

SEMINARIO DE JUECES Y NOTARIOS

**Tribunal Superior de Justicia de Cataluña
Colegio Notarial de Cataluña
21 de mayo de 2009**

Jaime DE CASTRO FERNÁNDEZ
José Antonio GARCÍA VILA
Alberto MATA SÁIZ
José Luis PERALES SANZ
Antonio RECIO CÓRDOVA
José Francisco VALLS GOMBAU

COLEGIO NOTARIAL DE CATALUÑA

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2011

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
PRÓLOGO	
Maria Eugènia Alegret i Burgués, Presidenta del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña	11
Joan Carles Ollé i Favaró, Decano del Colegio Notarial de Cataluña.	15
PRUEBA TESTIFICAL Y DECLARACIÓN NOTARIAL	
LA DECLARACIÓN TESTIFICAL DEL NOTARIO EN EL PROCESO CIVIL. José Francisco Valls Gombau, Magistrado	21
I. LA DECLARACIÓN TESTIFICAL DEL NOTARIO EN EL PROCESO CIVIL	21
II. PROPOSICIÓN, ADMISIÓN Y PRÁCTICA DE LA PRUEBA TESTIFICAL DEL NOTARIO EN EL PROCESO CIVIL	22
A) Causas legales de inadmisión de la prueba propuesta: Pertinencia y utilidad	25
B) El deber de guardar secreto y la declaración testifical del Notario.....	28
III. LA DECLARACIÓN TESTIFICAL DEL NOTARIO Y LA FE PÚBLICA.....	30
A) La intervención notarial en el documento público y su relación con la declaración testifical del Notario	30
B) El contenido de la actividad del Notario y su relación con los hechos controvertidos objeto de prueba en el proceso	33
SOBRE LA EXPEDICIÓN DE COPIAS A INSTANCIA DE LA AUTORIDAD JUDICIAL Y LAS DECLARACIONES TESTIFICALS DEL NOTARIO. José Antonio García Vila, Notario.....	35
I. CUÁL ES EL OBJETIVO DE ESTA REUNIÓN	35
II. LOS DIFERENTES PLANOS	35
III. LOS SECRETOS DEL NOTARIO	37

	<i>Pág.</i>
IV. EL SECRETO DEL PROTOCOLO Y LA EXPEDICIÓN DE COPIAS.....	39
V. UN TEMA DISTINTO ES EL DE LAS PSEUDODECLARACIONES PERICIALES.....	41
VI. CON ELLO ENTRAMOS EN EL TEMA FUNDAMENTAL, LA DECLARACIÓN TESTIFICAL.....	42
A) El contenido del pacto.....	43
B) Los preliminares del pacto.....	43
C) Las incidencias ocurridas durante la firma.....	44
D) Lo que sucede después de la firma.....	44
CONCLUSIONES.....	47

PROBLEMÁTICA EN TORNO AL ART. 708 DE LA LEC

PROBLEMÁTICA EN TORNO AL ART. 708 DE LA LEC. Antonio Recio Córdova, Magistrado.....	51
I. INSTRUCCIÓN.....	51
II. ACCIÓN DECLARATIVA DE DOMINIO.....	52
III. ACCIÓN PERSONAL EX ART. 1.279 CC.....	54
IV. ESTADO DE LA CUESTIÓN EN RESOLUCIONES DE TRIBUNALES DGRN.....	55
A) Resolución DGRN de 28 de mayo de 2007.....	55
B) Resolución DGRN de 17 de marzo de 2009.....	56
C) Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 12. ^a , de 28 de mayo de 2008.....	56
CONSIDERACIONES SOBRE EL ART. 708 DE LA LEC. Jaime de Castro Fernández, Notario.....	59
CONCLUSIONES.....	65

VALORACIÓN DE LA CAPACIDAD DEL TESTADOR EN EL TESTAMENTO NOTARIAL

VALORACIÓN DE LA CAPACIDAD DEL TESTADOR EN EL TESTAMENTO NOTARIAL. Alberto Mata Sáiz, Magistrado.....	69
I. INTRODUCCIÓN.....	69
II. QUÉ DEBE ENTENDERSE POR CAPACIDAD.....	70
III. DERECHO CATALÁN.....	72
IV. LEGISLACIÓN NOTARIAL.....	73
V. BREVE APUNTE HISTÓRICO.....	75

	<u>Pág.</u>
VI. BREVE APUNTE DE LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA LEGISLACIÓN NOTARIAL.....	75
VII. NATURALEZA DE LA PRUEBA	76
VIII. VALORACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA	77
IX. DECLARACIÓN DE INCAPACIDAD Y VALORACIÓN JUDICIAL.....	78
X. EDAD DEL CAUSANTE	79
XI. NO VINCULACIÓN DEL INFORME DE LOS FACULTATIVOS	79
XII. IMPORTANCIA DE LOS INFORMES MÉDICOS.....	80
XIII. VOLUNTAD DEL CAUSANTE EXTRAVAGANTE	80
XIV. OTRAS SENTENCIAS.....	81
XV. RESPONSABILIDAD DEL NOTARIO	81
LA CAPACIDAD DEL TESTADOR. José Luis Perales Sanz, Notario	85
A) La capacidad.....	86
B) Capacidad general.....	86
I. PRESUPUESTOS LEGALES EN EL TESTAMENTO	87
A) Legislación catalana	87
B) Código Civil español.....	87
C) La legislación civil de Aragón (hoy derogada).....	87
CONCLUSIONES	93

Prólogo

Maria Eugènia ALEGRET I BURGUÉS

Presidenta del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

El trabajo que presentamos es el resultado del seminario entre Jueces y Notarios celebrado en Barcelona el día 21 de mayo de 2009, en la sede del Colegio Notarial de Cataluña, organizado conjuntamente por el Tribunal Superior de Justicia que tengo el honor de presidir y el decano del Colegio de Notarios, Sr. Joan Carles Ollé.

El sistema de seguridad jurídica preventiva es excelente en nuestro país, merced al engranaje entre dos piezas fundamentales como son los Notarios y los Registradores.

El persistente desequilibrio entre la capacidad resolutive de los Jueces y Magistrados y el alto volumen de asuntos judiciales que ingresan en los Tribunales anualmente, propios de una sociedad moderna y desarrollada, junto con la precariedad de los medios con los que cuenta la administración de justicia, ha hecho necesario que se replanteen y pongan en valor posibilidades de fórmulas complementarias, como el arbitraje y la mediación, y también alternativas de honda tradición jurídica como la Jurisdicción Voluntaria, en la cual los Notarios pueden alcanzar un amplio protagonismo.

El campo formalmente determinado de la jurisdicción voluntaria comprende un sector de aplicación extraordinariamente amplio. Junto a las ya tradicionales actuaciones en materia de protocolización de documentos, prestación del consentimiento, actas de constancia, sucesiones tuteladas, etc., hay otros procedimientos diseminados en diferentes normas legales que podrían, sin dificultad, ser asignados a los Notarios descargando a los juzgados de su conocimiento.

Su núcleo sería la utilización voluntaria no contenciosa para la determinación, consecución y protección de derechos privados.

A diferencia de la jurisdicción contenciosa, atribuida en exclusiva por nuestra Constitución a los Jueces, en la voluntaria la necesidad de ejecución es básicamente la excepción. Las funciones de la jurisdicción voluntaria pueden ser ejecutadas por Jueces, pero también por los Notarios y otros organismos públicos.

Su intervención como garantes de la legalidad sería especialmente adecuada en los ámbitos del derecho hereditario, el tráfico inmobiliario y las sociedades mercantiles.

No en vano, como reconocía un anterior Secretario de Estado: «El Notario español es un funcionario sobre el que recae no solamente el juicio de la legalidad y el aseguramiento de las garantías del documento público (...) Además es un funcionario que ejerce la función que le delega el Estado de manera profesional».

De otro lado, la eficacia de la justicia preventiva se advierte, también, en las relaciones entre los actos notariales y la acción de los Tribunales.

No es infrecuente, puesto que el campo de la documentación y por tanto de la preconstitución de la prueba es una de las principales funciones de los Notarios, que la actuación de éstos se vea analizada por los Jueces.

En el devenir de estas relaciones se plantean problemas que ambos colectivos están interesados en resolver para hacer más eficaz su actuación.

El seminario supone, pues, una formal apuesta de Jueces y Notarios en la línea de afrontar y resolver los problemas existentes.

La especial aportación del seminario es que Jueces y Notarios no se han limitado a exponer sus particulares soluciones jurídicas, sino que han realizado un esfuerzo para obtener un resultado conjunto de las materias tratadas que otorgan de una especial relevancia a las conclusiones alcanzadas.

El compromiso con la formación de los Jueces ha venido constituyendo una de las piedras angulares de toda la llamada «política judicial» de los órganos de gobierno interno del poder judicial, por lo que no podíamos dejar pasar la oportunidad de trabajar en aspectos que conforman temas jurídicos de actualidad que interesan a ambos operadores jurídicos.

No es aventurado decir que, por la novedad que supone y por la propia repercusión de las materias tratadas, estamos seguros de que la obra ha de interesar a todos los integrantes de los cuerpos jurídicos afectados.

Por otra parte, el reto de poner en marcha un seminario para la puesta en común de determinados problemas jurídicos de Derecho civil sustantivo y procesal no constituye tarea fácil, habida cuenta la carga de trabajo que jueces y notarios soportan.

Al propósito de satisfacer ciertas necesidades interpretativas y de integración del ordenamiento jurídico en materia de prueba testifical de los Notarios, respecto del art. 708 de la LEC, o sobre la valoración de la capacidad del testador, responde de manera importante la obra que se presenta, por lo que es de justicia agradecer a los participantes, todos ellos juristas de reconocido prestigio, la colaboración prestada, antesala de lo que han de ser futuras actividades formativas en la misma línea.

Prólogo

Joan Carles OLLÉ I FAVARÓ
Decano del Colegio Notarial de Cataluña

A los Notarios de Cataluña nos satisface especialmente haber organizado con el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, gracias en buena medida al interés e impulso de su Presidenta, doña Maria Eugènia Alegret, esta Jornada de Trabajo o Seminario sobre diversos temas de interés común de las dos corporaciones. Ambas funciones tienen una proximidad innegable: el Estado se dota de unas normas jurídicas que considera beneficiosas para el interés general, y para hacerlas cumplir selecciona de manera muy exigente unos funcionarios que, de forma diversa y en diferentes momentos de las relaciones jurídicas entre los ciudadanos y entre los ciudadanos y la Administración, velan por el cumplimiento de aquella legalidad. Además, los documentos públicos autorizados por los Notarios lógicamente pueden ser impugnados judicialmente y revisados por los tribunales.

Jueces y Notarios servimos y somos garantes del principio constitucional de la seguridad jurídica consagrado en el art. 9.3 de la Carta Magna. La seguridad jurídica, como es sabido, puede obtenerse por dos vías diferentes: una impeditiva o preventiva y otra retributiva o represiva. La primera, que ejercemos los Notarios (y los Registradores), evita el conflicto como perturbación de la paz social; la segunda, que ejercen los Jueces, lo elimina o supera. La tutela judicial prevista en el art. 24 de la Constitución es un instrumento cuya finalidad consiste precisamente en restablecer la seguridad amenazada por el conflicto de pretensiones.

El Poder Judicial es un pilar fundamental del Estado y su intervención es esencial como instrumento para la efectividad de los derechos y la paz social. El Estado ha de legitimarse a través de una Justicia accesible por igual a todos los ciudadanos, por encima de las distintas posiciones de ventaja o capacidad. La Justicia hoy en España responde

plenamente al modelo de un juez constitucional, como titular de un poder del Estado independiente, imparcial, técnicamente preparado, y sometido únicamente al imperio de la ley. La Justicia garantiza igualdad de todos los ciudadanos ante la ley y el pleno ejercicio de sus derechos y libertades fundamentales.

Hoy asistimos a una litigiosidad creciente y la búsqueda de una respuesta rápida de los órganos jurisdiccionales a las controversias que se plantean. La sociedad demanda un modelo de justicia ágil, moderno y eficaz que responda a las necesidades de una sociedad avanzada. El aumento de la conflictividad judicial es un factor determinante para el bloqueo de la Justicia. Es preciso impulsar, más pronto que tarde, el fenómeno de la desjudicialización precisamente para que el juez pueda ejercer en mejores condiciones la importantísima tarea que el Estado le tiene encomendada. El Notario puede desempeñar un papel significativo en el marco de la jurisdicción voluntaria asumiendo, en beneficio de la sociedad, la tutela y el control de determinadas relaciones jurídicas no estrictamente contenciosas.

El Notario, en el ejercicio de su función pública, incorpora a los documentos públicos que autoriza una serie de relevantes cualidades jurídicas: el control de legalidad y el asesoramiento a las partes imparcial y reequilibrador, junto a las enérgicas presunciones que el Estado le reconoce de veracidad, integridad, capacidad y de suficiencia de facultades de los representantes que intervienen en el negocio, así como los importantísimos efectos probatorios y ejecutivos de aquél. En un sistema moderno dotado de una justicia ágil y moderna la función notarial es estrictamente útil y necesaria, pues, en definitiva, el Notario en su actuación diaria cumple una destacada labor preventiva que impide que surja el conflicto o que, surgido éste, facilita su solución en virtud de los efectos legales del documento público.

Así pues, esta cercanía entre nuestras dos funciones jurídicas propician que sean muchos los campos en los que pueda haber un interés común para debatir las cuestiones jurídicas que, bien sea por la existencia de una superior litigiosidad, bien sea por la posible existencia de disparidad de criterios o por la especial complejidad técnica, puedan tener un especial interés para ser estudiadas y debatidas, dando como resultado unas pautas interpretativas, sin perjuicio de la independencia de criterio de cada funcionario en el ámbito de su responsabilidad.

El hecho de celebrar este tipo de sesiones y trabajos será, sin duda, beneficioso no sólo para Magistrados, Jueces y Notarios en la medida que nos pueda ser de utilidad en nuestro ejercicio profesional el debate de ideas y las conclusiones que juntos podamos alcanzar, sino también para el superior interés general en la medida que facilitará la coherencia

de las soluciones jurídicas que aplica el Estado, contribuyendo a evitar así desviaciones y disparidad de criterios que normalmente acaban produciendo una mayor inseguridad jurídica, es decir, lo contrario de lo que representamos ambos cuerpos. Organizando actos como el que ahora presentamos contribuimos a hacer una justicia más previsible y sólida. La predictibilidad de la respuestas jurídicas del Estado es consustancial al concepto más exacto de seguridad jurídica.

La declaración testifical del Notario en el proceso civil

José Francisco VALLS GOMBAU
Magistrado

I. LA DECLARACIÓN TESTIFICAL DEL NOTARIO EN EL PROCESO CIVIL

1. El objeto de debate en esta mesa se centra en los problemas y cuestiones que plantea, en la práctica forense, la declaración Notarial en el proceso civil.

Se podría exponer en los siguientes términos:

a) ¿Cuándo la declaración del Notario ante Juzgados y Tribunales resulta **pertinente** y aporta **utilidad**, teniendo presente que la fe pública que otorga su intervención en los documentos públicos es o podría ser suficiente?

b) ¿Cuándo debe **rechazarse o admitirse** la proposición de la testifical del Notario en los procesos civiles y qué **parámetros** generales pueden ser de aplicación?

c) ¿Cómo debería, en su caso, **articularse la inadmisión** de la testifical del Notario si fuera improcedente por los Jueces y Tribunales?

2. La respuesta a los interrogantes propuestos requiere, a mi entender, realizar varias puntualizaciones aunque sea de modo sucinto. En primer lugar, trazar las líneas generales de cuál es el objeto de la prueba testifical en la LEC 2000 y el contenido constitucional y de legalidad ordinaria de la prueba en la LEC del 2000 para la admisión de la testifical. En segundo lugar, precisar la pertinencia y utilidad de la testifical en relación con los contenidos de la función Notarial

con objeto, por último, de poder; en tercer y último lugar, fijar unas reflexiones finales prospectivas —sobre cuándo y de qué forma— el Juez debe admitir o no la prueba testifical del Notario aplicando los principios de legalidad ordinaria junto con otros como los de tutela judicial efectiva.

II. PROPOSICIÓN, ADMISIÓN Y PRÁCTICA DE LA PRUEBA TESTIFICAL DEL NOTARIO EN EL PROCESO CIVIL

3. El art. 360 LECC dispone que «... las partes podrán solicitar que declaren como testigos las personas que tengan (a) *noticia* (b) *de hechos controvertidos* relativos a lo que sea *objeto del juicio*».

La prueba de testigos tiene por objeto la declaración de terceros sobre hechos procesalmente relevantes de los que conoce por directa percepción. El Notario lo habrá sido ejerciendo funciones Notariales que precisamos en § 11 y que no siempre lo será actuando al amparo de la fe pública, puesto que también realiza otras funciones como las de asesoramiento y cumplimiento de lo documentado.

Han de limitarse las declaraciones testificales a circunstancias fácticas o hechos alegados y controvertidos que los ha percibido de forma directa o por referencia de otras personas. Sólo en el primer supuesto lo será bajo el amparo de la fe pública cuando interviene en la redacción de documentos y actas.

Es importante destacar que también la LEC 2000 permite al testigo aportar valoraciones a su declaración testifical con base en sus propios conocimientos científicos, técnicos o prácticos sobre la materia a que se refieran los hechos objeto de interrogatorio (arts. 370.4 y 380 LEC). A mi entender, dicha posibilidad debe ser negativamente valorada para el caso del Notario, ya que su aportación técnica convertiría el conocimiento de los hechos en un posible dictamen que resultaría improcedente. Pensemos, por ejemplo, en una opción de compra ejercitada en escritura pública de compraventa la declaración testifical del Notario sobre el alcance interpretativo de la viabilidad de la opción.

4. Respecto al contenido constitucional y de legalidad ordinaria en relación con la testifical en el proceso civil y su proyección en la declaración del Notario requiere, en primer lugar, a grandes rasgos, anotar siquiera sea someramente su alcance para posteriormente examinar cuándo debe considerarse como prueba pertinente y útil a los efectos de que el Juez adquiera certeza de los hechos y forme su convicción para fallar motivadamente en la sentencia.

Afirmaba BENTHAM¹, en su clásica obra sobre el *Tratado de las pruebas judiciales*, que «el arte del proceso no es esencialmente otra cosa que el arte de administrar las pruebas».

Y para administrar las pruebas debemos partir, en primer lugar, del contenido constitucional que presenta el derecho a la prueba en el proceso civil que inspira y sirve de pauta de interpretación a los preceptos que regulan su pertinencia y utilidad en la legalidad ordinaria —arts. 24 CE y 283 LEC—. Las líneas generales que lo informan² son:

a) El art. 24.2 CE ha constitucionalizado el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa como derecho fundamental, garantizando a las partes la posibilidad de impulsar una actividad probatoria acorde con sus intereses, siempre que la misma se encuentre autorizada por el ordenamiento jurídico; sin que comprenda, naturalmente, el derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada.

b) El derecho constitucional a utilizar los medios de prueba se traduce en la admisión de las pruebas pertinentes por el órgano jurisdiccional. Serán pertinentes las que guarden relación con el objeto del juicio y con lo que constituya el *thema decidendi*. La declaración de pertinencia es una facultad del órgano jurisdiccional, por lo que no constituye un derecho ilimitado de las partes.

Ello también requiere una nueva perspectiva y una mayor sensibilidad, de suerte que los Juzgados y Tribunales han de proveer a su satisfacción, sin desconocerlo ni obstaculizarlo, siendo preferible incurrir en un posible exceso en la admisión que en su denegación, sin que pueda predominar la economía procesal o la celeridad sobre el derecho a la tutela judicial efectiva.

c) La inadmisión de cualquier medio de prueba por el órgano judicial competente ha de encontrarse suficientemente motivada, de forma que se exterioricen de manera adecuada las razones por las que el Tribunal considera inadmisibles un medio probatorio, en nuestro caso la declaración testifical del Notario, que sería ciertamente inadmisibles cuando se solicitara que dicho fedatario ratificase el contenido de su escritura en cuanto queda cubierta la realidad documentada por la fe pública.

¹ BENTHAM, *Tratado de las pruebas judiciales*, traducción de Manuel Osorio, Comares, Granada, 2001.

² M. A. FERNÁNDEZ, J. M. RIFA y J. F. VALLS, *Derecho Procesal Práctico*, CERA, V, II, § 54, pp. 325 ss., y F. J. FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios a la LEC* (obra coordinada por M. A. FERNÁNDEZ, J. M. RIFA y J. F. VALLS) (Comentario art. 283, pp. 1308 y ss.).

5. La admisión de las pruebas, conforme dispone el art. 429.2 LEC, se procederá atendiendo a su pertinencia y utilidad. Estos criterios son aplicables para cualquier clase de prueba y se regulan en el art. 283 LEC, en sede de disposiciones generales sobre la prueba.

Por otro lado, para la declaración testifical del Notario en el proceso civil, hemos de tener presente que el **medio** utilizado es su manifestación mediante la citación al juicio, siendo que la **fuerza** de su conocimiento son los hechos procesalmente relevantes que haya conocido de forma directa o incluso por referencias (en este supuesto no cubierto ni amparado por la fe pública).

El art. 362 LEC dispone que «Al proponer la prueba de testigos, se expresará su identidad, con indicación, en cuanto sea posible, del nombre y apellidos de cada uno, su profesión y su domicilio o residencia. También podrá hacerse la designación del testigo expresando el cargo que ostentare o cualesquiera otras circunstancias de identificación, así como el lugar en que pueda ser citado».

Ahora bien, para el juicio ordinario, conforme dispone el art. 429 LEC para la proposición de prueba, se sigue un orden de actuaciones del que se deduce que la parte deberá proponerla tras la fijación de los hechos controvertidos y sin perjuicio de la posible iniciativa probatoria del Juez rectamente entendida (art. 429.1.II LEC). Seguidamente, el Tribunal admitirá o no la prueba propuesta según los criterios de pertinencia y utilidad, y, a continuación, la parte deberá indicar los testigos que se compromete a presentar en juicio y cuáles, por el contrario, deben ser citados por el Tribunal o realizarse por auxilio judicial (art. 429.5 LEC).

El problema surge en tanto que presentada la lista de testigos no procede, como en la LEC 1881, la presentación de una lista de preguntas y repreguntas que inicialmente examinadas por el Juez eran o no denegadas. En la LEC 2000, las preguntas se formulan en el juicio oral y por ello la declaración de pertinencia y utilidad no se conocerá hasta el momento del juicio oral (art. 433 LEC), por lo cual hemos de establecer algún cauce previo para decidir sobre la admisibilidad de la declaración testifical del Notario con anterioridad al juicio³.

La solución de citar al Notario y en el acto del juicio rechazar o admitir las preguntas no resulta procedente, por lo cual, desde el

³ En cambio, para el juicio verbal (art. 440.1 LEC) también han de prevalecer los criterios precedentes, con lo cual no se excluye —sino todo lo contrario— que si el Tribunal deba convocarlo se pueda (y deba) indicar el objeto de dicha citación junto con los datos y circunstancias personales y a los efectos de establecer su utilidad y pertinencia (art. 440.1.III LEC).

momento en que se solicite su declaración y se indique, tal como dispone el art. 362 LEC, su profesión y que se le ha de citar como Notario, el Juez debe solicitar a las partes cuál es el objeto de dicha declaración. Si lo fuera para ratificarse sobre lo documentado o sobre extremos cubiertos por la fe pública, su declaración será inútil, por lo cual, hemos de anticipar, para evitar citaciones inútiles, el criterio sobre la admisibilidad de su declaración al momento de la audiencia previa. Con dicha solución, se combina de una forma eficiente el derecho a la tutela judicial efectiva con otros postulados, que aunque de menor entidad, también han de tenerse en cuenta en el proceso civil, como son los de economía y celeridad. Téngase presente que la parte no tiene, como decíamos, un derecho a la prueba de carácter ilimitado, sino que ha de centrarse en la utilización de los medios de prueba de un modo adecuado, conforme a los criterios establecidos por la legalidad ordinaria, como son los de pertinencia y utilidad.

Afirmaba BENTHAM⁴ que en cuanto se puede prescindir de los testimonios no pertinentes y de los superfluos, se concede al Juez un gran poder, incluso susceptible de abusos, pero no es menos cierto que si tal salvaguardia no existiera, añadía dicho autor, podría agobiarse al adversario con graves dilaciones y eternizarse el proceso. En el caso examinado, hemos de tener presente que no se excluye el testimonio mismo del Notario como medio, sino la fuente de su conocimiento, que no es ni pertinente ni útil para la prueba de los hechos controvertidos que son objeto del proceso. En conclusión, como afirmaba el citado dicho autor, lo que el Juez declara equivale a decir: «... este hecho que la parte desea probar por considerarlo de utilidad para establecer el hecho principal cuestionado, no tiene relación con él o esa relación es tan débil o tan lejana, que no compensa los inconvenientes que la prueba ocasionaría...».

A) Causas legales de inadmisión de la prueba propuesta: Pertinencia y utilidad

6. La LEC, como señala FERNÁNDEZ URZAINQUI⁵, parte de la general admisibilidad de la prueba propuesta, por su normal pertinencia, utilidad e ilicitud, siendo contemplados en su vertiente negativa y definiendo sus antónimos —impertinencia, inutilidad e ilicitud— como criterios de inadmisión.

⁴ BENTHAM, *Tratado de las pruebas judiciales*, traducción de Manuel Osorio, Comares, Granada, 2001, pp. 365 y ss.

⁵ F. J. FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios a la LEC* (obra coordinada por M. A. FERNÁNDEZ, J. M. RIFA y J. F. VALLS) (Comentario art. 283, pp. 1309 y ss.).

A los efectos de esta comunicación nos centraremos en las expresiones generales de impertinencia e inutilidad, para fijar, posteriormente, su aplicación en un caso concreto como es el del alcance del deber de guardar secreto por los Notarios, conforme la norma regulada en el art. 371 LEC.

Como regla general, en la declaración testifical del Notario, es más el criterio de utilidad que el de pertinencia aquel que debemos aplicar para la admisión/denegación de la prueba. Asimismo, como veremos, el de la utilidad, resulta ser un criterio de mayor dificultad para su delimitación, por cuanto determina la inadmisión de aquellas pruebas que, aun teniendo relación con los hechos, según reglas y criterios razonables y seguros, en ningún caso puedan contribuir a esclarecer los hechos controvertidos que en el supuesto de la testifical del Notario deberá tener en cuenta el alcance y contenido de la fe pública del notarial, del que nos ocupamos en §§ 10 y 11.

7. El art. 283.1 LEC dispone que es impertinente aquella prueba que no guarde relación con lo que sea objeto del proceso, es decir, aquella ajena a la cuestión debatida y que no tenga la debida adecuación con los hechos fijados como controvertidos en el proceso.

Son impertinentes cuando se trate de probar hechos no alegados por las partes en el momento procesal oportuno o con la tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso, por ejemplo, si se pretende la declaración testifical del Notario en un proceso cuyo objeto es la reclamación de legítima o de suplemento de legítima y se pretende interrogarle sobre la capacidad del testador que nadie discute y es ajena a los hechos controvertidos.

También sería impertinente si se trata de hechos exentos de prueba como aquellos en que exista plena conformidad, a no ser que se trate de procesos sustraídos a su poder de disposición (art. 281.3 LEC) o que gocen de notoriedad absoluta y general (art. 281.4 LEC), por ejemplo, sería impertinente la declaración de un Notario para que realizara una valoración o se ratificara sobre el contenido de un acta de notoriedad o de las declaraciones testificales realizadas en un acta de manifestaciones levantada por el Notario. Nótese que, como establece la LEC 2000, las declaraciones testificales han de verificarse a presencia judicial y por lo general —salvo cuando proceda excepcionalmente el auxilio judicial— «...el acta Notarial en que se refleja la declaración de unos testigos, ni siquiera tiene el valor de una prueba testifical al haber sido practicada fuera de los autos y sin citación contraria...» (SSTS de 14 de octubre de 1976, 15 de diciembre de 1989 y 13 de mayo de 1991).

También hemos de anotar sobre el extremo de la comparecencia personal del Notario, en su caso y si procediera, que no puede ser sustituida por un informe o por un interrogatorio que se le remita por correo como, en algunos casos, la jurisprudencia menor parece dar por válida y ser objeto de valoración en tanto que la inmediatez de su declaración ante el Juez, salvo en casos excepcionales de auxilio judicial, es de obligado cumplimiento.

«... OCTAVO. A tal efecto, la tesis del actor de haber sido objeto de engaño grave por parte de la demandada, en los términos anteriormente expuestos, al punto de determinarle a la celebración del contrato objeto ahora de impugnación, cabe considerarla probada, con base en la concurrencia de los siguientes indicios favorables: 1) el contenido de unas conversaciones telefónicas, 2) el hecho de que fuese la esposa demandada la que unilateralmente gestionara ante la Notaría la solicitud de otorgamiento de la escritura pública de compraventa de los bienes propiedad del esposo, con carácter de urgencia por lo demás, encargándose asimismo de aportar toda la información y documentación precisas, *cual resulta del contenido del escrito remitido por el notario autorizante del documento, Sr. Regueira Núñez, a requerimiento judicial en el pleito de separación matrimonial*, indicando que pretendían firmarla ese mismo día, que parte de los datos se hallaban ya en la Notaría y otros fueron facilitados telefónicamente por Cecilia...; confirmando tales extremos el oficial de la Notaría, Marcos, tanto al deponer como testigo en el acto de la vista del juicio oral del Rollo de Sala núm. 1049/99 de la Sección 2.^a de la AP de Pontevedra (dimanante del P.P.A. núm. 72/98 del Juzgado Instrucción núm. 1 de O Porriño) ...». SAP de Pontevedra de 17 de febrero de 2004 (*El Derecho EDJ*, 2004/282686).

8. La inutilidad de la prueba viene regulada en el art. 283.2 LEC, conforme a lo cual son inútiles «aquellas pruebas que, según reglas y criterios razonables y seguros, en ningún caso pueden contribuir a esclarecer los hechos controvertidos».

Es una definición abierta que la mejor doctrina⁶ estima que se refiere a aquellas pruebas, que, aun pudiendo guardar relación con los hechos debatidos, la experiencia permite conjeturar que no podrán alcanzar el resultado buscado por existir una clara inadecuación de medio a fin. FERNÁNDEZ URZAINQUI concluye señalando que la inutilidad viene así determinada más por el hecho que se intenta probar, que por el medio con que se pretende alcanzar su prueba, como ya habíamos afirmado precedentemente, en § 5.

Aun requiriendo una apreciación restrictiva de la inutilidad resultará en todo caso inadmisibles aquella prueba que sea inconducente,

⁶ F. J. FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Comentarios a la LEC* (obra coordinada por M. A. FERNÁNDEZ, J. M. RIFA y J. F. VALLS) (Comentario art. 283, pp. 1311 y ss.).

ineficaz o superflua. Para la declaración testifical del Notario lo sería, por ejemplo, si se le pretende preguntar sobre si el precio documentado de una compraventa es o no distinto del realmente satisfecho, pues de lo que da fe el Notario es que se ha entregado una cantidad y la concreta cuantía es aquella que las partes manifiestan, siendo la parte que afirme otra suma distinta quien deberá justificarla pero no mediante la declaración testifical del Notario, que solamente da fe de su entrega y de la manifestación realizada, como posteriormente analizamos en § 10.

«... En relación al segundo aspecto, resulta útil la invocación de la sentencia del TS, de fecha 16-5-1990, citada por la demandada-recurrente en su escrito de recurso, en cuanto viene a señalar que “al litigante que niegue la realidad del precio que en una escritura pública de compraventa se declaró recibido con anterioridad, le corresponde probar su aserto para poder enervar la presunción de veracidad que emana de la declaración hecha ante Notario, con fuerza vinculante, en principio, entre los contratantes...”». SAP de Pontevedra de 17 de febrero de 2004 (*El Derecho EDJ*, 2004/282686).

O también sería inútil, entre otros supuestos, por inconducente, si se pretendiera su declaración para aquellos hechos que conforman una presunción *iuris et de iure* como es la fecha y el otorgamiento de una escritura.

B) El deber de guardar secreto y la declaración testifical del Notario

9. Los testigos con deber de guardar secreto se regulan en el art. 371 LEC⁷. Se establecen en la norma dos tipos de regulación: Su párrafo 1.º es aplicable para aquellas personas que deban guardar secreto «por su estado o profesión», mientras que en el párrafo 2.º se

⁷ «Artículo 371. Testigos con deber de guardar secreto.

1. Cuando, por su estado o profesión, el testigo tenga el deber de guardar secreto respecto de hechos por los que se le interroga, lo manifestará razonadamente y el tribunal, considerando el fundamento de la negativa a declarar, resolverá, mediante providencia, lo que proceda en Derecho. Si el testigo quedare liberado de responder, se hará constar así en el acta.

2. Si se alegare por el testigo que los hechos por los que se le pregunta pertenecen a materia legalmente declarada o clasificada como de carácter reservado o secreto, el tribunal, en los casos en que lo considere necesario para la satisfacción de los intereses de la administración de justicia, pedirá de oficio, mediante providencia, al órgano competente el documento oficial que acredite dicho carácter.

El tribunal, comprobado el fundamento de la alegación del carácter reservado o secreto, mandará unir el documento a los autos, dejando constancia de las preguntas afectadas por el secreto oficial».

desarrollan los límites para cuando se trate de hechos que pertenecen a «materia legalmente declarada o clasificada como de carácter reservado o secreto»⁸.

En el supuesto de la declaración testifical del Notario es aplicable el art. 371.1º LEC, pues el Notario «... es un profesional dotado de función pública o un funcionario que se rige en su actuación por criterios profesionales...» (DGRN de 11 de marzo de 1996). Esta cualidad de funcionario público, como declara la jurisprudencia (*vid.* por todas STS, Sala 1.ª, de 28 de noviembre de 2007), les obliga a guardar secreto en lo relativo a todas aquellas actuaciones que, como las de asesoramiento profesional, prestan a quienes acuden a solicitar sus consejos tanto se plasme posteriormente en un acto documentado como si no lo fuera. La diferencia estriba en que mientras si el asesoramiento previo se presta, se plasma posteriormente en un documento público queda, en el caso de que debiera guardar secreto, relevado de dicho deber, establecido en el art. 371 LEC, pues al haber alcanzado publicidad, puede prestar declaración en tanto que no forma ya, precisamente, por esta publicidad de la materia que le hubiere sido confiada con reserva profesional⁹.

Tampoco alcanzará el secreto profesional a aquellos hechos que, conocidos por el Notario, no guardan relación alguna con este deber de secreto, por ejemplo, las actuaciones de cumplimiento y ejecución que pueda realizar en el cumplimiento de una escritura.

Este deber de guardar secreto puede asimilarse tanto al de los abogados, que deben guardar secreto por los hechos o noticias de que conozcan por razón de su actuación profesional, sin que puedan ser obligados a declarar sobre los mismos (art. 437.2 LOPJ), como al de los funcionarios públicos, que para el proceso penal expresamente se dispone en el art. 417.2 LEC.

El procedimiento para resolver sobre la aplicación del deber de guardar secreto en el proceso se establece en el art. 371.1 LEC, preci-

⁸ J. M. RIFA SOLER, en *Comentarios a la LEC* (obra coordinada por M. A. FERNÁNDEZ, J. M. RIFA y J. F. VALLS) (Comentario art. 283, pp. 1718 y ss.).

⁹ «... y de otra parte que, como también ha sido declarado por esta Sala en sentencia de 5 de marzo de 1981 (RAJ 899), la incapacidad del Abogado para ser testigo en un determinado asunto no es absoluta en el sentido de que por el mero hecho de tal cualidad pueda ser rechazado, tanto a priori como en las manifestaciones testificales que haya rendido, sino relativa, al poder producirse testificando en cuestiones, cual ha sucedido en el presente caso, que se contraen a una actividad documentada sobre la que, al haber alcanzado publicidad, puede prestar declaración al no formar parte ya, precisamente por esa publicidad, de materia que le hubiere sido confiada con reserva profesional» (STS de 12 de noviembre de 1985; RAJ 5578). *Vid.*, también, STS de 5 de marzo de 1981; RAJ 899).

sando su convocatoria al juicio en cuyo momento «... lo manifestará razonadamente y el tribunal, considerando el fundamento de la negativa a declarar, resolverá, mediante providencia, lo que proceda en Derecho. Si el testigo quedare liberado de responder, se hará constar así en el acta». A diferencia de otros supuestos en que el Notario no precisa ser convocado cuando su declaración nada aporte (por inútil) al esclarecimiento de los hechos controvertidos, en el caso examinado, la reserva debe hacerse valer en el juicio y luego ser motivadamente resuelta por el Juez o Tribunal haciéndose constar en acta.

III. LA DECLARACIÓN TESTIFICAL DEL NOTARIO Y LA FE PÚBLICA

A) La intervención notarial en el documento público y su relación con la declaración testifical del Notario

10. El art. 1.216 del Código Civil define el documento público como el «autorizado por notario o funcionario público competente con las formalidades establecidas en la Ley». Documento público, como recuerda DE PRADA GONZÁLEZ¹⁰, es aquel que redacta éste y en el cual el Notario narra una serie de hechos, siendo preciso distinguir dos clases de declaraciones, como señala el citado autor recogiendo las tesis de NÚÑEZ LAGOS, que son:

a) Aquellas que formula el Notario de *motu proprio* y se incorporan al documento público, como pueden ser las relativas a la fecha y su otorgamiento, entre otras, y

b) Aquellas otras que realizan las personas particulares que intervienen en el documento.

Esta diferencia resulta fundamental a los efectos examinados de la declaración testifical del Notario por los diversos efectos de ambos tipos de declaraciones y su aplicación en el proceso. Respecto de aquellas que realiza el Notario y se refieren a extremos amparados por la fe pública¹¹, tienen, en algún caso —art. 1.218.1 CC— fuer-

¹⁰ José María DE PRADA GONZÁLEZ, *Los sistemas documentales. El documento público y el instrumento público*, Estudios de Derecho Judicial, 1997, núm. 4, CGPJ, pp. 36 y ss.

¹¹ «... las palabras doy fe con que terminan corrientemente las escrituras públicas no pueden ser elevadas a las categorías de frase sacramental, cuyo empleo resulte indispensable para cerrar y perfeccionar jurídicamente el acto, sino que pueden ser sustituidas por otros términos que acrediten de un modo indubitado que el instrumento entra a gozar de los beneficios de la “fides publica”. Por testimoniar el Notario los presupuestos, hechos, manifestaciones y requisitos que la ley exige para que el acto haga fe, es decir, se tenga por emanado del poder público y dotado de autenticidad...», RDGRN de 21 de noviembre de 1973.

za de prueba legal y, en su consecuencia, la declaración del Notario resulta inútil. En relación con las que realizan las partes puede, a su vez, distinguirse entre el hecho mismo de dichas declaraciones y que se incorporan al documento como narradas por el Notario, de su contenido. Para las primeras, por lo general, su declaración por el Notario en el proceso resulta igualmente inútil, mientras que en lo relativo a su contenido no se encuentran amparadas por la fe pública y hacen prueba «... contra los contratantes y sus causahabientes, en cuanto a las declaraciones que en ellas hubiesen hecho los primeros» —art. 1.218.1 CC—.

«El valor o eficacia del documento público no se extiende a su contenido o a las declaraciones que en ellos hagan las otorgantes, pues, aunque en principio hacen prueba contra éstos y sus causahabientes, la veracidad intrínseca de las mismas puede ser desvirtuada por prueba en contrario, sin que tal medio probatorio tenga prevalencia sobre los demás, vinculando al Juez sólo respecto de su otorgamiento y de su fecha, dado que el resto de su contenido puede ser sometido a apreciación con otras pruebas...» (STS de 30 de septiembre de 1995). *Vid.* también STS de 30 de octubre de 1998 en cuanto dispone que el documento público no tiene prevalencia sobre otras pruebas y por sí solo no basta para enervar una valoración probatoria conjunta vinculando al Juez sólo respecto del hecho de su otorgamiento y su fecha, dado que el resto de su contenido puede ser sometido a su apreciación con otras pruebas.

Para ilustrar con un ejemplo las anteriores aseveraciones, podemos traer a colación el caso puesto de relieve por DE PRADA GONZÁLEZ¹² en las escrituras de compraventa. En dichas escrituras se hace constar el precio de venta y en su declaración hay dos aspectos que son distintos. Mientras el hecho de que las partes han manifestado que el precio es X euros se trata de un hecho amparado por la fe pública por tratarse de una narración realizada por el Notario que percibe por sus sentidos, en cambio, la veracidad de dicho precio ni le consta ni debe comprobarlo. Por ello, a mi juicio, el Notario no puede (ni debe) ser convocado para que manifieste si el precio es el que consta en el documento público, en tanto se encuentra amparado por la fe pública, pero también es inútil que haya de ser citado para que declare sobre si dicho precio es el realmente entregado, pues el contenido del mismo le alcanza la cualidad de veracidad que se corresponde con la realidad extradocumental mientras no se demuestre lo contrario, y cuya carga de la prueba corresponde a la contraparte

¹² José María DE PRADA GONZÁLEZ, *Los sistemas documentales. El documento público y el instrumento público*, Estudios de Derecho Judicial, 1997, núm. 4, CGPJ, pp. 36 y ss.

(SSTS de 18 de julio de 1996 y de 26 de febrero de 1990, entre otras), sin que la declaración testifical del Notario sea procedente.

Téngase presente que, como declaran las RRDGRN de 20 de febrero y 30 de mayo de 2007, el documento público notarial goza de tres presunciones, como son las de veracidad, integridad y legalidad, que «...no son una proclamación programática carente de contenido jurídico (sino que) implica un juicio y consecuente valor atribuido... que sólo puede ser negado o desvirtuado en el seno de un procedimiento contradictorio, previa prueba en contrario sea del tipo que sea y por quienes tengan legalmente atribuida la competencia para hacerlo (así, y desde la vertiente procesal, arts. 217, 385 y 386 LEC) ...»¹³.

Sin embargo, en forma excepcional, resulta admisible y pertinente la declaración Notarial incluso referida a hechos cubiertos por presunciones *iuris tantum* contenidas en el documento público, cuando su declaración resulta sustancial, como puede ser, por ejemplo, cuando el pleito versa sobre la capacidad del testador en un testamento abierto, lo que será objeto de examen más detenido en la última de las comunicaciones de estas mesas.

¹³ «... el documento público notarial goza de tres presunciones previstas en una norma con rango de Ley, como son las de veracidad, integridad y legalidad. Dichas presunciones tienen su origen en la imposición al Notario de la obligación de velar por la regularidad, no sólo formal, sino material, del acto o negocio jurídico que autoriza o interviene, lo que exige del mismo una serie de actuaciones positivas previas al mismo hecho de la autorización o intervención; así, podemos destacar: asegurarse acerca de cuál sea la identidad de los otorgantes, indagar su verdadera voluntad y controlar la legalidad del acto o negocio jurídico que se pretende realizar desde las perspectivas formal y material (elementos esenciales, naturales y accidentales) a los efectos de su documentación pública.

Veracidad implica que desde la perspectiva de la narración de los hechos y del contenido del acto o negocio documentado, el mismo se corresponde con la realidad extradocumental; por ejemplo, que los otorgantes son quienes se dice en el instrumento y que cuentan con capacidad natural y jurídica para la conclusión de lo documentado; que el acto o negocio jurídico concluido es el que es y no otro; que sus elementos esenciales, naturales y accidentales son los reflejados en su clausulado y que, en suma, la realidad extradocumental ha sucedido como se narra y refleja en el instrumento. Por ello, hasta el mismo CP prevé un tipo de falsedad específico (arts. 390 y ss.).

Integridad supone que el documento no carece de ninguna de sus partes en el sentido de que narra toda la verdad. Por ello, un documento no sería veraz si recogiera una parte de la realidad y diera o elevara ésta a rango de totalidad de lo ocurrido. La consecuencia de las dos presunciones expuestas es la de legalidad. Que una realidad jurídica se presume conforme a la legalidad implica que su contenido y efectos están ajustados al ordenamiento jurídico...» (RRDGRN de 20 de febrero de 2007 y 30 de mayo de 2007).