

La prueba electrónica (lo siento, me sigo resistiendo a llamarla “evidencia”) es algo sobre lo que se viene discutiendo de largo. De hecho, en el año 2016, celebramos en el Colegio Notarial de Andalucía, en su sede de Sevilla, el encuentro **NotarTIC I**, en el que también se trató el asunto desde un punto de vista conjunto con todo tipo de profesionales.

Del mismo modo, en el mismo año, algunos notarios colaboramos en un ebook bajo el título “**La Prueba Electrónica**”, coordinado por Ricardo Oliva y Sonsoles Valero. En ese ebook expusimos nuestros respectivos puntos de vista dos notarios, ocho abogados (entre ellos David Maeztu, Sara Molina o Sergio Carrasco), tres peritos (entre ellos, Carlos Aldama) y tres representantes de prestadores de servicios (entre ellos, Nacho Alamillo y Pedro J. Canut). Una vez leí el ebook, me llamó la atención que todos los capítulos estaban redactados en un sentido positivo, de explicación de las fortalezas de cada parte integrante o afectada por el proceso, y no de ataque o de un “quítate tú que me pongo yo”.

Han pasado ya casi cuatro años de aquello, y me he propuesto revisar lo que escribí entonces y, en su caso, si procede, reiterarlo, tomando como base una serie de afirmaciones contenidas en ese texto. Concretamente, podemos reducirlo todo a tres conclusiones:

1. La prueba notarial debe ceñirse siempre a la normativa notarial
2. La prueba notarial es documental, y por tanto, no pericial
3. El hecho de crear una prueba digital es una finalidad legítima en sí misma

La prueba notarial debe ceñirse siempre a la normativa notarial

No es procedente aquí ahora la **Ley de Enjuiciamiento Civil**, ni tampoco la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la información y Comercio electrónico, la normativa sobre **firma electrónica** o normas como la **ISO/IEC 27037:2012** que proporciona orientaciones sobre mejores prácticas en la identificación, adquisición y preservación de evidencias digitales potenciales que permitan aprovechar su valor probatorio. Al estar centrándonos en la normativa notarial, lo procedente es mencionar las normas que afectan a la actuación notarial en este punto.

Los notarios intervenimos en la contratación mediante la intervención en escrituras, pólizas, actas, testimonios, legalizaciones y legitimaciones. Dentro de esa tipología, es el acta el vehículo adecuado para constatar hechos, ya sean analógicos o digitales, pues el **artículo 17 de la Ley Orgánica del Notariado** dicen que *“tienen como contenido la constatación de hechos o la percepción que de los mismos tenga el Notario (...)”*.

Pero existen del mismo modo una pluralidad de actas, por lo que hay que acudir al **artículo 199 del Reglamento Notarial** para ver cuáles son las adecuadas: *“las actas notariales de presencia acreditan la realidad o verdad del hecho que motiva su autorización. El notario redactará el concepto general en uno o varios actos, según lo que presencie o perciba por sus propios sentidos, en los detalles que interesen al requirente, **si bien no podrá extenderse a hechos cuya constancia requieran conocimientos periciales**”*.

Por tanto, todo aquello que el notario reciba por sus sentidos, puede ser reflejado en el acta, con un límite claro: que el notario que perciba los hechos no extraiga de los mismos conclusiones que requieran conocimientos periciales. Como vemos, este artículo no está prohibiendo la actuación del notario ante fenómenos que físicamente pueda apreciar, sino que está prohibiendo que, una vez percibidos estos y trasladados al acta, infiera de los mismos consecuencias que no le competen.

El efecto del acta de presencia es claro: dejar constancia con fe pública, oponible a cualquiera, de que lo percibido por el notario existía en una fecha, en un lugar y con unas circunstancias determinadas. Un ejemplo típico: el notario puede desplazarse a un campo de naranjas para hacer constar que las naranjas están en el suelo y en mal estado, y no en el árbol y en buen

estado, pero no puede inferir que eso se debe a una granizada, a una plaga o a una mala gestión de los productos químicos con que se ha tratado.

De manera específica, y como desarrollo del **artículo 114.1 de la Ley 24/2001**, encontramos el **artículo 198.2 del Reglamento Notarial** que permite dejar constancia de *“cualquier hecho relacionado con un archivo informático”* y el artículo 216 permite el depósito notarial de documentos que estén extendidos en soporte informático y de programas informáticos. Con esta base, hemos podido hablar en alguna ocasión de cómo mejorarían las actas notariales con la posibilidad de incorporar al protocolo documentos en formato electrónico que permitan mantener metadatos (como fotografías digitales) o reflejar la situación concreta de un lugar de manera fidedigna con archivos de video, como traté en el año 2014 en el tercer artículo que se publicó en mi blog, [en este enlace](#).

Tangencialmente, y aunque no estemos hablando de prueba electrónica actual, pero sí probablemente futura, el número 6 de la **Instrucción de la Dirección General de los Registros del Notariado de 20 de diciembre de 2019**, en relación a los documentos electrónicos que conforman la información precontractual en materia hipotecaria, recomienda conservarla *“mediante un fichero electrónico identificado por su Hash, de modo que se asegure la conservación del archivo electrónico y la posibilidad de comprobación y prueba fehaciente del contenido de dicho fichero”*.

No obstante, algún otro artículo del Reglamento Notarial es importante. Por ejemplo en relación al acta de conversaciones telefónicas, pues el **artículo 198.7 del Reglamento Notarial** las prohíbe, si bien es bastante pacífico entender que cuando éstas se producen en tiempo real, no cuando queda un rastro escrito en una red social pública, privada a la que el requirente tiene acceso o en un grupo de acceso restringido en el que se encuentra también el requirente. En ningún caso esto afecta al secreto de las comunicaciones, como entendió la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril de 2002 al decir que el secreto de las comunicaciones no ampara a las “comunicaciones en abierto”, esto es, aquellas en que lo comunicado es accesible a terceros con el consentimiento de todos, como ha comentado el Notario MALDONADO ORTEGA y como también tuve ocasión de tratar [en este enlace](#).

La prueba notarial es documental, y por tanto, no pericial

La conclusión obvia de lo anterior es que **la prueba notarial no es una prueba que pueda calificarse como pericial, y por tanto es perfectamente compatible con ella**. De hecho, lo recomendable en muchos casos es autorizar un acta mixta, de presencia notarial (para dejar constancia fehaciente de los hechos digitales) y de protocolización de un informe pericial (para que el perito extraiga las consecuencias que sean pertinentes).

Dicho de otro modo, hay que distinguir entre prueba documental (que es la que practica el notario) y prueba pericial (que es la que practica un perito, que es aquel que, debido a sus conocimientos especializados en una materia, está en una posición adecuada para aportar conocimientos técnicos que el Juez no posee, y emitir un dictamen sobre unos hechos que permiten a éste valorar adecuadamente el objeto de la pericia. Esta distinción está legalmente contemplada en el artículo 299.1 LEC).

Aún es necesaria otra matización, pues al hablar de prueba documental notarial debemos distinguir entre el documento notarial en sí (todavía, en papel) y el contenido o práctica de la prueba realizado (que podrá ser un documento electrónico o en soporte papel). Por eso, que la presentación del documento notarial, digamos, del soporte procedimental, sea en papel, no significa que el documento electrónico que haya sido depositado notarialmente no pueda ser electrónico.

El hecho de crear una prueba digital es una finalidad legítima en sí misma

Dicho de otro modo, existen situaciones en que lo que interesado busca no es la creación de la prueba oponible en juicio como prueba documental o pericial, sino la **simple constatación, normalmente urgente, de un hecho digital**, que además puede que ni sea aportado a un procedimiento judicial como prueba.

Podemos poner multitud de ejemplos: que las partes vayan a someter la disputa a cualquier institución alternativa de resolución de disputas, como el **arbitraje o la mediación**, o que simplemente quieran llevar entre ellos una **negociación privada**, sin ánimo de judicializar su conflicto.

Como ya tuve ocasión de afirmar en otro artículo que escribí, ya hace cinco años: *“No debemos olvidar que la seriedad y por tanto la valoración judicial de una prueba radica en la confianza en el sujeto que la obtiene y en la seguridad del sistema empleado para obtenerla. De lo primero, de confianza, creo que vamos sobrados: cualquier Juez o abogado serio que recibe un documento notarial confía en el autor y en la institución”*.

Pero también debemos tener en cuenta que, aunque el interesado quiera una prueba más técnica o pericial, lo cierto es que no todo el mundo tiene un acceso directo, rápido y fácil a un perito informático: pensemos en municipios pequeños, poco tecnificados, o en esos pueblos de la España vaciada en la que prácticamente no hay profesionales técnicos ni jurídicos... excepto notarios. **La capilaridad del notariado** hace que seamos especialmente sensibles y cuidemos con nuestra presencia a esa gran cantidad de personas que lo único que tiene cerca, es al notario del pueblo.

Eso genera **tres consecuencias para la actuación notarial**:

1. El notario no puede negarse a recibir en acta sus manifestaciones, a protocolizar lo que éste le entregue o a plasmar en un acta de presencia lo que éste le exhiba salvo, en cualquier caso, que lo que se pretende sea una conducta ilícita o se carezca de interés legítimo, lo cual en estos casos no suele suceder.
2. El notario debe en ese caso advertir expresamente al otorgante de los efectos que va a producir su actuación.
3. El notario en ese caso, visto el requerimiento del otorgante, no debe tener presente necesariamente en su actuación la normativa de presentación procesal de pruebas, puesto que puede ser que el documento jamás llegue al Juzgado. Esta afirmación sigue vigente, en mi opinión, y quizás estos años han consolidado si quiera más esta idea, pues ninguna de las actas de constatación de hechos electrónicos que he autorizado han terminado, que yo sepa, en el Juzgado.

Quizás esta no sea la necesidad más común, estoy de acuerdo. Pero no por eso se le debe de negar su importancia, sobre todo porque en estos casos, en los que se busca una constatación fehaciente de algo que, con casi toda seguridad **no va a ser contradicho por la otra parte** (pues no tiene posibilidad de negar), hace del acta notarial un cauce idóneo, por la poca necesidad técnica y la baja posibilidad de contradicción.

Esa falta de contradicción por la otra parte puede extenderse también al ámbito judicial, como de hecho está ocurriendo. Además, judicialmente, debemos tener en cuenta que, técnica o no, contradicha o no, **a quien corresponde valorar la prueba en su conjunto es al juez**. No quiere decir eso que deba priorizar la notarial frente a otras de contenido técnico, pero **tampoco que se deba despreciar directamente la notarial por no ser pericial**, sobre todo si es compatible con la otra u otras que se hayan practicado. Del mismo modo, ni siquiera tiene porqué ser **la prueba principal**.

Pensemos en la situación en la que un empresario local ha colgado en su página web una fotografía de un producto de otro empresario local sin su autorización, y está, notoriamente, vendiéndolo por internet. Esa conducta externa, notoria y fácilmente constatable, hace que,

quizás, una simple, rápida y barata acta notarial, sin más pretensiones técnicas, sea suficiente para que se sienten a negociar una solución amistosa al problema.

En consecuencia, sigue vigente, en mi opinión, esta conclusión: *“tanto si las pruebas tecnológicas se admiten o no en juicio como el valor que le de el Juez pueden ser motivaciones secundarias para los requirentes, por lo que la prueba digital no debería estudiarse únicamente desde un punto de vista procesal, pues ese estudio constriñe sobremanera la actuación de los profesionales, sean o no Notarios, en el mundo digital”*

El futuro de la prueba tecnológica notarial

Por último, y a modo de conclusión, me voy a remitir a otro artículo que escribí, ya hace cinco años, en el que proponía que se trabajar como colectivo en este asunto. Copio y pego algunas de las conclusiones en este punto de la prueba electrónica que, al igual que al principio, creo que siguen plenamente vigentes:

“Para percibir esos datos electrónicos, tanto los Notarios como el resto de profesionales técnicos, como los peritos informáticos, por ejemplo, deben confiar en aplicaciones y programas”

“No debemos olvidar que la seriedad y por tanto la valoración judicial de una prueba radica en la confianza en el sujeto que la obtiene y en la seguridad del sistema empleado para obtenerla. De lo primero, de confianza, creo que vamos sobrados: cualquier Juez o abogado serio que recibe un documento notarial confía en el autor y en la institución”.

“Hay que abordar la segunda parte: dotarnos de un sistema seguro para obtener la prueba electrónica. Partimos de una base ya consolidada: nuestra conexión es reconocidamente segura, el acceso a la información se hace directamente por el Notario (y no por el usuario), y desde un equipo del Notario (y no del usuario). Todo eso elimina suspicacias de alteración de la prueba electrónica si es el propio interesado el que obtiene la prueba. Y con esa base consolidada... ¿qué pasaría si los Notarios tuviéramos herramientas técnicas y dispusiéramos de un aplicativo generalizado que nos permitiera confiar en que los datos que recibimos son lo que son? Pues que podríamos aportar una prueba técnica revestida de fe pública”.

“Por eso mismo urge que trabajemos sobre el asunto, ya que si las pruebas periciales informáticas o los informes de terceros de confianza comienzan a ser entendidos y aceptados por los Jueces y Magistrados, el valor probatorio de las actas notariales electrónicas será nulo, y será difícil, por no decir imposible, recuperar ese hueco”.

No puedo finalizar sin además hacer constar que, en mi opinión, esta dotación de medios técnicos debe ir acompañada, en la medida de lo posible, de una reforma normativa en materia de actas electrónicas que permita una mayor agilidad en la obtención y gestión de la misma, que podría resumirse del siguiente modo:

1. Modificación del Reglamento Notarial para admitir sin duda la gestión notarial de archivos informáticos y, en su caso, la aplicación de hash (como por ejemplo sustituir la mención de “soportes electrónicos” del artículo 216 o positivizar un sistema de hash de los mismos que sea proporcionado por ANCERT) y de firma electrónica notarial a documentos fuera del entorno SIGNO.
2. Dotarse de medios técnicos y automatizados que permitan al notario obtener, sin conocimientos profundos sobre la materia, un acta técnicamente importante, que no llegue a ser pericial.

3. Dotarse de un espacio de almacenamiento seguro privado del notario en ANCERT que permita la gestión documental electrónica de dichos archivos, eliminando la dependencia de soportes físicos. Dicho espacio, aún privado para el notario, podría tener una parte pública de acceso del otorgante del acta.

José Carmelo Llopis Benlloch
Notario de Ayora
9 de marzo de 2020