

EL ACTA NOTARIAL PERFECTA DE COMUNICACIONES POR
WHATSAPP

THE PERFECT AFFIDAVIT OF COMMUNICATIONS BY WHATSAPP

Rev. boliv. de derecho n° 19, enero 2015, ISSN: 2070-8157, pp. 404-425



Antonio
RIPOLL
SOLER

ARTÍCULO RECIBIDO: 5 de septiembre de 2014

ARTÍCULO APROBADO: 15 de octubre de 2014

RESUMEN: En el presente trabajo se propone una forma distinta de acreditar notarialmente el contenido de mensajes Whatsapp a fin de garantizar la prueba perfecta en el proceso. Las actas notariales que se vienen realizando no aseguran ni la autoría ni la integridad de las mismas.

PALABRAS CLAVE:Whatsapp, contratos por whatsapp, prueba y nuevas tecnologías.

ABSTRACT: In this work a different way to prove the content of a notary Whatsapp messages to ensure the perfect test in the process is proposed. The affidavits being made do not warrant or authorship or integrity of them.

KEY WORDS:Whatsapp, performance contracts by whatsapp, process and new technologies.

SUMARIO.- I. Introducción.- II. El supuesto de hecho.- III. Posibilidad legal de las actas sobre Whatsapp.- IV. Contratos formalizados por Whatsapp.- V. Descartando actas endeblés.- VI. Hacia la pericia perfecta.- VII. La reiteración de la prueba.- VIII. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN.

Esta mañana comentaba con una amiga el viaje que este verano he realizado. Junto con mis hijos, aún pequeños, y mi esposa, he visitado Alemania. Desde Alicante, ciudad en que resido, he volado hasta Memmingen. Allí hemos alquilado un coche y hemos visitado distintas ciudades y puntos que nos han parecido de interés para los distintos miembros de la familia. La vuelta a Alicante la hemos realizado desde otro aeropuerto, Baden-Baden. Al final del periplo han sido unos mil doscientos kilómetros los que hemos recorrido. La distancia, para un europeo, no ha sido poca. El haber intercalado noches en distintos lugares de nuestra ruta ha hecho que el viaje haya sido placentero para todos y muy llevadero para los niños.

Mi amiga, algo más mayor y cuyos hijos ya han dejado la infancia, me ha comentado que el plan era similar al que ella, en su día, realizaba con su familia. Ha hecho hincapié en la realidad de que ahora las cosas van más planificadas. En su época, todo era menos previsible, se funcionaba con el *boca a boca* y nunca sabías ciertamente el tiempo que ibas a emplear en tal o cual cosa.

Cuando hablaba con ella, era consciente de la realidad de lo que trataba de transmitirme. Lo cierto es que no sólo la irrupción, en abstracto, de internet y lo que la red conlleva en nuestras vidas ha desencadenado el cambio en el *modus operandi* de las personas. Descendiendo al terreno de lo concreto, las nuevas tecnologías han posibilitado desde planificar cada escala del viaje al detalle, tomando en consideración lo que interesa en cada lugar; adaptando el recorrido a los gustos personales de una forma certera; hasta minimizar los riesgos e imprevistos que acaecen en el desarrollo del mismo.

Así, internet, el GPS, los teléfonos móviles... han supuesto un giro radical en el modo de, por ejemplo, desarrollar nuestras vacaciones y aficiones. Ya no se consultan

• Antonio Ripoll Soler

Antonio Ripoll Soler es Notario de Alicante por oposición entre notarios. Es miembro de la Comisión de Derecho Civil Valenciano, profesor de la Escuela de Práctica Jurídica de Alicante y ha colaborado en distintas publicaciones jurídicas, así como con la Facultad de Derecho de la Universidad de Alicante. Además es autor y editor de "El Blog del Notario" www.pildoraslegales.com. Correo electrónico: antonioripoll@notariaripoll.com.

guías de viaje, se toma tal o cual dato de éste o aquel *website*. Incluso, el negocio de las agencias de viaje ha cambiado, desde la propia virtualización de las mismas, surgiendo distintos operadores en la red, hasta la desaparición de muchas de ellas. Sólo el operador que ha sabido adaptarse a los tiempos y dar un valor añadido ha sido capaz de subsistir.

El cambio que suponen las nuevas tecnologías en el día a día de las personas ha operado también en las respuestas que el Derecho y los operadores jurídicos damos a los problemas que el uso de las mismas conllevan.

Las nuevas tecnologías, a mi ver, lo que han supuesto, antes que nada, es un incremento inimaginable de los medios de comunicación. Las personas entran en relación, unas con otras, de muy distintas maneras, todas, sin duda, enriquecedoras.

Hoy en día chateamos en *Facebook*, *Twitter* o cualquier otra red social, como si lo viniésemos haciendo toda la vida. El *Messenger* casi ya ha pasado a la historia, yo empecé a utilizarlo en el año 2005, aproximadamente, y hoy en día aparece desbordado por otros servicios de mensajería implementados en las propias redes sociales. Si hablamos con un niño en relación a un teléfono móvil, la posibilidad de utilizarlo para comunicarse con él mediante la voz resulta, casi, algo accesorio. En efecto, el concepto de teléfono ha sido desplazado por el de *smartphone*. Una de las grandes víctimas de los cambios tecnológicos ha sido el mensaje SMS. Dichos mensajes, en su día, tuvieron su éxito, como consecuencia del ahorro de costes que suponían frente una llamada al móvil. Sin embargo, en la actualidad, las tarifas planas de datos han desplazado dicho sistema en favor del *Whatsapp*, *Line* y otros sistemas de mensajería, bastante más baratos y, al mismo tiempo, mucho más dinámicos.

La irrupción de esos medios de comunicación en la vida de las personas hace que el uso indebido de los mismos genere problemas a los que los operadores jurídicos tengamos que dar respuesta. La solución no siempre es fácil, la norma jurídica suele llegar con retraso y, como es tópico, la realidad siempre va por delante del problema que se presenta al técnico en Derecho y, en todo caso, de la regulación llamada a solventarlo.

En los últimos tiempos, a los Notarios, en España, se nos ha planteado el reto de dar solución en la fase prejudicial a los problemas que el uso de las nuevas tecnologías, como medio de comunicación y contratación entre personas han generado.

En efecto, la variabilidad de lo que en un determinado momento aparece en determinada página *web* o, por otro lado, la necesidad de conservación de las comunicaciones recibidas por una persona es algo que preocupa a las personas.

Probar la existencia de un determinado contenido *web* que está siendo utilizado indebidamente en un momento concreto puede ser la pieza angular sobre la que exigir responsabilidad al que ha hecho uso espúreo del mismo. Igualmente, acreditar la existencia de una determinada comunicación ante la pérdida de un terminal, un borrado de datos o cualquier otro accidente que pudiera acaecer, puede dejar vacía de contenido la pretensión de la persona que se ve perjudicada en sus legítimos intereses que pretende hacer valer posteriormente en un proceso.

II. EL SUPUESTO DE HECHO.

En este trabajo me voy a centrar en las actuaciones notariales relacionadas con el uso del whatsapp por las personas.

El whatsapp aparece como medio de comunicación entre las personas en época relativamente reciente. Su éxito descansa en el abaratamiento de costes que representa frente a cualesquiera otros medios de comunicación, así como en la fluidez del mismo para establecer vínculos de comunicación entre las personas. La posibilidad de remitir fácilmente, no sólo mensajes de texto sino también archivos de audio, vídeo e imagen hacen que se generen unas oportunidades infinitas que lo hacen sumamente atractivo al ser humano. Compartir es lo que imponen las nuevas tecnologías y el uso de redes sociales y el whatsapp hace de ese propósito una tarea muy fácil.

Las personas, cuando en su día a día lo utilizan, se despreocupan de los problemas de seguridad que conlleva el uso de tal aplicación como medio de comunicación, la posibilidad de una suplantación de identidad, en una fase de “comunicación inocente” no preocupa. Obramos de buena fe, pensamos que no va a existir ningún problema; sin embargo, en función de la naturaleza de las relaciones y el contenido de las comunicaciones, la cotidianeidad de las personas unida al uso de dicha app puede conllevar la necesidad de fijar con certeza jurídica determinado intercambio de comunicación que ha tenido lugar con dicho medio.

Al margen de los gustos de cada cual, lo que está fuera de toda duda es que el que entabla comunicación utilizando una de estas app ha expresado una declaración de voluntad, unos sentimientos, unas ideas o instrucciones a través de la misma. Probar que lo que refleja el terminal es imputable o no a determinada persona será otra cuestión; sin embargo, emitida la comunicación ésta debe tener determinados efectos.

Actualmente, es frecuente que acudan personas a la Notaría solicitando que el notario deje constancia de la existencia de determinadas comunicaciones o chateo utilizando este medio. A tal fin acude con un teléfono móvil en el que aparece una determinada comunicación. Se pretende que el Notario de testimonio y traslade

a papel con el propósito de no verse perjudicado el requirente ante una eventual pérdida de la prueba física que representa el aparato.

¿Cuáles son los ámbitos en los que suele presentarse? En mi opinión, la actuación notarial se reclama para tres usos netamente diferenciados:

El más frecuente es el relativo a los procesos de familia. Es habitual en España, que los cónyuges que se separan o divorcian, o los padres de un menor que tienen que compatibilizar la crisis de la pareja con sus hijos menores utilicen este medio de comunicación. La comunicación escrita por este medio se presenta como más aséptica que la utilización del propio teléfono o las relaciones verbales. En determinados casos, uno de los progenitores pretende hacer valer su pretensión judicial, en caso de conflicto, aportando determinadas comunicaciones vertidas por este medio. El cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones de cada uno de los progenitores se pretende refrendar con lo que se ha dicho o dejado de decir a través de este medio. En tales supuestos, el letrado dirige a su cliente al Notario a fin de que levante acta de lo que consta en el terminal.

Un segundo ámbito se presenta en aquellos supuestos relacionados con los procesos de violencia de género. En tales casos se pretende, como en el anterior, dejar constancia de las amenazas proferidas por una determinada persona a otra utilizando este medio de comunicación. Se podrá decir que el supuesto es idéntico al anterior; salvo que el contenido de las comunicaciones es diverso. Siendo cierto lo anterior, notarialmente, como se verá, desde un punto de vista competencial, presenta matices propios que lo diferencian del primer ámbito referido.

En tercer y último lugar, puede que lo dicho a través del whatsapp exceda del ámbito de las relaciones personales y familiares y entre, de lleno, en lo relativo a la contratación. ¿Es posible celebrar un contrato utilizando el whatsapp? ¿Qué valor se da a la declaración de voluntad emitida a través de este medio?

Centrado así el supuesto de hecho y sus distintas modalidades, seguidamente, trataré de analizar lo que añade la actuación notarial, la posibilidad y límites, en su caso, de llevar a cabo la misma, así como ofreceré la propuesta de lo que debería ser una buena praxis del notario en esta materia.

Anticipo que, en mi opinión, queda aún mucho camino por recorrer.

III. POSIBILIDAD LEGAL DE LAS ACTAS SOBRE WHATSAPP.

Al atender los requerimientos que constituyen el objeto de este trabajo, en España, muchos Notarios se plantean la posibilidad legal de aceptarlos.

Lo que está claro, es que la actuación entra dentro, conceptualmente, del ámbito de las actas notariales, a las que el art. 17 de la Ley del Notariado reserva el siguiente contenido: “[...] Las actas notariales tienen como contenido la constatación de hechos o la percepción que de los mismos tenga el Notario, siempre que por su índole no puedan calificarse de actos y contratos, así como sus juicios o calificaciones”.

En desarrollo del citado precepto, en el Reglamento Notarial encontramos:

El art. 1, al decir, en relación a los notarios, dice: “[...] Como funcionarios ejercen la fe pública notarial, que tiene y ampara un doble contenido:

a) En la esfera de los hechos, la exactitud de los que el notario ve, oye o percibe por sus sentidos [...]”.

El art. 144 RN reitera el contenido del art. 1 LN, al decir: “[...] Las actas notariales tienen como contenido la constatación de hechos o la percepción que de los mismos tenga el notario, siempre que por su índole no puedan calificarse de actos y contratos, así como sus juicios o calificaciones.[...]”.

El art. 198 RN, abriendo la sección 4ª destinada a regular las actas notariales, establece: “1. Los notarios, previa instancia de parte en todo caso, extenderán y autorizarán actas en que se consignen los hechos y circunstancias que presencien o les consten, y que por su naturaleza no sean materia de contrato. [...]”.

El art. 199 RN, regulando las actas de presencia, de cuya naturaleza participan las que son objeto de examen en este trabajo, establece: “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* [...]”.

Se llama la atención deliberadamente sobre el último inciso del texto citado porque afecta especialmente a la materia que nos ocupa y a la solución propuesta.

El art. 200 RN añade: “Serán también materia de las actas de presencia: [...] 3.º La exhibición al notario de documentos o de cosas con el fin de que, examinados, los describa en el acta tal y como resulten de su percepción.[...]”.

Lo que normalmente se solicita al Notario, es que constante el contenido de la comunicación que aparece en el soporte que se le presenta; usualmente, un teléfono móvil.

Existe, sin embargo, la creencia de que la intervención notarial sobre la comunicación añade algo más a lo que realmente se presenta. Lo cual, a diferencia de

lo que sucede en las escrituras públicas, donde es el Notario el que se hace autor de las mismas, trascendiendo su intervención de la propia voluntad de los otorgantes, nunca puede suceder en las actas notariales, donde el notario, simplemente, que no es poco, constata lo que ve, oye o percibe por los sentidos. El Notario, en estos casos da certeza y fija de forma indubitada lo que ha presenciado.

¿Qué es lo que el notario ha presenciado cuando se le exhibe el celular? Simplemente, la existencia de un terminal en el que aparecen unos mensajes que se transcriben en el acta. Si el acta se hace razonablemente bien, se hará referencia, además, a datos tales como el número del terminal; quién aparece como emisor de los mensajes, quién como receptor; la fecha... sin embargo, es importante tener en cuenta que más allá de la existencia del mensaje, del concreto texto transcrito, el acta así configurada no aporta nada. *No prueba que de forma indubitada ese mensaje se puede imputar a una concreta persona. Tampoco prueba que no ha sido alterado.*

Pese a lo inconsistente del acta, se solicitan de forma reiterada entiendo que por tres motivos:

1) para el interesado vale más tener de forma indeleble el texto sobre el que funda su pretensión que no tenerlo;

2) procesalmente, si la otra parte no sabe contraargumentar sobre la base de lo referido anteriormente, puede ser suficiente para asegurar la conservación de la supuesta prueba;

3) al hecho de que haya intervenido sobre la prueba un notario hay quien le atribuye una suerte de valor moral que en este caso, ciertamente, no existe.

Las actas, tal cual ha quedado expuesto, se autorizan, cada día son más frecuentes en nuestros despachos, sin embargo, no faltan los que consideran que no somos, los Notarios competentes, los argumentos son distintos en función del supuesto ante el que nos encontremos. Normalmente, los más usuales, de los tres citados anteriormente, son los dos primeros: los relativos a los procesos de familia y los concernientes a delitos de violencia de género o asimilados a los mismos.

Los argumentos para negar la intervención notarial descansan en el derecho a la intimidad de las comunicaciones, como derecho fundamental de las personas, recogido en la Constitución Española. A este, en relación al segundo de los supuestos -violencia de género y asimilados- se le añade, la incompetencia notarial en materia penal, a la que se refiere el Reglamento notarial.

Así, en el art. 18.1 de la Constitución Española (CE), se dice: "Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen".

Parece que el hecho de que una conversación privada entre dos personas sea trasladada a un acta sin el consentimiento de una de ellas puede vulnerar el derecho a la intimidad. Tal consideración, que podría resultar cierta si se aplicase literalmente la doctrina respecto a grabaciones no consentidas de conversaciones telefónicas, es inaplicable al caso que nos ocupa. En efecto, pretender aplicar dicha doctrina a las comunicaciones mediante whatsapp implica desconocer absolutamente la naturaleza de ambos medios de comunicación. Así, el que se expresa verbalmente es lógico que tenga derecho a ser advertido de que sus declaraciones están siendo grabadas. La falta de consentimiento podría dar lugar a considerar que se han obtenido indebidamente. Sin embargo, el que emite un mensaje de whatsapp sabe que su voluntad está siendo plasmada y es susceptible de ser reproducida, sin su intervención, tal cual él mismo la emitió. Por tal motivo, *no puede apelarse al derecho a la intimidad del emisor de la declaración como límite para la actuación notarial.*

En el caso de las comunicaciones que pudieran incidir en violencia de género y supuestos asimilados la actuación notarial tiene unos perfiles propios que la diferencian de la anterior. Indudablemente, lo dicho respecto a la no vulneración del derecho a la intimidad es también predicable en este caso. Sin embargo, el artículo 2 establece un límite competencial previo, al decir: "Al Notariado corresponde íntegra y plenamente el ejercicio de la fe pública, en cuantas relaciones de Derecho privado traten de establecerse o declararse sin contienda judicial". Es necesario resolver si es posible que el Notario intervenga en cuestiones que caen dentro del Derecho Penal, como Derecho Público excluido de la competencia natural de este funcionario, para dilucidar si es posible la actuación requerida en este tipo de supuestos.

Prima facie la literalidad del precepto es difícil de saltar, no obstante, pese a ello, es importante tener en cuenta el art. 24 CE, el cual, al regular el Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva establece: "1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia al letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos".

En mi opinión, la necesidad de conservar la prueba, evitar que se pierda o se produzca un borrado de datos es causa suficiente para enervar el límite competencial establecido en el art. 2 RN y, buscando el amparo del art. 24 CE, autorizar el acta que pretende que se constate el contenido de determinados mensajes emitidos a través

del whatsapp. Sobre la base de esta argumentación autorizo, con referencia expresa a tal precepto, el acta que analizo en este trabajo.

IV. CONTRATOS FORMALIZADOS POR WHATSAPP.

Hasta ahora he comentados dos de los tres supuestos en los que se puede requerir a un Notario para que constate la existencia de un determinado contenido en un teléfono móvil. El tercer supuesto, como se dijo, presentaba unos matices diferenciales. Me estoy refiriendo a los casos en los que el contenido de las comunicaciones realizadas mediante whatsapp hace referencia a materia contractual.

Los problemas relativos a la viabilidad del acta notarial para acreditar la existencia de una declaración de voluntad emitida mediante whatsapp son los mismos que se han comentado respecto de los anteriores supuestos; si bien, en este caso, no se plantean dudas sobre la competencia notarial al tratarse de relaciones de Derecho privado y poder ser prejudiciales. Nótese que, en muchas ocasiones, sin haber existido contienda judicial o sin ni siquiera preverse la misma, puede que al contratante cauteloso le interesen dejar constancia de la existencia de una declaración de voluntad emitida utilizando este medio de comunicación.

En este contexto, me ha parecido interesante, hacer un breve excursus sobre la viabilidad, a la vista del ordenamiento jurídico vigente, de celebrar contratos por whatsapp. He tomado en consideración para ello algunos trabajos que publiqué en mi blog, www.pildoraslegales.com y que se reseñan en el apartado de bibliografía.

La realidad es que los tiempos cambian, nuestras costumbres y modo de proceder en el día a día mutan de forma vertiginosa. *¿Podemos celebrar un contrato mediante whatsapp?*

El punto de partida de la respuesta se encuentra, inexorablemente, en los arts. 1278 a 1280 del Código civil español. En concreto el art. 1278 CC, recogiendo el principio espiritualista tradicional en nuestro Derecho establece la libertad de forma, al decir: "Los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez".

Pese a lo cotidiano, actualmente, en nuestro día a día, la utilización de las nuevas tecnologías y de las nuevas formas de comunicación que nos brinda la sociedad de la información, no hace tanto tiempo que nuestra Ley ha tenido en consideración la contratación electrónica.

En el año 2002 se unifica la redacción de nuestros Códigos civil -aplicable a las relaciones entre particulares no comerciantes- y de Comercio -que toma en

consideración al empresario-, para llegar a una solución coincidente y más acorde con ¿aquellos? tiempos -digo aquellos porque el año 2002, con todo lo que han cambiado las comunicaciones en estos doce últimos años- parecen ya la prehistoria de las redes sociales. Hasta aquel momento, lo que aquí trato venía a abordarse bajo la idea de lo que en los códigos aparecía como contratación entre ausentes. Actualmente, con una redacción coincidente, los dos textos legales dicen:

“En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación”.

La Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico introduce tales modificaciones. Al mismo tiempo, traza las líneas maestras de lo que debe entenderse por contratación electrónica. Para ello toma en consideración y traspone las directivas europeas sobre la materia. Partiendo del principio de neutralidad tecnológica, en el fondo, la contratación electrónica no es más que una forma de exteriorizar la voluntad.

Nuestra voluntad es la que nos vincula. Los contratos surgen al prestar el consentimiento, queriendo obligarse una parte con la otra. La manera cómo se exteriorice es intrascendente y queda reducida a una cuestión de prueba. Sin perjuicio de aquellos supuestos en los que la Ley, exige, una determinada forma para hacer nacer el contrato, como sucede, por ejemplo, en una sociedad limitada, que requiere escritura pública, como requisito constitutivo.

A la vista de todo lo anterior, queda fuera de toda duda que es posible celebrar un contrato a través del whatsapp. Cuestión distinta será la de probar que realmente se prestó el consentimiento y quién era el que daba el sí al negocio; que es de lo que tratamos en este trabajo.

El uso de esta plataforma cabría dentro de lo que la norma citada llama “dispositivos automáticos” -la verdad es que chirría el solo hecho de llamar así a la App-.

¿Cuándo quedo obligado? Desde el momento en el que envío la aceptación, aunque no aparezcan las marcas de validación, pues la recepción, en estos casos es intrascendente, la sola remisión a la plataforma justificará la existencia del contrato.

Siendo cierto lo anterior, en mi opinión, a la vista del estado actual de las telecomunicaciones, debería ser matizado el tema. No sólo se trata de darle al botón, sino de que el mensaje entre en la red. Es cuando la comunicación fluye cuando se ha producido la emisión del consentimiento. Es como diferenciar entre pensar y exteriorizar el pensamiento hablando. El hecho de que la otra parte no oiga no impide decir que el consentimiento se ha exteriorizado.

Así, por ejemplo, la falta de conexión a la red, determinará que el consentimiento no se haya manifestado, como dice la Ley, por no haber podido transcender de la persona del emisor:

V. DESCARTANDO ACTAS ENDEBLES.

Hoy en día, la mayoría de las actas, hasta donde llego a conocer, se realizan de la forma reseñada anteriormente. El acta *razonable* presenta el siguiente *iter*:

1) Comparecencia ante notario con el terminal.

2) Manifestación de interés legítimo que justifique la actuación notarial. En tales supuestos el portador del aparato lo identificará como propio, reseñará el número de teléfono, manifestará para qué está requiriendo la actuación notarial...

3) El Notario advertirá de los siguientes particulares: a) Que autoriza el acta para garantizar la tutela judicial efectiva del art. 24 CE; b) Que la fe pública notarial no se extiende a los extremos que no se pueden constatar por el notario tales como los relativos a la autoría del mensaje y la inalterabilidad del contenido. Esto último, en el estado actual de las cosas, resulta evidente. El notario no es perito informático y, en principio, desconoce si el mensaje ha sido realmente emitido por el remitente que aparece en el terminal así como si el contenido del mensaje ha sido o no alterado. Incluso, aunque se pudiese acreditar que el mensaje ha sido realmente emitido desde un concreto terminal, faltaría acreditar que realmente lo emitió la persona a la que se pretende imputar; la persona contra la que, normalmente se dirigirá la acción en el correspondiente proceso de familia o proceso penal.

4) En este proceso a mi me gusta comprobar que el teléfono realmente es el que aparece reseñado en el acta, por lo que suelo efectuar una llamada al número, desde mi Notaría; todo lo cual reseño en el acta correspondiente. Sin embargo, en ocasiones, el interesado manifiesta que carece de línea, que el contrato ha sido dado de baja... Si el acta se realiza de la forma que finalmente se propondrá en este trabajo, todo esto tiene escasa transcendencia. Podríamos diferenciar dos niveles de usuarios. Por un lado, el de aquel usuario estándar que actúa de buena fe y que carece de conocimientos que le permitan hacer algo más que emitir o recibir el mensaje. Junto a éste, existen otros usuarios más aventajados que conocerán que el whatsapp opera sobre un número virtual, que el cambio de línea o número de teléfono no afectará a la cuenta de whatsapp creada anteriormente... incluso existirán los que sepan tanto simular la apariencia de un mensaje -lo que suele ser bastante burdo si el Notario actúa diligentemente-. Hasta los que sepan suplantar la identidad del emisor del mensaje, algo más difícil de comprobar. Sin embargo, a los fines del usuario *estándar*, la comprobación de la existencia de la línea en los términos referidos podría ser suficiente.

5) A la hora de realizar la transcripción de los mensajes, que deberá ser literal, será importante evitar que bajo el pretexto de realizar una transcripción parcial se sesgue la verdad. Se trata de evitar que el requirente, amparándose en la forma notarial, presente su verdad, su versión de los hechos, en el proceso correspondiente.

El acta así realizada merece una doble calificación.

A favor de la bondad de la misma se podrá decir que, procesalmente, presenta el medio de prueba al juzgador de forma ordenada. Al mismo tiempo, ha pasado por el tamiz notarial, lo cual da un halo de solemnidad. Indudablemente deja constancia de un determinado contenido en un tiempo y terminal.

Sin embargo, siendo cierto todo lo anterior; a poco que la parte contraria esté bien asesorada, no resultará muy difícil desarticular el material probatorio que descansa en un acta realizada de tal manera. La pátina que la actuación notarial deja sobre el contenido de los mensajes cruzados por whatsapp desaparece rápidamente si no se da valor añadido. Si, realmente, la actuación notarial no va refrendada por la existencia de una prueba que soporte cualquier embate posterior de la parte contra la que se esgrime.

¿Cuáles son los defectos que presenta la prueba presentada bajo la forma de un acta notarial celebrada bajo el iter anterior?

El primero de los problemas que presenta es que el relativo a la autoría del remitente de los mensajes. Debemos, como se apuntó anteriormente, diferenciar dos planos. El autor real de los mensajes difícilmente puede ser garantizado de forma pericial. Cualquier persona puede sustraer un teléfono móvil y remitir una serie de mensajes desde el mismo. Aparentemente, los habrá remitido su titular; pero eso no siempre tiene que ser así. Pero, en el caso que nos ocupa, lo que sucede, es que la sola existencia de unos mensajes de texto en el terminal presentado al Notario, no prueba que éstos hayan sido remitidos desde el terminal al que se pretenden imputar.

Si el Notario ha sido diligente en su actuación, aunque el acta se haya realizado de la forma expuesta anteriormente, se habrá encargado de dejar la correspondiente advertencia en el texto de la misma, a fin de evitar que el requirente se aproveche indebidamente de la fe pública notarial.

El otro problema que resulta es el relativo al contenido de los mensajes. La existencia de un mensaje concreto en el terminal; el hecho de que se testimonie en el acta, no garantiza que no haya sido manipulado indebidamente por el rogante de la actuación notarial.

Al igual que decía anteriormente, el notario, en todo caso, si autoriza un acta en los términos reseñados, pese a la debilidad de la misma, deberá advertir sobre los límites de la actuación notarial. Debe dejarse claro lo que ampara ésta y lo que excede de la misma. De lo contrario, se corre el riesgo de que las carpetas de la notaría tengan más valor que lo realmente acaecido.

Por todo lo anterior, si el acta no prueba la autenticidad e inalterabilidad del contenido, difícilmente servirá para poco más que lo anunciado anteriormente. Se puede decir que el buen abogado contrario se encargará de mostrar la inutilidad de la misma como medio de prueba.

En tales casos, al requirente, lo único que valdrá realmente será presentar al juzgador el terminal, a fin de que sea objeto de la pericia correspondiente.

Sin embargo, esto nos habrá llevado al primero de los problemas: el requirente afrontará el riesgo de que la pérdida o avería del terminal antes del proceso judicial correspondiente le deje sin medios de defensa o ataque. A ello habrá que añadirle el hecho de que la prueba así presentada, habida cuenta del colapso de la Justicia española y la precariedad de los medios no será muy *friendly* o amigable para el juzgador.

VI. HACIA LA PERICIA PERFECTA.

A la vista de lo comentado hasta ahora, será cuestión de tiempo que la forma de realizarse las actas notariales para la constatación de mensajes de whatsapp quede en entredicho. Los propios operadores jurídicos prescindirán de un trámite que poco aporta a su pretensión. Quedar a merced del oponente como consecuencia de basar la argumentación procesal en una prueba inconsistente es el último recurso del letrado.

Por tal motivo, se hace imprescindible reformular la forma de elaborar dichas actas a fin de que realmente cumplan la finalidad que se pretende. Visto en abstracto, si adoptamos la posición del *deber ser* las actas que nos ocupan no están destinadas a engañar al juzgador. La finalidad real es doble: 1) garantizar la conservación de la prueba -que es, en realidad, lo que en la práctica busca el requirente de buena fe, al cual aterroriza perder el dispositivo antes del juicio-; 2) por otro lado, una buena praxis del letrado buscaría presentar la prueba de forma ordenada, haciéndola fácilmente comprensible al juzgador y desterrando toda sombra de duda que pudiera recaer sobre la misma.

La primera finalidad expuesta debería cumplirse de forma que la prueba pudiera reiterarse indefinidamente en el Juzgado y ofrecer la posibilidad a la otra parte de, llegado el caso cuestionarla. Si la prueba no es susceptible de ser reiterada, el

oponente siempre podrá alegar indefensión; siempre podrá cuestionar lo presentado y siempre podrá decir que no puede presentar su versión. Está claro que el traslado de los mensajes realizado en la forma referida anteriormente, no cumple tal finalidad. En el momento en el que dichos mensajes se testimonian y trasladan a papel se desvinculan de la propia prueba en su integridad. La prueba en el caso que nos ocupa es algo más que el contenido de unos mensajes. Los mensajes no son nada sin los elementos que permiten determinar el terminal o dispositivo del que proceden y los que permiten acreditar la no alteración de los mismos.

En este contexto, debemos volver a traer a colación el art. 199 RN, en el que subrayábamos el inciso, relativo a las actas de presencia que señalaba, respecto de la redacción de lo que el notario perciba en las actas de presencia, *en lo que interese al requirente*, pero sin que pueda extenderse “a hechos cuya constancia requieran conocimientos periciales. [...]”.

En mi opinión, en este precepto, no se está excluyendo que el Notario levante acta de presencia en aquellos supuestos en los que lo que trata de acreditarse haga referencia a realidades técnicas o que pueden hacer falta conocimientos periciales. De lo que se trata, al fin, es de que el Notario extreme las cautelas, sea prudente y en los supuestos de falta de conocimientos adecuados enturbie lo presenciado, lo plasmado en el acta como consecuencia de la falta de conocimientos adecuados para plasmar la realidad de lo que ve. Así, el Notario, en todo caso, en las actas de presencia, deberá plasmar documentalmente lo que ve, oye o percibe, siendo fiel en la realidad; en aquellos casos en los que carezca de los conocimientos adecuados, deberá auxiliarse de un perito a fin de que le ayude a percibir lo que por falta de conocimientos no es capaz de percibir por sí solo.

Consiguientemente, los conocimientos periciales que sirven para excluir la actuación notarial son aquellos que el Notario necesita, con arreglo a su diligencia profesional, para ser capaz de trasladar a la redacción del documento.

Por otro lado, existe una segunda cuestión, en relación a los *conocimientos periciales* de lo que se trata es de que el Notario presente los hechos, no de que realice un informe pericial, en tales casos, la actuación notarial dejaría de ser acta de presencia para convertirse en un informe, por muy notarialmente que hubiese podido realizarse. Es más, en aquellos casos en que el Notario se extralimite y se adentre en la materia pericial correrá el riesgo de generar responsabilidad que, normalmente, el seguro de responsabilidad civil que tiene contratado no cubrirá.

Consiguientemente, para cumplir la primera de las finalidades expuestas, la de *conservar la prueba y permitir su reiteración* el Notario deberá trasladar lo que percibe al examinar el terminal de forma que, posteriormente, sea susceptible de ser reiterado íntegramente.

En este punto se ofrecen dos soluciones complementarias; sin embargo, ambas pasan, ante la falta por parte del Notario de los conocimientos periciales y/o para evitar los riesgos de responsabilidad referidos anteriormente, por la presencia de un perito informático que complete los hechos objetivos trasladados con el valor de los mismos. Con esto, se conseguiría la segunda de las finalidades, se presentaría una prueba objetiva y de calidad, de forma ordenada; falta sin embargo, aquí, lo relativo a la repetibilidad que se apuntaba anteriormente como uno de los requisitos para que el acta esté perfectamente realizada.

Así, en esta primera fase, el *iter procedimental* será el siguiente:

1) El requirente presentará el terminal, como en el supuesto sobre el que partíamos, comparece ante notario a tal fin.

2) Igualmente, es necesario manifestar el interés legítimo que justifique la actuación notarial, y como en el primer caso el portador del aparato lo identificará como propio, reseñará el número de teléfono, manifestará para qué está requiriendo la actuación notarial...

3) El Notario debe seguir advirtiendo: a) Que autoriza el acta para garantizar la tutela judicial efectiva del art. 24 CE; b) Que la fe pública notarial no se extiende a los extremos que no se pueden constatar por el notario.

4) Sin embargo, en este caso, a diferencia del anterior, hará constar el protocolo de comprobaciones que a efectuado a fin de excluir usos indebidos del acta notarial. La especialidad de esta acta es que, en el propio requerimiento o en sus diligencias comparecerá un perito informático a fin de dejar constancia de los extremos que sea conveniente reseñar. En función de los conocimientos del Notario, se podrá reseñar, sin más extremos relativos a comprobaciones efectuadas con programas auxiliares o se podrán constatar las manifestaciones que el perito haga, en presencia del Notario al respecto. Consiguientemente, se exige del Notario, la comprobación de algo más que el propio contenido del mensaje, en función del grado de *expertise* del mismo se podrá hacer directamente por el propio fedatario o auxiliarse del perito informático correspondiente. A la postre se trata de establecer un protocolo de comprobaciones, a fin de que la contraparte no pueda aducir que se ha obviado tal o cual garantía en favor de aquel contra el cual el acta se utiliza.

5) Todo lo relativo a los aspectos técnicos del teléfono sobre el que se opera y que en el acta criticada se apuntaban quedará embebido en el protocolo que se reseña *supra* 4).

6) Habiendo efectuado las comprobaciones anteriores, se transcribirán los mensajes. Se trata, en fin, de dar valor añadido al contenido de los mensajes. Las

comprobaciones que se pretenden están destinadas a disipar cualquier duda respecto al número virtual o no, desde el que se han remitido, así como a la inalterabilidad de los mismos.

El acta así realizada tiene un valor añadido respecto a lo que en la práctica se viene realizando en la actualidad, así, no sólo se transcriben unos mensajes sino también se da transcendencia a determinados aspectos técnicos que pueden incidir tanto en la autoría como en la integridad de los mensajes.

Dijimos inicialmente que no sólo se trata de dar certidumbre a lo emitido sino también de dar la posibilidad a la otra parte de cuestionar lo realizado. A fin de cuentas, de lo que se trata es de presentar una prueba ordenada, por un lado. Esto se habría conseguido con lo referenciado hasta aquí. Sin embargo, también es conveniente, a fin de cerrar el círculo, dar a la otra parte la posibilidad de cuestionar lo realizado.

VII. LA REITERACIÓN DE LA PRUEBA.

Con las actuaciones anteriores se habrá conseguido garantizar la conservación de la prueba a favor del requirente de la actuación notarial. Sin embargo, lo que se pretende es que la otra parte, pueda cuestionar lo realizado por el requirente. Si las cosas se han realizado correctamente, el requirente nada debe temer:

El acta de presencia realizada en la forma realizada anteriormente, deberá ir acompañada por el proceso que se relata a continuación.

Así, acreditados los extremos relativos al requirente, interés legítimo y valor de lo que presenta, efectuando las comprobaciones pertinentes por Notario auxiliado en mayor o menor medida por un perito, debe facilitarse la repetición de las comprobaciones por un perito de la otra parte. Debe ser posible que el análisis probatorio presentado por el requirente sea refutado utilizando un material indubitado.

En este punto, es imprescindible que el Notario proceda a realizar un proceso de duplicado del contenido del terminal, a fin de posibilitar que, caso de ser cuestionado el informe pericial que acompaña el acta, el perito de la otra parte pueda trabajar sobre el mismo material probatorio.

¿Cómo se realiza esto? El Notario, con o sin ayuda del perito, deberá proceder a realizar un *back up* del terminal que se le presenta. Deberán obtenerse tres copias, una de ellas, si fuere necesario, para entregar al perito que asiste en el acta, a fin de que pueda elaborar el informe que proceda.

Otra copia será entregada, una vez realizada la actuación notarial, al requirente. Deberá procederse a entregar de forma que sea posible aportarla en el proceso sin que haya dudas respecto a la inalterabilidad de la misma. A tal fin, el Notario deberá proceder a depositarla en sobre cerrado, sellado con sellos de seguridad del Consejo General del Notariado, imposibilitando la apertura del sobre sin destruir los elementos de seguridad que se hayan reseñado en el acta. En este sentido, bien puede servir la praxis que se opera en relación a los testamentos cerrados, a fin de precintar los sobre que contienen el *back up*.

El tercer *back up* deberá quedar depositado en la Notaría. De esta manera se posibilita recuperar el soporte que ha sido objeto de la actuación notarial y pericial en cualquier momento y, aunque se haya extraviado, aportarlo nuevamente al proceso.

¿En qué soporte se debe conservar el *back up*? La realidad es que es intrascendente, desde el punto de vista de la legislación vigente que se citará, son múltiples las posibilidades. A mí, personalmente, me parece una buena práctica que el Notario, bajo su responsabilidad, proceda a efectuar una copia en un CD o en un *pen drive*, esto último más utilizado en la práctica, por la tangibilidad del soporte. Si bien, también será conveniente, como medida de seguridad, que el Notario proceda a efectuar una copia para conservar en su servidor.

Posteriormente se podrá entregar tanto el propio soporte físico que contiene el *back up* como una copia del mismo realizada por el propio notario. De esta manera, el material probatorio se habrá conservado y el perito de la otra parte podrá contradecir lo que aparezca en el acta notarial. Si bien, qué duda cabe, lo verificado de esta manera, difícilmente podrá ser refutado.

El fundamento normativo de la parte final del acta de whatsapp propuesta se encuentra en el art. 216 RN, que establece:

“Los notarios pueden recibir en depósito los objetos, valores, documentos y cantidades que se les confíen, bien como prenda de contratos, bien para su custodia.

La admisión de depósitos es voluntaria por parte del notario, quien podrá imponer condiciones al depositante, salvo que el depósito notarial se halle establecido en alguna ley, en cuyo caso se estará a lo que en ella se disponga.

El depósito notarial de documentos que estén extendidos en soporte informático se registrará además por las siguientes normas:

1.º El soporte digital que contenga un documento electrónico se entregará en depósito al notario, por el plazo y condiciones que convenga éste con el requirente o requirentes; en el acta de depósito, o en el documento en que deba quedar

unido, bastará con hacer referencia depósito con reseña de las características del documento electrónico y de su soporte, tales como su fecha, formato y su extensión, si las tiene, la unidad de medida, en su caso, así como las demás características técnicas que permitan identificarlos.

2.º La Dirección General de los Registros y del Notariado en los términos previstos en el artículo 113.3 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, podrá acordar, cuando innovaciones técnicas lo hagan aconsejable, el traslado sistemático del contenido de documentos informáticos depositados a un nuevo soporte, más adecuado para su conservación, lectura o reproducción, dictando las normas que garanticen la fiabilidad de las copias. En todo caso, deberá citarse a los interesados, quienes podrán oponerse retirando el documento.

También podrá realizarse, con la misma finalidad, el traslado a un nuevo soporte a instancia de la persona que depositó el documento o sus causahabientes. El traslado del contenido del documento deberá hacerse por medios técnicos adecuados que aseguren la fiabilidad de la copia.

Cuando proceda la devolución de un depósito se extenderá en la misma acta nota expresiva de haberlo efectuado, firmada por la persona que haya impuesto el depósito o por quien traiga de ella su derecho u ostente su representación legal o voluntaria.

Cuando el depósito estuviese constituido bajo alguna condición convenida con un tercero, el notario no efectuará la devolución mientras no se le acredite suficientemente el cumplimiento de la condición estipulada.

Para la devolución del depósito el solicitante tendrá que acreditar al notario el derecho que le asiste.

El notario rechazará todo depósito que pretenda constituirse en garantía de un acto o contrato contrario a las leyes o al orden público.

Si el objeto depositado fuera un programa informático cuyo contenido no pueda ser razonablemente conocido por el notario, éste sólo admitirá el depósito si el requirente depositante manifiesta que el contenido de aquel programa no es contrario a la ley o al orden público".

VIII. CONCLUSIONES.

1) Es perfectamente posible realizar por el notario actas destinadas a la constatación y comprobación del contenido de comunicaciones efectuadas a través de whatsapp o procedimiento equivalente.

2) Las actas relativas a dichas comunicaciones tienen poco valor si sólo se limitan a transcribir mensajes.

3) Es conveniente que la actuación notarial se complete con la concurrencia de un perito que aporte al acta la propia materia pericial.

4) El acta notarial deberá efectuar una serie de comprobaciones tendentes a garantizar la procedencia de los mensajes y la inalterabilidad de los mismos.

5) La prueba así presentada debe ser susceptible de repetición.

6) A tal fin, se presenta imprescindible que el acta sea, no sólo de presencia, también de depósito. El soporte sobre el que trabajó notario y perito deberán poder ser reutilizados por la otra parte, a fin de que las reglas del juego sean las mismas para las dos partes del proceso.

7) Con el sistema propuesto se garantiza la cadena de custodia del medio de prueba, con lo que, queda fuera de toda duda la inalterabilidad del material probatorio.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.: *Nueva Legislación Notarial Comentada*. Madrid, 2007. Ed. Colegio Notarial de Madrid.

RIPOLL SOLER, A.: "Contratos por whatsapp", www.pildoraslegales.com 15/07/2014. El Blog del Notario.

RIPOLL SOLER, A.: "El whatsapp como prueba judicial", www.pildoraslegales.com 8/07/2013. El Blog del Notario.

RIPOLL JAÉN, A.: "Actas notariales prohibidas: Relaciones familiares", www.notariosyregistradores.com 17/02/2011.