueba de hechos. Además de que el propósito reconocido del tan repetido precepto de la Ley 24/2001 no era ninguno de éstos, las leyes procesales no han sido modificadas por la LA.

2.º Tampoco es razonable entender que el artículo 98 LA ha pretendido y ha podido cambiar lo dispuesto sobre el valor procesal de los documentos en las leyes procesales y, más concretamente, en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil. Lo racional, por el contrario, como hemos dejado establecido en páginas anteriores, es interpretar el artículo 98 LA de modo que no resulte dispar ni contradictorio con el artículo 319.1 LEC (ni con el art. 1218 del CC).

A) EFICACIA PROBATORIA DEL DOCUMENTO CONFECCIONADO CONFORME AL ARTÍCULO 98 LA

42. La conjunción de estos dos elementos supone que, en el ámbito procesal, de modo similar a los otros ya examinados, el documento del artículo 98 LA puede surtir y surtirá frecuentemente efectos probatorios *stricto sensu* y, en concreto, de prueba plena. Estos efectos de prueba propiamente dicha pueden revestir importancia cuando la existencia y validez de un mandato representativo es un elemento fáctico relevante en cuanto al fondo u objeto principal del proceso (así, cuando, por ejemplo, el litigio verse sobre un negocio jurídico llevado a cabo por quien dice ser representante). Pero, por todo lo expuesto, los efectos genuinamente probatorios no emanan *ipso facto* e *ipso iure* de la presentación de un documento en el proceso, sino

dependen de la contradictoria estructura procesal o están sujetos a ella y, además, no los produce cualquier documento notarial que aparezca acogido al artículo 98 LA.

43. La dependencia de la estructura contradictoria del proceso (en especial, de aquéllos al servicio de derechos e intereses de concretos sujetos jurídicos, sin predominio de un interés público) resulta obvia. Si el documento notarial del artículo 98 LA es aceptado, expresa o tácitamente (cfr. arts. 326.1 y 427.1 LEC), surte efectos de fijación de la certeza, máxime cuando aquello que el documento pudiera probar (hechos, de ordinario) tampoco sea controvertido (cfr. arts. 281.3, 405.2, 414.1, párrafo segundo y 428.1 LEC, entre otros). En este caso, es irrelevante toda discusión acerca del sentido y efectos del artículo 98 LA.

44. Cuando se suscita controversia en torno a un documento que se presenta como confeccionado según el artículo 98 LA, entonces y sólo entonces adquiere relevancia la debida interpretación del tan citado precepto de la Ley 24/2001.

Tras todo lo expuesto, no hace falta insistir en que la específica discusión sobre el valor probatorio del documento notarial que concretamente nos ocupa gira en torno a la «reseña identificativa del documento» en que constan otorgadas facultades representativas. De no ser porque esta «reseña» sustituye a la transcripción (incluso la parcial, que es posible, pero no necesaria) de dicho documento, no habría nada nuevo que discutir: estaríamos ante consideraciones conocidas sobre el valor del documento público otorgado ante Notario.

45. Resulta indudable que el documento notarial confeccionado al amparo del artículo 98 LA es un documento público encuadrable en el número 2.º del artículo 317 LEC. La cuestión problemática no es ese carácter público, sino lo que resulta de la interpretación conjunta y sistemática del artículo 98 LA en relación con el artículo 319.1 LEC, aplicable a los documentos del artículo 317, 2.º

Ya hemos dejado dicho (cfr. *supra*, núms. 31 y 41) que, a nuestro entender, el artículo 98 LA (ni solo ni junto al art. 17 bis LN) no modifica ni deroga tácitamente (es incuestionable que no hay derogación expresa) el artículo 319.1 LEC, como tampoco modifica ni deroga el artículo 1218 del CC. Es el momento de concretar esa interpretación conjunta y sistemática, estableciendo sus consecuencias en un determinado ámbito: el procesal-probatorio.

46. Coherentemente con lo que se lleva escrito, pero desde otro punto de vista, la respuesta a los interrogantes sobre el valor probatorio en sentido estricto (es decir, de fijación de unos hechos como ciertos, a los efectos de un proceso) de los documentos notariales amparados en el artículo 98 LA puede resumirse en estos puntos:

1.º La autenticidad del documento notarial que nos interesa es procesalmente impugnabile, como la de cualquier otro documento público, al amparo del artículo 320 LEC. De producirse esa impugnación, la copia auténtica del documento del artículo 98 LA se cotejará con la matriz u original. Si del cotejo resulta conformidad entre copia y matriz, el documento del artículo 98 LA aportado al proceso se habrá de tener por auténtico.

Pero en el caso de un documento del artículo 98 LA, lo mismo que cuando se trata de cualquier otro documento público, el cotejo o comprobación sólo permite dejar establecida la autenticidad. Y la autenticidad es, sí, requisito insoslayable para que el documento público haga prueba plena, pero no es el único elemento relevante para establecer qué (qué hecho, de ordinario) queda plenamente probado. El *contenido* del documento público es esencial a este efecto.

2.º La determinación del contenido sobre el que se proyecta la fuerza de la autenticidad equivale a fijar, con los términos del artículo 319.1 LEC, cuál es el concreto *hecho, acto o estado de cosas* que ha quedado *documentado*.

47. En ocasiones, lo primero que un documento notarial documenta es otro documento. Hasta la invención del artículo 98 LA, la mejor manera de documentar un documento era reproducirlo, es decir, transcribirlo. Transcribirlo entero o en parte dependía de lo que importase probar o, lo que es igual, de aquello que importase situar bajo la luz de la autenticidad, garantizada por el fedatario. Si no era necesaria la transcripción total —nótese que hablamos de necesidad, no de conveniencia a efectos muy distintos de los probatorios—, cabía una transcripción parcial, conforme al ya citado artículo 166 del Reglamento Notarial (en la redacción dada por el Decreto 2310/1967, de 22 de julio). Ya hemos dicho —e insistimos en ello— que no cabe imaginar algo mejor que la reproducción de un texto para dar razón de ese texto.

Los documentos notariales confeccionados según el artículo 98 LA, son, por definición, documentos que, ante todo, documentan otro documento: aquél que, a su vez, documenta la atribución de facultades representativas. Pero, en vez de reproducir o transcribir lo que dice el documento que ha de ser documentado (pues se trata siempre de documentos que dicen algo), el artículo 98 LA determina que deban contener una «reseña identificativa», que, además de establecer de qué documento se trata, dé noticia de su contenido. Esta noticia puede lograrse mediante una reproducción o transcripción parcial de ese contenido, pero cabe también que el Notario pretenda expresar con sus propias palabras el contenido (relevante) del documento objeto de «reseña».

48. El problema del valor probatorio del documento notarial del artículo 98 LA acaba, pues, suscitándose de nuevo enteramente en torno a la «reseña identificativa». Según el contenido de ésta, así será su valor probatorio. Pero, claro es, aquí entra en juego la estructura contradictoria del proceso. La

decisión incumbe, finalmente, al juzgador, pero la parte a la que el documento perjudica o no favorece desempeña, como ya dijimos, un papel de suma importancia, pues es ella la que puede suscitar la controversia.

Así, ante un documento del artículo 98 LA, además del posible cotejo con la matriz u original, en razón de una discutida autenticidad, cabe también que se cuestione la fidelidad de la reseña, tanto porque se pretenda que lo reseñado ha sido directamente tergiversado o traicionado, como porque se impugne la integridad, sosteniéndose que faltan en la reseña elementos que se contienen en el documento y que son pertinentes *stricto sensu*, es decir, que conciernen a los hechos determinantes de la decisión sobre el objeto del proceso.

49. En este último caso, no debe caber duda, a nuestro entender, de que, pese a los términos «harán fe», del artículo 98 LA, la parte que denuncie la falta de integridad del documento es titular del derecho procesal que le otorga el artículo 321 LEC en cuanto a los documentos incompletos, de modo que puede pedir que a la reseña (equivalente a un «testimonio o certificación incompleto») se adicione el resto del documento reseñado lo que, a todas luces, se logra trayendo a los autos copia auténtica de dicho documento, en su integridad. A ese derecho procesal de la parte, ínsito en el artículo 321 LEC, corresponde el deber del juzgador de satisfacer el derecho acordando la adición. Por lo demás, el juzgador se sitúa, así, en las mejores condiciones para decidir sobre las correspondientes cuestiones fácticas.

Las anteriores consideraciones, que estimamos conformes con la más constante y sólida doctrina sobre la prueba, nada tienen que ver, como habrá podido comprobarse, con una pretendida fuerza de prueba plena inmediata y definitiva, que se atribuyese a todo documento notarial aparentemente conforme al artículo 98 LA. Y, desde luego, resulta insostenible que esa pretendida fuerza probatoria sea vanamente discutible y no sea destructible sino mediante un proceso que declare la falsedad de tal documento.

B) EFICACIA ACREDITATIVA O DE SEMIPLENA PROBATIO

50. Si el documento arreglado al artículo 98 LA puede surtir efectos probatorios o de fijación procesal de la certeza, *a fortiori* cabe que de él se desprendan efectos de *acreditamiento* de la representación *necesaria* (la de personas jurídicas y similares) y de la representación *técnica* (o del Procurador de los Tribunales) en cuanto presupuestos procesales. Estamos en el ámbito del acreditamiento, que es la fundamentación de un juicio de probabilidad cualificada: *semiplena probatio*.

Pero, si con frecuencia un documento del artículo 98 LA y, en concreto, un poder para pleitos, acreditará cumplidamente la concurrencia de los dos

presupuestos procesales mencionados, será porque resulte cumplido en su integridad el artículo 264 LEC y se aporte al proceso civil (lo mismo que a procesos en otros órdenes jurisdiccionales, a los que resulta aplicable subsidiariamente el art. 264 LEC), tanto «el poder notarial conferido al Procurador siempre que éste intervenga y la representación no se otorgue *apud acta*» (núm. 1.º del art. 264 LEC) como «los documentos que acrediten la representación que el litigante se atribuya» (núm. 2.º del mismo art. 264 LEC).

Quiérese decir que cuando, por ejemplo, desee litigar una sociedad anónima con administrador único, para que el documento notarial del artículo 98 LA (poder para pleitos, en concreto) permita entender acreditadas las dos referidas representaciones —muchas veces íntimamente unidas, pero distintas—, ese documento ha de dejar expresa y clara constancia de las facultades representativas atribuidas a la persona física (el administrador único) que otorgue ante Notario el poder dirigido a que uno o varios Procuradores de los Tribunales representen en el proceso a esa sociedad anónima. Así, un único documento puede hacer las veces de dos (cumpliendo lo exigido por los núms. 1.º y 2.º del art. 264 LEC) (15).

Ninguna duda ofrece que ese poder únicamente será inatacable como poder *legal* a Procurador que le permita representar a la persona jurídica si la «reseña identificativa» del artículo 98 LA se entiende como reseña fiel y cabal del *contenido* del documento y, en consecuencia, se deja expresa constancia de las concretas facultades representativas del otorgante del poder para pleitos.

51. Sin embargo, puede ocurrir, bien que la «reseña identificativa» se limite al documento mismo, bien que no sea cabal o completa. En tales casos, si se tratase de documento notarial aportado por el demandante con la demanda, el demandado —siempre según el ejemplo que hemos propuesto— podría impugnar el incumplimiento del número 2.º del artículo 264 LEC (falta de acreditamiento de la representación necesaria) e incluso el cumplimiento defectuoso del número 1.º de ese mismo precepto, pues, aunque se hubiese aportado el poder a Procurador de los Tribunales, ese poder podría no considerarse «legal», es decir, otorgado de modo que el Procurador pueda representar a la sociedad anónima. El demandado suscitara esas cuestiones en la contestación a la demanda, como excepciones procesales. Y tocaría al tribunal, con plena soberanía enjuiciadora, resolver sobre esas excepciones.

Esa plena soberanía, en absoluto mermada por el artículo 98 LA, habría de conducir a estimar la excepción siempre que la «reseña identificativa» se

(15) Ya he dicho en otro lugar (*Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, con Díez-Picazo Giménez, Vegas Torres y Banacloche Palao, Madrid, 2001, pág. 491) que «los documentos acreditativos de la representación (núm. 2.º) (sea de personas físicas incapaces, de personas jurídicas o de otros entes) con frecuencia estarán incorporados o se reflejarán o acompañarán al poder de Procurador, pues el representante habrá sido el poderdante».

hubiera limitado al documento mismo, sin referencia a su contenido. Cuando sí se hiciera referencia al contenido del documento, la estimación o desestimación de las excepciones dependería de que la reseña fuese, o no, completa o cabal.

También el demandante, respecto de documento del artículo 98 LA aportado por el demandado en caso de ser éste —seguiremos empleando el mismo ejemplo— una sociedad anónima, podría aducir la falta de acreditamiento de la representación necesaria o la ilegalidad del poder del Procurador, cuando la «reseña identificativa» se limitara al documento mismo o cuando, aunque hiciese referencia a su contenido, esa referencia no pudiera considerarse completa.

1. *La tesis del artículo 98 LA como norma especial sobre carga de la prueba*

52. En relación con este punto —aunque también y, sobre todo, en contra de considerar el art. 98 LA, en sí mismo, como un precepto imposible porque pretende un imposible y es, en sus propios términos, de imposible cumplimiento (cfr. *supra*, núms. 16 a 21 y 23 a 31)—, se ha sostenido por el autor de la nota (16) una tesis muy diversa de la aquí defendida, aunque parezca semejante y determine respuestas coincidentes con las nuestras en bastantes casos (pero no en todos).

Esa tesis parte de la base de que «la reseña del documento no puede consistir en decir cuál es ese documento (identificarlo), sino que tiene que exigir (*sic*) hacer mención de una facultad, la necesaria para el caso concreto». Como ya hemos dicho, el artículo 98 LA no habla de «reseña del documento», sino de «reseña identificativa del documento», con lo que parece apuntar a lo que identifica el documento y no a su contenido. Pero el punto de partida de nuestro autor es sólido si, por las muchas razones que aquí se han expuesto, se descarta la literalidad. Pues bien, sobre la base de lo transcrito, se asientan por el aludido autor las siguientes conclusiones:

1.^a Que, desde luego, «lo que no supone la norma [el art. 98 LA] es la aparición de una nueva presunción legal».

2.^a Que «tampoco se está ante una nueva regla legal de valoración de la prueba».

(16) Me refiero a la de MONTERO AROCA, «La justificación y la prueba de existencia y de la suficiencia de la representación en el proceso», *cit.* en nota 5. Como se verá, por la alta consideración personal y profesional que el autor me merece, he puesto el mayor cuidado en analizar sus afirmaciones.

3.^a Que «se está (...) ante algo más simple y, al mismo tiempo, más complejo: ante una *nueva regla especial de carga de la prueba*» (17) (la cursiva es nuestra).

Ninguna dificultad ofrece aceptar que el artículo 98 LA no establece una presunción legal. No sabemos que nadie haya sostenido lo contrario ante una norma que no entraña la existencia de hecho, indicio o base, de hecho presunto y de algo que pueda considerarse «enlace preciso y directo [entre uno y otro hecho] según las reglas del criterio humano» (antiguo art. 1.253 del CC y arts. 385 y 386 LEC).

53. Dejando a un lado, por un momento, la negación de la novedad respecto de la valoración de la prueba, en cuanto a la tesis de que el artículo 98 LA supone «una nueva regla especial de carga de la prueba», conviene tener a la vista, antes que nada, una concreta explicación del autor, que puede ser la que proporcionan las siguientes afirmaciones:

1.^a «Habiendo sido presentado el documento [del art. 98 LA] y cumpliendo éste los requisitos [hacer mención de una facultad representativa, la necesaria para el caso concreto], se tiene por justificada la representación, de modo que si la parte contraria afirma ahora [tras la vigencia del art. 98 LA], bien la inexistencia de la representación, bien la insuficiencia de esa representación para otorgar poder a procuradores (...), a ella le corresponde la carga de la prueba, no teniendo la parte presentante del documento que probar nada nuevo. Se está también en este caso ante la aplicación de los artículos 418 y 443 de la LEC, pero ahora [tras la vigencia del art. 98 LA] partiendo de que quien debe probar que la representación no existe o que es insuficiente para el acto de otorgar poder a procuradores, a pesar del documento, es quien afirma su inexistencia o su insuficiencia» (las palabras entre corchetes son nuestras).

2.^a «El efecto de la nueva norma en la Ley 24/2001 radica en que se ha establecido una regla especial relativa a la carga de la prueba de la representación. Naturalmente la misma no guarda relación alguna con una pretendida vinculación del Juez ni de las partes a la valoración notarial. Es perfectamente posible que, a pesar de la existencia del documento [del art. 98 LA] y del cumplimiento formal de los requisitos en el mismo, el Juez llegue a la conclusión de que la representación no existe (por ejemplo, porque fue revocada) o de que la representación no es suficiente para otorgar poder a procuradores,

(17) A lo que inmediatamente, el citado autor añade: «Naturalmente, la norma no parte de reconocer superioridad jurídica de clase alguna a los Notarios, ni de apreciar que sus juicios sean incuestionables» (*ibid.*, pág. 3, en la que se vierten también las afirmaciones que acaban de ser literalmente transcritas en el texto principal de este trabajo). Sobre esto, cfr. *supra*, núms. 27-30.

pero ello se tiene que hacer partiendo de que se ha alterado, en su caso, quién debe probar. El documento presentado por la parte con los requisitos del artículo 98 de la Ley 24/2001, incluido el juicio de suficiencia del Notario, justifica la representación a los efectos del artículo 264 de la LEC; quien afirme contra el mismo la inexistencia o la insuficiencia de la representación de quien comparece, deberá probarla».

«Si en el debate sobre la excepción el único elemento de juicio para decidir sigue siendo el documento mismo, en el que, insistimos, se cumplen los requisitos, y lo sigue siendo porque la parte contraria no ha aportado documento alguno, el Juez habrá de desestimar la excepción al no haberse probado la afirmación de inexistencia o de insuficiencia de la representación por quien debía hacerlo. Naturalmente si la parte que opone la excepción intenta la prueba de sus afirmaciones con aportación de documentos, el Juez habrá de pronunciarse sobre la estimación o desestimación de la excepción y con las consecuencias propias de estimar insubsanable o subsanable el defecto, según el caso y atendido lo dispuesto en los artículos 418 LEC, para el juicio ordinario, y 443 LEC, para el juicio verbal».

2. *Análisis crítico de la tesis anterior*

54. Para no alargar en exceso este trabajo, para el análisis de esta tesis puede resultar preferible una relación ordenada de aclaraciones y de observaciones críticas, máximamente escuetas.

Primera.—Una condición *sine qua non* del entendimiento y aplicación que se nos propone respecto del artículo 98 LA, condición que se presenta como algo invariablemente simple y sencillo es el «cumplimiento de los requisitos», referido a la «reseña identificativa», en el sentido, recalamos, de que dicha reseña «no puede consistir en decir cuál es ese documento (identificarlo), sino que tiene que exigir (*sic*) hacer mención de una facultad, la necesaria para el caso concreto».

Sin embargo, lo que se presenta como simple y sencillo resulta ser, con gran frecuencia, complejo y poco claro, de suerte que las discrepancias reales entre las partes bien pueden suscitarse a causa del contenido de esa «reseña». La expresión «mención de una facultad», utilizada por nuestro autor, nada tiene que ver, por así decirlo, con la mención en un formulario de un dato objetivo y fácil de identificar (nombre, lugar, día, cargo que se ostenta, categoría funcional, etc.). «Mención de una facultad» e incluso de una facultad «necesaria para el caso concreto», es susceptible de entenderse de modos diferentes y, por lo expuesto antes (*supra*, núm. 33) acerca de la necesidad de una reseña *certera* y *cabal* del contenido del documento, no es descartable, sino todo lo contrario, la reseña defectuosa y cuestionable.

Segunda.—Cuando de lo que se trata es de la representación —de cualquier tipo (18)— *en cuanto presupuesto procesal vigilable in limine litis* a instancia de parte (no en cuanto cuestión de fondo, que, como hemos visto, puede serlo), la ley exige *acreditarla* y eso significa, según se ha dicho ya, aportar una *sempilena probatio* o, en otros términos, proporcionar los ingredientes necesarios para formular un juicio de probabilidad cualificada. Por tanto, resulta más preciso hablar de *carga del acreditamiento* de los hechos relativos a la representación que de *carga de la prueba* de tales hechos. De esta distinción conceptual no derivan, empero, diferentes consecuencias inmediatas. Las reglas de la carga de acreditar, tanto en sentido formal (a quien incumbe acreditar) como en sentido material (a quien perjudica que no se logre la prueba, la certeza), no son distintas de las reglas de la carga de la prueba *stricto sensu*.

Tercera.—Acreditar la representación procesal (de cualquier tipo) que cada litigante necesita o se atribuye a sí mismo incumbe a ese litigante, es decir, ese litigante tiene la carga de acreditar (arg. art. 264 en relación con los apdos. 2 y 3 del art. 418 LEC).

Cuarta.—En cuanto a la representación procesal que necesita o se atribuye el demandante, el demandado dispone de excepciones procesales de diverso contenido. Y en cuanto a la representación procesal que necesita o se atribuye el demandado, el demandante puede efectuar alegaciones diversas, de similar contenido a las que el demandado tiene el derecho procesal de efectuar. Asimismo, el demandado (o el demandante en contestación a la reconvencción) tiene derecho a formular alegaciones en contra de una atribución de representación formulada por el demandante (o por el demandado reconviniendo, en la reconvencción).

Quinta.—Por lo que se acaba de decir, entraña una reducción de la realidad plantear exclusivamente el caso de una parte que, a la vista del esfuerzo de la contraria por acreditar la representación que necesita o que se atribuye, afirma que esta parte no *tiene* tal representación. Porque cabe que aduzca, más sencillamente, que la parte contraria no *acredita* la referida representación, como tendría la carga de hacerlo.

En tal caso, quien aduce la falta de acreditación de la representación —y no la falta de representación— no asume o arroja sobre sí ninguna carga de la prueba, en virtud de ningún precepto legal y tampoco, desde luego, en virtud

(18) De la representación (técnica) del Procurador lo mismo que de la representación (o condición de órgano) de las personas jurídicas y entidades con capacidad para ser parte (representación necesaria) e incluso, aunque sea quizá menos frecuente, de la representación (legal) de los genuinos incapaces. En este último caso también puede encontrarse el Notario con un «documento auténtico (...) aportado para acreditar la representación», aunque ese documento no deje constancia de un negocio jurídico de apoderamiento o mandato representativo, sino que acredite una cualidad representativa atribuida por la ley.

del artículo 98 LA. Y aunque este aserto puede resultar obvio y, por tanto, de innecesaria fundamentación, tiene fundamento y bien claro, a saber: el litigante no asume ninguna carga de prueba ni de justificación o acreditamiento porque no introduce ningún nuevo hecho y sólo respecto de los hechos cabe tener la carga de probarlos (aquí no entran en juego las conocidas excepciones de la prueba del Derecho: costumbre y cierto Derecho extranjero).

Quien alega una excepción en sentido propio (lo que, conforme doctrina cuasi-pacífica, implica introducir un hecho nuevo) tiene —y siempre ha tenido— la carga de probar el hecho en que se fundamenta la excepción. Pero si la excepción es impropia, como lo es cuando se afirma que la parte contraria no acredita lo que habría de acreditar, lo único que está en juego es si, a juicio del tribunal, se ha acreditado o no.

Así, pues, lo que un demandado provoca al proponer, como excepción procesal, que el demandante no ha acreditado la representación, es la necesidad de que el juzgador resuelva. Y para ese trance, la solución no puede consistir en desestimar la excepción siempre que el demandado no presente un documento, como propone nuestro tan aludido autor.

De excepcionarse —seguiremos con un ejemplo concreto, que es suficientemente expresivo— el no acreditamiento de la representación, al juzgador corresponde decidir si el documento aportado cumple, o no, los fines del artículo 284 LEC. Y el juzgador, para tomar tal decisión, se encuentra, tras la Ley 24/2001, en una posición idéntica que antes de esa Ley, aunque la parte que afirma que el documento no acredita no haga nada tras semejante afirmación.

Sexta.—Cuando la parte contraria a la que aporta, a los fines del artículo 264 LEC, un documento del artículo 98 LA, sostenga que el aportante carece de representación, su *onus probandi* es igual después de la Ley 24/2001 que antes de ella. Si la negación de la representación se basa en hechos nuevos (por ejemplo, la posterior revocación de un apoderamiento), tendrá, como ya hemos dicho, la carga de probarlos, pero esa carga la tenía ya, exactamente igual, antes de la Ley 24/2001: es la carga de la contraprueba, relevante sólo en caso de que se alce o afronte con éxito la carga de la prueba. No vemos, pues, en el artículo 98 LA un precepto que disponga ninguna norma especial de la carga de la prueba (o la carga del acreditamiento): el artículo 98 LA no contiene una exoneración de lo que, como regla general, correspondería probar y tampoco dispone una inversión de la carga de la prueba.

55. Si fuese cierto que, *ex* artículo 98 LA, *cualquier* alegación contraria a tener por acreditada la representación afirmada en un documento notarial, desencadena la carga de probar la inexistencia de esa representación, el artículo 98 LA sería un precepto que impondría una eficacia acreditativa especial o, si se prefiere, un precepto que habría configurado un singular instrumento acreditativo o probatorio.

3. *Recapitulación sobre la eficacia acreditativa del documento del artículo 98 LA*

56. En sentido afirmativo, lo que sostenemos es, de un lado, que las cargas procesales de acreditar la representación están claramente establecidas en la LEC, sin que el artículo 98 LA represente variación alguna: cada una de las partes del proceso tiene la carga de acreditar la representación que necesita y, en su caso, la que se atribuye.

Admitimos, por otro lado, que una «reseña identificativa», siempre que sea cabal y certera respecto del contenido del documento, puede ser acreditativa, dado que puede constituir una manifestación aceptable de la genuina dación de fe propia del Notario. Y en tercer y último lugar, entendemos que el juicio sobre la virtualidad acreditativa incumbe por entero al juez, de modo que al juez le corresponde resolver si el documento acredita o no, lo que será tanto como decidir si la reseña del contenido del documento es, o no, certera y cabal o completa.

Consecuencia o corolario de lo anterior es esto otro: que no cabe excluir, sino que, por el contrario, debe, en principio, ser admitida, la posibilidad de que, para resolver acerca de la excepción de no acreditación de la representación, el juzgador, a instancia de parte, mande traer a los autos el documento reseñado, pero ahora completo (aunque sea en copia). Porque la excepción, aunque sea impropia, constituye una cuestión incidental, con cauce propio de tramitación (el de la audiencia previa al juicio, en el juicio ordinario, o el de alegación previa en la vista, en el juicio verbal) y nada impide al litigante que ha suscitado esa cuestión postular la aplicación, no por analógica discutible o dudosa, del artículo 321 LEC.

IV. CONCLUSIONES

57. No se pretende ahora un resumen de las páginas anteriores, sino la exposición de algunas amplias conclusiones, alcanzadas como consecuencia de ese trabajo.

Primera: ningún cambio social o técnico-jurídico justifica una modificación de lo establecido en los artículos 1218 del CC y 319.1 LEC sobre la fuerza probatoria (o acreditativa) de los documentos públicos y, por tanto, de los notariales.

Segunda: el artículo 98 LA es un precepto irremisiblemente desafortunado, que contiene disposiciones cuyo tenor no resulta conforme a la mínima calidad legislativa deseable (por no hablar de nuestra tradición jurídica).

Tercera: aunque sea posible, con grandes esfuerzos, una aplicación del artículo 98 LA que no conduzca a resultados absurdos e injustamente perju-

diciales para innumerables sujetos jurídicos, los defectos intrínsecos del artículo 98 LA son un factor negativo permanente. Por tanto, resulta necesaria su derogación.

Cuarta: el problema real del coste excesivo de los documentos notariales, debido a su extensión, muchas veces innecesaria, puede resolverse de diversos modos, sin duda preferibles a la falsa «solución» del artículo 98 LA.

ANDRÉS DE LA OLIVA SANTOS
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad Complutense