

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

EL NOTARIO LATINO Y SU FUNCIÓN

MANUEL DE LA CÁMARA ÁLVAREZ(*) (1498)

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

SUMARIO

I. Introducción. - II. La elaboración del instrumento público por el notario: A) Potestad de redacción: 1) Concepto del documento. Teoría de la representación; 2) La teoría de la representación y el instrumento público; 3) La distinción entre escrituras y actas; 4) Las actas puras de presencia; 5) Notificaciones y requerimientos; 6) Las actas de referencia; 7) Las actas de notoriedad; 8) Las actas de protocolización; 9) Las actas de depósito ante notario; 10) Resumen de lo expuesto. La declaración de voluntad como puro hecho desde el punto de vista notarial; 11) Crítica de la teoría de la representación respecto de las declaraciones escritas; 12) La autoría del documento notarial; 13) La escritura pública; 14) La potestad de redacción del notario en la escritura pública. Antecedentes históricos; 15) La interpretación de la voluntad de las partes y los efectos del negocio; 16) La potestad de redacción del notario frente a la elevación a públicos de documentos privados, o ante la minuta redactada por terceros; 17) La potestad de redacción del notario y los contratos de adhesión; 18) La contribución del notario a la creación del Derecho. -B) Potestad de autorización: 1) Presupuestos de la autorización; 2) Consideración especial de la unidad de acto; 3) La dación de fe; 4) La fe de conocimiento; 5) La lectura del instrumento; 6) El juicio de capacidad y la aseveración sobre la legalidad del documento.- C) Potestad de conservación y reproducción.- III. Efectos del instrumento público: A) Valor probatorio del instrumento público: 1) Ideas generales; 2) Valor probatorio extraprocesal del documento público; 3) Valor probatorio del instrumento público dentro del proceso; 4) El sistema de la prueba tasada; 5) Significado actual de la prueba legal; 6) El instrumento público como prueba legal; 7) El instrumento público y el recurso de casación; 8) Impugnación del valor probatorio del instrumento público.- B) El instrumento público como forma de los negocios jurídicos: 1) Ideas generales; 2) La escritura pública como requisito de validez del negocio; 3) La escritura pública parcialmente constitutiva; 4) La escritura pública y los negocios jurídicos que no requieren para su validez o eficacia la forma pública. La relación entre el negocio y la escritura en las escrituras aparentemente dispositivas; 5) Escrituras de reconocimiento; 6) La presunción de legalidad de la escritura pública. - IV. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

El notariado de tipo latino es una institución tradicional que hunde sus raíces en un remoto pasado y que a lo largo de muchos siglos se ha ido decantando y perfeccionando hasta convertirse en una pieza fundamental dentro de la organización jurídica de la mayor parte de los países del mundo occidental.

Aclaremos, para empezar, que la expresión "notariado de tipo latino", o

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

"notariado latino" tiene hasta cierto punto un valor convencional. No guarda una correlación estricta con los países que dentro de unos confines más o menos generosos integran lo que se podría llamar latinidad. El notariado latino existe en países de neta ascendencia germánica, como Alemania y Austria, en otros de plural origen racial como Suiza, Bélgica y Holanda, en Grecia, madre de nuestra cultura, e incluso con un criterio liberal, en algunas naciones asiáticas como Turquía y Japón. Llamamos, pues, notariado de tipo latino al que responde a unos rasgos fundamentales comunes, cuyos orígenes más próximos y definidos se encuentran en el norte de Italia y que se perfilan al calor de la célebre y erudita Escuela de Bolonia.

Contrapuesto al notariado de tipo latino es el notariado de tipo anglosajón. Existe en Inglaterra, en los Estados Unidos de Norteamérica (excepto el Estado de Luisiana) y en otros países que en este punto viven bajo la influencia británica. Así Canadá, excepción hecha de la provincia de Quebec, Suecia, Noruega y Dinamarca.

El notariado de tipo anglosajón forma parte de los notariados que Pondé(1)(1499) llama de "evolución frustrada" dentro de la que incluye también a los notariados que viven bajo el signo de la "estatización" de tal modo que el notario es un simple funcionario al servicio de la administración, y al que le falta, por tanto, una de las características más destacadas del notario latino: la independencia en el ejercicio de la función. Porque el notario latino, si bien es funcionario público, en el sentido de que ejerce funciones públicas, actúa al nivel de los profesionales libres del derecho (aunque esté limitado el número de notarías). No es, ni debe ser jamás, un simple empleado administrativo, pues tal cosa cambia radicalmente la manera de entender y de practicar la función y acaba fatalmente por desnaturalizarla.

La actividad del notario, de todos los notarios, de tipo latino o de tipo anglosajón, gira en torno al documento. Pero así como los notarios latinos producen un tipo especial de documento - el instrumento público - que ocupa un lugar preeminente en la escala documental por las especiales calidades que le adornan y por la importancia de los efectos jurídicos que se ligan a su autorización, los notarios anglosajones no cambian sustancialmente la naturaleza del documento en el que intervienen. La autenticidad de un documento autorizado por un notario anglosajón, cuando existe, es meramente externa y se refiere a la constatación de ciertos hechos (en Inglaterra especialmente referidos a los que guardan relación con el derecho marítimo), o a la identificación de los otorgantes de un documento y legitimación de sus firmas, así como a recibir la declaración de aquéllos, con o sin juramento, de que lo manifestado en el documento corresponde a su libre voluntad, y si se trata de testigos que el documento fue firmado en su presencia. La declaración negocial que el documento puede contener no se hace ante el notario, ni éste tiene que constatar si se cumplen los presupuestos y requisitos necesarios para la validez del negocio jurídico documentado. El notary anglosajón es, pues, en este orden de cosas, el reverso de la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

medalla del notario o escribano latino. De aquí que el notary, en tanto tal, no sea jurista, lo que naturalmente no quiere decir que no pueda, además, serlo. Lo son en cambio, el solicitador que con ciertas salvedades puede equipararse a lo que en España, y algunos países hispanoamericanos, como Argentina, llamamos procuradores, y el barrister o abogado. El solicitador y el barrister ejercen en ocasiones como notarios. Pero se trata de la acumulación de dos profesiones en una sola persona.

El notario latino por el contrario, para cumplir cabalmente la función que el Estado y la sociedad le encomiendan, debe ser un jurista, y hasta me atrevería a decir que un jurista distinguido y especializado. Ciertamente hay países en los cuales el notario no es jurista, a pesar de que autoriza verdaderos instrumentos públicos - en el sentido técnico de la expresión - y su actividad se extiende a la autenticación de toda clase de negocios jurídicos otorgados por los particulares (y ello les diferencia también de los notarios anglosajones cuya competencia está circunscrita a un área mucho más limitada). Donde esto acontece existe una manifiesta desproporción entre la trascendencia jurídica del documento y la importancia profesional de su autor. Hay notariado latino porque el documento autorizado por notario asume la estructura y surte los efectos peculiares (al menos en el plano de la autenticación) que son propios del instrumento público. Pero detrás del instrumento público se parapeta un profesional que sólo a medias es un verdadero notario latino. De aquí que el notario tenga que ser, al mismo tiempo notario y abogado, o que carezca del poder de redacción, de tal modo que el texto del instrumento se limite a reproducir la minuta facilitada por un abogado, que interfiere así una faceta fundamental de la tarea que ha de cumplir el notario.

Cuál sea el quehacer del notario, especialmente en su dimensión como jurista, constituye el objeto del presente ensayo. La gran amplitud de la materia a tratar y los límites a la extensión de este trabajo que impone el fin para que se destina, explican y justifican que mi pensamiento haya tenido que ser resumido tal vez con exceso, y que el acopio de citas y datos resulte, en ocasiones, extremadamente sucinto.

Con todo he preferido abordar este tema genérico y no otros más específicos, que hubieran permitido probablemente un mayor lucimiento personal. El notariado latino, pieza maestra de todo sistema jurídico bien organizado, atraviesa por una situación ciertamente delicada, aun en aquellos países en que la función notarial se realiza y cumple plenamente. En primer lugar nuestra moderna sociedad de consumo produce un tipo de contratación masificada que se compadece mal con la actuación del notario como asesor de los particulares. Sin embargo, y como trataré de demostrar en su momento, esto no quiere decir que el notario, frente a esta clase de contratos (verdaderos contratos de adhesión) tenga que renunciar a su condición de jurista para convertirse en un mero fedante. De la forma en que el notario sepa adaptarse, sin perder sus tradicionales esencias, a las exigencias de los nuevos tiempos, depende, en gran parte, el futuro de la institución. Por otro lado

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

es necesario evitar el contagio. Me refiero al peligro que puede representar el hecho de que el notariado de tipo anglosajón pretenda, de un modo u otro, que nuestro notariado latino evolucione para aproximarse a él. Este peligro es patente dada la influencia de los Estados Unidos de América sobre todo el mundo occidental, y en Europa se agrava ante el hecho insoslayable de la incorporación a la Comunidad Económica Europea de países cuyo notariado está organizado de acuerdo con el esquema anglosajón. Parece, por el contrario, que hemos de ser nosotros, los notarios latinos, quienes hemos de esforzarnos para hacer comprender a esos países que nuestra institución, tal como nosotros la entendemos, es muy superior a la suya, de tal modo que, si son ellos los que se adaptan a nuestro sistema, ganará considerablemente la seguridad jurídica y se evitarán los problemas que puede suscitar, al relacionarse los ciudadanos de los pueblos que constituyen la Comunidad, el contraste entre dos maneras totalmente opuestas de concebir la misión del notario.

Toda la actividad profesional del notario, según hemos apuntado, gira en torno al instrumento público. Para saber, pues, en qué consiste la tarea del notario y para aquilatar los resultados de la misma hay que estudiar dos cuestiones fundamentales. Potestades o funciones del notario con relación al instrumento público, y efectos que éste produce. Consecuentemente dividiré mi exposición en dos partes. En la primera examinaré la actuación del notario como "fazedor" del instrumento público. En la segunda estudiaré, sucintamente, los efectos jurídicos peculiares del documento notarial.

II. LA ELABORACIÓN DEL INSTRUMENTO PÚBLICO POR EL NOTARIO

Bueno será que, para comenzar, recordemos lo que sobre el notario y sus funciones dijo el Primer Congreso Internacional del Notariado Latino, celebrado en Buenos Aires el año 1948 cuando todavía la Unión Internacional estaba en fase de gestación. La conclusión a), del apartado B) de los acuerdos adoptados en ese primer y fundamental Congreso dice así: "El notario latino es el profesional del derecho encargado de una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a este fin y confiriéndoles autenticidad; conservar los originales de éstos y expedir copias que den fe de su contenido. En su función está comprendida la autenticación de hechos".

De la declaración transcrita se desprende, pues, que los cometidos o tareas que debe cumplir el notario latino son las siguientes:

- a) Tarea de creación o elaboración jurídica: "recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes".
- b) Tarea de redacción: "redactando los instrumentos adecuados a tal fin".
- c) Tarea de autorización o autenticación: "confiriéndoles autenticidad" (a los documentos).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

d) Tarea de conservación: "conservar los originales de éstos" (los instrumentos) .

e) Tarea de reproducción: "y expedir copias que den fe de su contenido" (del contenido de los instrumentos).

Estas cinco tareas se corresponden con otras tantas potestades del notario. Empleamos, naturalmente, la expresión "potestad" no en el sentido de facultad, sino como sinónimo de poder-función. El notario no tiene con relación al instrumento ningún derecho subjetivo propiamente dicho. Son simples poderes que la soberanía del Estado le confiere (y en la medida en que efectivamente se los confiera) y que sólo puede y debe ejercitar a instancia de parte interesada. La actuación del notario es siempre rogada. Jamás tiene lugar de oficio.

Vamos, pues, a examinar estas potestades del notario con separación, si bien desde ahora advertimos que no deben ser tratadas como si fuesen compartimentos estancos. En particular la potestad de redactar el instrumento y la de "recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes", están tan íntimamente ligadas entre sí que pueden ser tratadas bajo una sola rúbrica. La redacción del instrumento tiene como antecedente indispensable la captación e interpretación de la voluntad de las partes. A su vez, una y otra sólo tienen sentido en consideración o contemplación del documento en que aquella voluntad ha de ser vertida. Finalmente, la redacción del instrumento es el modo (notarial) de dar forma legal a la voluntad de quienes requieren la intervención del notario. Por todo ello nos ocuparemos genéricamente de la potestad de redacción. Va de suyo que la misma comprende la de captar, interpretar, y, en su caso, modelar o configurar, la voluntad de los otorgantes.

A) Potestad de redacción

1) El documento notarial es un documento escrito, de donde se sigue, por consiguiente, que debe ser redactado por alguien.

A primera vista parece que cuando afirmamos que el documento notarial es un documento escrito estamos incurriendo en una redundancia. Todo documento -se dirá -por el hecho de serlo, ha de ser escrito, es decir, debe contener una o más declaraciones reveladoras del pensamiento humano, y que se producen o manifiestan mediante palabras escritas. Sin duda éste es el concepto vulgar del documento y el que responde, además, a su significado tradicional.

Sin embargo la ciencia jurídica moderna al profundizar sobre la naturaleza del documento ha hecho cuestión sobre si sólo son documentos los que tradicionalmente se han tenido (y se siguen teniendo) por tales, o si, por el contrario, el concepto debe ensancharse para comprender otros objetos distintos.

La tesis revisionista ha partido de los cultivadores del derecho procesal. Sabido es hasta qué punto los estudios sobre el proceso han adquirido profundidad y rigor científico en el derecho moderno. El derecho procesal, es, hoy por hoy, una de las disciplinas jurídicas más

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

elaboradas en el aspecto conceptual, a pesar de que el planteamiento de su estudio sobre bases y construcciones eminentemente teóricas y sistemáticas sea relativamente reciente.

A los procesalistas el documento les interesa primordialmente desde el punto de vista de la prueba. El documento es, para ellos, ante todo y sobre todo un medio de prueba. Esto ha dado lugar a dos consecuencias. De una parte han forjado una noción del documento que, sin ser totalmente inexacta, es cuando menos parcial, pues contempla solamente una de las finalidades, bien que importante desde luego, a que el documento responde. De otra, y en virtud de esta consideración, casi exclusiva del documento como medio de prueba, se ha pasado, según decíamos, a una amplificación del concepto, que incluye todo objeto con virtualidad representativa de un hecho.

El moderno concepto del documento como medio de prueba tiene, pues, su apoyo, en la llamada teoría de la representación. Esta teoría, como ha subrayado Rodríguez Adrados(2)(1500)tiene una ilustre ascendencia. Debe su paternidad principalmente a la pluma de uno de los más insignes juristas de nuestra época. Ha sido Carnelutti, escribe Rodríguez Adrados, quien, con evoluciones dentro de la misma dirección, ha mantenido esa teoría y la ha difundido en sus numerosas obras logrando hacerla opinión casi unánime en Italia, no sólo entre los procesalistas sino también entre los civilistas y los notarialistas. La teoría prontamente rebasó las fronteras de su patria, y es de temer, dice Rodríguez Adrados, "que llegue a ser la opinión común respecto al documento; incluso, lo que no deja de ser lógico, se ha querido explicar de la misma forma la propia función notarial, surgiendo así una teoría representativa de la fe pública". Esto es lo realmente grave, pues si efectivamente el documento notarial de tipo latino se explicase y justificase únicamente en virtud de la llamada teoría de la representación ello llevaría consigo, fatalmente, la degradación de la función del notario que quedaría reducida a la recepción pasiva de hechos y declaraciones. En tanto, pues, la teoría o concepción representativa del documento en general, y del documento notarial en particular, afecta, o puede afectar, indirecta pero profundamente a la médula misma de nuestra función, es menester que nos detengamos a examinarla.

Objeto de la prueba, en sentido estricto, dice Carnelutti(3)(1501)son las razones de hecho que apoyan una pretensión. Probar estas razones equivale en definitiva a demostrar el hecho que se esgrime como base de la argumentación. La prueba se dirige a un tercero (dentro del proceso al juez) y se propone llevarle al convencimiento de la realidad del hecho afirmado. Para obtener ese convencimiento es menester poner en relación el sujeto (o destinatario) de la prueba y el hecho objeto de la misma. Esta relación puede ser inmediata porque el hecho a probar caiga bajo los sentidos del verificador. En los demás casos la relación es mediata porque se consigue a través de un hecho diverso de aquel que ha de probarse, el cual sirve para que el verificador, con la ayuda de las reglas de la experiencia, formule un juicio. Por ejemplo, si el hecho a

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

probar es que el vino entregado al comprador sabe a moho, puede ocurrir que el propio verificador guste el vino o que recoja el testimonio de quienes lo han gustado.

Las pruebas son, según Carnelutti, hombres o cosas y esto, tanto si se trata de pruebas inmediatas como de pruebas mediatas. A su vez éstas pueden ser históricas o críticas. Estamos en presencia de una prueba histórica cuando el hombre o la cosa, aun no siendo el hecho que se ha de probar, sin embargo lo representa; quiere esto decir que el hombre actúe o la cosa esté hecha de modo que excite, a través de los sentidos de otra persona, la idea correspondiente al hecho mismo. El mecanismo de la representación se funda en un principio que se podría llamar de equivalencia perceptiva, en virtud de la cual fuentes diversas de sensaciones sirven para estimular la misma idea. Cuando un hecho tiene en sí esta propiedad de poder despertar la idea de otro hecho decimos que lo representa. Así ocurre cuando un testigo narra un hecho o cuando se observa una fotografía del mismo.

Puede ocurrir, por el contrario, que no se disponga de un objeto representativo sino más bien de objetos que aun sin tener la propiedad de reflejar el hecho a probar sirven al fin de deducir su existencia o inexistencia. Suponiendo que la afirmación que se ha de verificar se refiera a una herida de arma blanca inferida por Ticio a Cayo, el juez en lugar de valerse de una fotografía que un espectador haya tomado casualmente, o bien de la narración de los contendientes mismos o de quien los vio luchar, puede convencerse de la verdad de lo acaecido porque Ticio manifestó ante terceros su propósito de herir a Cayo, porque a Ticio se le encontró un cuchillo cuyas dimensiones coinciden con las de la herida, porque las prendas de vestir de Cayo presentan manchas de sangre o porque en ellas se aprecian huellas digitales idénticas a las de Ticio. De todos estos hechos ninguno tiene la más ligera función representativa del hecho a probar. Por ello Carnelutti, en contraposición a las pruebas históricas (o representativas) las llama pruebas críticas.

Los instrumentos de la prueba histórica, como los instrumentos de la prueba en general, son hombres o cosas. Los hombres en cuanto proporcionan la prueba histórica, esto es, cuando representan hechos se llaman testigos, las cosas, en esta función, se llaman documentos. Pero también en definitiva la cosa representativa (es decir el documento) es obra del hombre. El hombre lleva a cabo su función representativa de dos maneras, como testigo o como documentador. Como testigo realizando un acto que sirve para representar un hecho (testimonio, narración, relato). Como documentador formando una cosa (documento) que sirve, para el mismo objeto. Por tanto el testimonio es trabajo del hombre (energía actual) mientras que el documento es el producto del trabajo (energía, que ha plasmado en una cosa). La diferencia entre los dos actos está en el momento de empleo de la vis representativa: el testimonio se realiza a fin de que la representación opere inmediatamente; el documento a fin de que opere en el futuro. Mediante el primero el testigo extrae alguna cosa del depósito de su memoria a fin

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de que se sirva de ella quien tiene una necesidad actual, mediante la segunda el documentador pone algo en depósito, a fin de que otra persona se sirva de él cuando lo necesite.

Documento es, pues, de conformidad con su sentido etimológico, una cosa que docet, esto es, que lleva en sí la virtud de hacer conocer; esta virtud se debe a su contenido representativo. Por eso el documento es una cosa que sirve para representar a otra. Además, al ser la representación obra del hombre, el documento más que una cosa es un opus, o sea el resultado de un trabajo.

Supuesta la concepción del documento como opus representativo, cabe que la representación del hecho a que se refiere tenga lugar de dos modos; de un modo directo mediante la reproducción material del hecho mismo, o de un modo indirecto, a través de la descripción del hecho. Los primeros son, dentro del tecnicismo de Carnelutti, documentos directos, los segundos documentos indirectos. Ejemplo de documentos directos son las reproducciones mecánicas a que se refiere el artículo 2712 del vigente Cód. Civil italiano. Por ejemplo fotografías, películas cinematográficas, discos fonográficos, cintas magnetofónicas. El ejemplo típico de documento indirecto es el escrito, o sea el que responde, como ya hemos dicho, al concepto tradicional del documento. En el documento directo la representación se produce de modo inmediato, sin pasar a través de la mente humana; en el documento indirecto la representación se obtiene mediante la lectura de lo escrito y a través de las imágenes que esta lectura suscita en el cerebro del lector(4)(1502).

Hasta aquí la teoría de la representación expuesta por su más caracterizado defensor que al mismo tiempo es, salvo algunos precedentes más o menos importantes, su verdadero autor, al menos en su versión más perfecta y completa. A fin de exponer la teoría con la mayor exactitud posible hemos repetido, casi sin alteración, las mismas palabras de Carnelutti tomándolas de los pasajes que nos han parecido más ilustrativos.

Como se ve pues, tal como anunciábamos al principio, la primera consecuencia que se sigue de la teoría representativa es que el área conceptual del documento se ha agrandado considerablemente. Tan es así que incluso la idea de representación ha sido desbordada. Una vez abandonado el concepto tradicional del documento se ha llegado a sostener que ni siquiera la virtualidad representativa sirve para acotar lo que por documento deba entenderse. De un lado las llamadas targas, tallas o contraseñas (que el Código Civil italiano incluye, en su artículo 2713, dentro de la prueba documental) no son, intrínsecamente, objetos representativos. Su significado depende exclusivamente del que le atribuyen los usos del tráfico. De otro, y como ha señalado Guasp(5)(1503), " el concepto de representación resulta por su vaguedad demasiado amplia para construir una idea precisa del documento, pues si representar equivale a reproducir o reflejar una realidad distinta, como tal reproducción o reflejo no puede confundirse con una absoluta

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

identificación, y como no se dan límites fijos de lo que valga en cada caso como tal, resulta que la reproducción o el reflejo viene a ser, en último término, cualquier referencia del documento a su contenido, y esta referencia se encuentra en todos los medios de prueba, ya que desde el momento en que se utilizan como tales es porque tienen (o se pretende que tengan) alguna relación con el tema de la prueba". Aunque estas afirmaciones resultan a nuestro juicio exageradas, pues, sin duda alguna, hay objetos verdaderamente representativos, mientras que otros sólo son indicativos, justifican en cierto modo un concepto todavía más amplio del documento, que desborda los límites de la representación. Por ello, el gran procesalista español que acabamos de citar nos dice que son documentos todos aquellos objetos que físicamente puedan ser llevados a la presencia del juez (muebles, por tanto) y que sean susceptibles de contribuir a formar su convicción sobre el hecho que se trata de probar. Si el objeto no admite ésta que podríamos llamar "movilización procesal", el medio de prueba, según la terminología de Guasp, será un "monumento" y no un documento(6)(1504).

La teoría de la representación (e igualmente las que llevan el concepto de documento aun más lejos) de hecho se propone ampliar el número admisible de los medios de prueba. La mayor parte de las legislaciones procesales de corte clásico (la española entre ellas), aunque descansan en el principio de la libre apreciación de la prueba por el juez (salvo que se trate de las llamadas pruebas legales, a las que después nos referiremos), limitan, sin embargo, los tipos o clases de medios de prueba. En la medida en que esos objetos representativos o indicativos, distintos del documento en sentido estricto o documento escrito, puedan ser utilizados también como medios de prueba es lógico que se trate de utilizarlos en el proceso, aunque sea a base de forzar el ámbito natural de la prueba documental(7)(1505).

El problema de saber hasta qué punto estos pretendidos documentos(8)(1506)lo son efectivamente, y especialmente su admisibilidad y su valor como medios de prueba, es cosa que interesa únicamente a los procesalistas. Pero no tiene nada que ver con la naturaleza jurídica ni con los efectos del instrumento público. Lo que, en cambio, sí tiene gran importancia para nosotros, como antes señalamos, es la aplicación de la teoría de la representación al documento notarial.

2) Proyectemos por tanto la teoría de la representación sobre el documento notarial. Ya hemos anticipado que la construcción del instrumento público sobre la base de aplicar al mismo íntegramente esta teoría no sólo no es válida sino que además desvirtúa, indirectamente, la naturaleza de la función notarial. Sin embargo, esto no significa que tal teoría, aun referida al documento público, sea totalmente inexacta. Se hace necesario antes de condenarla o rechazarla definitivamente, formular toda una serie de matizaciones importantes.

Ante todo hay que preguntarse si la teoría de la representación puede encajar en cierto tipo de instrumentos públicos. Como se desprende de la conclusión antes transcrita del Congreso de Buenos Aires, la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

actuación notarial, y el instrumento público que es su consecuencia, puede referirse a dos campos distintos. El instrumento público por excelencia, de conformidad con su construcción clásica, tiene por fin la formalización de los negocios jurídicos celebrados por los particulares. Frente a este tipo de instrumentos hay otros cuya función es simplemente la de constatar la existencia de ciertos hechos que en sí no constituyen un negocio jurídico, o en la medida en que esos hechos integren en la realidad un negocio, el documento no se autoriza para formalizarlos. La declaración de voluntad no se formaliza instrumentalmente sino que se acredita o constata como simple hecho. Posteriormente trataremos de perfilar más claramente nuestras ideas sobre este punto.

Por de pronto, es necesario advertir que los documentos dirigidos a la simple constatación de hechos pueden y deben ser instrumentos públicos y su autorización encaja de lleno dentro de la función notarial. Se trata con estos documentos de acreditar fehacientemente, merced al poder fedante de que se halla investido el notario, que determinados acaecimientos del mundo exterior se han producido efectivamente. Ciertamente no todas las legislaciones notariales consideran que la función del notario pueda extenderse a la constatación de hechos no negociales. En otras, el silencio de la ley ha sido suplido por la práctica notarial que de facto ha ido extendiendo el ámbito de su competencia para comprender también en ella la autenticación o comprobación de puros hechos. Pero hay total unanimidad sobre la pertinencia de la respuesta afirmativa, al menos de iure condendo. La conclusión 1ª del X Congreso Internacional del Notariado Latino, dice, terminantemente que "El notario latino además de su competencia tradicional en materia de negocios jurídicos, tiene, a requerimiento de parte interesada, la de comprobar y fijar en documentos auténticos hechos jurídicos lícitos, no comprendidos en la competencia específica de otras funciones públicas".

3) La doctrina que podemos considerar dominante (aunque hay opiniones discrepantes muy valiosas) estima que estos dos tipos distintos de instrumentos públicos dan lugar a dos géneros o categorías instrumentales claramente diferenciados. Terminológicamente esta distinción se refleja en la contraposición entre escrituras (que son los instrumentos del primer tipo) y actas (que son los del segundo). Advertamos que esta terminología no es uniforme, sobre todo en el plano legislativo. Aunque se acepte la actuación del notario en el campo de los puros hechos, algunas legislaciones emplean para designar todos los documentos notariales protocolizados la misma denominación (en Francia por ejemplo se habla de acta con referencia a todos los instrumentos públicos). En España la distinción entre escrituras y actas es desconocida, al menos en lo que a la terminología se refiere, por la Ley Orgánica de 28 de mayo de 1862, aún vigente. Ha sido introducida y aceptada por los reglamentos que han desarrollado la ley y concretamente por el actual.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

El primer problema que nos surge al hilo de esta distinción, y que puede ser vital para resolver la cuestión que nos hemos planteado, es, nada más y nada menos, que saber si efectivamente esta distinción es exacta. Es decir si, al margen de las denominaciones, existen o no dos géneros instrumentales diferentes según que se refieran a la formalización de negocios jurídicos o a la simple constatación de hechos. La opinión de la mayor parte de los notarialistas españoles, con Núñez-Lagos a la cabeza, se inclina por reconocer validez y transcendencia a la distinción(9)(1507). Pero no faltan voces discrepantes sumamente autorizadas. Así González Palomino(10)(1508)quien, sin embargo, no niega totalmente la validez de la distinción y más recientemente González Enríquez(11)(1509).

La distinción entre escrituras y actas se apoya, en la doctrina notarialista española, en dos tipos de argumentos, adjetivos o formales unos (se exigen para las actas en nuestro Reglamento Notarial menos requisitos que para las escrituras) y sustantivos o de fondo otros. Claro está que sólo los segundos tienen, o pueden tener, valor decisivo, pues sólo en función de los mismos cabe decidir si es lícito o no que en las actas se pueda prescindir de ciertas exigencias (fe de conocimiento, juicio de capacidad, unidad de acto en cierto sentido, etc.) que son imprescindibles en las escrituras, y que no son necesarios en las actas. El distinto criterio que sigue, en este punto, el Reglamento español, obedece a que sobreentiende, a priori, con acierto o sin él, que existe una diferencia sustancial entre los dos géneros instrumentales.

Esta es también nuestra opinión, aunque admitimos que no es fácil señalar exactamente en qué consiste la distinción entre ambas clases de instrumentos. Anticipando ideas que desarrollaremos a continuación pensamos que la diferencia fundamental entre escrituras y actas estriba en lo siguiente. Las actas persiguen exclusivamente la finalidad de acreditar un hecho (cualquiera que sea la naturaleza de éste, incluso aunque consista en una declaración de voluntad negocial). Por eso el único efecto jurídico que son susceptibles de producir se refiere al tema de la prueba. Por el contrario, las escrituras operan en el campo de la forma de los negocios jurídicos (incluso las puramente confesorias, como más adelante tendremos ocasión de comprobar), y por consiguiente, y sin perjuicio de que sean también un medio de prueba del negocio que formalizan, surten, o son susceptibles de surtir, otros efectos, además de los meramente probatorios.

4) Este criterio diferencial se revela exacto, a nuestro juicio, sin mayor esfuerzo, cuando el hecho que el documento acredita no es un acto jurídico, es decir, cuando no se trata de reflejar en el documento una declaración o manifestación de voluntad (entendidas estas expresiones en sentido amplio). En tal caso el documento contiene sólo la descripción que hace el notario del hecho que acaece en su presencia, o de la situación fáctica que constata de visu et auditu sui sensibus(12)(1510). La finalidad del acta es en ese caso preconstituir una prueba sobre la existencia del hecho en cuestión, en atención a su

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

fugacidad, a la dificultad o imposibilidad de que pueda ser comprobado directamente por la persona a quien debe acreditarse, o a ambas cosas a la vez. A esta clase de actas es aplicable, en mi opinión, la teoría representativa. González Enríquez(13)(1511)entiende que las actas sólo contienen una declaración del notario sobre el hecho, y no una representación del hecho mismo. En sentido rigurosamente estricto esto es verdad, pero de ahí no se sigue que las actas no cumplan una función representativa. Las declaraciones del notario en un acta, no son sino la descripción que el notario hace del hecho que presencia. En este orden de cosas el documento-acta (recuérdese la distinción de Carnelutti entre documentos directos e indirectos) se propone suscitar en el lector la imagen mental del hecho descrito o narrado. La equivalencia entre el dictum del notario y el factum narrado, dimanante del poder fideifaciente de que aquél se halla investido, sólo actúa en cuanto el dictum se refiere a un hecho que el notario declara haber percibido sensorialmente, lo que implica la necesidad de que el notario lo describa. Ciertamente la descripción supone no sólo la percepción del hecho sino también su captación e interpretación, de donde se deduce, según González Enríquez, que en último término la declaración del notario sobre el hecho documentado envuelve siempre un juicio(14)(1512). "Si yo veo una silla de madera - dice González Enríquez - el afirmar que veo una silla ya supone una cierta interpretación, pues identifico el objeto como una silla, pero el afirmar que veo una silla de madera supone una interpretación y en cierto modo una comprensión del hecho, ya que estoy calificando la materia del objeto que veo".

Fenomenológicamente la explicación de González Enríquez es correcta. Sin embargo, si no se quiere desmontar uno de los pilares fundamentales en que se asienta la valoración jurídica del instrumento público, habrá que distinguir entre los "juicios" del notario dirigidos únicamente a interpretar y a describir los hechos que presencia y constata sensorialmente, de modo directo e inmediato, de los que emite sobre hechos de otra índole (por ejemplo, cuando afirma que conoce a los otorgantes) o cuando produce calificaciones en el plano técnico-jurídico (juicio de capacidad o tipificación del acto que se documenta). Sólo los primeros están cubiertos por la fe pública notarial, salvo la fe de conocimiento, y en general la identificación de los otorgantes efectuada a través de los medios legales dispuestos al efecto. Por esto el valor probatorio de las actas de presencia - como las llama el Reglamento español - debe quedar reducido a los hechos cuya simple percepción sensorial implica una interpretación uniforme para toda persona dotada de condiciones intelectivas normales. El notario no debe autorizar actas referentes a hechos cuya interpretación exija especiales conocimientos técnicos. Aunque los tenga. El notario, como tal notario, no actúa como perito (aunque por sus conocimientos extranotariales pudiera hacerlo) sino como testigo especialmente cualificado. Claro está que en la práctica no siempre será fácil discernir, en muchos casos, si se trata de hechos inequívocos (en el sentido anteriormente expuesto). Esta

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

es la cruz de las llamadas actas de presencia y su desventaja respecto de otro tipo de actas, y especialmente respecto de las escrituras. La narración que hace el notario al exponer en una escritura pública lo que ante él ocurre se refiere a hechos que no admiten ninguna duda sobre su posible interpretación. Se trata de afirmar, simplemente, que unas personas a quien el notario dice conocer (esta es la única afirmación del notario que se refiere a un hecho no susceptible de comprobación sensorial), o a quienes ha identificado por determinados medios, han comparecido ante él, han prestado su consentimiento a las declaraciones que el documento les atribuye, y lo han firmado (o han manifestado no saber o no poder hacerlo, caso en el cual, según la legislación española, deberá firmar por el compareciente otra persona) después de haber asistido a la lectura del instrumento por el notario o de haberlo leído ellos mismos delante del fedatario. La explicación "del hecho que motiva su otorgamiento", como dice el artículo 1218 -1º del Cód. Civil español - en las escrituras públicas - es sumamente sencilla. La dificultad estriba en la preparación del hecho. Por el contrario en las actas de presencia lo difícil, muchas veces, es explicar el hecho mismo. Sobre todo si los interesados, como es bastante frecuente, insisten en que el notario certifique sobre extremos que extravasan su competencia funcional, según lo que ha quedado dicho, y hasta que haga suyos sus propios juicios y valoraciones. No es necesario encarecer la conveniencia de que el notario actúe con prudencia en este campo. Debe limitarse a aseverar la certeza de los hechos que serían evidentes para cualquiera y distinguir con cuidado estas evidencias de lo que puedan ser simples opiniones.

Las actas cuyo objeto consiste en acreditar hechos que por su naturaleza no son actos jurídicos se diferencian claramente, por razón de su contenido, de los instrumentos públicos dirigidos a formalizar negocios jurídicos. En tanto se admita la competencia del notario para autorizar los documentos del primer tipo se justifica, sin lugar a dudas, a mi juicio, la afirmación de que existen dos géneros instrumentales distintos: escrituras y actas, aunque el área conceptual de las últimas se redujese (lo que no es así, como veremos) a la constatación de hechos que no son actos jurídicos. Con relación a este tipo de actas parece conveniente hacer algunas puntualizaciones:

1ª) El poder de redacción corresponde única y exclusivamente al notario. La descripción de los hechos que ocurran ante la presencia del notario compete siempre a éste de modo exclusivo.

2ª) No es necesario el juicio de capacidad (cfr. artículo 197-1º del Reglamento español). La capacidad en sentido técnico sólo puede referirse a declaraciones de voluntad. Y este tipo de actas no contiene ninguna. La única capacidad exigible al requirente es la necesaria para impetrar la intervención notarial, que, por cierto, no está establecida en parte alguna. Debe estimarse, pues, que basta la capacidad de obrar general. En cambio el requirente "debe tener interés legítimo". Averiguar si concurre o no este requisito puede poner al notario en graves

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

dificultades, al menos en ciertos casos. Porque ¿qué se entiende por interés legítimo? Es imposible, naturalmente, formular al respecto reglas generales. El notario tendrá que apreciar si existe o no en función de las circunstancias del supuesto que se someta a su intervención. La calificación del interés legítimo no es, aunque otra cosa crea González Palomino(15)(1513), un juicio de capacidad. En sentido técnico, tal como hemos dicho anteriormente, el juicio de capacidad sólo cabe referirlo a los instrumentos que contengan declaraciones de voluntad. Pero es que además, tampoco es necesario que el notario constate si el requirente es titular de un derecho subjetivo que justifique su propósito de solicitar la intervención notarial. En las actas que ahora nos ocupan puede bastar una simple relación de hecho que ampare el interés del requirente. Por ejemplo, si se me requiere para que levante un acta para acreditar que una vivienda presenta grietas o manchas de humedad en su techumbre, debe reputarse persona con interés legítimo el ocupante de aquélla. No es necesario que el notario averigüe si el requirente es propietario, inquilino, usufructuario, habitacionista o simple poseedor en precario, y muchos menos que deba establecer previamente si el título jurídico que ocasionalmente se haya invocado es o no válido.

Por lo demás, parece que el notario, a la hora de ponderar si concurre o no el interés legítimo, puede apoyarse simplemente en los datos que al respecto le brinde el propio requirente. Este asume, por supuesto, todas las responsabilidades que puedan dimanar de la inexactitud de los datos suministrados al notario. La intervención notarial se vería enormemente dificultada si el notario tuviera que verificar previamente la veracidad de aquéllos, lo cual es contrario a la finalidad que persiguen las actas, las cuales exigen muchas veces, para ser eficaces, que la intervención notarial se produzca en un momento determinado, o en plazos muy breves.

Así las cosas, tampoco parece necesario que el notario identifique al requirente. El artículo 197-3º del Reglamento español establece que las actas no exigen la fe de conocimiento, salvo el caso de que la identidad de las personas fuere requisito indispensable en consideración a su contenido(16)(1514). La forma en que el Reglamento se produce es criticable. En rigor, sólo en las llamadas actas de existencia (es decir, las que tienen por objeto acreditar que una determinada persona vive en un momento determinado) exigen, por razón de su contenido, la identificación del requirente por el fedatario (y así lo hace el artículo 201). En las demás no se advierte que, en función del contenido, sea imprescindible la identificación, por lo que parece que la regla general es la innecesidad de tal identificación. La postura del Reglamento podrá ser objetable, pero no autoriza a sostener que, desde este punto de vista, no existe diferencia entre escrituras y actas, como pretende González Palomino(17)(1515). En las escrituras la identificación por el notario, a través de cualquiera de los sistemas que establece el artículo 23 de la Ley Orgánica, es requisito necesario para que el notario pueda proceder a su autorización. En las actas no sucede lo mismo, pero ello no significa

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

que no sea conveniente que el notario identifique al requirente y que procure hacerlo siempre que pueda. Hay que tener en cuenta que todas las legislaciones admiten medios supletorios de identificación, en el caso de que el notario no pueda dar fe de conocimiento, y que en España, después de modificado el artículo 23 de la ley, y de haber sido implantado el Documento Nacional de Identidad, el tema no debe suscitar dificultades graves(18)(1516).

3ª) No cabe duda que las actas de que tratamos no pueden surtir más efectos que los meramente probatorios del hecho a que se refieren.

5) Hasta aquí las actas que podríamos llamar "químicamente puras". Pero las actas pueden también contener, de un modo u otro, declaraciones de voluntad. Lo cual no significa a nuestro modo de ver, y como ya adelantamos anteriormente, que estos documentos dejen de ser actas para convertirse en escrituras, o, para decirlo de otro modo, que dichos instrumentos no sigan perteneciendo a la primera de esas dos categorías instrumentales .

Consideremos en primer término las notificaciones y requerimientos (regulados por el Reglamento español en sus artículos 202 y siguientes)

La notificación tiene por finalidad efectuar notarialmente una comunicación o una participación, es decir, el requirente desea hacer saber algo a un tercero. Lo que se notifica puede ser: un puro hecho (por ejemplo que un edificio se halla en estado de ruina); la celebración de un negocio jurídico ya realizado (cesión de crédito); una declaración por la cual el requirente anuncia su voluntad de cumplir un acto debido (el ofrecimiento de pago); una declaración de voluntad por la que se ejercita un derecho potestativo de origen legal (la resolución de un contrato por incumplimiento, pongamos por caso); o voluntario (derecho de adquisición preferente de acciones en el supuesto de que otro accionista se proponga vender a terceros las que le pertenecen); o una declaración negocial propiamente dicha (aceptación de una oferta de contrato que previamente le había sido hecha al requirente)(19)(1517).

En todos los casos expuestos, la primera finalidad que persigue el instrumento notarial es acreditar que la notificación (como hecho) ha sido efectuada. En tanto la notificación se realiza fácticamente a través del notario ello determina que una vez cumplida se sigan de ella los efectos propios que el derecho sustantivo atribuye al acto notificado en cada caso, supuesto que efectivamente se den los presupuestos de orden jurídico-material a que se condiciona la producción de aquéllos. De aquí se siguen las siguientes consecuencias:

1º) La función del notario estriba sencillamente en verificar la notificación. La parte fundamental del documento es la que se refiere a relatar que la notificación ha quedado hecha. En este aspecto la potestad de redacción corresponde exclusivamente (como en las que hemos denominado actas puras) al notario. Naturalmente, el documento recoge también el texto de la declaración, pues en otro caso el instrumento no acredita lo que realmente ha sido notificado. El notario, como profesional del

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

derecho, como jurista, puede y hasta debe aconsejar al requirente sobre cuáles son los términos más adecuados para que formule su declaración. Pero como la finalidad del documento no es dar forma pública instrumental a ésta, no parece que pueda rechazar una redacción que él considere poco correcta o expresiva, si el requirente insiste en ella. Únicamente si la notificación, para surtir sus efectos como tal notificación, tiene marcados unos requisitos sobre los extremos que han de ser notificados (cfr. por ejemplo, el artículo 65-1º de la Ley española de Arrendamientos Urbanos), consideramos que el notario debe abstenerse de autorizar el acta si la declaración del requirente no los contiene. El notario no puede prestar su concurso a un acto que es de suyo ineficaz.

2º) Puesto que la notificación no tiene por fin dar calidad formal de instrumento público a la declaración que se notifica, no es menester que el notario enjuicie la capacidad del requirente aunque la declaración que ha de notificarse sea una verdadera declaración negocial. Basta la capacidad general para requerir la intervención de notario, a que ya nos hemos referido. En las notificaciones no se requiere la intervención notarial para obtener, en la medida de lo posible, la seguridad jurídica de que la declaración es correcta y surtirá sus efectos, sino para que simplemente se notifique. Es perfectamente posible que la declaración llegue a producir todos sus efectos si efectivamente concurre en el requirente la capacidad y legitimación necesaria (aunque no pueda acreditarlo), o si después se cumplen los requisitos habilitantes o convalidantes que procedan. El notario, por ejemplo, no debe autorizar la escritura de venta de un inmueble que pretenda otorgar un menor emancipado sin el consentimiento de las personas especificadas en el artículo 317 del Cód. Civil español, o la venta de una finca de la sociedad de gananciales si el marido no cuenta con el consentimiento uxorio o autorización judicial (cfr. artículo 1413 del Cód. Civil español en su versión actual). Pero no hay inconveniente en que autorice un acta, a requerimiento de esas personas, aunque no se puedan acreditar los consentimientos complementarios que son precisos según las normas citadas, a los simples efectos de notificar la aceptación por su parte de una propuesta de compra formulada anteriormente por la persona a quien ha de hacerse la notificación, o para comunicar una oferta de venta que hace el propio adquirente(20)(1518).

3º) El único efecto que el acta produce, como tal acta, es el probatorio respecto de que la notificación ha tenido lugar, sin perjuicio de los que se sigan de la notificación, en sí misma considerada. Pero no se producen los efectos inherentes a la forma instrumental. Así, en el caso de que se notifique la aceptación de una oferta de compra de un inmueble, no por ello se produce la tradición instrumental a que se refiere el artículo 1462 del Cód. Civil español(21)(1519).

4º) No es necesaria la identificación del requirente. Pero sin duda es conveniente, pues en otro caso la eficacia misma de la notificación queda supeditada a que se acredite, en su caso, la identidad del

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

requirente. Posiblemente el Reglamento español ha procedido con cierta ligereza al establecer que de modo general la fe de conocimiento (o la identificación del compareciente por los medios supletorios) no es necesaria en las actas.

Tampoco es necesaria la identificación del notificado. Con relación a éste, como dice González Palomino(22)(1520), el deber de identificar no corre a cargo del notario sino que, por el contrario, es el notario quien tiene el deber de identificarse (artículo 198 del Reglamento español). La razón es doble. De una parte, no es el notificado quien solicita la intervención del notario. De otra, no se puede exigir que la notificación llegue materialmente a conocimiento del interesado para que surta sus efectos, pues en otro caso éstos quedarían de hecho al arbitrio del notificado(23)(1521). Basta que el notificante acredite la diligencia debida haciendo llegar la notificación al domicilio (real o contractual) del notificado. Así resulta del artículo 202 del Reglamento Notarial español, que incluso permite al notario, siempre que la ley no lo prohíba, efectuar las notificaciones que no tengan carácter requisitorio por medio de cédula, copia, o carta remitida por correo certificado con acuse de recibo(24)(1522).

Pasemos ahora a estudiar los requerimientos en sentido estricto. El requerimiento es una intimación para que el requerido haga o se abstenga de hacer algo. La intimación implica también una notificación al requerido (la notificación de la intimación). Pero lo que se notifica no es un hecho o una decisión del requirente sino una exigencia(25)(1523). Naturalmente el contenido de las intimaciones o requerimientos puede ser muy variado. A nuestros fines nos interesa considerar particularmente tres hipótesis, según que se lleven a cabo para que el requerido cumpla un acto debido, reconozca un hecho (es decir preste una declaración confesoria), o haga una declaración de voluntad negocial. En este caso y salvo que exista una relación previa entre requirente y requerido, que obligue a éste a dicha declaración, más que una intimación hay una invitación. Así, por ejemplo, si se pide al requerido que acepte o rechace una oferta de contrato que previamente se le hizo, o que ratifique un contrato que alguien celebró en su nombre sin poderes suficientes.

El requerimiento a fin de que el requerido cumpla un acto debido, y en particular el requerimiento de pago, no es desde luego un negocio jurídico. La doctrina, como veremos más adelante, considera que no son negocios las declaraciones de voluntad cuyos efectos jurídicos son en sí independientes de que el declarante los haya querido o no, al revés de lo que acontece con la declaración negocial en que el efecto jurídico es precisamente el efecto querido y se produce porque la norma (de la que, en definitiva, emana aquél), tiene en cuenta ese dato esencial. Los efectos del requerimiento de pago, son dos: constituye al deudor en situación de mora (cfr. artículo 1100 -1º del Cód. Civil español)(26)(1524), e interrumpe la prescripción (cfr. artículo 1973 del Cód. Civil español)(27)(1525). Parece evidente, por lo demás, que la intimación

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

para que el requerido reconozca un hecho, o una relación jurídica, o para que haga una declaración de voluntad, no tienen el carácter de negocio jurídico.

El requerimiento, según hemos dicho, ha de ser notificado. El acta prueba que esta notificación ha sido hecha. En principio, pues, los efectos instrumentales de las actas de requerimiento son meramente probatorios (al margen de los sustantivos que se deriven del requerimiento en sí), y por tanto puede valer respecto de ellos lo que quedó dicho para las actas de notificación simple (o puras notificaciones).

Sin embargo la cuestión puede complicarse si el requerido accede a la pretensión del requirente, bien al tener lugar la notificación, bien posteriormente si comparece ante el notario a fin de cumplir lo que el requirente le exige. Según el artículo 204 del Reglamento Notarial español, la persona requerida o notificada, o quien legítimamente la represente, tendrá derecho a contestar al requerimiento o notificación en el acto, o dentro del término de dos días laborables, extendiendo de ello el notario la diligencia o el acta correspondiente a costa de la persona que haya promovido las actuaciones(28)(1526) (28a)(1527) y (28b)(1528) Interesa, por tanto, comprobar si en tales eventos el acta se transforma en escritura, o, dicho en otros términos, si el acta surte entonces los mismos efectos que una escritura. A tal efecto resulta conveniente que examinemos con separación las tres hipótesis contempladas.

Supongamos, en primer lugar, que ante un requerimiento de pago el requerido se presenta ante el notario para efectuar el pago. No se trata de que la contestación consista en la afirmación del requerido de que está dispuesto a pagar (lo que no da lugar a ninguna dificultad desde el punto de vista notarial), sino de que pretenda llevar a cabo el pago a través del notario. A nuestro juicio, y en términos generales, el notario, en tal supuesto, debe negarse a recibir la cosa debida salvo que haya sido autorizado para ello por el requirente. Una cosa es que éste quiera conminar al pago por medio de notario, y otra muy diferente que esté conforme con que el pago se haga al notario. Solamente en los protestos de letras de cambio el notario está facultado por la ley para recibir el pago del efecto si el pagador se presenta a hacerlo en tiempo hábil. (Artículo 506 del Cód. de Comercio español.) Pero imaginemos que el requerimiento previene que el pago podrá hacerse en la notaría. El notario en tal caso queda constituido en depositario de la cantidad o cosa entregada por el deudor, y debe extender una diligencia en la que conste que el pago ha quedado hecho. ¿Qué requisitos debe llenar esta diligencia y cuál es el valor desde el punto de vista instrumental?

La cuestión nos sitúa ante un tema polémico. ¿Cuál es la naturaleza jurídica del pago? Como dice Oppo(29)(1529), el pago ha merecido por parte de la doctrina todas las definiciones conceptualmente posibles: negocio jurídico (unilateral o bilateral), acto jurídico no negocial (o acto debido) o simple hecho jurídico. La tesis del carácter negocial del pago quiebra frente al dato de que el negocio jurídico constituye una autónoma

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

reglamentación de los propios intereses, lo que no acontece cuando se cumple un acto debido, que es tal, bien en virtud de una reglamentación voluntaria previamente establecida (negocio), bien porque es la norma, en consideración a hechos no negociales (generalmente actos ilícitos, salvo los supuestos en que juega la llamada responsabilidad objetiva), la que impone una obligación que se cumple mediante el pago. Esta consideración ha llevado a excluir, incluso, que el pago sea un acto jurídico, en el sentido de que no es necesario, para que el pago sea válido, un acto voluntario que reúna los requisitos exigidos por la ley para la validez de las declaraciones negociales. Así, por ejemplo, el artículo 1191 del Cód. Civil italiano establece que el deudor que ha realizado la prestación debida no puede impugnar el pago a causa de su propia incapacidad. Las consecuencias que cabe inducir de esa declaración ilegal llevan a la afirmación de que el pago es un simple hecho jurídico(30)(1530).

Sin embargo, otros ordenamientos conceden tanto a la voluntad del deudor dirigida a cumplir la prestación, como a la del acreedor que lo acepta, un significado propio y consecuentemente una trascendencia sobre la eficacia jurídica del pago. Según el artículo 1160 del Cód. Civil español en las obligaciones de dar no será válido el pago hecho por quien no tenga la libre disposición de la cosa debida y capacidad para enajenarla. Y el artículo 1163 establece que el pago hecho a una persona incapacitada para administrar sus bienes será válido cuando se hubiere convertido en su utilidad (y no, pues, en los demás casos). Por su parte, el Cód. Civil argentino dispone en su artículo 726 que pueden hacer el pago todos los deudores que no se hallen en estado de ser tenidos como personas incapaces, y el 734 que el pago no puede hacerse a persona impedida de administrar sus bienes. De estas normas podría deducirse pues (y así lo ha deducido un sector doctrinal y jurisprudencial) que el pago es efectivamente un negocio jurídico. A mi juicio, sin embargo, el pago, aunque sea un acto jurídico propiamente dicho, en cuanto que la voluntad del deudor de pagar y la del acreedor de cobrar es tomada en cuenta por el derecho positivo desde el punto de vista de la capacidad del solvens y del accipiens en orden a la eficacia del pago, ello no significa que nos encontremos en presencia de un verdadero negocio. Al pago le falta sustantividad (nota característica del negocio) como subraya De Castro(31)(1531), y además ni la actividad del deudor al hacer el pago, ni la actividad del acreedor al recibirlo son actividades libres (al revés de lo que acontece cuando se trata de dar vida a un negocio jurídico). Esto parece obvio referido al deudor, pero no es menos cierto si las cosas se contemplan desde el punto de vista de la postura del acreedor. Como pone de relieve Díez Picazo(32)(1532) la aceptación del pago por el acreedor no es una actividad libre como pueda serlo la aceptación de un contrato. Lo prueba que el acreedor sólo puede rehusar fundado en una justa causa ("sin razón" dice el artículo 1176 del Cód. Civil español) y que esta justa causa no es otra sino la falta de adecuación del comportamiento del deudor con la obligación.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Ello quiere decir que la aceptación del acreedor es un juicio sobre el ajuste de lo realizado con lo debido, pero no la libre emisión de una voluntad. De aquí que tampoco el acto voluntario del deudor, dirigido a pagar, o el del acreedor, al cobrar, pueden ser tratados al mismo nivel de las declaraciones negociales, si se exceptúa el punto concreto de la capacidad. Usualmente se afirma, dice Diez Picazo(33)(1533), que los posibles vicios de la voluntad son irrelevantes. Si el deudor cumple porque ha sido víctima de un engaño o porque ha sufrido un error, supuesto que exista una válida obligación, el pago es también válido. Podrá existir en tales casos un ilícito contra la libertad individual e incluso un deber de indemnizar los daños que de tal ilícito se puedan derivar, pero de ello no se sigue necesariamente la invalidez del pago. El acreedor realiza un derecho legítimo aunque ponga en juego un medio ilegítimo al respecto(34)(1534).

Pero aunque el pago no sea en rigor un negocio jurídico, su validez (al menos en el derecho argentino y en el español) exigen la capacidad del deudor y del acreedor. Bajo este aspecto, por tanto, el pago ha de ser tratado como una declaración negocial. Volviendo de nuevo a nuestro tema, ello nos suscita el problema de si el notario, en caso de que el requerido se persone a pagar, y supuesto de que esté autorizado para recibir el pago, debe emitir un juicio sobre la capacidad del solvens, y otro (previo) sobre la capacidad del requirente, posible accipiens, para el supuesto de que el requerido pague. Este juicio, aparentemente simple, puede resultar complejo. En primer lugar, presupone la identificación no sólo del requirente sino también la del requerido. En segundo término, el artículo 1160 exige para la validez del pago que el deudor tenga la libre disposición de la cosa debida, y capacidad para enajenarla. Esto obliga al notario a adentrarse en el examen de las potestades dispositivas del solvens, o de quien comparezca en su nombre a hacer el pago (calificación de la suficiencia del poder), lo que puede suscitar cuestiones de solución difícil, especialmente si lo debido no es dinero sino otra cosa mueble(35)(1535). Finalmente, por lo que se refiere al accipiens si bien a éste le basta, como regla general, la capacidad para administrar sus bienes (concepto, por otra parte que también puede suscitar problemas) es de advertir que, de hecho, se exige la capacidad para enajenar cuando el crédito se halla asegurado con garantía hipotecaria. Pues bien, ¿es menester resolver estos problemas cuando se trata de extender un acta que acredita que el requerido se persona ante el notario a fin de realizar el pago?(36)(1536).

A mi modo de ver la respuesta, en principio, debe ser negativa. Empieza a percibirse claramente la distinción que apuntábamos anteriormente. Una cosa es que el documento notarial tenga por objeto acreditar que un acto jurídico se realiza, y otra que el instrumento tenga por fin formalizar ese acto jurídico. En el primer caso el acto, desde el punto de vista notarial, es tratado como puro hecho, en el segundo, en su total dimensión como acto jurídico, lo que exige del notario un pronunciamiento sobre la eficacia jurídica del mismo. Teóricamente,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

caben, sin duda, las dos posibilidades, y el derecho positivo las sanciona desde el momento en que contrapone la escritura al acta y admite (implícitamente) que ésta pueda contener declaraciones de voluntad.

Cuando el requirente se ha limitado a solicitar la intervención notarial a fin de que el requerido pague, y aunque admita que el pago pueda ser hecho al notario (o éste se halla facultado legalmente para recibirlo, como en el caso del protesto), no cabe presumir que ha condicionado este extremo a la formalización instrumental del pago con todas las consecuencias que ello lleva consigo. Quiere decirse que asume el riesgo de que el solvens no tenga la capacidad necesaria. Ni siquiera parece necesaria la identificación de la persona que comparece a pagar. Basta simplemente que se "presente", es decir, que afirme su propia identidad sin que el notario tenga que verificarla. El notario no puede, ni debe, oponerse a la entrega de la suma o cosa debida si el pagador no puede identificarse, o si no puede comprobar su capacidad o su legitimación para realizar el pago. En tanto los obstáculos que el notario oponga impidan la entrega, puede causar un perjuicio cierto al requirente, quien, repetimos, toma a su cargo, porque quiere, los riesgos dimanantes de la falta de capacidad del pagador. Cosa distinta es que el requirente exija que el notario se cerciore de este extremo, o que el requerido subordine el pago a que éste se formalice instrumentalmente. En ambos casos lo que los interesados se proponen es que el pago se instrumente por medio de una escritura.

Porque una cosa es que el pago pueda acreditarse mediante una simple acta y otra, que no pueda ser objeto de una escritura. Como veremos después, el contenido típico de la escritura pública está constituido por negocios jurídicos, pero esta afirmación, que en línea de principio es correcta, no significa que deba ser tomada tan al pie de la letra de modo que solamente los negocios jurídicos en sentido rigurosamente estricto den lugar a "materia escriturable". Aparte las dificultades que comporta deslindar con nitidez los negocios jurídicos de los actos semejantes a los negocios, el derecho positivo, al menos el derecho positivo español, no exige de modo rotundo y terminante que sólo los negocios jurídicos *sensu strictu* puedan dar lugar al otorgamiento de una escritura. En la medida en que una declaración de voluntad deba ser tratada, aunque sólo en algunos aspectos, como las declaraciones negociales propiamente dichas, hay que considerarla susceptible de formalización escrituraria.

Esto es lo que acontece (al menos en derecho español y en derecho argentino) con el pago. Por eso el artículo 200 del Reglamento Notarial español, cuando dice que serán también materia de las actas de presencia "... los ofrecimientos de pago, y entrega de documentos, dinero y efectos", no debe ser interpretado de acuerdo con su tenor literal para deducir de ahí que tales hechos, en especial las entregas de dinero, cuando constituyan un pago, no puedan también (y hasta deban) dar lugar al otorgamiento de una escritura. Siempre que se quiera amparar al pago no sólo con una presunción de veracidad sino también con una

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

presunción de legalidad, lo correcto es que el notario extienda una escritura y no un acta. Deberá entonces inexcusablemente identificar a los comparecientes y emitir un juicio de capacidad. Esto es lo que procede como regla general, cuando se trata de pagos que han de tener acceso a los Registros públicos, especialmente si sus asientos gozan de publicidad material.

Pasemos ahora a considerar los requerimientos hechos con el fin de que el requerido reconozca la certeza de un hecho, o de una relación jurídica. A nuestro propósito interesa particularmente este último supuesto, en particular si lo que se pretende es que el requerido reconozca una deuda. El reconocimiento de deuda, sobre cuya compleja problemática no podemos detenernos ahora, es, en principio, una declaración de verdad, es decir, una declaración confesoria, aunque pueda ser una declaración de voluntad (como veremos más adelante), o valer como si lo fuera.

¿ Qué acontece si el requerido comparece ante el notario dispuesto a reconocer la deuda? ¿ Qué debe hacer el notario en tal evento, y cuáles son los efectos del reconocimiento? González Enríquez(37)(1537)alude al supuesto de que el requerido, al contestar a una intimación de pago, reconozca la deuda, en cuyo caso, dice: "si el notario puede cumplir y cumple los juicios y calificaciones exigidos por la materia y el intimado firma la contestación no se ve razón alguna para excluir el efecto ejecutivo, sin que nos parezca inconveniente, dentro de la legislación española, que la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su artículo 1429 hable literalmente de escritura pública, pues parece obvio, aunque sólo sea por la fecha de la ley, que tales términos están empleados en el sentido genérico de instrumento público y no en el del especial género instrumental llamado hoy escritura frente al otro género instrumental llamado acta".

Aun sin discrepar totalmente de la opinión de González Enríquez, sobre todo en lo que se refiere a la viabilidad de la solución que preconiza, no creo que de ahí se siga que la escritura y el acta sean dos géneros instrumentales fungibles.

Para empezar no deja de ser aventurada la suposición de que el artículo 1429-1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil emplee la expresión "escritura pública" en el sentido genérico de instrumento público. Aunque cuando dicha ley se promulgó la Ley Orgánica del Notariado de 1862 no aludiese expresamente a esta distinción, ello no quiere decir que efectivamente tal distinción no fuera, ya entonces, válida(38)(1538). Lo prueba, entre otras cosas, el hecho de que las actas aparezcan ya en el Reglamento de 30 de diciembre de 1862 (anterior a la Ley de Enjuiciamiento). Precisamente el dato de que las actas ya eran conocidas de forma oficial (aunque a través del Reglamento) y la circunstancia de que su contenido fuera establecido de modo muy esquemático(39)(1539), e incluso que hasta el Reglamento de 1874 vivieran fuera del protocolo (excepto las actas de protesto) induce a pensar que la Ley de Enjuiciamiento cuando habló de escrituras lo hizo con plena conciencia del término que empleaba(40)(1540). Por último, el artículo 1429 de la Ley de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Enjuiciamiento ha sido reformado en tiempos próximos, cuando la distinción entre escritura y acta había adquirido carta de naturaleza e incluso había sido consagrada por la jurisprudencia, sin que a pesar de ello el número primero del precepto haya sido modificado.

Así las cosas, entendemos que cuando se trata de un reconocimiento de deuda hecho por el deudor con ocasión de un requerimiento hay que matizar: Si la finalidad que persigue el requirente es que el deudor dé forma instrumental a su declaración confesoria, en realidad lo que pretende es que se otorgue una escritura de reconocimiento. La formalización escrituraria del reconocimiento presupone no sólo la simple confesión del negocio o hecho que dio lugar a la obligación, sino además una específica voluntad de reconocer hecha con plena conciencia de los efectos jurídicos que el reconocimiento lleva consigo. Si la obligación es de origen negocial hay una reiteración de la declaración de voluntad que dio lugar a su nacimiento. Núñez-Lagos(41)(1541) dice que la voluntad de reconocer se manifiesta por una específica declaración de voluntad. Tal vez esta afirmación, entendida en términos generales y aplicada a cualquier reconocimiento de deuda, resulte un poco exagerada. De todos modos conviene no olvidar que muchas veces las diferencias entre las declaraciones de voluntad y las declaraciones de verdad palidecen tanto que llegan casi a desaparecer. Precisamente ha sido Carnelutti, autor que ha contribuido especialmente a diferenciar las declaraciones confesorias o testimoniales de los actos jurídicos, quien ha afirmado la fungibilidad entre las declaraciones de voluntad y las declaraciones de verdad cuando éstas gozan del valor de prueba plena (como la confesión) y se refieren a un hecho productor de obligaciones(42)(1542). El que reconoce deber, implícitamente promete pagar. Por eso, en todo reconocimiento de deuda hay algo de la *promissio pro saldo* de que nos habla Núñez-Lagos(43)(1543). O se hace por el deudor con fines de fijación jurídica(44)(1544) y entonces sí estaremos ante una verdadera declaración de voluntad, o para conferir al acreedor una posición más firme y segura en orden al cobro de su crédito (especialmente si el reconocimiento se formaliza en escritura pública). Raro es el caso, por otra parte, en que el deudor, a cambio del reconocimiento, no arañe y obtiene alguna concesión del acreedor (aunque no haya novación propiamente dicha). Se comprende, pues, que cuando el deudor se dispone a reconocer en instrumento público su deuda, los juicios del notario referentes a la identidad de aquél y a su capacidad sean inexcusables.

Por tanto, si nos encontramos ante un requerimiento en que el acreedor exige pura y simplemente de su deudor que reconozca la deuda, hay que entender que lo que se propone es que el requerido formalice instrumentalmente el requerimiento. Tanto en este caso como en el que propone González Enríquez (el deudor ha sido solamente requerido de pago pero en vez de pagar se brinda espontáneamente a reconocer su obligación), el notario no solamente puede sino que debe identificar al

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

compareciente y enjuiciar su capacidad. Es más, lo ortodoxo será que formalice el reconocimiento en documento separado e independiente. Aunque no lo haga así, el reconocimiento quedará formalizado a través de la propia acta. Se trata, en suma, de un instrumento que comenzó su vida como acta y la terminó como escritura. Hay una conversión del género instrumental operada durante el ciclo vital del documento, que adquiere así valor de título ejecutivo.

Pero puede acontecer que el reconocimiento no se exija a fin de formalizarlo instrumentalmente, de modo que, en su virtud, se provea al acreedor de un arma más eficaz para hacer efectivo su crédito, sino con el objetivo, más modesto, de interrumpir la prescripción. El artículo 944 del Cód. de Comercio español no se conforma con el requerimiento de pago para que se interrumpa la prescripción de las obligaciones mercantiles, sino que exige el reconocimiento de dichas obligaciones. Por tanto, si el acreedor quiere interrumpir la prescripción de las acciones que amparan su crédito, tendrá que requerir al deudor a fin de que reconozca la deuda (el supuesto es bastante frecuente cuando se trata de obligaciones cambiarias). Entendemos que entre este reconocimiento y el que hemos considerado anteriormente media un abismo. Ni el acreedor se propone robustecer o mejorar su posición, ni el deudor conceder al acreedor mayores garantías. Sólo se trata de que el primero conserve sus acciones. El requirente en tal caso no pretende que el requerido formalice instrumentalmente un reconocimiento de deuda, con todas las consecuencias que ello comporta, sino que solamente aspira a que la prescripción se interrumpa. Le interesa sólo el reconocimiento como hecho. El notario no debe oponerse a recoger en el acta el reconocimiento porque no pueda identificar al otorgante o formular un juicio sobre su capacidad, como debiera hacer si fuera verdad que las actas y las escrituras pertenecen a un género instrumental único, pues si tal hiciese de su conducta podría derivar un perjuicio, acaso irreparable, para el requirente.

Por último, es preciso considerar la tercera hipótesis, es decir, que el requerimiento se dirija a provocar por parte del requerido una verdadera declaración de voluntad. También aquí puede acontecer que lo que el requirente se proponga sea que el requerido formalice instrumentalmente la declaración de voluntad o que simplemente se haga constar ésta como simple hecho, si el requerido lo hace.

Si se trata, por ejemplo, de urgir al requerido para que ratifique un contrato que alguien celebró en su nombre sin poder o con poder insuficiente, lo que se desea es que el requerido formalice en instrumento público el negocio jurídico de ratificación. Lo procedente será, si el requerido accede a la ratificación, autorizar la pertinente escritura pública en documento separado. En el caso de que no se hiciere así, tendremos un documento mixto de acta (en cuanto contiene un requerimiento y una notificación) y de escritura, pues ésta es la conceptualización que merece la diligencia extendida a continuación en el acta misma y en la que se haga constar que el requerido ratifica. En

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ambos supuestos son indispensables, desde luego, tanto el juicio de identidad, o fe de conocimiento, y el juicio de capacidad. También se pretende la formalización de la declaración de voluntad del requerido o notificado si estamos en presencia de las escrituras de adhesión, a que antes nos referimos, y que regula el artículo 176 del Reglamento español, el cual presupone que el requirente ha formalizado en escritura pública su declaración negocial.

Pero imaginemos que el requirente se propone sólo saber a qué atenerse sobre el resultado de una oferta de contrato que hizo al requerido, y a tal fin le intima (o invita) para que conteste si acepta o no dicha oferta. Obsérvese que en este caso el requerimiento no formaliza la oferta sino que sólo se refiere a ella como dato o extremo que ha de ser notificado. La contestación afirmativa del notificado tampoco constituye formalización instrumental de su declaración de voluntad porque no es esto lo que se le exige. El notario debe procurar la identificación del requerido, sin que ello sea indispensable. El juicio de capacidad es también innecesario e improcedente.

En tal caso, la finalidad que persigue el requirente no es formalizar el negocio jurídico a que se refirió su oferta de contrato, sino saber a qué atenerse sobre si el requerido acepta o no dicha oferta. Consecuentemente no se producen los efectos derivados de la formalización instrumental del negocio jurídico de que se trate, lo cual, por otra parte, es perfectamente lógico. El requirente que pregunta si se acepta o no la oferta (previamente cursada) de venta de un inmueble, no pretende ni remotamente que la contestación afirmativa del requerido equivalga al otorgamiento de la escritura pública de venta (con su repercusión sobre la transmisión de la propiedad), lo que se subordina normalmente al pago del precio, o a una parte del mismo. El propósito del requirente es, únicamente, conocer la actitud del requerido en orden a la perfección del contrato.

El hecho que la contestación afirmativa (aceptación de la oferta) por el requerido no presuponga la formalización instrumental del negocio, no quiere decir que la declaración de aquél no surta sus efectos en el plano extrainstrumental. La aceptación de la oferta, tan pronto como llegue a conocimiento del requirente, perfeccionará el contrato (artículo 1262 del Cód. Civil español). Lo que no se dan son los efectos ligados a la forma jurídica instrumental, excepto el probatorio⁽⁴⁵⁾(1545). De aquí que la redacción del artículo 205 del Reglamento Notarial español (párrafo tercero) deba considerarse francamente desafortunada. Dice este tercer párrafo que "Las manifestaciones contenidas en un requerimiento y en su contestación tendrán solamente el valor probatorio que los Tribunales aprecien dentro del conjunto de la prueba; pero por sí solas no establecerán una relación contractual ni producirán efecto ejecutivo".

Es evidente, sin embargo, que las manifestaciones contenidas en un requerimiento, siempre que consistan en la aceptación de una oferta, perfeccionarán el vínculo contractual entre el requirente y el requerido, a condición, claro está, de que la aceptación llegue a conocimiento del

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ofertante y se den los demás presupuestos necesarios para la perfección del contrato. Ahora bien, una cosa es que el contrato se perfeccione por medio del acta, y otra muy diferente que ello equivalga a su formalización instrumental. Para impedir lo primero el Reglamento Notarial carece de competencia. Como dice Font Boix, los preceptos formales de dicho Reglamento no pueden paralizar la actuación de las normas sustantivas del Cód. Civil.

6) El elenco legal o reglamentario de las actas, en derecho español, no se agota con las actas de presencia en sus dos vertientes, actas de presencia puras y notificaciones y requerimientos. Hay además, las actas de referencia, las actas de notoriedad, las actas de protocolización y las actas de depósito ante notario. Digamos algunas palabras acerca de todas ellas.

El artículo 208 del Reglamento Notarial español dispone que "en las actas de referencia se observarán los requisitos de las actas de presencia, pero el texto será redactado por el notario de la manera más apropiada a las declaraciones de los que en ellas intervengan usando las mismas palabras en cuanto fuere posible, una vez advertido el declarante por el notario del valor jurídico de las mismas en el caso de que fuere necesario". No es óbice que el notario corrija los defectos de sintaxis o solicite las aclaraciones que estime convenientes, pero con el exclusivo fin de que las manifestaciones resulten perfectamente claras e inteligibles. El poder de redacción del notario en estos casos queda pues reducido a su mínima expresión(46)(1546). Y se explica por que en las actas en general (y no sólo en las de referencia) las declaraciones de los comparecientes (aunque sean declaraciones de voluntad) son tratadas como puros hechos, y la función del documento es meramente probatoria. No actúa la potestad o facultad configuradora o modeladora del notario de la que nos ocuparemos posteriormente y que es peculiar de la escritura pública. Esto no quiere decir que el notario no actúe también como jurista. Lo demuestra que debe advertir al compareciente de las consecuencias jurídicas que puedan seguirse de su manifestación(47)(1547).

Las actas de referencia tienen carácter esencialmente testimonial, es decir, se proponen recoger simplemente el testimonio (declaración de ciencia) del compareciente o comparecientes sobre hechos (ajenos o propios) que han presenciado o les constan.

La declaración referente a hechos ajenos formulada ante notario equivale a preconstituir extraprocesalmente la prueba testifical. El acta conserva su pleno valor probatorio en cuanto al "hecho que motiva su otorgamiento", es decir, que ante el notario ha comparecido cierta persona y ha hecho las manifestaciones que en el acta constan. Pero el valor del testimonio dentro del proceso es sumamente relativo. La prueba testifical propiamente dicha ha de practicarse, en derecho español (cfr. artículos 643 y sigs., de la Ley de Enjuiciamiento Civil), dentro del proceso. Quiere decirse que los testigos deben prestar su declaración precisamente ante el juez. Así, pues, el acta de manifestaciones puede

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

aportarse solamente con el carácter de prueba documental a los simples efectos de suministrar al juez un dato (la declaración extraprocesal del testigo) que éste puede valorar a través de la prueba de presunciones(48)(1548).

La declaración relativa a hechos propios da lugar a una confesión extrajudicial. Cuál sea el valor de la misma es un tema sobre el que no parecen estar de acuerdo los notarialistas y los procesalistas españoles a la vista de la dicción, un tanto ambigua, del artículo 1239 del Cód. Civil. Como después habremos de ocuparnos, aunque sea de pasada, sobre la materia, no vale la pena que, por el momento, nos detengamos a considerarla.

El carácter meramente testimonial que tienen las declaraciones que se recogen en un acta de referencia, no se pierde, claro está, aun en el caso de que el hecho a que se contraiga la manifestación consista en un negocio jurídico celebrado por terceros.

La cuestión se complica, en cambio, y en este sentido reviste especial interés para nuestro estudio, si la declaración del compareciente se refiere a un negocio jurídico celebrado por él mismo. A mi juicio, una manifestación de este tipo puede ser objeto de un acta de referencia, sin que por eso el instrumento deje de ser un acta, siempre que la finalidad perseguida por el compareciente no sea única y exclusivamente reconocer por medio del documento la celebración del negocio. Dada la fungibilidad que en este orden de cosas cabe atribuir a las declaraciones de verdad y a las declaraciones de voluntad, y dado que en todo reconocimiento propiamente dicho existe una reiteración de la declaración de voluntad confesada, el notario ha de tratar documentalmente el supuesto a través de una escritura (con todos sus requisitos) y no por medio de un acta. Pero no ocurre lo mismo si la referencia al negocio celebrado es incidental, aunque necesaria para los fines que se propone el compareciente, siempre que estos fines no consistan, como decimos, en el mero reconocimiento. El comprador y el vendedor de una finca no pueden pretender que el notario trate como simple acta su manifestación de que han celebrado un contrato de compraventa si el contenido y la función del documento ha de agotarse con la formalización de tales manifestaciones. En cambio no hay inconveniente en que las mismas personas requieran al notario para que haga constar que tienen convenida entre ellos la compraventa de un inmueble y que han concurrido a la notaría con el fin de otorgar la pertinente escritura, pero que habiendo surgido entre ellos determinadas diferencias han decidido desistir por el momento del otorgamiento. O si es sólo el comprador o el vendedor quien comparece ante el notario, y después de aludir al contrato de compraventa celebrado, requiere al notario a fin de acreditar que la otra parte no ha comparecido a formalizar la pertinente escritura.

7) Respecto de las actas de notoriedad algo hemos dicho ya anteriormente(49)(1549). El objeto de estas actas no es recoger manifestaciones o declaraciones del requirente (salvo, claro es, la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

dirigida a solicitar la actuación notarial) sino las declaraciones que el propio notario realiza, a la vista de las pruebas practicadas, sobre si considera o no acreditada la notoriedad pretendida. La intervención de otras personas en el acta es desde luego posible, pero su intervención queda limitada a contestar a las preguntas que el notario les formule a fin de formar su propia convicción sobre la notoriedad del hecho. Las actas de notoriedad son, por otra parte, unos instrumentos manifiestamente anómalos. Dan lugar a un expediente, que se tramita ante el notario, que se protocoliza en la fecha y bajo el número que corresponda a su terminación(50)(1550).

8) Ocupémonos ahora de las actas de protocolización. El acta de protocolización tiene por fin inmediato acreditar la entrega al notario de uno o varios documentos para que los conserve mediante su incorporación al protocolo(51)(1551). Pueden ser también protocolizados los expedientes judiciales (artículo 213 del Reglamento), cuando la ley ordene su protocolización(52)(1552), objetos gráficos cuya naturaleza lo consienta (impresos, planos, fotograbados, fotografías o cualesquiera otros, artículo 214), y, finalmente, documentos privados.

Con relación a los últimos el artículo 215 del Reglamento Notarial dispone que "los documentos privados cuyo contenido sea materia de contrato podrán protocolizarse por medio de acta cuando alguno de los contratantes desee evitar su extravío y dar autenticidad a su fecha, expresándose en tal caso que la protocolización se efectúa sin ninguno de los efectos de la escritura pública y sólo a los que señala el artículo 1227 del Cód. Civil. Cuando no sean materia de acto o contrato se podrán protocolizar mediante acta a los efectos que manifiesten los interesados".

La finalidad y el alcance de la simple protocolización de documentos privados es, pues, clara. Se trata, de una parte, de asegurar la conservación del documento, y de otra, de dar autenticidad a su fecha. En este sentido el artículo 215 del Reglamento debe ser puesto en relación con el artículo 1227 del Cód. Civil según el cual "la fecha de un documento privado no se contará respecto de terceros sino desde el día en que hubieren sido incorporados o inscritos en el Registro público, después de la muerte de cualquiera de los que le firmaron, o desde el día en que se entregasen a un funcionario público por razón de su oficio". Del propio artículo 215 del Reglamento se deduce expresamente que la simple protocolización de documentos privados, aunque su contenido sea materia de contrato, no surte ninguno de los efectos de la escritura pública (excepto en cuanto otorga certeza a la fecha del documento). El documento privado protocolizado por acta sigue siendo pues un documento privado. En consecuencia, y como subraya Núñez-Lagos(53)(1553)de ello resulta que si la ley impone la forma pública instrumental para la validez (o para la eficacia en algún aspecto, agregamos nosotros) del negocio jurídico contenido en el documento, el negocio seguirá siendo nulo o ineficaz. Igualmente, y en tanto la forma pública produce de suyo ciertos efectos especiales, estos efectos no se

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

producirán por el mero hecho de la protocolización (por ejemplo, los efectos ejecutivos). Por último el documento privado protocolizado en tanto no muda su naturaleza de tal, carece de autenticidad (salvo siempre en lo que se refiere a su fecha). Es menester, pues, distinguir con precisión la simple protocolización de un documento privado de la elevación a público de un documento de aquella clase, aunque esta elevación presuponga también la protocolización del documento.

La elevación a escritura pública de un documento privado implica no sólo la confesión de la paternidad o autoría del documento, sino además la reiteración ante notario de las declaraciones negociales que se contienen en el primero. En su virtud el notario ha de valorar el negocio jurídico recogido en el documento privado y cerciorarse de que concurren los requisitos necesarios para su validez. La identificación de los otorgantes y el juicio de capacidad resultan indispensables. En suma, merced a todo ello el documento privado se transforma en escritura pública.

Nada de todo esto acontece si se está simplemente ante el supuesto contemplado por el artículo 215 del Reglamento. Quien se limita a entregar al notario un documento privado para que lo protocolice no reitera ante el notario las declaraciones que le atribuye el documento protocolizado. González Palomino⁽⁵⁴⁾(1554) sostiene que el requirente, si no declara otra cosa, reconoce implícitamente el documento cuya protocolización solicita. Discrepo. No hay confesiones, y sobre todo confesiones extrajudiciales, tácitas o presuntas. Sólo hay confesiones impuestas (por la ley) y se refieren siempre a la confesión judicial (cfr. artículo 1236 del Cód. Civil, y 583, y 1431 y 1432 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). La fuerza probatoria de la confesión (y, por tanto, de la confesión extrajudicial en cuanto pretenda equipararse a la primera si se hizo ante notario) impide calificar como confesiones simples comportamientos de los que pueda inducirse que una persona admite como cierto un hecho que le perjudica, salvo que la ley expresamente equipare ese comportamiento a una confesión. El que entrega a un notario, para que lo protocolice, un documento en el que aparece como otorgante, no reconoce que la firma que lo autoriza es la suya, ni que cuando firmó el documento lo leyó, ni que era plenamente consciente de lo que firmaba. Es más, según se desprende del artículo 1429 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil (y salvo que se trate de letras de cambio) sólo el reconocimiento judicial de la firma, puesta al pie del documento privado, abre paso a la ejecución.

Cosa distinta es que el requirente reconozca efectivamente ante el notario la autenticidad del documento. Lo que acontece entonces es que no nos encontramos ante una simple acta de protocolización sino ante una escritura de reconocimiento. El notario debe en tal caso cumplir los requisitos necesarios para que el instrumento que autoriza alcance el rango de escritura.

9) Finalmente el Reglamento Notarial español contempla las actas de depósito ante notario. Dice al respecto el artículo 216 del Reglamento

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

que los notarios pueden recibir en depósito los objetos, valores, documentos y cantidades que por particulares y corporaciones se les confíen, bien como prenda de sus contratos, bien para su custodia. La admisión de depósitos es voluntaria por parte del notario, quien podrá imponer condiciones al depositante. Respecto de estas llamadas actas, comparto plenamente la opinión de González Palomino(55)(1555), en el sentido de que no se trata de actas sino de escrituras, puesto que su único objeto es formalizar un contrato, el contrato de depósito. Deben pues cumplir los requisitos propios de las escrituras. Estas "actas" presentan la anomalía, también denunciada por González Palomino, de que el notario es, al propio tiempo, otorgante y autorizante. Ello es suficiente, según el autor citado, para que deban ser descalificadas como tales escrituras, ya que una de las calidades del instrumento público es que no lo haga quien es parte. A mi juicio, esta última afirmación es exagerada. Ciertamente la imparcialidad, que es una de las características esenciales de la función del notario, impide, como regla general, que el notario pueda actuar a la vez como notario y como parte contratante. Pero esta consideración quiebra cuando la índole del negocio que el instrumento público documenta no afecta para nada a ese requisito esencial del quehacer del notario. En esos casos, es decir, cuando la imparcialidad no sufre, depende del derecho positivo decidir en qué medida el notario puede dar fe de aquellos actos de los que es al mismo tiempo otorgante. El Reglamento Notarial español lo admite en toda una serie de supuestos a los que se refiere su artículo 139. No parece, pues, que el hecho de que el notario dé fe de un contrato en que el mismo figura como depositario baste sin más para degradar el documento de su rango de instrumento público. Lo que no cabe es que el notario autorice un acta de depósito si del mismo derivan derechos a su favor, y concretamente el de percibir remuneración. El pacto que así lo establezca será lícito (cfr. artículo 1760 del Cód. Civil), pero inhabilita al notario para actuar como tal (cfr. artículo 139 del Reglamento). El depósito en tal caso deberá formalizarse ante otro notario, o por medio de un simple recibo privado, tal como autoriza el artículo 220 del Reglamento.

10) Esta digresión sobre las actas notariales, nos va a servir, sin embargo, para clarificar toda una serie de cuestiones en torno a la naturaleza del instrumento público y a la actuación del notario. Creemos que, a la vista de lo expuesto y como resumen de lo dicho, se pueden sentar las siguientes conclusiones:

1ª) Parece totalmente válida la distinción entre escrituras y actas. Aunque se acepte la tesis de la convertibilidad de ciertas actas en escrituras (tesis que nosotros no aceptamos más que con muchas restricciones) siempre quedará en pie la distinción entre los documentos notariales que tienen por objeto acreditar simples hechos que no consistan en actos jurídicos, y los que de un modo u otro se refieren a éstos. La función del instrumento en ambos casos es diversa. En el primer tipo de supuestos tal función es única y exclusivamente

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

probatoria. En el segundo el instrumento, además de probar el acto, es forma del mismo, aunque sólo tenga valor de forma instrumental pública, con todas las consecuencias que de ello se derivan, cuando se trate verdaderamente de una escritura.

2ª) Nos parece posible que el notario, sin contradecir por eso las esencias del notariado de tipo latino, pueda tratar documentalmente declaraciones de voluntad como simple hecho. Es decir, a los únicos efectos de dejar constancia de que se ha producido en su presencia una declaración de voluntad. Para justificar esta afirmación es menester tener en cuenta que los objetivos que pueden perseguir los particulares cuando recurren al notario pueden ser de muy diversa índole. Si la finalidad perseguida por quienes requieren la actuación del fedatario no sea la de que éste formalice documentalmente sus declaraciones negociales no hay razón para que el notario autorice un documento con todos los requisitos de la escritura, cuando nadie se lo ha pedido. La necesidad de cumplir estos requisitos, sobre todo si no es factible llenarlos, puede perjudicar los intereses de quien ha recabado la asistencia de la función notarial.

El propio González Enríquez reconoce que, al menos en teoría, es posible imaginar un tratamiento de los actos jurídicos, en cuanto tales, como puros hechos⁽⁵⁶⁾(1556). Además el mismo autor afirma: "lo que sin duda cabe dentro del notariado latino es el tratamiento notarial «indirecto» de las declaraciones de voluntad como simples hechos, es decir que al calor de una actuación compleja queden documentados como simples hechos verdaderas declaraciones de voluntad. Tal es el caso, por ejemplo, de la contestación a un requerimiento, o como supuesto más amplio pero frecuente, el de las actas notariales de juntas de comunidades o de sociedades. Pero hay que tener en cuenta que en tales supuestos, la documentación del acto jurídico es, por así decirlo, refleja sin que el acto o negocio quede notarialmente formalizado. En todo caso hay una situación matriz de puro hecho, de la que los posibles actos o negocios jurídicos no son más que una incidencia o secuela".

Saber hasta qué punto el notario puede tratar como puros hechos las declaraciones de voluntad depende, en suma, del derecho positivo vigente en cada país. De acuerdo con el derecho notarial español, y según se deduce de los preceptos que definen las escrituras y las actas, y de los que concretamente se refieren a éstas, es correcto afirmar que el notario no puede tratar como acta un documento cuyo objeto sea pura y simplemente recoger las declaraciones de voluntad de los interesados, pero no hay inconveniente en ello cuando la finalidad perseguida por quien pretende la intervención notarial sea otra. Son las que González Enríquez llama actuaciones complejas. Lo que hay, a nuestro juicio, es que en tanto el notario puede reflejar en el documento declaraciones de voluntad como puro hecho no debe llegar más lejos por su propia iniciativa. La postura del derecho notarial español, según la interpretación propugnada, no desvirtúa la función del notario latino tal como tradicionalmente ha sido entendida. La obligación de "dar forma legal a

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

la voluntad de las partes", como dice la declaración del Congreso de Buenos Aires, se ha referido siempre a los instrumentos cuya finalidad consiste exclusivamente en documentar un negocio jurídico.

Supuesto que el notario latino puede tratar en ciertos casos las declaraciones de voluntad como simples hechos, y así viene a reconocerlo el propio González Enríquez, desaparece la razón fundamental que se esgrime para negar validez a la división de los instrumentos públicos en dos categorías: escrituras y actas. La distinción entre escrituras y actas responde a dos distintas dimensiones (posibles y lícitas) de la función notarial. Que la Ley Orgánica del Notariado no captara (en su versión primigenia) esta distinción, no quiere decir que fuese opuesta a ella. En rigor la ley española se propuso solamente establecer los principios generales en torno a los cuales debía organizarse la función de "dar fe de los contratos y demás actos extrajudiciales". Fue una ley primordialmente programática, casi una ley de bases, necesitada de ulterior desarrollo. Esto es lo que han hecho los diferentes Reglamentos que la han complementado, y no nos parece que, en este punto concreto, sus autores se hayan excedido en sus atribuciones. No han hecho sino proyectar la potestad de dar fe sobre dos campos de actuación diferentes. Una interpretación restrictiva del artículo 1 de la Ley Orgánica conduce más que a borrar la distinción entre escrituras y actas, a concretar la tarea del notario a la autorización de las primeras y a eliminar su intervención respecto de la autenticación de hechos.

3ª) Aun referida a la autenticación de hechos el notario latino actúa como jurista. De nosotros se ha dicho(57)(1557)que somos los herederos de los jurisconsultos romanos, y que en nuestras manos está buena parte de la jurisprudencia cautelar (cavere), y no pequeña parte de la otra: respondere. Yo no sé hasta qué punto nos ha sido deferida esta gloriosa herencia y sobre todo si efectivamente somos dignos de recibirla. Pero no admite duda que el notario latino es o debe ser un profesional del derecho y que jamás puede prescindir en su actuación de esta condición suya que le es inmanente.

Las actas no pueden ni deben ser una excepción. Acaso la creencia contraria (desde luego errónea) ha influido sobre quienes niegan la existencia de estos dos géneros instrumentales. A nuestro entender, y según hemos puesto de relieve reiteradamente, la distinción entre actas y escrituras es válida, pero esto no quiere decir, ni mucho menos, que con relación a las primeras el notario debe comportarse como un mero fedatario, olvidándose de que, al propio tiempo, es jurista. Incluso respecto de las actas que hemos denominado actas "puras de presencia" el notario no sólo debe considerar en qué medida su actuación es lícita y posible (según hemos advertido, muchas veces se pretende por los interesados que el notario dé fe de hechos que escapan a su percepción sensorial) sino que debe orientar al requirente, de conformidad con las finalidades que éste se proponga alcanzar, sobre cuáles son los extremos que deben ser acreditados y la mejor forma de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

acreditarlos. Si se trata de requerimientos o notificaciones el notario, como ya significamos, debe indicar al requirente en qué términos debe formularse la participación o intimación que ha de notificarse a fin de que la notificación surta los efectos apetecidos, e incluso cuando el contenido de la notificación viene predeterminado por la ley, deberá negar la prestación de sus funciones si a la vista de los datos que le proporciona el requirente llega a la conclusión de que la notificación es improcedente, o sería ineficaz de notificar lo que el requirente quiere que se notifique. Finalmente, respecto de las llamadas actas de referencia, ya vimos que el artículo 208 del Reglamento español establece que el notario deberá advertir al manifestante el valor jurídico de sus manifestaciones en el caso que fuere necesario. Todo ello pone de relieve que si bien es cierto que la función del notario como jurista alcanza normalmente sus cotas más altas cuando interviene para autorizar una escritura, ello no significa que en su cometido de autenticador de hechos quede convertido en un puro fedatario, aséptico a la significación jurídica del hecho en cuestión.

4ª) Para las actas consideramos válida, dentro de ciertos límites, la teoría representativa. En tanto el acta recoge declaraciones del notario que describen los hechos que presencia o que suceden ante él, o se dirige a describir sus propias actividades (como notificante, por ejemplo) el documento representa esos hechos o esas actividades, lo que no significa que su valor probatorio dependa sólo de su naturaleza representativa sino del poder fideifaciente de que el notario está investido en beneficio de la seguridad pública.

11) Consideramos, sin embargo, que la teoría representativa no es exacta aplicada a las declaraciones o manifestaciones que se hacen o pueden hacer en las actas. Y, naturalmente, tampoco a las que se formulan en las escrituras. Respecto de las primeras sólo excepcionalmente puede decirse, que el documento representa una declaración. Ya veremos, después, cuáles son estos casos excepcionales. De aquí que discrepemos de Rodríguez Adrados cuando afirma(58)(1558)que las declaraciones, en las actas, se producen fuera del documento y entonces éste no hace sino representarlas.

La declaración escrita no tiene por fin representar, o reproducir, una declaración previamente manifestada de forma oral (que muchas veces no existe), sino que constituye la declaración misma. Una cosa es que el contenido de la declaración escrita pueda ser representativo, y otra que el documento represente una declaración. Incluso cuando la declaración escrita se remite a una declaración anterior (hablada o escrita) y tiene por objeto reconocer su existencia (declaración confesoria, pues) no cabe sostener que el documento represente la declaración confesoria, aunque ésta sí sirva para representar la declaración anterior a que se refiere, y que constituye el objeto del reconocimiento o de la confesión. Por consiguiente hasta en la hipótesis de que la declaración escrita tenga por fin representar una declaración anterior, la teoría de la representación, referida al documento, es incorrecta. La declaración

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

confesoria escrita no representa una previa declaración confesoria oral, sino únicamente la declaración confesada.

El hecho de que la teoría de la representación no sea válida para desentrañar la verdadera naturaleza de las declaraciones escritas, extremo que procuraremos demostrar a continuación a fin de justificar las afirmaciones que han quedado hechas, y que por tanto, resulte inadecuada para explicar, en este punto concreto, lo mismo las escrituras que las actas (en tanto por medio de éstas se formulen declaraciones de voluntad o de verdad), no quiere decir que por ahí quiebre la distinción entre esos dos géneros instrumentales. Aunque la declaración escrita sea, conceptualmente, inseparable del documento, ello no quiere decir que éste tenga siempre el mismo valor jurídico aunque sea autorizado por notario. En las actas el notario sólo afirma la autenticidad de la declaración. En las escrituras debe aseverar que la declaración reúne todos los requisitos necesarios para que surta la plenitud de sus efectos jurídicos. Esto implica que en las escrituras el notario debe cerciorarse de que concurren todos los presupuestos necesarios para la validez y eficacia de la declaración y de aquí que la autorización del documento dé calidad formal de instrumento público a las declaraciones de voluntad de las partes con todas las consecuencias que tal calidad comporta. Cuestión distinta es puntualizar en qué casos el notario, frente a una declaración de voluntad que se hace por escrito en su presencia, puede limitarse a autenticarla, tratándola pues como mero hecho, o debe, además, "legalizarla". Sobre este tema nos hemos ocupado ya en las páginas que anteceden y no es necesario insistir más sobre la materia.

Vamos pues a enfrentarnos con la teoría representativa en tanto la misma pretende explicar la naturaleza de las declaraciones escritas o declaraciones documentadas(59)(1559). La idea matriz consiste en distinguir de una parte el documento y de otra la declaración que el documento contiene. Supuesto que efectivamente nos encontramos en presencia de dos conceptos (o por mejor decir) de dos realidades distintas, el documento no es más que la imagen (o representación) de la declaración, pero no la declaración misma. Gráficamente resume Carnelutti su pensamiento en esta frase: "el documento no es más que el espejo en que el contrato o la declaración se refleja". A su vez la declaración documentada puede proceder de un tercero o del propio documentador, es decir, de la persona que "hace" el documento. En el primer caso, es decir cuando se trata de los documentos comúnmente llamados "heterógrafos", la distinción entre declaración y documento parece, a primera vista, exacta y fácil de percibir. El documentador no hace sino reflejar en el documento las declaraciones que hace ante él la persona que emita la declaración. De hecho esto supone que en los documentos heterógrafos la declaración se produce oralmente, de modo que el documentador lo que hace es escribir lo que oye. Cuando el documento es autógrafo, o sea, cuando el autor del documento es al propio tiempo el autor de la declaración, parece más difícil separar una y

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

otro. En tal caso, dice Carnelutti(60)(1560), puede parecer que la declaración y el documento son todo uno, pero esta apariencia se esfuma al reflexionar que la declaración consiste en "escribir" y el documento en lo "escrito"; la primera es un acto (la acción de escribir), el segundo un objeto; lo escrito una vez formado no es en realidad la declaración sino que la representa.

A nuestro juicio esta concepción del documento, o si se quiere de la declaración documentada, no es exacta. Para empezar y con relación a los denominados documentos autógrafos resulta evidente que el documento, aun pensado como cosa, no representa la declaración, si por tal hemos de entender la acción de escribir. Sólo haciendo aplicación del principio de causalidad, la contemplación de un escrito, es decir de un documento, puede suscitar en nosotros la imagen de un hombre escribiendo. Pero aparte de que si ésta fuese efectivamente la función del documento, nos hallaríamos más bien ante una prueba crítica que ante una prueba histórica; lo cierto es que la finalidad a que los documentos responden no es ésta. El documento autógrafo cobra significado jurídico no porque no sirva de medio para imaginar cómo y de qué manera su autor lo escribió, sino porque nos "presenta" lo que un hombre ha escrito. Además, no basta escribir una declaración para que ésta exista. Es necesario que quien escribe quiera efectivamente que lo escrito valga como declaración. En los documentos autógrafos esto sólo acontece, como regla general, cuando el autor del escrito firma éste. Mientras tanto, y salvo casos excepcionales, el escrito ni es declaración ni documento(61)(1561).

Pero tampoco la teoría representativa es válida para los documentos heterógrafos. Una cosa es que la redacción de la declaración (o sea, del texto del documento) no se deba al autor de la declaración y otra muy diferente que el documento se limite a reproducir una declaración previa. La declaración escrita tiene siempre, ontológicamente hablando, una sustantividad propia aunque haya sido precedida de una declaración oral. Un pensamiento cualquiera puede expresarse primero oralmente y después por escrito. El hecho de que el pensamiento expresado sólo sea uno, no quiere decir que sus manifestaciones extrínsecas no puedan ser plurales, ni que la segunda deje de ser manifestación para convertirse en simple representación de lo primeramente expresado. Se confunde, creo yo, la representación con la repetición, y se olvida, además, que la repetición escrita de una declaración oral rara vez es una reproducción exacta de la primera.

El documento, sea autógrafo o heterógrafo, presenta una (o varias) declaraciones escritas. Incluso cuando tales declaraciones son confesorias o testimoniales, el documento es presentativo (y no representativo) respecto de la declaración en sí misma considerada, sin perjuicio de su función representativa respecto del hecho a que la declaración se refiere, y que, a su vez, puede ser otra declaración. Entiendo, pues, que la declaración documentada, y siempre, claro está, que su autenticidad haya quedado establecida, es una prueba directa

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

respecto de la declaración, y sin perjuicio que, además, tenga carácter indirecto en la medida en que el contenido de la declaración lo constituye la narración de hechos pasados.

Para comprender nuestro criterio, y al mismo tiempo hasta qué punto es errónea la teoría representativa, basta tener en cuenta que el pensamiento humano para trascender al exterior necesita materializarse a través de un signo que le dé a conocer. El medio de expresión, por excelencia, del pensamiento es el lenguaje, pero tan lenguaje es el lenguaje hablado como el escrito(62)(1562). La declaración escrita es, pues, la expresión escrita del pensamiento de su autor. El hecho de que el documento sea, como efectivamente es, una cosa, no prueba nada contra la verdadera función que cumple. Utilizando hasta donde nos es posible el propio lenguaje carnelluttiano, diríamos que el documento es una cosa expresiva y no una cosa representativa. Lo que puede ser representativo no es tanto el documento como la declaración que el documento es, en el caso de que el contenido de la declaración sea narrativo o descriptivo.

En resumen, pues, toda declaración escrita es, por sí misma, una declaración, aunque antes haya existido una declaración oral. Esto es verdad incluso para aquellos supuestos en que la forma oral de la declaración es requisito esencial para que surta efectos jurídicos, cosa que no acontece en el derecho moderno, pero que registra un ejemplo clásico y de primer orden en la stipulatio romana. La cautio, es decir, el documento destinado a recoger la stipulatio no era la simple representación de la declaración oral, sino una declaración escrita confesoria sobre el hecho de que ambas partes habían pronunciado las palabras rituales y solemnes. La cautio contiene en sí una declaración escrita, aunque ésta, efectivamente, sea representativa. La evolución de la stipulatio, dentro del propio derecho romano, se orienta hacia la absorción paulatina de la forma oral por la forma escrita, evolución que culmina definitivamente en el derecho post-clásico y justiniano, que prescinde definitivamente del requisito de la oralidad.

Hay más aún. Establecida la sustantividad de la declaración escrita frente a una supuesta declaración oral anterior, debe presumirse, salvo prueba en contrario, que el tenor de la declaración escrita fija definitivamente el pensamiento del autor y corrige o rectifica lo manifestado verbalmente. Sólo en el caso de que la declaración sea meramente reconocitiva de una declaración verbal anterior la presunción se invierte, según se deduce del artículo 1224 del Cód. Civil español.

El documento es, pues, una cosa presentativa de la declaración o declaraciones que contiene. Esto no significa, claro está, que la desaparición o destrucción del documento como cosa lleve consigo la destrucción jurídica de la declaración de modo que ésta haya de tenerse como no hecha. Precisamente esta consideración elemental, y la posibilidad de demostrar por otros medios que la forma escrita se cumplió, cuando es exigida como requisito necesario para la validez del

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

negocio (forma ad solemnitatem o forma de ser de la declaración), ha sido esgrimida por los autores de la teoría de la representación como razón decisiva en apoyo de su tesis. Sólo separando, se dice, la declaración (contenido) del documento (continente) cabe sostener que la desaparición del segundo no arrastre la nulidad de la primera. El argumento, a fuerza de querer probar demasiado, no prueba nada. El hecho de que el ordenamiento jurídico exija que la declaración, para ser válida, se haga en forma documental, sólo significa que el documento ha de ser otorgado para que la declaración llegue a serlo en sentido jurídico. Pero esto no quiere decir que los efectos de la declaración estén condicionados a su subsistencia física. Ciertamente uno de los fines que se persigue con la exigencia de la forma escrita es facilitar la prueba de la declaración. La declaración escrita se prueba a sí misma, porque permanece, al contrario de lo que acontece con la declaración oral que es esencialmente fugaz y ha de ser siempre tema de prueba, bien por medio de otras declaraciones testimoniales o confesorias, bien a través de medios mecánicos de reproducción (yo diría mejor de fijación) y que sólo serán prueba en tanto se estime acreditada la autenticidad de aquélla. La superioridad de la forma escrita sobre la forma oral es, pues, patente en cuanto a la prueba de la declaración misma (y también en otros aspectos) pues asegura, según hemos dicho, la permanencia de la declaración. Pero esto no significa, obviamente, que la ley pretenda que la declaración se haga por un medio indestructible capaz de servir eternamente de prueba del negocio(63)(1563)

12) El documento notarial, como todo documento en sentido estricto (recuérdese lo dicho anteriormente sobre el concepto amplio de documento), contiene una o varias declaraciones del notario. Hay documentos (como las actas de presencia puras), también llamadas documentos de ciclo cerrado, que sólo contienen declaraciones del propio notario. Por lo general, sin embargo, tales documentos albergan, además de las declaraciones del fedatario, las declaraciones de las personas que ante él comparecen. Esto acontece en la mayor parte de las actas, y en todas las escrituras. De conformidad con este planteamiento, se ha suscitado una cuestión aparentemente trascendental: ¿quién es el autor del documento notarial? El problema en sí no es más que el reflejo de otro más amplio: decidir la autoría de los documentos en general, de los cuales el instrumento público no es más que una subespecie, bien que especialmente cualificada(64)(1564).

A mi juicio, para ver claro en este problema hay que establecer una distinción entre el autor material del documento como cosa (es decir, quien materialmente lo escribe), el autor de la redacción o del texto del documento, y el autor o autores de las declaraciones documentadas. El primer tipo de autoría suele ser jurídicamente irrelevante, aunque no siempre la autoría material del documento carece de trascendencia jurídica. En el testamento ológrafo, por ejemplo, es necesario que el autor de la declaración y el autor material del documento, es decir la persona que físicamente lo escribe, sea la misma persona(65)(1565). En

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

rigor sólo los documentos en los que el autor de la declaración es al mismo tiempo el autor material del documento merecen la calificación de documentos autógrafos. De aquí se sigue pues, como ha sido puesto de relieve, incluso por los propios autores de la distinción, que las expresiones documentos autógrafos y documentos heterógrafos, en el sentido en que habitualmente se entiende esta contraposición, distan mucho de ser correctas.

Con relación a los documentos en que no es requisito esencial que su formación material se deba al autor de la declaración, sólo importa contraponer el autor o autores de la declaración o declaraciones, y el autor (o autores) de la redacción. Autor de la declaración es quien asume como propia la que el documento contiene. Autor de la redacción es la persona que establece el texto con arreglo al cual el documento debe ser escrito. La autoría de la declaración es fundamental, pues la declaración sólo puede valer como tal en tanto es imputable a alguien. Pero no por ello es despreciable el autor de la redacción. El autor de la redacción asume la responsabilidad de que el documento refleje exactamente la voluntad del autor de la declaración. Esta responsabilidad es especialmente clara cuando el autor de la redacción lleva a cabo esta tarea en cumplimiento de un deber profesional, como es el caso del notario.

En los documentos notariales hay siempre una o más declaraciones del notario, y puede haber, además, una o más declaraciones de otras personas. De nuevo salta al plano de la realidad documental la distinción entre actas y escrituras. Las primeras pueden contener únicamente declaraciones del notario; las segundas contienen siempre, por hipótesis, declaraciones del notario y declaraciones de los comparecientes. El documento notarial no es pues concebible sin declaraciones del notario. Estas declaraciones son, utilizando la terminología de Carnelutti, declaraciones testimoniales. El notario, ante todo, ha de contar en el documento lo que ve o percibe por sus sentidos. Incluso las escrituras públicas son una narración, aunque sean, por supuesto, algo más que eso. El notario narra que ante él han comparecido ciertas personas a quienes identifica y que han asumido las declaraciones (de voluntad, o de verdad, en las escrituras meramente confesorias) que el documento les atribuye. La asunción de las declaraciones se verifica mediante la prestación del consentimiento a la forma documental que revisten las declaraciones corroboradas por la firma. Esta corroboración final no se cumple si el compareciente no sabe o no puede escribir. En este último caso el Reglamento español exige (artículo 195) que intervengan testigos y que uno de ellos, u otra persona a ruego del compareciente firme por él(66)(1566). En este orden de cosas, pues, todos los documentos notariales, o mejor dicho todas las declaraciones del notario documentadas en el instrumento, en cuanto constituyen una narración, son representativas(67)(1567).

Veamos ahora quién redacta el documento notarial. Por lo que atañe a las declaraciones del notario, éste sin duda alguna. Por lo que se refiere

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

a las declaraciones de los comparecientes, la cuestión varía. Si se trata de escrituras la redacción de esas declaraciones debe ser hecha por el notario, o al menos hay que reconocerle la potestad de enjuiciar la redacción que se le proponga y de rechazar ésta si no le parece adecuada. Esto se debe a la función que el notario debe cumplir respecto del negocio jurídico que se somete a su autorización, y que es consustancial a su condición de notario latino.

Finalmente en las actas, y en tanto éstas no recogen declaraciones del notario, hay que distinguir: Cuando se trata de formular una notificación o un requerimiento el notario puede, con el consentimiento del requirente, redactar los extremos que han de ser notificados, y así sucede de hecho en la mayoría de los casos. Pero debe aceptar la redacción propuesta por el requirente salvo que la misma no cumpla los requisitos necesarios para la eficacia de la notificación en sí misma considerada. Respecto de las contestaciones a los requerimientos o notificaciones, así como en las actas de referencia, el notario debe limitarse a escribir al dictado, esto es, debe concretarse a recoger lo que el interesado dice (cfr. artículo 208 del Reglamento español citado anteriormente). Este dato no significa, por sí solo, que la declaración se produzca "fuera" del documento sino simplemente que el texto de la declaración o manifestación no lo establece el notario.

A mi juicio las declaraciones (en las actas) sólo son extrínsecas al documento, en el sentido de que éste en lugar de documentarlas las reproduce, en dos casos. El primero tiene lugar cuando se ha requerido al notario para que presencie un acto (por ejemplo una junta o una subasta) durante el cual pueden producirse manifestaciones o declaraciones. Quienes omiten estas manifestaciones o declaraciones no pretenden hacerlas por medio del documento notarial. Este recoge tan sólo declaraciones testimoniales del notario sobre declaraciones o manifestaciones ajenas. Lo que acontece es que el acta no contiene sino declaraciones del propio notario, las cuales, en tanto son narrativas, cumplen efectivamente una función representativa.

El problema reviste una mayor complejidad en el supuesto de contestación a un requerimiento. Según el artículo 204 del Reglamento Notarial español el requerido tiene derecho a contestar, en el acto, al requerimiento o intimación, o dentro de los dos días laborables siguientes. En la primera hipótesis parece (el Reglamento español es poco claro al respecto) que el requerido o notificado puede limitarse a contestar oralmente lo que tenga por conveniente sin necesidad de que formalice su declaración por escrito. No tendrá, pues, que firmar la diligencia. La práctica consiente que la contestación(68)(1568), cuando se produce en el momento mismo de la notificación, se recoja en el acta a través de una declaración testimonial del notario(69)(1569). Naturalmente el requerido, aunque conteste en el acto, puede exigir que su contestación tenga carácter escrito. Entonces deberá firmar la diligencia y si no sabe o si no puede hacerlo habrá de acudir a los medios supletorios que señala el artículo 195 del Reglamento. Lo mismo

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

acontece si el requerido comparece en la notaría (posteriormente, por tanto, al momento en que se le hizo la notificación) con el fin de contestar. Entonces es él, realmente, quien requiere al notario para que el acta recoja la contestación. Esta, en ese caso, debe ser necesariamente una declaración escrita y el requerido deberá, según hemos dicho, firmar la diligencia, y si no sabe o no puede, tendrá que venir acompañado por dos testigos de los cuales uno firmará a su ruego. Quedan establecidas así, respecto del documento notarial, tres autorías perfectamente diferenciadas: la autoría de la redacción, la autoría de las declaraciones que el documento contiene, y la autoría de la autorización y, en su caso, de los juicios técnicos sobre la validez y el contenido de la declaración. La autoría de la redacción puede o no puede corresponder al notario; la autoría de las declaraciones que se formulan por medio del documento depende de quien sea el que las asuma y también, como ha quedado expuesto, de la clase y finalidad del documento; finalmente la autoría de la autorización y de los juicios o calificaciones técnicas que en el documento se vierten es privativa del notario. Nos parece más de acuerdo con la realidad partir de esta triple autoría que no empeñarse en buscar al "autor del documento notarial". Por tratar, estérilmente, de encontrarlo se han llegado a formular algunas explicaciones que casi nos atreveríamos a calificar de pintorescas. Así, para González Palomino(70)(1570)son autores del documento público, además del notario, todas las demás personas que intervienen en él y hacen sus declaraciones: comparecientes, testigos, instrumentales y de conocimiento, médicos, peritos en general, intérpretes, etc. En el extremo opuesto se sitúan quienes sólo reconocen al notario como único autor del documento. Para ello se acude a una explicación un tanto alambicada y sutil. El documento - dice Núñez-Lagos(71)(1571)- tiene que expresar el pensamiento de su autor pero este pensamiento puede mostrar parte de su contenido como ajeno. El pensamiento documental, incluso siendo del mismo autor puede ser, pues, apropiativo de una parcela y atributivo de otra. El pensamiento del autor puede circunscribirse a mostrar una declaración como ajena. Por su parte Rodríguez Adrados(72)(1572)hace suya esta opinión y la "aclara" diciendo: "puede así decirse que el documento contiene directamente un pensamiento del notario sobre el pensamiento de las partes, sin mengua de poder afirmarse igualmente que las declaraciones de éstas son contenido directo del documento, en cuanto que ellas se apropian, hacen suyo el pensamiento del notario al mismo tiempo que éste expresa esa parte de su pensamiento como pensamiento ajeno de las partes a quienes se lo atribuye".

No creo que sea necesario esforzarse mucho para demostrar la inexactitud de ambas tesis. La que podríamos llamar teoría de la "paternidad múltiple" coloca en el mismo nivel a todas las personas que de un modo u otro intervienen en el documento, y ya hemos visto que la lista de los eventuales autores puede ser muy larga. No vale decir que el notario es "el autor principal" porque sus declaraciones son las que dan

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

"calidad formal de instrumento público" al documento, porque si éste se piensa sólo como un medio de expresión de declaraciones, todas las que el documento formula son igualmente trascendentes para que exista como tal. Es más, si faltan (en una escritura) las declaraciones del notario, el documento, a pesar de eso, será documento, aunque tenga simple carácter privado. Pero si faltan las declaraciones de los contratantes no hay ni siquiera documento. En cuanto a la teoría de la "transmisión del pensamiento" reconocemos que somos incapaces de entenderla. No acertamos a comprender cómo un pensamiento puede ser a la vez nuestro y de otro. Cosa distinta es, naturalmente, que yo piense lo mismo que otra persona, pero en esa hipótesis no nos encontramos ante un pensamiento en "pro-indiviso" sino ante dos pensamientos coincidentes, lo que ciertamente no es lo mismo. Por lo demás y sin que sea necesario adentrarse en disquisiciones metafísicas sobre el "querer" y el "pensar", parece indudable que las declaraciones de voluntad que en el documento se formalizan únicamente pueden concebirse como declaraciones de las partes. Estas podrán aceptar lo que el notario en tanto es capaz de traducir su voluntad al lenguaje jurídico, les dice que quieran, pero el querer que da lugar al negocio es íntegramente suyo.

13) Insensiblemente, y a través de estas reflexiones sobre la teoría de la representación y sobre las cuestiones que suscita la "autoría" del documento, nos hemos ido alejando paulatinamente de las actas para acercarnos a la escritura. Hora es ya, desde luego, que centremos nuestra atención sobre este tipo de instrumento público, el más trascendente sin duda desde el punto de vista del derecho notarial, ya que en la escritura es donde la función del notario latino alcanza su plenitud. Innecesario es subrayar hasta qué punto la teoría de la representación aplicada a las escrituras es susceptible de conducir a resultados peligrosos y absurdos. Si el documento notarial, como cualquiera otro documento, ha de ser el "eco" de las declaraciones de las partes perderá fatalmente todas sus cualidades técnicas y, en muchos casos, sólo presentará un negocio jurídico nulo o ineficaz, supuesto que el notario, de acuerdo con la tesis representativa, debiera ser, tan sólo, un testigo, especialmente cualificado, si se quiere, pero testigo. Para evitar que esto acontezca será necesario que las partes vengan ya instruidas cuando comparecen ante el notario, y, como no parece fácil, ni lógicamente puede exigírseles, que se aprendan de memoria sus declaraciones de voluntad, ya "tecnificadas", se recurrirá a la minuta, es decir a un texto redactado por un tercero con conocimiento de derecho (reales o supuestos) que el notario habrá de limitarse a transcribir. No cambian las cosas por el hecho de que sea el notario, pero no ya como notario, sino como asesor, y en virtud de la acumulación en su persona de dos títulos profesionales, quien redacte la famosa minuta. Por lo demás la tesis de la representación, para ser consecuente consigo misma, debiera exigir que los otorgantes "recitaran" la minuta en presencia del notario. Algo parecido en suma a lo que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ocurría con la stipulatio romana cuando comienza a aparecer la cautio. Con la diferencia de que la stipulatio se realizaba a través de una forma rígida esquemática y sucinta: spondesne, spondeo. Y cuando la estipulación comenzó a complicarse y a integrarse por una larga retahíla de preguntas y respuestas, la redacción del escrito precede al consentimiento oral, que sanciona al final y de una vez todo el contenido de la cautio hasta que, por último, la oralidad desaparece y la stipulatio se convierte en contrato escrito.

La teoría de la representación, sobre ser conceptualmente falsa, llevaría, según denunciábamos al comienzo, a una verdadera degradación de la función notarial y prestaría apoyatura técnica a aquellos sistemas positivos, que a pesar de su adscripción al notariado latino, minimizan el papel del notario y sólo le confieren el poder de dar fe. Sin embargo ya vimos que el primer Congreso Internacional del Notariado Latino rechazó terminantemente la concepción del notario como mero fedatario para destacar su carácter de jurista. La función del notario consiste, dijo el Congreso, en "recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes redactando los instrumentos adecuados a tal fin".

Se comprende claramente que esta triple función subrayada por la frase transcrita sólo es pensable, o al menos en su cabal dimensión, respecto de los instrumentos cuya finalidad primordial y única consiste en formalizar negocios jurídicos. Tales instrumentos, como ya sabemos, son las escrituras públicas.

Contenido propio de las escrituras públicas, dice el artículo 144 del Reglamento Notarial español, son las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento y los contratos de todas clases. Del precepto se desprende, a pesar de su relativa imprecisión técnica, que la función de la escritura es documentar un negocio jurídico. Los negocios jurídicos constituyen en definitiva la materia escriturable por excelencia. Queda la duda sobre si pueden ser objeto de una escritura los llamados actos jurídicos en sentido estricto. A nuestro juicio la respuesta debe ser afirmativa siempre que se trate de declaraciones de voluntad, que aun carentes de sustantividad para merecer la consideración de "negocio" deban ser equiparadas, al menos bajo ciertos aspectos, a los negocios jurídicos propiamente dichos. Antes hicimos alusión al pago. Podemos ahora mencionar las declaraciones de voluntad a través de las cuales se ejercitan derechos potestativos de adquisición, sean de origen voluntario o legal, si de su ejercicio dimanar actos debidos a cargos del sujeto pasivo, que éste se aviene a cumplir voluntariamente(73)(1573) (73a)(1574) y (73b)(1575) Por otra parte los términos ambiguos en que se produce el artículo 144 del Reglamento, y la referencia expresa a las "declaraciones de voluntad", sin más puntualizaciones, abonan, también, la respuesta afirmativa.

Según hemos dicho la redacción de las escrituras públicas corresponde al notario, quien tiene la potestad de establecer el texto de las declaraciones de voluntad que los comparecientes asumen en el instrumento y que constituyen el negocio jurídico. No vamos a traer a

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

colación una vez más la declaración del Congreso de Buenos Aires tantas veces aludida. Lo que sí importa destacar es que la redacción de una declaración de voluntad escrita, y en tanto esa declaración va a ser asumida por persona distinta del autor de su texto, presupone la captación e interpretación previa de la voluntad que va a ser declarada por medio del instrumento. Y exige, además, precisamente porque el notario latino es jurista, que la voluntad, previamente captada e interpretada como hemos dicho, se exprese de modo que quede plenamente asegurada su eficacia jurídica. A tal efecto el artículo 147 del Reglamento español, coincidente, en lo esencial con lo prescrito por el Congreso de Buenos Aires, dispone que "Los notarios redactarán los instrumentos públicos interpretando la voluntad de los otorgantes y adaptándola a las formalidades jurídicas necesarias para su eficacia".

14) No se crea que la potestad de redacción que corresponde al notario, con toda la carga jurídica que lleva consigo, es peculiar del notariado moderno. Por el contrario, desde tiempos muy antiguos el notario ha venido investido, de hecho o de derecho, de esta facultad, y ha sido, en mayor o menor medida, un jurista. Sobre todo un jurista práctico.

Los antecesores de los notarios fueron en un principio, única y exclusivamente, redactores de documentos. El notario, tal como hoy lo concebimos, sólo surge en la historia cuando el documentador queda investido del poder fideifaciente. No es fácil precisar exactamente cuándo esto ocurre(74)(1576). Pero lo cierto es que, como dice Núñez-Lagos(75)(1577), "en el principio fue el documento. Olvidarlo es no advertir que el documento creó al notario aunque hoy el notario haga el documento".

Probablemente hasta el siglo XII no adquieren los simples redactores de documentos el poder de dar fe, potestad que hasta entonces había correspondido a los jueces o magistrados(76)(1578). Pero la aparición del notario con fe pública no significa que pierda su antigua condición de redactor de documentos. La autenticidad del documento eleva considerablemente su valor jurídico pero no transforma esencialmente el quehacer del notario. Este, aunque investido del poder de dar fe, cumple su función precisamente porque es hombre "sabedor de escribir", como decían las Partidas.

Solamente el hecho (en la Alta Edad Media) de que una persona supiese escribir ya suponía un grado de cultura muy elevado respecto al nivel medio que poseían las gentes. Claro es que para redactar un documento destinado a formalizar un negocio jurídico no bastaba saber escribir. Era necesario también conocer el derecho. Pero aconteció que el derecho que en la práctica se manejaba, a raíz de las invasiones bárbaras y de la destrucción del Imperio Romano de Occidente, era sumamente rudimentario y sencillo y respondía a los conceptos elementales del primitivo derecho germánico. Es verdad que, salvo en ciertos momentos de opresión absoluta, los pueblos invasores respetaron el derecho de los vencidos. Pero el principio de la personalidad del derecho debió tener un valor sumamente relativo. En primer lugar era lógico que los vencedores,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

aunque teóricamente respetuosos con el derecho de los vencidos, procuraran aplicar el propio por lo menos en todos los supuestos en que los sujetos que intervenían en la relación jurídica fueran de origen distinto. En segundo término el derecho romano que pervivió durante las épocas de las invasiones germánicas, mutilado e incompleto, sufrió el influjo constante del derecho extraño, aunque también aquél se viera influido paulatinamente por el primero.

Todo ello determina que el repertorio de los actos jurídicos a través de los cuales se exterioriza la actividad de la persona sea muy reducido. Se trata, por lo demás, de actos formales, imbuidos de simbolismo, en los que la forma lo es todo o casi todo. Es clásico el ejemplo de los actos traslativos de la propiedad tal como se practicaba a través de la antigua *traditio per chartam*(77)(1579). La función del notario en el orden jurídico no debió ser, pues, en esta época, demasiado trascendente(78)(1580).

El panorama cambia radicalmente al producirse la llamada recepción del derecho romano. A partir del siglo XII se intensifica y difunde el estudio de las grandes compilaciones justinianeas, y se inicia en casi todos los pueblos un movimiento social dirigido a sustituir por el derecho romano el derecho autóctono. Especialmente en la parte norte de Italia, dominada por los longobardos, triunfó el derecho romano antes que en los demás países europeos, pero en todos ellos aquel derecho fue considerado insensiblemente como ley común que completaba la legislación particular o estatutaria.

La recepción del derecho romano cambia totalmente el rumbo del notariado. Los pobres notarios medioevales, dice Núñez-Lagos(79)(1581)en su ingenuo vivir tradicional, bienquitos en su beatífica quietud, se llenaron de cuidados y temores ante la inundación y estruendo de los romanistas de la Escuela de Bolonia. Recibir de golpe todo el derecho romano y tener que aplicarlo poco menos que de la noche a la mañana era para causar terror a cualquiera que tuviese conciencia de su responsabilidad. Pero fue la propia Escuela de Bolonia quien acudió en socorro de los notarios. En Bolonia se fundó, probablemente, la primera Escuela Notarial en el año 1228, gracias a Raniero de Perugia. A partir de entonces el Arte de la Notaría, el *Arts Notariae* adquiere verdadera dignidad científica. Los notarios antiguos salen del paso gracias a los formularios. En las *Summas de arte notarial*, y bajo la enseñanza de los grandes maestros (el citado Raniero de Perugia, Irnerio, Salatiel y sobre todos Rolandino) se formaron generaciones y generaciones de notarios. Estas obras son mucho más que simples formularios. Contienen un estudio exegético de la legislación vigente. Los LXXXIX títulos de que consta la magna Aurora de Rolandino, y cuya versión al castellano debemos al esfuerzo ingente de Núñez-Lagos, contienen, antes de la fórmula para cada instrumento, una explicación sobre el contrato a que se refiere.

A partir de la Escuela de Bolonia el notario queda perfilado definitivamente como jurista. Es cierto que después vienen épocas de corrupción y que el funesto sistema de la "enajenación de oficios" dio

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

lugar a que la profesión perdiera prestigio y categoría. Con todo, los verdaderos notarios(80)(1582)se mantuvieron más cerca de su línea tradicional. Con relación a estos notarios, ha escrito De Castro(81)(1583)que el "notario o escribano público fue considerado siempre como oficio de honor, a diferencia del escribano judicial víctima de la general sátira".

La Revolución Francesa, al acabar con el sistema funesto de los oficios enajenados, vuelve las cosas a su ser. A partir de la Ley de 25 de Ventoso del año XI de la Revolución el notariado europeo recupera las calidades que transitoriamente había perdido. En España la Ley Orgánica de 28 de mayo de 1862, aún vigente, sienta las bases sobre las que hoy se asienta la profesión notarial y, gracias a ella, el notariado español ha recuperado su prestigio y se ha colocado a la cabeza de los notariados modernos, según se reconoce con unanimidad. Inevitablemente la decadencia, durante los siglos XVII y XVIII del notariado de España tenía que repercutir sobre su Imperio de Ultramar, casi desde su nacimiento hasta la emancipación de los países hispanoamericanos(82)(1584). Por fortuna la mayor parte de ellos han sabido superar la época de crisis, y también algunos notariados hermanos son honra y prez de la Unión Internacional. Otros, desgraciadamente, no han podido todavía liquidar, totalmente, el pasivo de aquella damnosa hereditas.

15) La potestad de redactar el documento presupone - volvemos otra vez a la declaración del Congreso de Buenos Aires - la interpretación de la voluntad de las personas que acuden ante el notario para que éste solemnice el negocio jurídico que quieren realizar, y su expresión, en forma tal, que la eficacia jurídica del documento quede, desde este punto de vista, asegurada. El notario cumple así una función preventiva, de profilaxis jurídica, y cuando está capacitado para cumplir su función y efectivamente la ejerce con plena conciencia de su trascendencia y sentido de su responsabilidad confirma cotidianamente la frase feliz de don Joaquín Costa: Notaría abierta, juzgado cerrado.

Menester es que nos detengamos a examinar de qué modo el notario latino cumple esta misión fundamental de interpretar la voluntad de los particulares y adaptarla a las formalidades jurídicas necesarias para su eficacia. Para ello es necesario ante todo que el notario se percate claramente de tres cosas: qué es lo que las partes quieren efectivamente, si "pueden" quererlo jurídicamente, y cuáles son los medios más idóneos para que los fines que persiguen puedan alcanzarse. La labor del notario en este sentido, y así se cumple en la práctica, es presentar a los particulares los diversos itinerarios jurídicos que puede recorrer para alcanzar la meta apetecida, aconsejándoles el que resulte más práctico y eficaz.

Claro está que los supuestos que nos brinda la realidad son sumamente heterogéneos. La actividad del notario como intérprete y modelador de la voluntad de los particulares depende, en buena medida, del estado en que llegue hasta él el negocio jurídico que las partes pretenden

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

formalizar.

Muchas veces, cuando los particulares acuden a la notaría no hay todavía negocio. Esto acontece necesariamente ante los llamados negocios formales que requieren para su validez la formalización en escritura pública. Pero también ocurre así aunque el negocio, per se, sea susceptible de perfeccionarse y de surtir efectos sin necesidad de asumir la forma pública instrumental. El notario en esos casos no actúa sobre la realidad de un negocio que ya existe como tal, y que por el solo hecho de existir y de haberse articulado de una determinada manera, condiciona necesariamente su comportamiento como jurista.

En esas hipótesis el cliente no tiene, muchas veces, más que una idea general y poco precisa de lo que realmente quiere hacer. Y recurre al notario para que le ayude a tomar una determinación que aún no ha cuajado definitivamente en su mente. Se solicita del notario no sólo el asesoramiento técnico sino también el consejo a nivel simplemente humano. Se busca, a través de la experiencia profesional del notario, el conocimiento que éste tiene de la vida. El notario es, entonces, antes confidente que jurista. El cliente se "confiesa" ante el notario en demanda de ayuda y de consejo. Es el testador, por ejemplo, que quiere organizar su sucesión pero tiene dudas sobre cómo hacerlo. Los futuros esposos, que antes de casarse, desean establecer el régimen económico de su sociedad conyugal, asunto en el que normalmente desean también meter baza, legítimamente, sus padres o ascendientes. Es el hombre de negocios que ha ideado una operación y no sabe exactamente cómo planificarla desde el punto de vista jurídico. El notario, en todos estos casos, colabora no sólo a dar expresión a la voluntad del particular sino que contribuye directamente a que esa voluntad se forme y se perfile de modo que cristalice en un propósito definido y concreto. A veces el resultado es negativo. El cliente desiste, al menos temporalmente, de sus proyectos, el negocio no se lleva a cabo, y naturalmente no se otorga ningún documento. En otras ocasiones el negocio que efectivamente se instrumenta tiene muy poco que ver, por lo que afecta a su contenido, y a veces a su naturaleza, con el que se pensaba realizar.

Generalmente, sin embargo, si se trata de contratos, los clientes han llegado entre sí a un acuerdo, al menos de principio. Puntualizar hasta qué punto estamos entonces ante un negocio jurídico ya perfecto no es siempre cosa fácil. Hay casos, evidentemente, en que no cabe duda alguna sobre el particular. El contrato está no solamente perfeccionado sino que ha plasmado en un documento privado en el que están establecidos y aceptados los extremos fundamentales sobre los que versa el consentimiento, y que contienen un clausulado que es, o pretende ser, exhaustivo.

Lo que acontece es que junto a los supuestos en que el notario se enfrenta con un contrato indudablemente perfeccionado, hay otros en los que resulta bastante difícil pronunciarse sobre si hay solamente "trato" o si realmente nos encontramos en presencia de un verdadero

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

contrato(83)(1585). El problema, desde el punto de vista del quehacer notarial, es importante. Si solamente hay trato, es decir, si los contratantes no se han puesto de acuerdo todavía sobre el medio jurídico a través del cual han de canalizarse los fines que pretenden conseguir, el notario puede y debe sugerir a los interesados el repertorio de posibles soluciones a fin de que ellos, con pleno conocimiento de causa, escojan la que les parezca más conveniente, sin perjuicio de aconsejarles sobre cuál es, a su juicio, la fórmula preferible. Solamente cuando esta fórmula ha sido aceptada puede decirse que el trato ha dejado de ser tal para convertirse efectivamente en contrato.

A nuestro juicio no es fácil discernir exactamente, al menos en muchos casos, cuándo el contrato, aunque se trate de contratos típicamente consensuales, deviene perfecto. Es decir, en qué momento de la fase genética del contrato los llamados "tratos preliminares" (Vorverhandlungen) cuajan efectivamente en un contrato(84)(1586). El Cód. Civil español en su artículo 1262 nos dice con una fórmula extremadamente simple que el contrato se perfecciona "por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato". La expresión, como dice Diez Picazo(85)(1587), es sin duda paradigmática, de acuerdo con los criterios de la doctrina tradicional. Sin embargo, el propio autor reconoce que "no es ésa la única manera de formar un contrato".

Sin duda el artículo 1262 del Cód. Civil español está pensado para los clásicos contratos de intercambio. Pero ni siquiera con relación a éstos puede decirse que el contrato se alumbra a través de un esquema tan simple. Para que la oferta sea tal, se dice, es menester que sea completa. Es decir, que la declaración del oferente contenga todos los elementos de futuro contrato, de modo que baste una simple respuesta afirmativa, un "sí" del destinatario de aquella declaración, para que el contrato se reputa perfeccionado. Por este lado, ya empiezan a aflorar las dificultades. Porque ¿cuándo, en efecto, podremos decir que la oferta es completa? Supongamos, para referirnos a un ejemplo extremadamente sencillo, que A ofrece vender a B el fundo X en un precio cierto de un millón de pesetas. ¿Puede decirse que estamos ante una oferta de contrato a pesar de que la declaración no contenga mención alguna sobre la forma de pago del precio, extremo ciertamente fundamental? Teóricamente, la respuesta debe ser afirmativa, pues el Cód. Civil prevé, con normas de derecho dispositivo, la insuficiente regulación prevista por las partes(86)(1588). Sin embargo rara vez una oferta de este tipo dará lugar a la perfección del contrato. A la oferta contestará el destinatario, si en principio le interesa la operación, con una contraproposición. La negociación queda abierta. Se irán aceptando puntos y extremos concretos, hasta que por fin ambas partes den por concluido el contrato.

Aun en los casos en que, aparentemente, el contrato que se somete al notario es ya un contrato perfecto, es sumamente frecuente que las partes no hayan previsto ni dispuesto nada sobre toda una serie de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

cuestiones, que sin ser necesarias para la perfección del convenio sensu strictu, tienen, o pueden tener, una trascendental importancia en cuanto a su futuro desarrollo. Volvamos al ejemplo, sencillo y elemental, de la compraventa. Los otorgantes se han puesto de acuerdo no sólo sobre la cosa y el precio sino también sobre la forma de pago de éste. Una parte se satisfará de presente y el resto se hará efectivo en ciertos plazos. Sin embargo no se ha dicho nada sobre la garantía o aseguramiento de las sumas que quedarán aplazadas. Entre las personas legas en derecho existe la idea bastante arraigada, de que la propiedad no queda transferida hasta que el pago del precio se ultima (de aquí que se pacte muchas veces que la escritura pública no se otorgará hasta que el precio haya sido totalmente satisfecho, con lo cual atribuyen a la escritura una virtualidad traslativa que, en derecho español al menos, no tiene) o que la cosa vendida "responde" de las cantidades aplazadas, lo que tampoco es cierto, salvo que se concierte y establezca una garantía específica (la hipoteca sobre el objeto vendido, o la condición resolutoria de la venta), puesto que la acción resolutoria tácita nacida del incumplimiento, y que en derecho español consagra el artículo 1124 del Cód. Civil, no trasciende a terceros. ¿Hasta qué punto, y una vez que el notario abre los ojos al vendedor, puede decirse que el contrato está perfecto y aquél ligado irrevocablemente por el mismo si el comprador se niega a asegurar el precio aplazado?

La respuesta a esta pregunta nos sitúa ante un tema enormemente sugestivo y por lo demás poco explorado: la trascendencia del error de derecho como vicio del consentimiento. En algunas legislaciones, por ejemplo la argentina (cfr. artículo 923 del Cód. Civil), el error de derecho carece de relevancia. Por el contrario otros ordenamientos aceptan que el error de derecho pueda constituir causa que permita impugnar el contrato. Así acontece, por ejemplo, en el derecho italiano (cfr. artículo 1429 - 4º del Codice) y en el derecho francés. En derecho español la respuesta es igualmente afirmativa. Como ha puesto de relieve De Castro(87)(1589), la aplicación de la doctrina romana que considera excusable el error de hecho e inexcusable el error de derecho, obedece, actualmente, a la confusión entre la fuerza o valor vinculante de las normas y la posibilidad de que un negocio jurídico sea anulado por error. El principio de que la "ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento", según reza el artículo 2º del Cód. Civil español, significa simplemente que no puede alegarse el desconocimiento de la ley para eludir sus consecuencias. El que delinque queda sujeto a la pena correspondiente aunque ignore que ha cometido un delito; los créditos prescriben al transcurrir el plazo marcado por la ley aunque el acreedor desconozca dicho plazo, e incluso la existencia de la prescripción. Pero todo ello no tiene nada que ver con que un contrato pueda ser anulado si un otorgante ha incurrido en error de derecho. Imaginemos que el contrato se ha celebrado porque se supone existente una norma imaginaria o porque se ignora su existencia. Así, se concierta mediante convenio una compensación por realizar prospecciones mineras en un

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

terreno sin saber que la ley prevé el supuesto y determina la indemnización; o se estipula el derecho a volver a ocupar a título arrendaticio un local en el inmueble que va a ser derruido en condiciones distintas a las previstas para el derecho de retorno por la legislación española de Arrendamientos Urbanos. En cualquier caso la anulación del contrato no afecta a la fuerza imperativa de la norma que ha determinado el error; ocurre simplemente que el negocio queda invalidado.

Admitido que el error de derecho puede jugar como vicio del consentimiento, se plantea de inmediato una cuestión de importancia fundamental, ¿dentro de qué límites puede concederse trascendencia al error de derecho? Anticipemos que el error de derecho respecto de la celebración de un negocio jurídico admite dos variantes. Cabe que el error recaiga sobre una norma ajena al contrato, aunque con influencia directa sobre el mismo (tal como acontece en los ejemplos antes propuestos), o que el error se refiera a los efectos jurídicos que dimanen del negocio en sí. Este segundo aspecto del error de derecho es el que especialmente nos interesa. La doctrina, sin embargo, al estudiar el error de derecho se refiere más bien a supuestos del primer tipo(88)(1590). El tema, o sea, saber en qué medida el error sobre los efectos jurídicos dimanantes de un negocio puede ser motivo de nulidad del mismo, se enlaza con otro más general, que también es importante para nuestro estudio.

Los teóricos del derecho, al analizar el negocio jurídico, se han enzarzado en una polémica todavía no superada, sobre si la declaración negocial, para serlo, ha de dirigirse a la consecución de un fin jurídico o basta que persiga un fin práctico. Se contraponen, de esta forma, la *Rechtstfolgentheorie*, defendida por Savigny y sus seguidores, a la *Grundfolgentheorie*, patrocinada por Lenel, Danz, Thon, etc. Por mi parte; y precisamente porque, como notario, soy ante todo jurista práctico, nunca he dudado que las partes al contratar, o en general al celebrar un negocio jurídico cualquiera, persiguen simultáneamente la consecución de un fin práctico (o económico) y jurídico. Quien compra una cosa lo hace para conseguir el uso y disfrute de aquélla (fin práctico) pero quiere, al propio tiempo, tener la facultad de disponer del objeto adquirido cuando le plazca, así como la de oponerse a que los demás gocen de lo que él ha comprado. En una palabra quiere, a cambio del precio que paga, convertirse en propietario de la cosa que compra. Lo cual es un fin jurídico, perfectamente diferenciado como tal sin que para ello sea preciso que el propietario sea capaz de explicar en qué consiste técnicamente el derecho real de dominio, ni tenga la menor idea sobre las diferencias que median entre un derecho real y un derecho de crédito.

El hecho de que merced al contrato, y en general merced al negocio, los otorgantes persigan un fin jurídico no significa que la validez de aquél presuponga que los protagonistas hayan de ser necesariamente conscientes de todos los efectos que el negocio está destinado a

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

producir. La exacta comprensión de lo que un negocio jurídico es, exige distinguir entre el contenido, el fin, y los efectos del negocio jurídico.

El contenido del negocio, o el contenido de las declaraciones de voluntad que integran el negocio, está constituido por aquello que los interesados declaran querer. El negocio jurídico es un precepto de autonomía privada, y en tal sentido no se concibe si las declaraciones que lo constituyen no contienen una reglamentación de los intereses de las partes. Todo negocio jurídico, según cuál sea su clase, tiene un contenido mínimo que debe ser suministrado precisamente por los otorgantes. Este contenido mínimo es lo que en la terminología clásica se llaman "elementos esenciales" del negocio. No puede haber compraventa si las partes no establecen que quieren vender y comprar una cosa determinada por un precio también determinado. Obviamente son los propios contratantes quienes tienen que señalar la cosa y el precio que serán el objeto del contrato. En otros negocios más complejos el contenido mínimo que han de establecer los contratantes es menos simple y elemental. Si se pretende constituir una sociedad anónima o de responsabilidad limitada no basta la declaración de querer constituir una sociedad de esta clase, ni siquiera es suficiente determinar lo que cada socio aportará a la sociedad. Hace falta que el acto constitutivo, por lo que se refiere al derecho español, determine las menciones que establecen los artículos 11 de la ley sobre régimen jurídico de las sociedades anónimas, o 7º de la ley sobre sociedades de responsabilidad limitada. El notario, como jurista y en cumplimiento de su misión de captar e interpretar la voluntad de las partes, y de adaptarla a las formalidades necesarias para su eficacia, ha de llamar la atención a los otorgantes sobre la necesidad de que determinen y concreten ese contenido mínimo indispensable que sólo mediante sus declaraciones de voluntad se puede establecer.

El fin del negocio es el resultado económico jurídico que las partes se proponen conseguir con él y que efectivamente consiguen en la medida en que ese resultado es considerado lícito por el derecho positivo. El fin del negocio es lo que generalmente se entiende por causa del mismo. La causa puede considerarse desde el punto de vista de los contratantes o desde el punto de vista del ordenamiento. Cargar el acento sobre cada uno de estos dos matices ha dado lugar a dos concepciones contrapuestas sobre la causa: la teoría subjetiva y la teoría objetiva de la causa. La contraposición debe considerarse superada. Resulta evidente, de una parte, que el resultado económico jurídico del negocio ha de ser valorado por el derecho objetivo, y el resultado de esta valoración tiene carácter decisivo, pues sólo en tanto el ordenamiento considere que ese resultado es digno de protección podrá alcanzar la categoría de causa del negocio; pero no es menos cierto, de otra, que ese resultado ha de ser querido por las partes, ha de constituir la finalidad primaria y básica que se proponen conseguir para que el negocio sea efectivamente tal negocio(89)(1591). La causa, por último, sirve para distinguir los contratos (o negocios jurídicos) típicos de los atípicos. En consideración

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

a los objetivos que habitualmente se persiguen y que el derecho considera lícitos, el ordenamiento contempla, en particular, toda una serie de hipótesis negociales a las que dota de reglamentación propia. Pero admitido el principio de la autonomía de la voluntad (con todas las restricciones o limitaciones que se quiera), es menester admitir la viabilidad de negocios que no respondan a ninguna causa típica. Basta a tal fin que el resultado encaje dentro de los esquemas generales formulados sobre la causa (cfr. artículo 1274 del Cód. Civil español) o que pueda justificarse en criterios similares que los que sirven para sancionar la eficacia de los negocios típicos.

También con relación al fin del contrato el notario tiene mucho que hacer. No es sólo que debe denegar su intervención cuando las partes se propongan realizar un negocio que persiga un resultado prohibido por la ley o que de suyo sea ilícito(90)(1592). Es que, muchas veces, para alcanzar el mismo resultado práctico, cabe seguir un camino jurídico diferente que puede resultar más conveniente que el inicialmente previsto. El asesoramiento del notario determinará muy a menudo que los otorgantes celebren un negocio diverso del primeramente convenido. El objetivo práctico quedará igualmente alcanzado aunque el resultado económico jurídico del negocio sea, en principio, diferente. No me refiero, claro está, a los llamados negocios indirectos(91)(1593) que se caracterizan, según la definición de Ascarelli(92)(1594), porque mediante ellos se utiliza un negocio típico para alcanzar por medio de él fines que son diversos a los peculiares del negocio utilizado, sino a la sustitución del negocio pactado por otro diferente cuyos fines son realmente queridos y que a pesar de ser distintos de los que perseguía el primero, sirven, no obstante, para alcanzar el mismo fin práctico. Me he referido en otra ocasión(93)(1595) a un supuesto muy frecuente en España, y supongo que también bastante extendido por otras latitudes. El dueño de un terreno lo entrega a un constructor para que éste edifique en él, de modo que a cambio del suelo su dueño recibirá la propiedad de determinados departamentos en el inmueble ya construido. El contrato, pactado inicialmente como permuta de cosa presente (el solar) por cosa futura (los pisos que serán entregados por el constructor al dueño del suelo) es susceptible de articularse a través de otras fórmulas. Por ejemplo, venta de una participación indivisa del solar equivalente al coeficiente de participación en el inmueble de los departamentos que pertenecerán al constructor, a cambio de la obligación de éste de aplicar el precio a la construcción del edificio, que queda ab initio adscrito al régimen de propiedad horizontal con indicación de los pisos o departamentos que han de pertenecer a las dos partes.

Consideremos, por último, los efectos jurídicos del negocio. Llamamos efectos jurídicos del negocio al complejo de derechos y obligaciones que el mismo produce y que integran la relación negocial. Los efectos jurídicos del contrato, como de todo negocio jurídico, dimanen en rigor del derecho objetivo. En este orden de cosas el planteamiento de Kelsen parece totalmente correcto. Cuando se pregunta cuál es el fundamento

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de la obligatoriedad del precepto (o norma) contractual, la respuesta radica en el hecho de que una norma de rango superior (la ley, o, en su caso, la costumbre) considera el contrato como una situación de hechos creadora de derecho. El fundamento de la obligatoriedad del contrato queda reducido al de la ley o norma que lo admite. En segundo lugar la pregunta acerca del fundamento de la obligatoriedad de los contratos puede dirigirse a conocer las razones por las cuales el legislador ha instituido el contrato como una situación de hecho creadora del derecho.

Esta es una cuestión de política jurídica que admite diversas respuestas. Una de ellas puede (y debe) ser que el contrato es el modo normal de producirse la persona en la vida de relación. Y en la medida en que el derecho positivo ha de encontrar su fundamento en el derecho natural, y éste postula la libertad e independencia de la persona, aquél debe proporcionar a los individuos el cauce adecuado para que aquéllas puedan realizarse. La doctrina normativa, pues, puede perfectamente armonizarse con el principio de respeto a la autonomía privada sin caer en los excesos y exageraciones del puro positivismo jurídico.

El hecho de que los efectos jurídicos del negocio dimanen directamente de la norma y la circunstancia de que esta los sancione como señal de respeto a la autonomía privada explica dos cosas. En primer lugar, los efectos jurídicos básicos o esenciales del negocio han de ser queridos por los otorgantes. De lo contrario el negocio jurídico perdería su significado como precepto de autonomía privada y hasta conceptualmente quedaría privado de sentido. El propósito, o la voluntad, de conseguir estos efectos esenciales se identifica con la causa (entendida en sentido subjetivo). Pugliatti(94)(1596)define la causa como la síntesis de los efectos jurídicos esenciales del negocio. Esto es verdad incluso para los llamados contratos reglamentados en que la regulación de los efectos del contrato queda sustraída totalmente (o casi totalmente) a la autonomía de la voluntad. En segundo lugar, la concepción moderadamente normativista del negocio justifica y postula la innecesidad de que todos los efectos jurídicos que produce el negocio tengan que ser queridos por los contratantes.

La regulación legal del negocio nos sitúa frente a efectos de tres clases. Los primeros son aquellos que se producen precisamente porque son queridos por los interesados. La norma se pone al servicio de la voluntad de los particulares y atribuye a sus declaraciones los efectos que éstos se proponen alcanzar. La reglamentación de la relación negocial es, pues, obra de la voluntad de los particulares, a la que el derecho positivo presta su sanción. Como hemos señalado, esto ocurre siempre y en todos los negocios, al menos respecto de los que podríamos llamar efectos básicos. Pero también otros aspectos de la relación negocial pueden ser normados por la voluntad. El mayor o menor margen de actuación que el derecho objetivo concede a la autonomía de la voluntad en este sentido depende, claro es, de múltiples factores: naturaleza del negocio de que se trate, trascendencia social del mismo, potencialidad económica de los contratantes, circunstancias de coyuntura o de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

mercado, etc.

En el polo opuesto se sitúa la disciplina o regulación imperativa o coactiva de los efectos del contrato. La ley, en base de un determinado negocio jurídico, establece que las partes tienen ciertos derechos a los cuales no pueden libremente renunciar. Los efectos jurídicos del negocio, en estos casos, vienen pues predeterminados por la ley a través de normas imperativas. Las partes no pueden eliminar ni modificar esos efectos jurídicos. La cláusula contractual que los contradiga será nula. El problema es saber hasta qué punto la nulidad de la cláusula arrastra la de todo el negocio (nulidad total) o si éste puede salvarse mediante la amputación de la cláusula contraria a la ley (nulidad parcial). La solución no puede ser uniforme. A veces la propia ley determina que las cláusulas contrarias a derecho no hacen nulo el negocio sino que debe tenérselas por no puestas (cfr. por ejemplo, los artículos 641, 737-2°, 767-2°, 786, 793, 794, 814, 1155, 1476, 1691 y otros del Cód. Civil español). En otras, la nulidad parcial se impone como remedio obligado para evitar el fraude de la ley(95)(1597). La regla general, no obstante, debe ser respetuosa con la voluntad de las partes. La nulidad total o parcial dependerá de la trascendencia que la cláusula en cuestión tenga respecto de todo el negocio, de acuerdo con la común intención de las partes, rectamente interpretada(96)(1598).

Por último, en situación intermedia se encuentran los efectos jurídicos establecidos por normas o preceptos dispositivos. La ley no impone estos efectos a las partes, como ocurre con los dimanantes de la regulación imperativa o coactiva del negocio, sino que se limita a establecer una reglamentación supletoria para el caso de que la declaración de voluntad no haya previsto determinados extremos que debían haber sido normados.

Esta clasificación en tres grupos de los efectos de negocio pone claramente de relieve que no es menester que todos esos efectos tengan que ser queridos por las partes. Los efectos dimanantes de normas imperativas se producen aunque las partes no los hayan querido, y los fundados en preceptos de derecho dispositivo deben su existencia precisamente a que no han sido previstos por las partes.

Así las cosas volvamos al punto de partida que ha justificado esta digresión, tal vez larga, pero necesaria. ¿En qué medida el error de las partes sobre los efectos jurídicos del contrato vicia el consentimiento y determina la anulabilidad de aquél? El tema se enlaza con toda una serie de cuestiones que afectan a la trascendencia jurídica del error en general. Como ha señalado con acierto Diez Picazo, el tratamiento del error como vicio del consentimiento debe ser diferente al que reciben los demás vicios de la voluntad. Así como en éstos - violencia, coacción, dolo - nos encontramos en presencia de un elemento ilícito(97)(1599), en el error propiamente dicho, o error espontáneo(98)(1600)no hay ilicitud ninguna. La relevancia o irrelevancia del error sólo puede decidirse examinando el conflicto de intereses existente entre las partes, que vendrá provocado por la pretensión de una de ellas de desligarse del

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

negocio y la pretensión de la otra de cumplirlo. El problema, pues, consiste en saber hasta qué punto es justo que quien se ha equivocado puede apartarse del contrato, o, por el contrario, debe quedar, pese al error, vinculado por aquél. Este planteamiento nos aleja claramente de la aplicación purista de la teoría de los vicios del consentimiento para llevarnos al terreno de la justa o injusta lesión de los intereses en juego, ya que de continuar aferrados a la primera tendríamos que concluir, en buena lógica, que el consentimiento de quien ha incidido en error es un consentimiento viciado (*non videntur qui errant consentire*), de donde se seguiría que todo contrato en el que ha mediado error es un contrato impugnabile. La seguridad del tráfico, y también las exigencias de la justicia, obligan a abandonar esta solución radical para hacerla depender de tres factores: excusabilidad o inexcusabilidad del error, carácter básica o esencial del mismo, y situación de la contraparte frente a quien se alega el error(99)(1601).

Respecto del primer requisito ya hemos indicado que, en términos de principio, no puede sostenerse que el error de derecho, por el solo hecho de serlo, constituya un caso de error inexcusable. La excusabilidad o inexcusabilidad del error habrá que ponderarla en función del grado de cultura de quien alega el error; de la circunstancia, ciertamente fundamental de si contó o no con algún asesoramiento antes de contratar, etc. En orden al carácter básico o esencial del error, creemos que el error de derecho, en tanto se refiera a los efectos jurídicos del contrato, no es necesario que verse sobre los efectos básicos o fundamentales. También la suposición (incorrecta) de que el negocio surte unos efectos que en realidad no produce, puede haber sido la razón por la cual uno de los contratantes se decidió a celebrar cierto contrato en las condiciones particulares en que lo hizo. Finalmente la posición de la contraparte debe ser, a nuestro juicio, decisiva a la hora de valorar la eventual trascendencia del error sobre los efectos jurídicos del negocio. Si no median circunstancias de las que pueda claramente inducirse que el destinatario de la declaración conoció el error podiendo por el emisor de aquélla y el carácter esencial de tal error, no debe admitirse la impugnación.

La teoría de la responsabilidad negocial, que aplicada al tema del error, conducirá en muchos casos a negar que el negocio pueda ser anulado, adquiere especial interés frente al supuesto de error en los efectos jurídicos del contrato. En todo caso, no parece que el error pueda tener relevancia si versa sobre los que el negocio debe producir imperativamente, cuando tales efectos han sido predispuestos para proteger a la parte contratante que se estima socialmente más débil(100)(1602).

Innecesario es decir hasta qué punto la intervención del notario, en la fase de gestación del contrato, es decisiva en orden a evitar que se produzca esta especie de error iuris. Cuando el contrato llegue ya perfeccionado a la notaría la posición del notario es mucho más delicada. Deberá constatar hasta qué punto las partes son conscientes

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de los efectos que se siguen de su declaración de voluntad, y habrá de interpretar ésta para saber si aquéllas han atribuido al negocio un efecto que de suyo no produce, o que no puede producirlo por haberse redactado defectuosamente el texto del contrato. En cualquier caso, es preferible que los problemas inherentes a la impugnación del negocio por error en sus efectos se planteen antes de que aquél haya sido consumado. De aquí también la conveniencia de exigir la forma pública notarial, como requisito ad solemnitatem, en aquellos negocios que por su especial complejidad puedan dar lugar con frecuencia a errores sobre su exacto alcance jurídico. Como dicen Gardey y Gutiérrez Zaldívar(101)(1603), al criticar el Anteproyecto de Ley General de Sociedades para la República Argentina, que pretende suprimir el requisito de la escritura pública para la válida constitución de las sociedades mercantiles, la escritura pública establece una formalidad para que no haya fraudes ni se sufran errores, para dar seguridad legal al acto, y de esta forma evitar litigios.

16) La potestad de redacción del notario, por lo que a las escrituras públicas se refiere, quiebra, aunque con limitaciones importantes, en dos casos. Se trata en primer lugar de la elevación a escritura pública de un documento privado previamente otorgado por los otorgantes. Se refiere especialmente a esta hipótesis el artículo 1224 del Cód. Civil español. En segundo término hay que considerar el supuesto de que los otorgantes pretendan que la escritura se formalice con arreglo a la minuta que ellos mismos facilitan al notario. Alude a esta posibilidad el artículo 147 del Reglamento Notarial español.

La elevación a escritura pública de un documento privado nos sitúa ante una escritura de tipo confesorio. Los otorgantes reconocen o confiesan haber celebrado con anterioridad un contrato que ahora desean convertir en público. Sobre este tipo de escrituras, a las que después dedicaremos también alguna atención, hay que formular algunas observaciones. Primeramente la confesión, según hemos apuntado antes, supone la reiteración de las declaraciones de voluntad hechas y contenidas en el documento privado que se eleva a escritura pública y se une al protocolo. La práctica notarial española en presencia de esta clase de escrituras incluye la fórmula de que los otorgantes "se ratifican" en el contenido del documento que se protocoliza. Esto explica que el notario deba calificar el documento privado en cuanto a su contenido. Si el negocio jurídico es contrario, en todo o en parte, a la ley, a la moral, o a las buenas costumbres, el notario debe denegar su autorización (artículo 145 del Reglamento Notarial español). Lo mismo acontece si el texto del documento no establece las menciones necesarias para que el negocio pueda entenderse completo, y sin perjuicio de que pueda completarse por medio de la escritura de reconocimiento. En segundo lugar, si el texto del documento está establecido en forma confusa, de tal forma que del mismo no se desprenda con claridad cuáles son los derechos y obligaciones de las partes, entendemos que el notario puede y debe negar su intervención, a no ser que aquél se aclare. Por último, el notario

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

tiene que identificar a los comparecientes y emitir el juicio de capacidad. Veamos ahora la redacción de la escritura con arreglo a minuta. Como hemos significado reiteradamente, el notario latino no está sujeto a la carga que representa tener que transcribir en el instrumento el texto redactado por un profesional del derecho. En tanto el notario latino, para serlo en su integridad, debe ser, también un jurista, y precisamente un jurista especializado en la articulación de negocios jurídicos, posee, de suyo, la potestad de redactar el texto de las declaraciones de voluntad negociales que han de integrar el negocio. Pero cabe, indudablemente, que los otorgantes prefieran que el tenor de sus declaraciones escritas se acomode, precisamente, a un texto elaborado por ellos, generalmente con el asesoramiento de terceros, quienes no siempre reúnen las condiciones de competencia técnica apetecidas. El artículo 696 del Cód. Civil español, con relación al testamento abierto, establece que cuando el testador presente por escrito su declaración testamentaria el notario redactará el testamento con arreglo a ella. Con carácter general el artículo 147 del Reglamento Notarial dice que "siempre que los otorgantes entreguen al notario proyectos o minutas relativas al acto o contrato que sometan a su autorización éste lo hará constar así, sin perjuicio de revisarlos y rectificar su redacción con anuencia de aquéllos, al efecto de que expresen clara y concretamente el sentido de las declaraciones de voluntad y los convenios que comprendan. Si los otorgantes o las partes contratantes insistieran en la redacción propuesta al notario, podrá éste negarse a la autorización o salvar su responsabilidad haciendo constar las advertencias procedentes al final del instrumento público". Entendemos que la exacta comprensión de este precepto requiere alguna aclaración.

Sin duda, si la minuta presentada por los otorgantes no cumple los requisitos de fondo necesarios para la plena eficacia del negocio, el notario debe excusar su intervención. Le obliga a ello el artículo 145 del Reglamento Notarial antes aludido y su propia condición de jurista y profesional del derecho. Esta afirmación es naturalmente válida para el caso contemplado por el artículo 696 del Cód. Civil, al que ya hemos aludido. Cosa distinta es que la minuta sea poco clara. A nuestro juicio, si la oscuridad es tal que el instrumento, de reproducir la minuta, originará fundadamente dudas sobre la interpretación y alcance del negocio que pretende formalizarse, el notario debe también denegar su intervención. No olvidemos que el notario latino es un instrumento puesto al servicio de la seguridad jurídica y, por tanto, sería un absurdo contrasentido obligarle a admitir minutas que, a su juicio, pueden dar lugar a confusiones, interpretaciones ambiguas, y, por consiguiente, a litigios. Sin embargo, tampoco es aconsejable que el notario exagere su celo en este sentido. Desde el momento en que la ley permite a los otorgantes presentar una minuta al notario éste debe examinar la misma con ojos neutrales. No debe negarse a la autorización por el hecho de que el tecnicismo no sea, a su entender, totalmente ortodoxo, siempre que la voluntad de los otorgantes esté claramente expresada. No parece

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

necesario, cuando se trata de documentos extendidos con arreglo a minuta, que estén redactados en "estilo puro y preciso" como dice el artículo 148 del Reglamento. Debe bastar en general que se observe "la verdad en el concepto y la propiedad en el lenguaje" según reza el propio precepto, sin que sea necesario extremar el rigor al juzgar la redacción de la minuta en su aspecto técnico o literario, siempre que, insistimos, aquélla sea suficientemente clara y expresiva, de modo que los derechos y obligaciones de las partes queden establecidos de forma que no deje lugar a dudas. Se trata en suma de una cuestión que el notario deberá resolver con tacto y prudencia.

Lo que parece improcedente(102)(1604)es que el notario acepte la minuta defectuosa e intente salvar su responsabilidad con la advertencia consiguiente. Una de dos: o el notario considera que la minuta es inadmisibile, y en tal caso no debe autorizar el documento, o si la minuta le parece aceptable, y los otorgantes insisten en que el documento se extienda con arreglo a ella debe recogerla en el instrumento sin hacer advertencia de ninguna clase. Semejante advertencia no basta para salvar su responsabilidad, y, en cambio, arroja una sombra de sospecha sobre la validez del negocio documentado.

17) La potestad de redacción del notario se encuentra también notablemente mediatizada frente a los llamados contratos de adhesión. Con esta expresión, acuñada por Saleilles, se designan aquellos supuestos en los cuales una de las partes, generalmente un empresario mercantil o industria! que contrata en masa con sus clientes, establece un contenido previo para todos los contratos de un mismo tipo que la empresa realice. La característica más importante de estos contratos es que en ellos no existe una fase de discusión del posible contenido del contrato. De hecho. las cláusulas del contrato de adhesión no pueden ser más que pura y simplemente aceptadas. Si los interesados desean contratar han de hacerlo aceptando el contenido que, con carácter inmodificable, se da al contrato.

Las dos cuestiones fundamentales que plantean los contratos de adhesión son éstas: ¿Hasta qué punto puede decirse que quien entra en relación con la gran empresa y se adhiere a las condiciones prefijadas por la misma otorga un verdadero consentimiento y celebra, por tanto. un genuino contrato ? ¿ Qué medios jurídicos existen para evitar o reprimir los abusos a que puede dar lugar la desigualdad existente, en el plano económico y en el técnico, entre las dos partes contratantes?

La primera de estas dos cuestiones ha dado lugar a teorías contrapuestas. Se ha dicho que los contratos de adhesión no son verdaderos contratos sino que se trata de la concurrencia de una voluntad unilateral que dicta la ley del contrato, y de un acto de adhesión de otra voluntad a la ley que le ha sido propuesta. Pero tal vez esta manera de concebir el contrato de adhesión sea exagerada. En rigor, la relación jurídica sólo nace mediante el acuerdo. La parte que se adhiere es libre (al menos en sentido estrictamente jurídico) de aceptar o no el contenido contractual que se le propone, y, por consiguiente, aunque no

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

haya discusión previa (lo que tampoco es estrictamente necesario para que el contrato se perfeccione) si media consentimiento entre los sujetos contratantes. Únicamente suscitan serias dudas al respecto las llamadas "condiciones generales de la contratación". Son éstas aquellas que convienen entre sí las empresas que trabajan en un mismo sector para imponerlas en los contratos que cada una de ellas celebre con su clientela. En la medida que estas condiciones generales forman parte del texto contractual que se somete a la aprobación de la contraparte no hay peculiaridad alguna. O se aceptan (y entonces debe entenderse que el consentimiento las comprende) o se rechazan, y en tal evento el contrato no llega a celebrarse. Pero la dificultad surge cuando estas condiciones generales no se integran en el texto contractual. Se hace preciso entonces adoptar una de estas tres posturas: presumir su aceptación tácita, articular su obligatoriedad independientemente del consentimiento contractual, o estimar que carecen de fuerza de obligar.

La segunda posición pretende atribuir a las condiciones generales de la contratación rango de derecho objetivo. Pero en defecto de una norma positiva que expresamente les atribuya este rango y que en derecho español no existe(103)(1605), sólo puede fundarse su obligatoriedad en la consideración de que las llamadas condiciones generales de la contratación dan lugar a verdaderos usos mercantiles. Los usos mercantiles, como en general el derecho consuetudinario, es fuente formal y material del derecho, bien que de segundo grado respecto de la ley según disponen los artículos 6º del Cód. Civil y 2º del Cód. de Comercio. Esta tesis, defendida por nuestro más ilustre mercantilista, el profesor Garrigues. ha sido exhaustivamente contradicha por De Castro(104)(1606).

No puede admitirse dice De Castro, insertar en el sistema de fuentes de nuestro ordenamiento jurídico una fuente nueva deducida sin más, de las condiciones impuestas por una clase social. Las reglas preestablecidas por las empresas tampoco son fuentes del derecho como usos mercantiles. Los usos son normas creadas de forma anónima y espontánea que se manifiestan y aparecen a través de un comportamiento o de los modos de vivir de una comunidad o de un grupo humano. Es obvio que ello no ocurre en el supuesto examinado.

Por consiguiente. las condiciones generales de la contratación sólo vincularán a la contraparte si forman parte del contexto del contrato, o si, aunque así no sea, se remite expresamente a ellas declara conocerlas y las acepta.

Puntualizada la verdadera naturaleza de los contratos de adhesión, hay que abordar el segundo problema. ¿Cómo evitar los abusos? ¿En qué medida estos contratos deben merecer, bajo algunos aspectos, un tratamiento diverso de los demás?

Diez Picazo(105)(1607)propone tres directrices fundamentales, que reputamos correctas: 1ª) La interpretación de los contratos de adhesión no se puede fundar en "la común intención de los contratantes" sino en consideraciones eminentemente objetivas. Destacan en este orden de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

cosas los artículos 1286, 1288 y 1289 del Cód. Civil español. Según el primero de estos preceptos, las palabras que puedan tener diversos significados serán entendidas en aquel que sea más conforme con la naturaleza y objeto del contrato. El artículo 1288 establece que la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no podrá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad (es decir, en nuestro caso a la empresa que dictó unilateralmente las condiciones del contrato). Finalmente el artículo 1289 sienta, para resolver las dudas en los contratos onerosos, el criterio de la "mayor reciprocidad de intereses". 2ª) Debe ser tenida muy en cuenta la regla de integración del contenido contractual subrayada por el artículo 1258 del Cód. Civil español: los contratos obligan no sólo a lo expresamente pactado sino también a todas las consecuencias que sean conformes a la buena fe, los usos y la ley. 3ª) Finalmente deben ser puestos en juego los criterios que dimanen de los límites impuestos a la autonomía privada y a las exigencias de la conmutatividad de intereses en el comercio jurídico. Desde este punto de vista puede llegarse a la ineficacia parcial del contrato mediante la nulidad de alguna de sus cláusulas. No sólo deben considerar nulas las cláusulas contrarias al orden público o a las condiciones éticas imperantes, o que conculquen normas imperativas atinentes al tipo contractual de que se trate. Es menester atender también a las que usualmente se llaman normas de derecho dispositivo. El carácter dispositivo de tales normas no es siempre claro. Salvo disposición expresa de la propia ley que permite libremente desplazar por acuerdo su contenido, debe entenderse que dichas normas, aunque destinadas a suplir la insuficiencia del contenido contractual concreto, responden, como dice De Castro, a la regulación de los intereses de las partes que el legislador considera más justas. No parece pues, especialmente en los contratos de adhesión, que tales normas puedan ser desplazadas, sin más ni más, por imposición unilateral de una de las partes. Parece necesario que su eliminación debe venir acompañada de una contrapartida que sirva de justificación a su sustitución por una reglamentación diferente.

Hasta épocas relativamente recientes los contratos de adhesión no solían llegar a la notaría. Los ejemplos clásicos de contratos de adhesión se registran en materia de contratos bancarios, seguros, transportes, suministros de energía eléctrica, agua potable, gas, teléfono, etc. Rara vez contratos de esta clase se formalizan notarialmente. Sin embargo, la moderna sociedad de consumo se va planificando de forma tal que contratos cuyo objeto está constituido por otra clase de bienes se sujetan también a la contratación en masa. El tráfico inmobiliario, sobre el cual incide preferentemente la actividad notarial, tiende, cada vez con mayor frecuencia, a masificarse. En un doble sentido. Por una parte, es casi imposible acometer la promoción y construcción de grandes bloques de viviendas, o la urbanización de extensas zonas de terreno, sin acudir al crédito que brindan las instituciones bancarias, públicas o privadas. De otra, las ventas de viviendas, parcelas, apartamentos o chalets, se

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

celebran entre una gran empresa promotora o constructora y personas particulares. Tanto en un caso como en otro nos encontramos, habitualmente, ante verdaderos contratos de adhesión. El Banco, al conceder un crédito al promotor con la garantía hipotecaria de los terrenos o de los edificios en construcción señala unilateralmente las condiciones de los préstamos. Los promotores al vender a los particulares tratan el inmueble como un producto comercializado más, y establecen el modelo de contrato por el cual ha de pasar el comprador, quien, generalmente, sobre todo si se trata de viviendas para gente modesta, no se halla en situación de discutir las condiciones de la compra.

Ahora, pues, los contratos de adhesión acceden con más frecuencia a la notaría. Estos contratos (me refiero ahora especialmente a los de venta) han sido formalizados, habitualmente por medio de un documento privado, suscripto por las partes antes de acudir al notario. Este se encuentra generalmente ante un hecho consumado. El clausulado de estos documentos privados, aunque no siempre es técnicamente correcto, suele ser casi exhaustivo y deja poco margen al notario para que pueda desplegar su función integradora e interpretativa de la voluntad de las partes.

A mi juicio, nos encontramos aquí ante un tema fundamental que puede afectar de modo trascendental al futuro de nuestra institución. No se trata, claro está, de que el notario pretenda combatir la contratación en masa, y quiera intervenir directamente en la gestación de cada uno de esos contratos. Semejante pretensión es inviable y está condenada de antemano al fracaso. Pero el notario no puede, ni debe, cerrar los ojos ante el clausulado de los contratos de adhesión limitándose a darles su visto bueno en el caso de que no infrinjan directa y abiertamente la ley. Inciden en la cuestión muchos factores que es menester destacar aquí. Ante todo y sobre todo el notario debe guardar su independencia frente a la gran empresa. Ser notario del Banco Z o de la Constructora H, sólo es admisible en tanto en cuanto el notario advierta que es, al mismo tiempo, el notario de la persona que contrata con aquellas entidades. El gran peligro que la contratación en masa entraña para la función notarial es, sobre todo, la influencia nociva que puede ejercer sobre uno de los deberes que sobre él pesan: el deber de imparcialidad. Si el notario, tentado por los emolumentos que puede proporcionarle la gran empresa, que es su cliente, se preocupa sólo de defender los intereses de éste, y trata sólo de sacar adelante las escrituras que aquel le proporciona, olvidándose de la otra parte, contribuyendo a cubrir con una cortina de humo cláusulas de licitud dudosa, o si utiliza sus conocimientos y su prestigio para que el particular acepte un contrato que no acaba de convencerle, abdica de uno de los deberes más importantes que su función le impone, arruina, a la larga su propio prestigio, y, lo que es peor, pone en entredicho, ante el público, la seriedad, la competencia y la honestidad de la función notarial.

Veamos ahora cuál debe ser la actitud del notario. En primer término y

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

en la medida que efectivamente sea el notario de la parte más fuerte, ha de procurar controlar a priori, es decir antes de que sean firmados por los particulares, el texto de los documentos privados que formalizarán prima facie el contrato. Esto no es tan difícil de conseguir allí donde el notariado goza del prestigio que debe tener. No es extraño que el notario que ha intervenido en la autorización de las escrituras previas (compra de los terrenos, declaraciones de obra nueva, divisiones horizontales, etc.), sea de hecho el asesor jurídico de la empresa, al menos parcialmente, en todo cuanto se refiere a la preparación y desarrollo de la operación proyectada. En tal evento es probable que los contratos-tipo sean sujetos previamente a la supervisión del notario, e incluso que se solicite de él la redacción de una minuta o proyecto que servirá de base para establecer los contratos definitivos. Innecesario es decir hasta que punto, si tal cosa sucede, el texto de estos documentos puede quedar establecido de una forma correcta de modo que se eviten los posibles abusos que antes hemos denunciado.

En cualquier caso el notario, que ha de extender una escritura en base de un documento que formaliza un contrato de adhesión, tiene el derecho y el deber de examinar el contenido de aquél. Debe, naturalmente, oponerse a la autorización de la escritura si dicho contrato, a menos que sea oportunamente rectificado, contiene alguna cláusula que vaya contra la ley. Pero además debe ilustrar al adquirente sobre todas las consecuencias que se derivan de lo que ha firmado, y de las que muchas veces no será plenamente consciente. Vuelve a suscitarse la importante cuestión, estudiada ya anteriormente, de la trascendencia del error de derecho (entendido como error sobre los efectos del negocio). Ya advertimos que para valorar esa trascendencia era elemento esencial ponderar la recíproca situación de las partes. Quien establece unilateralmente las condiciones de un contrato de modo que, de hecho, a la otra parte sólo le quepa la alternativa de aceptarlas o no, debe, para cumplir con diligencia sus obligaciones precontractuales, asegurarse de que la otra parte conoce y comprende el clausulado que va a firmar. No siempre las advertencias del notario determinarán que la escritura no se firme, salvo que los reparos sean tales que el notario considere que debe negarse a la autorización. Pero, al menos, servirán para poner en guardia al comprador sobre sus derechos ante las posibles eventualidades por las que posteriormente atraviere la relación contractual.

En el orden puramente técnico el notario no está obligado a transcribir en la escritura las cláusulas del contrato de adhesión si considera que expresan incorrectamente, o sin la claridad debida, lo que los contratantes quieren realmente declarar. Acontece aquí algo semejante a lo que sucede cuando los otorgantes pretenden que el notario redacte la escritura de acuerdo con una minuta que previamente le facilitan.

Para resumir. No cabe duda que frente a los contratos de adhesión, el papel del notario, como asesor jurídico de los contratantes, como intérprete de su voluntad, y como artífice del negocio jurídico que se

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

plasma en la escritura, no se realiza en su cabal plenitud. Pero esto no quiere decir que quede convertido en un puro y mero fedante. El notario puede y debe cumplir una misión profiláctica que a la larga es susceptible de "sanear" los contratos de adhesión que se someten a la autorización notarial. Para ello es absolutamente imprescindible, como hemos destacado ya, que el notario sea plenamente consciente de la cabal dimensión de la función que la sociedad le encomienda y que sepa sacrificar a ella sus apetencias económicas. Esto es, que sepa ser notario en lugar de convertirse en un instrumento pasivo al servicio de los poderosos.

18) El notario no sólo ha de interpretar la voluntad de las partes. Tiene además que interpretar y aplicar las normas de derecho positivo referentes al caso concreto que ante él se plantea. Hemos dicho anteriormente que el notario debe averiguar lo que las partes realmente quieren, si pueden quererlo jurídicamente, y cuáles son los medios más adecuados para alcanzar los fines que se proponen conseguir. Esto exige por su parte una actividad rigurosamente técnica, sumamente matizada, y que no siempre es fácil de cumplir. Por de pronto el notario ante el negocio, o proyecto de negocio, que le someten los interesados ha de enjuiciar la validez del acto tal como los otorgantes pretenden realizarlo. Ello exige muchas veces resolver, con carácter previo, un problema que puede ser sumamente delicado. Saber hasta qué punto la reglamentación prevista por las partes choca o no con preceptos legales de obligada observancia, lo que significa, muy a menudo, discernir si las normas jurídicas atinentes a un determinado negocio jurídico tienen carácter imperativo o meramente dispositivo. La clasificación de las normas, desde este importante y fundamental punto de vista, no es siempre sencilla, pues no es extraño que la naturaleza imperativa o simplemente dispositiva de una norma no esté claramente definida. Puntualizar hasta qué punto una norma legal es dispositiva constituye una de las tareas más importantes que ha de cumplir el notario.

Pero la labor del notario como jurista no se acaba ahí. Ya hemos dicho que el notario puede sugerir a los otorgantes otro tipo comercial distinto al inicialmente convenido pero que sirva, igualmente, para lograr los fines prácticos que las partes quieren conseguir. Además puede acontecer que el negocio en cuestión no sea un negocio típico que cuente con una reglamentación legal. Aunque no sea así, es decir, aunque el negocio sea encasillable en alguna de las categorías comerciales previstas y reguladas por el ordenamiento jurídico, no tiene nada de extraño que la normativa legal sea incompleta. Es decir que no se haya contemplado algún aspecto de la relación comercial interesante desde un punto de vista general, o relevante especialmente para los otorgantes de un negocio jurídico en particular. El notario entonces ha de remontarse a los principios generales del ordenamiento relativos a la materia de que se trate y tiene que hacer uso, generosamente, de la interpretación extensiva o analógica para hallar la solución adecuada.

Puede decirse, pues, que en tales casos, el notario crea, o contribuye a

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

crear, el derecho. Nos encontramos ante una de las más claras manifestaciones del llamado "derecho de juristas"(106)(1608). El notario crea derecho en cuanto que arbitra una solución jurídica para un caso particular supliendo la insuficiencia del derecho escrito. Algo semejante hace el juez, aunque tanto los presupuestos como los resultados de su actividad sean distintos. Difieren los presupuestos porque el juez actúa sobre una hipótesis litigiosa que está obligado a resolver dando la razón a una de las dos partes que litigan, mientras que el notario realiza una labor meramente profiláctica. Actúa para facilitar el ejercicio normal y pacífico de los derechos subjetivos, colabora (en los contratos y demás actos bilaterales) a poner de acuerdo a las partes y no para zanjar un litigio o desacuerdo pendiente entre ellas. El fin último a que responde el notariado como institución consiste precisamente en prevenir los pleitos para evitar que surjan. En segundo término, el juez y el notario actúan con potestades distintas. El juez se halla dotado de imperium. La solución que dicta para el caso controvertido no necesita, para su eficacia, el consentimiento de las partes sino que se impone a ellas. El mandato abstracto contenido en la norma se subjetiviza, mediante la sentencia, para convertirse en un mandato concreto aplicable al litigio en cuestión y que decide éste definitivamente. El notario, por el contrario, sólo actúa como artífice de la *lex privata* que es todo contrato y en general todo negocio, pero el valor vinculante del precepto de autonomía privada dimana de la voluntad de las partes, y no de la voluntad del notario, aunque la de éste contribuya, a veces decisivamente, a formar la de aquéllas. Por otra parte, y aunque los instrumentos públicos están amparados por una presunción de veracidad (todos ellos) y además por una presunción de legalidad (las escrituras públicas), esto no significa que su eficacia pueda parangonarse a la de una sentencia firme. Queda siempre abierta la posibilidad de impugnar esa doble presunción y que el juez declare inexactas las aseveraciones del notario, o equivocados sus juicios técnicos sobre la validez del negocio jurídico formalizado instrumentalmente.

Pese a estas importantes diferencias, tanto el juez como el notario colaboran desde sus puestos respectivos a la creación y elaboración del derecho. Así como el notario no encuentra siempre en la ley la solución apetecida por los particulares, sino que ha de buscarla buceando en sus profundidades, lo mismo tendrá que hacer el juez cuando el caso sujeto a su decisión no pueda subsumirse de modo automático dentro del supuesto de hecho de la norma. En ambas hipótesis, tanto el juez como el notario, crean derecho, con el diferente alcance y significado que hemos destacado.

Pero aún hay más. Los casos, esos casos que han exigido un esfuerzo de adaptación de la norma al caso concreto, o que han obligado al juez o al notario a "fabricar" una solución, fundándose en la analogía, o en los principios generales del derecho, crea un precedente. Las soluciones adoptadas tienden a generalizarse. En el terreno judicial, cuando emanan del más alto organismo jurisdiccional (en España el Tribunal

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Supremo). En el notarial, merced a su adopción por otros profesionales, en particular, por otros notarios, y sobre todo, si alcanzan sanción jurisprudencial.

Esto no significa, sin más ni más, que la elaboración notarial del derecho tenga el carácter de fuente jurídica formal. El problema se ha planteado con especial agudeza por lo que respecta a la jurisprudencia de los tribunales. Se contraponen en este orden de cosas, como es bien sabido, el sistema anglosajón al sistema continental.

En el sistema anglosajón se acepta como doctrina general que las decisiones de los tribunales de justicia son prueba de lo que es derecho común, obligando, por tanto, a todos los jueces posteriores a no ser que la sentencia fuera claramente absurda e injusta(107)(1609). Sobre esta base en Inglaterra tienen valor vinculante absoluto las sentencias del tribunal superior respecto de los tribunales inferiores. En los Estados Unidos la fuerza del precedente es menor. El tribunal inferior debe seguir el precedente del tribunal superior, pero ningún tribunal se considera ligado por sus propios precedentes. La doctrina, no obstante, acentúa el valor de la jurisprudencia al considerar la actividad judicial como la primera y decisiva fuente jurídica.

En los sistemas continentales la primacía de la ley, postulado de su organización jurídica, ha impedido que los precedentes judiciales adquieran valor vinculante. Aunque el tema pueda todavía considerarse polémico no parece que deba prevalecer la tesis de que la jurisprudencia sea fuente formal del derecho y que los fallos de los tribunales de casación, tengan valor vinculante ni para los tribunales inferiores ni para el propio alto tribunal. Esto no quiere decir, claro está, que los fallos jurisprudenciales carezcan de importancia. Es lógico que las decisiones del Tribunal Supremo, sobre todo cuando resuelven de un modo constante y habitual casos análogos, pesen sobre los tribunales inferiores y sobre él mismo. Pero esto no significa, rigurosamente hablando, que dichos fallos, sean fuente formal del derecho, y tengan carácter vinculante.

El problema, en derecho español, se ha planteado por la supuesta contradicción entre el artículo 1692-1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil que permite fundar el recurso de casación por "violación, interpretación errónea o aplicación indebida de la ley o doctrina legal" y el artículo 6-2º del Cód. Civil que al enumerar las fuentes del derecho sólo señala la ley, la costumbre y los principios generales del derecho. Realmente la supuesta antinomia no existe si se perfila claramente el recto sentido de la expresión "doctrina legal". Por doctrina legal no ha de entenderse tan sólo el simple precedente jurisprudencial sino la fijación de un principio general de nuestro ordenamiento jurídico (la "positivación" de ese principio) por el Tribunal Supremo. Esto no significa que un principio general del derecho no pueda ser invocado ante los tribunales de instancia aunque no haya sido sancionado por el Tribunal Supremo. Lo que resulta más dudoso es que, si esto no ha ocurrido, y el principio en cuestión no ha sido alegado ante los tribunales de instancia, pueda

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

fundar por sí mismo un recurso de casación. Pero si el principio fue alegado oportunamente puede ser recogido por el Tribunal Supremo y elevado entonces al rango de doctrina legal.

Todavía es menester formular alguna aclaración. La doctrina legal sólo surge cuando el principio invocado constituye la ratio decidendi de la sentencia. Los razonamientos que se dan a mayor abundamiento, y tienen el carácter de declaraciones accesorias o auxiliares, pero que no son decisivas, tienen el simple carácter de obiter dicta (según la expresión acuñada por el derecho anglosajón) y no constituyen verdadera doctrina jurisprudencial, y menos aún doctrina legal.

El intento de elevar el principio del precedente al rango de fuente formal del derecho se ha planteado colateralmente a través de la identificación del usus fori (forma habitual de resolver casos similares) con el derecho consuetudinario. Pero la identificación no parece admisible. La costumbre descansa en una conducta espontánea de la colectividad. La jurisprudencia puede reconocer y sancionar la costumbre, declararla probada, pero no crearla.

La cuestión, sin embargo, puede enfocarse de diferente forma respecto a la creación notarial de soluciones jurídicas. No se trata aquí, de resolver litigios, ni que la forma habitual de resolverlos cree la costumbre. Antes al contrario. La elaboración notarial del derecho no hace, muchas veces, sino dar forma jurídica a una aspiración colectiva que preexiste a la intervención notarial. Esta no hace sino fijarla, extenderla y canalizarla. Contribuye además a crear la convicción de su virtualidad jurídica. Los mercantilistas piensan las cláusulas de estilo como una fase dentro de la formación objetiva de los usos. Cuando la cláusula de estilo se sobreentiende (o sea, cuando deja de ser cláusula) el uso se considera consolidado.

En el derecho español la sociedad de responsabilidad limitada surgió a la vida del tráfico mucho antes de que fuera reconocida como forma social típica por el derecho positivo. Teóricamente nació al amparo del criterio de libertad de forma (en cuanto a los tipos sociales) que parecía aceptado por el artículo 122 del Cód. de Comercio. De hecho la práctica notarial, al interpretar la voluntad de los particulares, creó una normativa cuasi-consuetudinaria, que mereció la sanción de la jurisprudencia. El derecho de suscripción preferente sobre las nuevas acciones emitidas en caso de aumento de capital no estaba legalmente reconocido antes de la vigente ley sobre sociedades anónimas. En la práctica, todos o casi todos los estatutos sociales recogían su existencia, hasta tal punto que llegó a afirmarse, antes de la nueva ley, que este derecho era de aplicación, aun en caso de silencio de los estatutos, por haber nacido al amparo de los usos mercantiles.

Prescindiendo de llevar hasta sus últimas consecuencias la eventual fuerza creadora del derecho notarialmente elaborado a través de la costumbre, lo que está fuera de toda duda es que las soluciones notariales, cuando son habituales y responden a imperativos de la justicia, acaban por imponerse al propio legislador, que, más pronto o

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

más tarde, concluye por elevarlas al rango de norma legal. Por vía de ejemplo citemos la supresión del derecho de adquisición preferente establecido en la reglamentación de la propiedad horizontal, anterior a la vigente. Este derecho, que en la práctica resultaba sumamente perturbador, venía establecido en la antigua redacción del artículo 396 del Cód. Civil. Se estimó que la norma era dispositiva y por ello los notarios, siguiendo la sugerencia de los particulares, lo eliminaban expresamente de los estatutos de comunidad, con lo cual los propietarios de los pisos o apartamentos podían venderlos libremente. La nueva redacción de aquel precepto, formulada por la ley de 21 de julio de 1960, ha invertido los términos del problema. El derecho de adquisición preferente sólo existe cuando expresamente se pacta en los estatutos de la comunidad.

Los notarios españoles nos esforzamos todos los días por dar cabida en los testamentos al usufructo universal de viudedad establecido por los cónyuges recíprocamente en sus testamentos. Tal usufructo (admitido expresamente en algunas legislaciones forales) tropieza con el inconveniente de que la legítima de los demás legitimarios (en particular de los hijos legítimos) no tolera gravámenes de ninguna especie. Se recurre al artificio de la cautela socini, con base en el artículo 820-3º del Cód. Civil. No es aventurado predecir que si este cuerpo legal experimenta una nueva reforma el usufructo universal acabará por ser legalmente sancionado y reconocido.

En materia de urbanizaciones privadas (como antes cuando se trataba de organizar la incipiente propiedad horizontal) los notarios estamos actuando como pioneros en lucha constante con la insuficiencia de los preceptos de derecho sustantivo y la invasión de normas, a menudo complejas, oscuras, y mal planteadas, procedentes del derecho administrativo.

Para qué seguir. Tal vez lo de menos es buscar para la actividad creadora del notario una dimensión jurídico-formal. Lo trascendente, lo indiscutible, es su constante y vital colaboración al perfeccionamiento del derecho.

B) Potestad de autorización

1) Mientras el documento no se autoriza por el notario no deviene instrumento público. Antes de la autorización sólo hay un proyecto de instrumento, pero no un instrumento público efectivo, aunque si lo documentado es un negocio jurídico y aparece firmado por los otorgantes pueda valer como documento privado (cfr. artículo 1223 del Cód. Civil español) .

La autorización tiene como presupuestos obligados la previa redacción del instrumento, extremo al que nos hemos referido extensamente en el apartado anterior, la comparecencia de los otorgantes, y la prestación de consentimiento de éstos al contenido de la escritura. En las actas basta la comparecencia del requirente y la aprobación por éste de los extremos

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

que han de ser constatados o notificados por el notario, o, en su caso, la conformidad dada a las manifestaciones que el otorgante quiere que se recojan en el acta.

La comparecencia, la lectura del documento, la prestación del consentimiento y la firma (que debe ser suplida por la de otra persona a su ruego cuando alguno de los comparecientes no sepa firmar, según ya hemos indicado) integran lo que en derecho español se llama "otorgamiento", y en derecho francés "passation de l'acte". Para expresar de modo genérico el hecho de la comparecencia, la lectura, la aprobación del texto documental y la firma, tal vez fuera preferible emplear el término "audiencia" que utiliza Núñez-Lagos(108)(1610).

2) La audiencia u otorgamiento y la autorización están presididos por el requisito tradicional de la unidad de acto. Quiere decirse que la concurrencia de los comparecientes al acto de la firma del documento, la lectura de éste, la prestación de consentimiento o aceptación del texto en cuya virtud los otorgantes hacen suyas las declaraciones de voluntad o de verdad que, en su caso, les atribuya el documento, la suscripción del mismo, y las declaraciones del notario que constituyen la autorización, seguida de la firma del propio notario, deben llevarse a cabo sin solución de continuidad(109)(1611).

El requisito de la unidad de acto, problema sobre el que no podemos extendernos aquí con detenimiento, puede entenderse en un sentido formal o sustancial. Sustancialmente sólo cabe referirlo a los negocios bilaterales o plurilaterales, en el sentido de que todos los otorgantes de las declaraciones de voluntad que el instrumento formaliza deben concurrir a la notaría para prestar simultáneamente su consentimiento y firmar el documento. El Reglamento Notarial español, por el mecanismo de las escrituras de adhesión, aceptadas por el artículo 176, permite que estas declaraciones se formalicen en documentos independientes.

Desde el punto de vista formal la unidad de acto se refiere al documento y no al negocio. Quiere decirse que incluso en el caso de los llamados otorgamientos sucesivos, de que acabamos de hacer mención, es preciso que cada documento, por lo que se refiere a la comparecencia, lectura, prestación de consentimiento, firma y autorización se realicen ininterrumpidamente. La legislación notarial española sólo exige la unidad de acto formal de un modo indirecto. El artículo 197- 4º, al disciplinar las actas, nos dice que este género instrumental no requiere unidad de acto ni de contexto, de donde se deduce sensu contrario que dicha unidad es necesaria en las escrituras. El Reglamento, en contemplación de las actas, tiene en cuenta la imposibilidad de que el requerimiento del otorgante y la diligencia que ha de cumplir el notario (constatación de hechos, notificaciones, práctica de pruebas en las actas de notoriedad, etc.) se realicen simultáneamente, y admite, como hipótesis normal, que se puedan cumplimentar en fechas distintas. Esto no quiere decir, sin embargo, que cada uno de los elementos que integran el acta, aunque distanciados entre sí, no deban guardar el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

requisito de la unidad de acto con relación a cada uno de ellos individualmente considerado.

Aun aceptando que la unidad de acto formal es requisito exigido por nuestra legislación, parece necesario preguntarse hasta qué punto su incumplimiento determina la nulidad del instrumento. Frente a las tesis rigoristas que hacen depender la unidad de acto del concepto mismo de documento(110)(1612), nosotros creemos que puede y debe admitirse una interpretación más flexible. La naturaleza del documento no exige que entre la lectura y la firma no pueda mediar un intervalo, ni se opone a que los otorgantes concurren en momentos distintos a otorgar la escritura. La fe pública notarial puede cubrir todos esos extremos sin necesidad de que los otorgantes del documento hayan comparecido al mismo tiempo, o a pesar de que la firma se dilate después de la lectura, por cualquier circunstancia. La unidad de tiempo, dice Carlos Emérito González(111)(1613), no debe ser llevada demasiado lejos. Giménez Arnau(112)(1614)estima, con buen criterio, a nuestro juicio, que la unidad de tiempo debe quedar reducida a la unidad de fecha (o unidad de data). En rigor ningún precepto legal o reglamentario define exactamente lo que debe entenderse por unidad de acto, salvo para el testamento abierto, en que el artículo 699 del Cód. Civil español la exige, con todo rigor, en su sentido más estricto. Tampoco se dice (salvo la misma excepción relativa al testamento) que la falta de unidad de acto afecte a la validez del instrumento. Cosa distinta es la unidad de fecha. El documento ha de tener una fecha y ésta, salvo que el documento pueda descomponerse en subdocumentos distintos, subsumidos en uno principal, como acontece en las actas, sólo puede establecerse cuando el documento está completo.

Sólo si se interpreta con cierta benevolencia la exigencia de la unidad de acto es posible hacer compatibles la observancia de este requisito con las necesidades de la vida moderna. De hecho es imposible, sobre todo en otorgamientos numerosos, que todos los comparecientes concurren a la misma hora ante el notario. El notariado latino debe ser fiel custodio de sus tradiciones en tanto éstas responden a la esencia de su función. Pero tiene que saber adaptarse con flexibilidad en lo puramente accidental. Renovarse o morir, es una verdad que también debemos aplicar a nuestra profesión.

3) La autorización es la sanción que el notario presta al documento. Intrínsecamente, consiste en las declaraciones del notario que se refieren a la veracidad y a la legalidad del documento y su contenido. La primera de estas declaraciones se resume en la expresión tradicional "doy fe". La dación de fe se refiere a la exactitud de los hechos que el documento narra y que han sido presenciados por el notario. Por consiguiente, la dación de fe no abarca (ni puede abarcar) la veracidad intrínseca de las declaraciones o manifestaciones de las partes, sino que estas declaraciones y manifestaciones se han producido en su presencia. Si el documento es un acta y por medio de él se trata de acreditar la certeza de ciertos hechos la fe pública cubre, de una parte, el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

requerimiento del interesado, y la certeza de lo que el notario ha percibido de visu et auditu sui sensibus. La dación de fe es, por tanto, una afirmación terminante y rotunda sobre la realidad de los hechos que el notario presencia. De aquí que la presunción de veracidad que emana de ella sólo pueda ser desvirtuada, como veremos después, por la vía de la falsedad.

4) La autorización del instrumento público incluye, también, al menos en las escrituras públicas, la identificación de los otorgantes. Las declaraciones del notario referentes a este fundamental extremo forman parte de la autorización. El contenido de estas declaraciones es diverso según cuál sea el medio de identificación empleado. El artículo 23 de la Ley Orgánica española, en su redacción vigente, admite además de la fe de conocimiento, los siguientes: testigos de conocimiento, identificación de una parte por la otra siempre que de esta última dé fe el notario de conocerla, referencia a documentos o carnets de identidad con retrato y firma expedidos por autoridades públicas cuyo objeto sea identificar a las personas(113)(1615) y cotejo de firma con la indubitada en un instrumento público anterior en que se hubiere dado por el notario fe de conocimiento del firmante.

La forma normal, en la práctica, de establecer la identificación, es la fe de conocimiento. Es también la que mayores problemas suscita y la que ha dado lugar a encendidas polémicas. Obviamente no podemos detenernos a examinar el tema con todo el detenimiento que merece, y que de suyo justifica un estudio monográfico. Solamente queremos subrayar dos particulares. En primer término, y como destaca la doctrina notarialista más autorizada, la fe de conocimiento no significa que el notario afirme de modo rotundo y categórico, cómo debe hacer respecto de los hechos que presencia, la identidad del compareciente. La certeza absoluta sobre la identidad de una persona, ha escrito González Palomino(114)(1616), planteándose el problema en términos rigurosamente lógicos, no puede lograrse jamás ni siquiera por el propio sujeto interesado. Por tanto, cuando el notario asevera que conoce a una persona lo único que afirma es que le consta que quien comparece ante él es tenido en el tráfico, en la vida ordinaria, en el círculo de sus relaciones, por quien dice ser. Se trata, pues, de una cuestión de notoriedad. Pero la notoriedad, y éste es el segundo extremo que queríamos destacar, no es una circunstancia sobre la cual quepa una evidencia directa e inmediata captada por los sentidos, pues, en sí no es un hecho que el notario presencie. La convicción sobre la notoriedad de un hecho (en nuestro caso la identidad) se adquiere en función de la valoración subjetiva de unos datos que permiten alcanzarla. Esta convicción es, en último término, el resultado de un juicio que el notario forma sobre un conjunto de circunstancias que pueden variar según los casos(115)(1617).

Desde el punto de vista del valor probatorio del instrumento público la identificación del compareciente, aunque no pueda subsumirse en la dación de fe propiamente dicha (incluso aunque el notario haya dado fe

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de conocimiento) viene amparada por la presunción de veracidad inherente al instrumento público, siempre que se haya establecido por alguno de los medios legalmente previstos al efecto. Se trata, por consiguiente, de una circunstancia que el juez debe considerar probada mientras no se demuestre la falsedad del documento. De lo contrario la presunción de veracidad de que gozan las escrituras públicas quedaría notablemente disminuida, pues habría que probar, por otros medios, la identidad de los comparecientes. El artículo 686 del Cód. Civil español lo establece así para el caso concreto del testamento notarial, y, naturalmente, no hay razón alguna que se oponga a que la solución que formula se generalice. Dicho precepto establece que si el notario y dos de los testigos(116)(1618)no conocen al testador, o éste no ha podido ser identificado por medio de testigos de conocimiento, la prueba de la identidad del testador, si el testamento fuese impugnado por este motivo, corresponderá a quien sostenga su validez. Luego en los demás casos se tiene por probada la identidad del compareciente y tendrá que ser quien se oponga a ella quien demuestre lo que dice.

La identificación de los otorgantes es requisito esencial, pues, para que la escritura pública surta la plenitud de sus efectos probatorios. Esto no obstante, la omisión de esta circunstancia no constituye un defecto formal que afecte necesariamente a la validez del instrumento. El artículo 189 del Reglamento español permite, salvo que se trate de testamentos, que se subsane la falta por medio de acta en la que el mismo notario autorizante de la escritura dé fe de que conocía a los comparecientes al tiempo del otorgamiento.

5) En segundo término hemos destacado, entre los hechos que cubre la dación de fe, la lectura del instrumento. Los notarios, dice el artículo 193 del Reglamento español, darán fe de haber leído a las partes y testigos instrumentales (a estos últimos cuando intervengan) la escritura íntegra o de haberles permitido que la lean, a su elección, antes de que la firmen, y a los de conocimiento (también si han intervenido) lo que a ellos se refiera, y de haber advertido a unos y a otros que tienen el derecho de leerla por sí. No es necesario, desde luego, que se dé fe especialmente de estas circunstancias. Basta que se hagan constar en el documento siempre que el notario dé como debe dar, fe de todo su contenido(117)(1619).

En relación con la lectura del documento se suscitan algunas cuestiones que es conveniente aclarar, pues la lectura es requisito esencial para la validez y eficacia del instrumento, ya que, en otro caso, los comparecientes firmarían, como vulgarmente se dice, "en barbecho".

La primera de estas cuestiones es ésta: ¿deben leer los interesados la escritura en presencia del notario cuando deseen leerla ellos mismos? En la versión anterior del artículo 193 la cuestión no era trascendente, pues la lectura por el notario era preceptiva en todo caso. Ahora parece que no. Cabe alternativamente que la escritura la lea el notario o los propios interesados si así lo prefieren. A nuestro juicio, y aunque el Reglamento no lo diga, la lectura, aunque sea hecha por los interesados,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

y esta lectura excluya la del notario, ello no significa que pueda hacerse sin que el notario esté presente. No basta que el notario permita a los otorgantes leer la escritura y que éstos manifiesten que la han leído. En tanto la lectura es presupuesto obligado de la prestación del consentimiento, parece necesario que el notario constate efectivamente que la lectura ha tenido lugar.

En segundo término, la afirmación del notario de que el documento ha sido leído impide que los comparecientes, aunque firmen el documento, opongan la llamada excepción de *schaedula non lecta*. Es posible claro está que una persona firme un documento sin leerlo, y entonces es evidente que su declaración (al menos como tal declaración escrita) carece de valor. Por eso no basta que la firma de un documento sea reconocida por la persona por quien la ha suscripto para que la declaración que el documento contiene le sea imputable. Sin embargo, en beneficio de la seguridad del tráfico debe presumirse que quien firmó el documento lo había leído previamente. De nuestras leyes civiles y procesales parece seguirse que el reconocimiento de la firma equivale a reconocer que el documento ha sido leído, aunque naturalmente quepa la prueba en contrario. Cuando se trata de documentos notariales la excepción citada supone impugnar por falsedad el documento público, pues se trata de un extremo que está cubierto por la fe pública.

Finalmente el Reglamento dispone que la lectura debe ser "íntegra". A nuestro juicio, la integridad de la lectura es un requisito superfluo por lo que se refiere a ciertos extremos del documento que afectan a determinados matices de técnica meramente formal. Así, no tiene trascendencia práctica que el notario lea la dación de fe de conocimiento, y la fórmula que recoge el otorgamiento y la autorización. En cambio sí es esencial, a mi entender, para que la prestación de consentimiento sea consciente, que el notario aclare o explique a los otorgantes lo que la escritura dice. La lectura, hecha muchas veces con voz monótona y cansina, carente de matices, y tal vez demasiado rápida, deja a los otorgantes en la ignorancia real de lo que quiere decir el escrito al que han prestado su consentimiento, aunque tengan, claro está, una idea general de lo que el documento significa. La lectura comentada es a mi entender mucho más importante que la lectura meramente literal.

6) En segundo término la autorización del documento presupone la aseveración del notario de que el acto que se formaliza en la escritura es correcto y legal. El significado de la autorización es especialmente relevante en las escrituras públicas, pues supone que, en opinión del notario, el negocio jurídico concreto que se formaliza en la escritura es válido y eficaz. Ello comporta juzgar que las partes tienen la capacidad necesaria para otorgar el documento (particular que, a su vez, comprende una serie de extremos: capacidad en sentido estricto, legitimación, titularidad, etc.) y juzgar, asimismo, la validez del contenido negocial declarado y consentido. La legislación española no exige expresamente que el notario asevere formalmente que a su juicio el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

negocio que formaliza el documento que autoriza es válido. Sólo obliga al juicio de capacidad (artículo 156 - 8º) de los otorgantes. Pero la aseveración sobre la validez general del negocio documentado está implícita en el hecho de la autorización. No se olvide que el artículo 1º de la Ley Orgánica establece que el notario es el funcionario facultado para dar fe "con arreglo a las leyes" de los contratos y demás actos extrajudiciales. Y el artículo 145 del Reglamento Notarial veda al notario la autorización, de modo general, cuando el acto o contrato, en todo o en parte, sea contrario a la ley, a la moral o a las buenas costumbres.

La aseveración del notario sobre la validez del negocio jurídico documentado implica un juicio. No consiste en la afirmación de que ciertos hechos (los narrados en el documento) han ocurrido en su presencia, sino que vierte una opinión técnica sobre la validez jurídica del acto. En tanto implica un juicio técnico, de ahí se sigue la ineludible necesidad de que el notario esté capacitado para emitirlo. Por ello los efectos que se siguen del juicio del notario sobre la validez del negocio sólo es posible en el sistema de notariado latino, y siempre que el notario sea, como debe ser para acceder al cargo, un jurista con conocimientos contrastados.

Formalmente la autorización se exterioriza por el hecho de que el notario firme el documento(118)(1620). La firma significa que el notario asevera la veracidad y legalidad del documento en los términos que han quedado expuestos.

C) Potestad de conservación y reproducción

Respecto de los documentos intervenidos por notario, y en lo que se refiere a su conservación, caben dos sistemas contrapuestos. O el documento lo conserva el notario, o se hace entrega del mismo a los interesados. En el primer supuesto es necesario, claro está, para que el documento pueda ser utilizado en el tráfico, que se expidan copias o reproducciones del mismo. Estas copias o reproducciones son las que se entregan a quienes tengan derecho a valerse del documento.

El notariado de tipo latino descansa sobre el principio fundamental de que el documento original autorizado por el notario queda en poder de éste. La colección de originales o matrices, ordenada cronológicamente, constituye el registro o protocolo. El notariado de tipo anglosajón, por el contrario, acepta el sistema opuesto. El documento intervenido por el notario se entrega a los interesados. Bien es verdad que, como hemos tenido ocasión de subrayar, el notario anglosajón, como tal notario, ni redacta ni autoriza (en el sentido que esta expresión tiene dentro del sistema latino) el documento en el que interviene. Dentro, pues, de su condición de simple legitimador de firmas, tiene lógica y sentido que el documento sólo pase por sus manos de modo fugaz y que sean los otorgantes quienes lo conserven en su poder.

Supuesto el valor jurídico del documento notarial de tipo latino (o instrumento público), es cosa obligada que el original firmado por los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

comparecientes y por el notario quede bajo su custodia. No se trata sólo de asegurar la conservación del documento y evitar el riesgo de su pérdida o destrucción. Lo esencial es que la única garantía sería de que no se cometerán falsificaciones(119)(1621)consiste en que el propio notario conserve el documento originario de modo que sólo circulen fuera de su control reproducciones o copias. Porque si, evidentemente, la falsificación de cualquier documento constituye un hecho delictivo, susceptible de producir toda clase de perjuicios, los que puede irrogar la falsificación de un documento notarial, habida cuenta de los especiales efectos que produce, serán, con seguridad, y en la mayor parte de los casos, mucho mayores. La conservación del original por el notario supone un seguro contra el riesgo de la falsificación material. Siempre se puede acudir a la fuente, es decir, al registro o protocolo, para comprobar, primero, si el documento realmente existe, y segundo, si la reproducción que se ha exhibido del mismo, es copia fiel y exacta del original.

Por esta razón, que consideramos decisiva, no podemos estar de acuerdo con la tendencia, que se apunta en algunos países de notariado latino, en el sentido de llevar fuera del protocolo determinados documentos. Así en Francia, Bélgica e Italia no se protocolizan los poderes especiales. A nuestro juicio, que un documento tenga predeterminada desde su nacimiento una vida efímera, cual es el caso de los poderes especiales a que nos acabamos de referir, toda vez que tan pronto como se ha otorgado el acto o contrato para el que se confirieron carecen, al parecer, de utilidad, no es razón suficiente para extraerlos del protocolo, o para destruirlos. Siempre puede ser necesario constatar si el poder (o el consentimiento, o autorización) eran o no suficientes para otorgar el acto que motivó su otorgamiento, extremo del que puede depender la validez del acto mismo. La constatación devendrá imposible si el documento se ha entregado al interesado y después desaparece.

Frente a estas consideraciones de superior rango no pueden prevalecer otras fundadas en problemas de tipo práctico referentes al excesivo volumen que, ocasionalmente, pueden alcanzar los protocolos con los consiguientes trastornos y molestias que origina su conservación, y que, muchas veces, dada la índole de ciertos documentos, no se justifican ni siquiera en función de su presunto interés histórico. Pero estos problemas de tipo práctico hay que superarlos por otros procedimientos que no contradigan la razón de ser del protocolo. La redacción escueta de los documentos (sin perjuicio de que en ellos se diga todo lo que se debe decir), la utilización de un tipo de papel fino, la reducción de márgenes y espacios en blanco, son, de momento, paliativos que pueden y deben utilizarse. Por lo demás los avances vertiginosos de las técnicas modernas permiten predecir la posible implantación de sistemas, que respetando lo esencial, es decir la conservación del documento por el notario, obvien la carga, a veces agobiante, de archivar tomos y tomos de protocolo.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Estimamos por tanto que el protocolo notarial - aunque sea por medio de formas evolucionadas - debe mantenerse a todo trance si el documento notarial quiere ser fiel a sí mismo. El largo proceso que se inicia con la notitia dorsal que el notario tomaba al dorso del pergamino que los otorgantes le entregaban para que sobre él redactase la chartae, que pasa por la minuta que el notario conserva, que asciende, después, a la imbreviatura, especie de escritura comprimida, redactada a base de abreviaturas y de las llamadas "cláusulas ceteradas" y que desemboca por fin en el instrumento público propiamente dicho, cuando la chartae original queda en poder del notario, no puede quedar interrumpido por razones de mera comodidad(120)(1622). Sólo los documentos que el notario "interviene" pero que no "autoriza", pueden y deben quedar fuera del protocolo. Es el caso de las legitimaciones de firmas puestas al pie de un documento privado, los cotejos y adveraciones de documentos también privados o de copias de documentos públicos, las transcripciones o testimonios (totales o parciales) de documentos que se exhiban o presenten al notario. Pero permitir que el documento autorizado por el notario, es decir, el instrumento público propiamente dicho, quede fuera de su poder, equivale a desconocer una de sus características esenciales, al cercenar gravemente las garantías de su autenticidad material y al aumentar los riesgos de su extravío o destrucción.

Supuesto que el documento original queda en poder del notario, y pasa a integrar su registro o protocolo, la copia surge, dice Giménez Arnau(121)(1623), como una necesidad ineludible, ya que aquél no puede utilizarse directamente por los interesados. El valor jurídico del instrumento público se transfiere por consiguiente a la copia, la cual viene a ser, según frase del autor citado, "un instrumento público de segundo grado". Se trata de instrumentos de segundo grado porque su valor probatorio, y en general los efectos ligados a la documentación notarial, dependen de que se correspondan exactamente con la matriz. De aquí que cualquier persona a quien la copia pueda perjudicar esté legitimada para solicitar el cotejo de aquélla con el original. El artículo 1220 del Cód. Civil español dispone que si las copias fueren impugnadas sólo tendrán fuerza probatoria cuando hayan sido debidamente cotejadas. Si resultare alguna variante entre la matriz y la copia se estará al contenido de la primera. Es decir en caso de discrepancia entre el original y la copia, y al margen de las causas que hayan dado lugar a esa discrepancia y de las responsabilidades que la misma determine, prevalece el contenido de la matriz. Pero mientras la impugnación no se produzca, o si del cotejo resulta la concordancia entre el original y la copia, ésta surte los efectos propios de todo instrumento público.

En tanto la copia es, según hemos dicho, un instrumento público de segundo grado, de tal modo que mientras no se niegue su coincidencia con la matriz (o si esta coincidencia se comprueba mediante el cotejo) surte los efectos que son peculiares del propio original, se comprende que sólo el notario a cuyo cargo o custodia se encuentra el protocolo

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

puede estar facultado para expedir copias del mismo. La copia autorizada presupone que el notario garantiza la concordancia con su original. El poder fedante del notario se extiende, pues, no sólo a los hechos que se narran en el instrumento público sino también al hecho de que los duplicados que expide del documento que forma parte del protocolo son copia fiel de dicho documento.

La función y la finalidad de las copias justifica que el notario tenga la obligación de expedirlas cuando se las pida quien tenga derecho a ellas. Obviamente sólo quien tenga interés legítimo en el documento puede pretender que se le facilite una copia o duplicado del mismo. Principio fundamental en que descansa la función notarial, según el sistema latino, es el del secreto del protocolo. El respeto a la libertad e intimidad de las personas se opone a que el funcionario público encargado de solemnizar los actos y contratos a través de los cuales se desenvuelve jurídicamente la vida privada de los particulares se pueda divulgar libremente y comunicar a cualquiera el contenido de los documentos que quedaron bajo su custodia. El secreto del protocolo, expresamente sancionado en el derecho español por los artículos 32 de la Ley Orgánica y 274 del Reglamento vigente, se opone no sólo a que el notario exhiba el protocolo a quien quiera examinar su contenido, sino también, y como es natural, a que libre copias de los documentos matrices si no es a instancia de las personas que otorgaron aquéllos.

La legislación española establece que sólo el notario en cuyo poder se halle legalmente el protocolo está facultado para expedir copias u otros traslados o exhibirlo a los interesados. Y el artículo 17 de la Ley Orgánica completado por el artículo 224 del Reglamento concede derecho a obtener copias únicamente a los otorgantes del documento, a las personas a cuyo favor resulte de la escritura algún derecho, ya sea directamente, ya adquirido por acto distinto de aquélla, y a quienes acrediten, a juicio del notario, tener interés legítimo en el documento. Este último supuesto coloca en ocasiones al notario en situación un tanto embarazosa, porque a veces no es fácil puntualizar hasta qué punto quien solicita la copia tiene o no tiene interés legítimo en obtenerla. El respeto al secreto del protocolo, y el hecho de que contra la negativa del notario a expedir la copia quepa recurso de queja (artículo 231 del Reglamento Notarial) aconsejan mantener un criterio relativamente estricto. En la duda sobre la existencia del interés legítimo el notario, a nuestro modo de ver, debe abstenerse de expedir la copia solicitada.

III. EFECTOS DEL INSTRUMENTO PÚBLICO

Hasta aquí hemos examinado en qué consiste el quehacer del notario. Para completar nuestra exposición y para estar en condiciones de puntualizar la esencia de la función que cumple el notario latino, es menester considerar para qué sirve lo que el notario, como tal notario,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

hace.

Sabemos que toda actividad del notario se polariza en derredor del instrumento público. Cuál sea, pues, la utilidad que se sigue de esta actividad es cosa que viene predeterminada por los efectos jurídicos que dimanar de aquél. El valor jurídico del documento notarial nos da la medida - al menos en el aspecto estrictamente legal - de la importancia de la labor del notario.

El instrumento público, como en general cualquier otro documento, tiene, según recordábamos al principio de nuestro trabajo, una doble dimensión. Por una parte es medio de prueba. Por otra, y siempre que tenga por objeto formalizar declaraciones de voluntad, es forma de los negocios jurídicos. Tanto en un aspecto como en otro el documento notarial ocupa un lugar preeminente frente a los demás documentos, como comprobaremos en las páginas que siguen.

Supuesto este doble aspecto que nos brinda el instrumento público se impone estudiar, separadamente, su valor como medio de prueba y su significado como forma de los negocios jurídicos. Naturalmente el examen del instrumento público bajo este segundo aspecto sólo cabe referirlo a las escrituras públicas y no a las actas. Es decir, mientras en las actas el instrumento público sólo cumple una función probatoria, en las escrituras esa función es doble. El instrumento sirve, a la vez, para probar el negocio jurídico y para formalizarlo.

A) Valor probatorio del instrumento público

1) Característica esencial del instrumento público es que su contenido viene amparado por una presunción legal de veracidad. La ley establece que los hechos narrados por el notario en el instrumento público, en tanto los ha presenciado, es decir, los ha constatado de visu et auditu sui sensibus, deben reputarse ciertos mientras judicialmente no sea impugnada la veracidad de la narración y, también judicialmente, se haya declarado que la narración es falsa.

El alcance de esta presunción legal de veracidad nos pone en presencia de toda una larga serie de problemas, estudiados por los procesalistas y los notarialistas. En nuestra opinión, tanto los puntos de vista de éstos, como los mantenidos por la jurisprudencia, no resplandecen, ciertamente, por su claridad. El objeto de esta parte de mi ensayo no tiene por finalidad, obviamente, presentar un estudio exhaustivo sobre la materia, sino tan sólo poner un poco de orden en algo que ciertamente lo necesita.

Parece elemental empezar por el principio. Queremos decir que debemos, ante todo, invocar la norma legal en que se funda la presunción de veracidad. Esta norma, por lo que afecta al derecho español, es el artículo 1218 del Cód. Civil. Los documentos públicos - dice el párrafo primero de este artículo - "hacen prueba, aun contra tercero del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste". Subrayemos, ya desde ahora, que la ley dice que los documentos

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

públicos hacen prueba. La expresión legal es enormemente significativa. "Hacer prueba" significa tanto como "probar". Es decir el documento público - por lo que respecta al hecho del otorgamiento y su fecha - no es un medio encaminado a procurar en un destinatario determinado la convicción psicológica de que aquellos extremos son ciertos, sino que directamente los prueba, de tal modo que, al menos provisoriamente, han de tenerse por verdaderos. Se excluye, pues, todo juicio apriorístico sobre la veracidad de los hechos amparados por la fe pública.

Estos hechos, amén de la fecha, son los que la ley incluye dentro de la expresión -quizás un tanto ambigua - "otorgamiento". El otorgamiento, en tanto se refiere al instrumento público, consiste precisamente en todos aquellos hechos que el notario narra en el documento y que le son evidentes por percepción sensorial y directa. Núñez-Lagos(122)(1624)concreta lo que debe entenderse por otorgamiento e incluye dentro del mismo la presencia del propio notario, la presencia de las partes y en su caso de otras personas, y lo que el notario presencia, escucha y ve. Si se trata de escrituras, pues, las declaraciones de voluntad y de verdad que el documento atribuye a los comparecientes y que éstos hacen suyas mediante la prestación del consentimiento, previa lectura del instrumento, confirmada o ratificada por la firma. Tanto la prestación del consentimiento como la lectura y la firma son hechos que el notario presencia y que, además, constituyen el "otorgamiento" en su acepción más estricta.

El instrumento público hace prueba, por tanto, de los hechos sobre los cuales el notario afirma su evidencia física o sensorial. Por excepción, la presunción de veracidad del instrumento público se extiende a la identificación de los comparecientes (cuando efectivamente los identifica por los medios legales establecidos al efecto), y a aquellos hechos que considera probados por notoriedad cuando se trata de actas de esta clase. Respecto del primer extremo ya hemos significado anteriormente que sobre él no cabe una evidencia directa del notario, no obstante lo cual de la propia ley se desprende que queda amparado por la presunción de veracidad inherente al instrumento público. Si la presunción de veracidad no se extendiera también a la identificación de los comparecientes, carecerían de significación las normas que se refieren a la misma. Idéntico razonamiento hay que aplicar a las actas de notoriedad. Prescindiendo ahora de considerar si han debido o no admitirse, parece indudable que, en tanto han sido aceptadas, debe presumirse cierto el hecho que el notario considera acreditado por notoriedad. Lo que acontece es que dada la naturaleza peculiar de estas actas la impugnación de lo que mediante ellas se da por probado no debe discurrir por los cauces de la falsedad. Si el notario considera notorio un hecho que en rigor no lo es, o si a pesar de ser notorio no es cierto, el notario no ha faltado a la verdad en la narración de los hechos, que es lo que constituye el supuesto típico de la falsedad documental en sentido ideológico, sino que ha emitido un juicio equivocado. Y ni siquiera ha cometido equivocación alguna si el hecho, aunque inexacto,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

era realmente tenido como cierto por notoriedad(123)(1625).

Sigamos analizando el artículo 1218 del Cód. Civil. El segundo párrafo de este artículo nos dice que "también harán prueba (los documentos públicos) contra los contratantes y sus causahabientes en cuanto a las declaraciones que en ellos hubieren hecho los primeros". A nuestro juicio este segundo párrafo es redundante y confuso. Es redundante porque las declaraciones que los otorgantes hacen en el instrumento público forman parte del "hecho del otorgamiento" y, por tanto, están ya comprendidas en el párrafo primero de la norma. Es confuso porque puede dar lugar a la suposición de que, inter partes, el documento prueba no sólo que los otorgantes han hecho determinadas declaraciones sino también la veracidad intrínseca de éstas. Evidentemente esto no es así. La fe pública notarial no cubre, ni puede cubrir, la sinceridad de las declaraciones de las partes. Lo que sucede es que el derecho positivo, en función de una declaración de voluntad (probada por cualquier medio), atiende a la voluntad declarada y no a la voluntad interna(124)(1626). Pero se concede también valor al acuerdo entre las partes por el cual éstas convienen en excluir los efectos jurídicos dimanantes de su declaración, o secretamente declaran que rer otros efectos distintos. Se trata del pacto de simulación. No estamos, dice Núñez-Lagos(125)(1627) ante un conflicto entre voluntad y declaración sino ante una contraposición entre declaración primaria (o negocio simulado) y declaración desvirtuante (contradecaración, contreletters, como dicen los franceses). Pero supuesta la existencia de la declaración primaria, y su demostración, la prueba de la contradecaración (esto es, de la simulación) corresponde a quien la alega por simple aplicación de las normas que regulan la carga de la prueba. Consecuentemente con lo dicho, si se demuestra la simulación ello no afecta la autenticidad del documento notarial. La simulación puede ser declarada sin que ello implique la falsedad del instrumento público. Por consiguiente, y como quiera que la alegación de simulación no supone redargüir de falso el documento, ni atacar la presunción de veracidad que le adorna, el juez goza de plena libertad para estimar o no probada la simulación(126)(1628).

Por otra parte mientras el primer párrafo del artículo 1218 dice que el hecho del otorgamiento se considera probado, incluso contra tercero, el segundo apartado, al referirse a las declaraciones que en el documento hubieren hecho los contratantes, establece que hacen prueba entre ellos y sus causahabientes, con lo cual parece excluir que, en este aspecto, el instrumento público haga prueba frente a terceros. En la medida que el artículo 1218 haya querido efectivamente decir esto, su normativa no sólo es confusa sino inexacta y contradictoria. El otorgamiento es, como hemos visto, un hecho complejo, y de él forman parte las declaraciones de las partes. Luego, estas declaraciones están comprendidas en el párrafo primero del artículo. Los terceros no pueden ignorar o desconocer las declaraciones de voluntad que el instrumento público formalice. Cosa distinta es que estas declaraciones tengan

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

necesariamente que perjudicarles. Ello depende de la naturaleza del negocio documentado y de la posibilidad de que el tercero pueda o no acogerse a una institución destinada a proteger la seguridad del tráfico(127)(1629). Por estas razones consideramos más correcta, acertada y completa, a la hora de señalar el valor probatorio de los instrumentos públicos, la redacción de los artículos 993, 994 y 995 del Cód. Civil argentino.

Según el primero de estos preceptos "el instrumento público hace plena fe hasta que sea argüido de falso, por acción civil o criminal, de la existencia material de los hechos que el oficial público hubiese anunciado como cumplidos por el mismo, o que han pasado en su presencia". El artículo 994 establece que "los instrumentos públicos hacen plena fe no sólo entre las partes sino contra terceros en cuanto al hecho de haberse ejecutado el acto, las convenciones, disposiciones, pagos, reconocimientos, etc. contenidos en ellos". Por último el artículo 995 nos dice que "los instrumentos públicos hacen plena fe de las enunciaciones de hechos o actos jurídicos directamente relativos al acto jurídico que forma el objeto principal, no sólo entre las partes sino también respecto de terceros".

El contexto de estos preceptos, no obstante su barroquismo, expresa con toda claridad que todo lo que integra el otorgamiento, y por tanto también las declaraciones de las partes, debe considerarse probado incluso contra tercero. Al mismo resultado hay que llegar en derecho español, con las salvedades expuestas (que deben ser aplicables también, en líneas generales, al derecho argentino). La posible contradicción entre el primero y el segundo párrafo del artículo 1218 hay que salvarla en favor del primero. Es el primer párrafo el que de modo directo y rotundo se refiere a la eficacia probatoria del instrumento público. El segundo no es sino un apéndice o aclaración de lo que el primero dice para el supuesto de que el instrumento público documente un contrato.

2) El valor probatorio del instrumento público adquiere especial relieve en el proceso, pero esto no quiere decir que sólo dentro de él tenga trascendencia. En el fondo los propios procesalistas lo reconocen así, Guasp(128)(1630)contrapone dos clases de prueba, la prueba material y la prueba judicial o procesal. "Prueba material - dice Guasp - es aquella institución que en el ámbito de las relaciones jurídicas regidas por el derecho material, se destina a la justificación de la existencia de determinados acaecimientos de la vida real; no tiene como finalidad específica lograr la convicción psicológica del juez ni de ningún destinatario personal determinado, sino simplemente acreditar objetivamente el dato a que la prueba se refiere, es decir, proporcionar en definitiva legitimaciones para el tráfico jurídico, abstracción hecha de cualquier repercusión procesal en que ulteriormente pueda pensarse. En cambio la prueba procesal es la que se dirige a producir la convicción psicológica del juez en un sentido determinado, con respecto a un dato o un conjunto de datos procesales. En este caso ya no hay que hablar de justificaciones objetivas sino de comprobaciones personalmente

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

dirigidas a un sujeto particularizado. La prueba procesal puede utilizar, físicamente, los mismos medios de la prueba material, pero en todo caso, la función del medio probatorio es radicalmente distinto en uno y otro supuesto."

A nuestro juicio estas afirmaciones de Guasp no pueden aceptarse en su integridad. La finalidad de todo medio de prueba es, en líneas generales, la misma, tanto procesal como extraprocesalmente. En ambos casos se trata de demostrar la certeza de un hecho. En el proceso lo que se quiere acreditar es la certeza de los hechos que apoyan una pretensión, o que justifican la oposición a esa pretensión. Ello es así porque el proceso presupone, por hipótesis, la existencia de un litigio. Fuera del proceso el medio de prueba procura establecer la verdad de un hecho con objeto de evitar que posteriormente sea negado o desconocido. Cuando el medio de prueba se crea antes del proceso (como acontece con los instrumentos públicos) no puede decirse que la finalidad exclusiva de su creación sea utilizarlo procesalmente, pero nunca se descarta que pueda llegar a convertirse en medio de prueba procesal. La virtualidad procesal que en potencia tienen todos los medios de prueba, elaborados fuera del proceso, es siempre una razón que se tiene en cuenta (a veces con carácter exclusivo) en la preconstitución anteprocésal de los medios de prueba.

Extraprocésalmente la virtualidad probatoria del instrumento público, tal como resulta del artículo 1218 del Cód. Civil, es absoluta. Es decir, nadie puede desconocer o ignorar la certeza de los hechos acreditados por medio del instrumento público, y los efectos que de tales hechos puedan seguirse, o de lo contrario incurrirá en responsabilidad, lo que no quiere decir, según antes advertimos, que ese hecho tenga que afectar o perjudicar necesariamente al tercero frente a quien se exhiba el documento. Esta regla general sólo admite dos excepciones. La primera, que en rigor no lo es, se da cuando la autenticidad del documento ha sido judicialmente impugnada al menos por vía penal. En tanto se discute la falsedad o autenticidad del instrumento el valor probatorio de éste queda en entredicho, y por tanto su eficacia en suspenso. La segunda tiene lugar si para la producción de los efectos jurídicos (de todos o algunos) dimanantes del hecho acreditado se requiere el cumplimiento de un requisito complementario, o si este requisito tiene por fin evitar, frente a tercero, las consecuencias que pudieran seguirse de un acto o hecho distinto susceptible de desvirtuar el que acredita el documento público. En ambas hipótesis la persona frente a quien se pretenda hacer valer el documento podrá rechazarlo si aquel requisito no se ha cumplido. En el caso, por ejemplo, de una escritura de sociedad no inscrita en el Registro mercantil, o de la compraventa de un inmueble formalizado en escritura pública no inscrita en el Registro de la Propiedad.

3) Veamos ahora cuál es el valor probatorio del instrumento público dentro del proceso. El problema de puntualizar exactamente cuál sea el alcance de la presunción de veracidad propia del instrumento público se

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

plantea aquí con especial agudeza, porque precisamente es en el proceso donde cabe impugnar y destruir esa presunción de veracidad. El instrumento público constituye un medio de prueba cuya eficacia está predeterminada por la ley. Es, en este sentido, una manifestación de la prueba legal, que sustrae, a la libre apreciación del juez, la determinación de si son ciertos o no los hechos amparados por la fe pública del notario. Pero no se puede extremar la peculiar eficacia de la prueba legal (establecida en beneficio de la seguridad jurídica) hasta el punto de volver al sistema de la antigua prueba tasada, en forma tal que no quepa la demostración de que los hechos afirmados por el notario en el instrumento público no son ciertos (falsedad ideológica)(129)(1631). La seguridad jurídica no puede proporcionar una situación definitiva e irreversible. Esto sería, como dice González Enríquez(130)(1632)contrario a la justicia que es sin duda el valor supremo del Derecho.

4) El valor privilegiado (no absoluto) del instrumento público, y en general de los llamados medios de prueba legales se combate por ciertos sectores de la doctrina procesalista. El fenómeno de la prueba legal o prueba tasada escribe - Guasp(131)(1633)-"constituye una anomalía jurídica y no se trata sino de residuos históricos de concepciones procesales hoy superadas". Consecuentemente, y por diversos procedimientos, se trata de desvirtuar la eficacia probatoria, que la ley reconoce a ciertos medios de prueba, acudiendo principalmente al expediente de su apreciación en conjunto.

Dejando para más adelante el estudio de esta cuestión hay que advertir que la admisibilidad de la prueba legal en el derecho moderno no significa volver al sistema procesal de la prueba tasada. Este sistema aparece durante el derecho intermedio y, como señala Hedemann(132)(1634), es un producto de la jurisprudencia ítalo-románica. Se trata, en definitiva, de coartar la libertad que el juez tenía, especialmente en el procedimiento in iudicio romano, para darle totalmente resuelta la cuestión de hecho. Se procuró regular la prueba de una forma particular y exhaustiva para cada institución jurídica de modo que después de atribuir plena eficacia probatoria a ciertos medios de prueba, cuando faltaban aquéllos se fijaban cuáles eran los hechos que provisionalmente había que tener como ciertos en tanto no se demostrase lo contrario.

En este aspecto la institución clave del procedimiento vino a ser la praesumptio. Las presunciones consisten, como es bien sabido, en deducir de un hecho base un hecho consecuencia en virtud de un razonamiento deductivo, supuesto que lo que caracteriza a la presunción es la falta de virtudes representativas del hecho base a través del cual se llega al hecho a probar. El razonamiento lógico, que constituye la médula de la presunción, puede ser hecho por el juez (entonces nos encontramos delante de las llamadas presunciones hominis o facti), que naturalmente no coartan la libertad estimativa del juez al efecto de lograr su propia convicción, o por la norma. Se trata entonces de las presunciones iuris, las cuales sí suponen una limitación a las facultades

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

del juez, pues basta demostrar el hecho base (lo que generalmente no ofrece dificultades) para que se tenga por probado el hecho consecuencia, que es el que se trata de probar, al menos mientras la parte perjudicada por la presunción no demuestre lo contrario. Si también se excluye esta demostración nos encontramos frente a las llamadas presunciones iuris et de iure por oposición a las que no establecen una presunción absoluta (o presunciones iuris tantum)(133)(1635), (133a)(1636), (133b)(1637) (133c)(1638) (133d)(1639)

El procedimiento medieval está casi totalmente acotado por la prueba de presunciones (se entiende, presunciones iuris). Fue preocupación dominante de los glosadores encerrar toda la teoría de la prueba en un sistema de presunciones que decidieran, al menos a priori, la cuestión de hecho. Sobre la base de esta orientación se comprende que no se dejara abierta la posibilidad de que el juez formulara libremente conclusiones fundado en deducciones derivadas de determinados hechos, y, por consiguiente, que sólo tuviesen valor las presunciones formuladas por las leyes o por la doctrina. El número de presunciones iuris llegó a ser verdaderamente abrumador. Se formuló una clasificación de las mismas que atendía a su mayor o menor eficacia probatoria. Y así se distinguió la praesumptio necessaria que excluía toda prueba en contrario, la praesumptio violenta que obligaba pero sin excluir la prueba en contrario, la praesumptio probabilis que no era suficiente por sí sola y, finalmente, la praesumptio temeraria a la que estaba prohibido atribuir fuerza probatoria alguna. Los glosadores llamaron a las primeras presunciones iuris et de iure, a las segundas presunciones iuris, y, a las restantes, presunciones facti.

5) Naturalmente el proceso moderno descansa sobre presupuestos diversos. El juez es libre, como regla general, al apreciar la prueba, y forma espontáneamente su convicción sobre la quaestio facti a la vista del material probatorio aportado al proceso. Pero este principio tiene importantes excepciones. Se trata de las "pruebas legales", entre las que se cuenta el documento público.

La admisibilidad - dentro de ciertos límites - de la prueba legal no es un mal, ni significa, obligadamente, un retroceso hacia el antiguo sistema de la prueba tasada que reducía el papel del juez al de un puro autómatas.

Invoquemos en defensa de la admisibilidad moderada de la prueba legal las palabras de un ilustre procesalista. Es casi un lugar común - dice Carnelutti(134)(1640)- la afirmación de la superioridad del principio de la prueba libre sobre el principio opuesto, y, por tanto, del proceso penal que está dominado por el primero, sobre el proceso civil, que se inspira ampliamente en el segundo. Pero si tal superioridad es indiscutible quo ad iustitiam, no ocurre lo mismo cuando se trata de la certeza, a la cual, dentro de ciertos límites, puede sacrificarse la justicia dentro del proceso civil. La verdadera y gran ventaja de la prueba legal radica en que la valoración de ciertas pruebas hecha por la ley, de un lado incita a las partes a proveerse, en los límites de lo posible, de pruebas eficaces y así

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

facilita el desenvolvimiento del proceso, y de otro les permite prever, hasta cierto punto, el resultado y por eso les estimula a abstenerse la pretensión o de la resistencia en el caso de que la una o la otra no estén apoyadas por pruebas legalmente eficaces o, cuando menos, las impulsa a la composición del litigio sin proceso. De esta manera lo que el sistema de las pruebas pierde en justicia lo recupera en certeza.

Estas palabras de Carnelutti apuntan hacia la verdadera naturaleza de la prueba legal. La finalidad de ésta, al contrario de lo que acontece son los demás medios de prueba, no se dirige a procurar la convicción psicológica del juez acerca de la verdad de los hechos alegados por las partes. Por el contrario la prueba legal "impone" al juez, al menos provisoriamente, la verdad de los hechos a que se refiere prescindiendo de que aquél esté o no convencido de su certeza. Núñez-Lagos(135)(1641)explica el valor probatorio del instrumento público, partiendo de la distinción entre el factum (lo narrado) y el dictum (la narración). La adecuación entre factum y dictum se llama verdad. En principio esta verdad debe ser comprobable cada vez que se plantee cuestión sobre la veracidad del dictum volviendo al factum por cualquier medio posible. No obstante cabe una especial protección del dictum mediante la fe pública, y que consiste en no volver al factum, en la convertibilidad del dictum en el factum salvo declaración de falsedad.

Además también estas ideas afloran en los conceptos de Carnelutti antes transcritos. La prueba legal en tanto opera un corte entre la conexión lógica de la actividad procesal y la fijación de la situación de hecho, sustituyéndola por una fijación extraprocesal, constituye el reflejo de una situación previa de índole sustantiva que tiene, asimismo, manifestaciones fuera del proceso(136)(1642).

6) El instrumento público, y por lo que se refiere a los extremos amparados por la fe pública, constituye un caso perfectamente diferenciado, dentro del ordenamiento jurídico español (e igualmente en el derecho argentino) de prueba legal. Lo demuestra el artículo 1218 del Cód. Civil español, del que antes nos ocupamos, así como los preceptos del Cód. Civil argentino antes citados.

Sin embargo los efectos del instrumento público como prueba legal no siempre se aceptan de modo concluyente, y hasta eventualmente se procura desvirtuar el alcance de los mismos. Los argumentos que se esgrimen en este sentido se pueden sintetizar así.

En primer término el artículo 1218 del Cód. Civil, en la versión que ha prevalecido, dice que los documentos públicos "hacen prueba", mientras que, en la primera edición del Código, se robustecía esta declaración puesto que se hablaba de "prueba plena". A nuestro entender este argumento no demuestra nada. Probablemente se suprimió el calificativo "plena" para evitar equívocos sobre la posibilidad de impugnar la veracidad de lo afirmado en documento público. Pero esto no significa que el documento público no tenga el valor de prueba legal. Lo demuestra la propia expresión "hacen prueba" sobre la cual llamamos la atención anteriormente. Además, y como observa juiciosamente

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

González Enríquez(137)(1643), debe notarse que tal expresión sólo aparece empleada en el Código respecto de los documentos públicos y la confesión, y no con relación a los demás medios de prueba. Por lo demás si las palabras "hacen prueba" sólo quieren significar que los documentos públicos pueden ser utilizados como medio de prueba, el artículo 1218 resulta estéril, pues, obviamente, no hacía falta la declaración especial del precepto para que efectivamente fuera así.

En segundo término cabe aducir que el Cód. Civil no impide demostrar la falsedad (civil o penal del instrumento público) ni establece en ninguna parte los medios de prueba que pueden utilizarse para demostrar que los extremos acreditados por el instrumento público no son ciertos. Cabe incluso, según parece desprenderse de bastantes sentencias del Tribunal Supremo, que hasta la prueba testifical puede ser empleada para demostrar la inexactitud de los hechos probados por medio del instrumento público. Pero que la veracidad de los hechos narrados por el notario, y que éste ha presenciado (o dice haber presenciado), pueda ser impugnada, no arguye nada contra el valor de prueba legal del instrumento público, pues una cosa es la prueba legal absoluta, y otra la prueba legal relativa. La cuestión de la solidez de la prueba que debe esgrimirse para enervar la eficacia probatoria del instrumento público está, desde luego, mal regulada (o mejor dicho no regulada) por nuestro derecho positivo, y tal vez la jurisprudencia en algunas ocasiones ha hecho pronunciamientos generales excesivamente generosos, pero esto no obsta para que como veremos después, la libertad del juez esté limitada por la fuerza probatoria del documento público.

Por último, y éste parece ser el argumento decisivo, el Tribunal Supremo ha afirmado reiteradamente el principio de la apreciación conjunta de la prueba por el juzgador de instancia. La interpretación extensiva de este principio, y su aplicación indiscriminada, prescindiendo de los supuestos concretos en que el Tribunal Supremo ha hecho uso de él, llevan a Guasp(138)(1644) a sostener que mediante el mecanismo de la apreciación conjunta de la prueba, la jurisprudencia ha devuelto al juzgador la facultad de estimar discrecionalmente todo el material probatorio.

Este último argumento, apoyado en los otros dos, causan a primera vista tal impresión que parece que no hay más remedio que inclinarnos ante la evidencia de que la entidad del instrumento público como prueba legal en el derecho positivo español, al menos, es punto menos que teórica. Sin embargo esta conclusión sería precipitada. Trataremos a continuación de demostrar que la posibilidad (indiscutible) de demostrar la falsedad del documento por vía civil o penal, así como el principio de la apreciación conjunta de la prueba, no significan que el instrumento público carezca del valor de prueba legal con toda la importancia práctica que esta valoración lleva consigo.

En apoyo del valor probatorio excepcional del instrumento público se debe aducir no solamente el artículo 1218 del Cód. Civil ya estudiado sino también una norma netamente procesal. El artículo 1692 - 7º de la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que habrá lugar al recurso de casación por infracción de ley o de doctrina legal "Cuando en la apreciación de las pruebas haya habido error de derecho, o error de hecho, si este último resulta de documentos o actos auténticos que demuestren la equivocación evidente del juzgador". Incluso en el proceso penal cabe el recurso de casación "cuando en la apreciación de las pruebas haya habido error de hecho si éste resulta de documentos auténticos que muestren la equivocación evidente del juzgador y no estuvieren desvirtuados por otras pruebas" (artículo 849 - 2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). La admisibilidad del recurso de casación por esta causa, en el proceso penal, no obstante hallarse este proceso dominado por el principio, mucho más generoso y elástico que en el procedimiento civil, de la libertad del juez en materia de prueba, demuestra hasta qué punto el instrumento público tiene el valor de prueba legal en el sentido de que vincula y se impone al juez.

7) El recurso de casación, admitido en la mayor parte de las legislaciones de tipo latino, tiene unas características especiales que es necesario poner, sumariamente, de relieve. No se trata de una última y definitiva instancia en la que vuelven a discutirse las cuestiones debatidas en el pleito. El recurso de casación ha sido concebido como un instrumento destinado a proteger el propio ordenamiento jurídico frente a eventuales desviaciones por parte de los tribunales de justicia. Tiene como función primordial velar por la recta aplicación e interpretación de la ley, asegurando así la producción de un cuerpo de doctrina legal que sea expresión externa de los principios generales del derecho vigentes en cada ordenamiento. De aquí se sigue que en casación no puede discutirse sino la quaestio iuris, es decir la solución jurídica dada al caso debatido, una vez que sus elementos fácticos han quedado establecidos por el juzgador. No cabe, en cambio, remover la quaestio facti, es decir volver a discutir los hechos que el juzgador de instancia considera probados y que han servido para fundamentar su fallo.

Sentado este principio se comprende que la posibilidad de que el error de hecho fundado en documentos o actos auténticos sea motivo de casación se debe a que el juzgador, al incurrir en ese error, ha infringido la norma jurídica que atribuye un determinado valor probatorio al documento notarial, o a otros documentos públicos o auténticos.

En realidad, pues, aunque el artículo 1692 - 7º de la Ley de Enjuiciamiento Civil distingue entre error de derecho en la apreciación de las pruebas, y error de hecho derivado de documentos o actos auténticos que demuestren la equivocación evidente del juzgador, no contempla dos supuestos totalmente diversos, pues también en el segundo caso el error de hecho es trascendente en casación porque el tribunal ad quo ha desconocido el valor probatorio que la ley atribuye a esos documentos o actos auténticos. Rigurosamente hablando, como dice Núñez-Lagos(139)(1645), en ningún caso se trata de error de hecho sino de derecho: el tribunal de instancia fija un hecho histórico sin advertir que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ese hecho es incompatible con el que aparece narrado en un documento auténtico y que, por tanto, sin el correspondiente pronunciamiento de falsedad, esa narración subsiste y vale como auténtica por las normas del valor legal del documento auténtico que han sido desconocidas, y, por lo mismo violadas, cuando menos por inaplicación.

González Enríquez(140)(1646) aunque acepta en líneas generales esta concepción se pregunta, sin embargo, por qué se ha separado el documento auténtico de los demás medios de prueba legal para sentar respecto de éstos que se trata de un error de derecho, y respecto de aquéllos que es un error de hecho. La explicación, según este autor, podría ser la siguiente: respecto de los demás medios de prueba el legislador se ha planteado la cuestión en torno al análisis concreto y a la valoración aislada que el juzgador haya realizado de los mismos. Por el contrario, respecto del documento auténtico se la ha planteado en cuanto a la relación del contenido de éste con la total fijación del supuesto de hecho verificada por el juzgador (en virtud de la apreciación conjunta de la prueba).

Creemos que el punto de vista de González Enríquez es correcto. Hay que hacer, no obstante, una salvedad. La circunstancia de que normalmente el recurso de casación por error de hecho se dirija a impugnar el resultado total o general de la prueba, no significa que el recurso no pueda prosperar en función de la infracción directa del artículo 1218 del Cód. Civil. Así acontecerá si el juzgador desconoce el valor de un instrumento público que constituye el medio de prueba fundamental del supuesto de hecho alegado, o si el juzgador no ha estimado la prueba en su conjunto sino aisladamente. La regla general - dice Núñez-Lagos(141)(1647)- no permite en casación desintegrar la prueba apreciada en su conjunto. La excepción se produce si el juzgador, no obstante apreciar la prueba en su conjunto, enumera los medios de prueba utilizados. El mismo tribunal ha separado las partes del todo(142)(1648).

Por lo general, sin embargo, el recurso de casación por error de hecho sólo se plantea para atacar el resultado total de las pruebas practicadas. El recurso prosperará, si se demuestra que ese resultado total es incompatible con lo que acredita un documento auténtico cuyo contenido no ha sido impugnado con éxito. Cuando la incompatibilidad es absoluta entre el hecho narrado en el documento público y el resultado total de la prueba, se patentiza la equivocación evidente del juzgador. No es cierto, pues, que el principio de la apreciación de la prueba en su conjunto permita al Tribunal Supremo hacer caso omiso del valor probatorio del instrumento público(143)(1649).

Lo que acontece es que, habitualmente, los tribunales no incurren en este tipo de "equivocaciones evidentes", sino que son los recurrentes quienes tratan de desarticular la prueba, o impugnar el fallo, fundándose en que el tribunal sentenciador ha hecho caso omiso de lo acreditado por documento público, cuando en realidad no es así. Ocurre simplemente que el documento público no prueba el total supuesto de hecho, tal como

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

lo presenta el recurrente para que sirva de apoyo a su pretensión, o que el juzgador ha estimado (por otros medios de prueba) la existencia de hechos distintos que desvirtúan los probados por el instrumento público, sin que esto signifique que los demostrados por éste no sean exactos(144)(1650).

8) El valor probatorio que la ley asigna al instrumento público vincula al juez en el sentido de que debe dar por probados, sin más, los hechos que el documento acredita y que estén cubiertos por la fe pública notarial. El juez no puede considerar que estos hechos no están suficientemente probados, al contrario de lo que sucedería si la prueba presentada (testigos, pericia, documentos privados no reconocidos, "documentoides", etc.) está sujeta al principio de libre apreciación. El valor y la eficacia probatoria del documento público sólo queda enervada si el contenido del mismo se impugna con éxito y se demuestra su falsedad. Esta diferencia entre el valor vinculante que tiene para el juez el instrumento público, en comparación con los medios de prueba que puede valorar libremente, basta para incluirla en el elenco de las pruebas legales.

Pero el valor probatorio del instrumento público no es absoluto. No es sólo que el documento puede ser insuficiente para demostrar el supuesto de hecho alegado, según lo que antes ha quedado expuesto, sino que, además, cabe el ataque directo a la veracidad del documento mediante la alegación y demostración de su falsedad. Declarada ésta el documento público pierde su carácter de prueba privilegiada.

La impugnación de la eficacia probatoria del instrumento público ha de ser frontal y directa y debe dirigirse a destruir la autenticidad de aquél. Quien pretenda negar la veracidad de los extremos amparados por la fe pública debe afirmar rotundamente que el documento es falso, y demostrarlo de forma tal que obtenga del juez un pronunciamiento afirmativo sobre la falsedad del documento.

La impugnación puede producirse por vía civil o por vía penal. La discordancia entre lo narrado por el notario y la realidad puede constituir un delito que entraña la responsabilidad penal del notario. Cabe pues que, independientemente de la existencia de un proceso civil, se incoe el correspondiente juicio penal para que se declare y castigue el delito, y en consecuencia se establezca, de esta forma, la falsedad del documento. Además, si promovido un proceso civil, se deduce una denuncia por falsedad penal, el procedimiento civil, en derecho español, debe suspenderse durante la tramitación del proceso penal, según se desprende de los artículos 362 y 514 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Es más, si en un proceso civil se alega frente a la prueba notarial la falsedad del documento y si el juez aprecia indicios de delito, ha de promover la intervención de la jurisdicción penal.

El principal problema que plantea la calificación de la falsedad como delito se refiere al grado de intencionalidad o malicia de quien lo comete (en nuestro caso el notario). No es propio de este lugar que abordemos el tema en profundidad, pero tampoco podemos dejar de aludir, aunque

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

sea de pasada, a las principales tesis que se han sostenido sobre la materia. De una parte se pregunta si cabe el delito culposo de falsedad, es decir, el que se debe a negligencia. De otra, y aun considerando que el dolo es elemento definidor del tipo delictivo, tampoco hay unanimidad sobre si es suficiente el que podríamos llamar dolo simple (alteración consciente de la verdad) o si es menester un dolo específicamente cualificado (duplicación del dolo según la terminología de los penalistas), de tal modo que sólo incurrirá en falsedad quien persiga con ella un fin ulterior ilícito. Por ejemplo, el artículo 306 del Cód. Penal español sólo considera delito la falsificación cometida en documento privado cuando exista perjuicio para tercero o ánimo de causárselo.

Por lo que se refiere concretamente a la responsabilidad penal del notario el artículo 23 de la Ley Orgánica ha resuelto la cuestión de modo claro y terminante. El error en la fe de conocimiento no da lugar al delito de falsedad. Es decir, si el notario ha afirmado la notoriedad de la identidad (que como sabemos es lo único que realmente puede afirmar) a pesar de que tal notoriedad no existe, pero lo ha hecho sin conciencia de la inexactitud de su aseveración, por haber sido inducido a error por la conducta maliciosa de los mismos comparecientes o de terceros, no delinque. Esto significa que el delito tipificado en el número 2º del art. 302-2º del Cód. Penal (suponer en un acto la intervención de personas que no lo han tenido) no se produce, aunque el notario haya actuado negligentemente. Sólo incurrirá en él si actúa maliciosamente, es decir, si afirma la identidad del compareciente a sabiendas de que tal afirmación es inexacta.

En materia de fe de conocimiento no hay, pues, delito de falsedad por imprudencia. La cuestión que preocupa a los penalistas consiste en determinar si la disposición de la Ley Orgánica constituye una aplicación específica de la teoría que exige el dolo para que exista el delito de falsedad, o si nos encontramos en presencia de una excepción a la regla general, que admite el carácter delictivo de las falsedades culposas(145)(1651). Respecto de las demás hipótesis en que el notario pueda incurrir en responsabilidad criminal por falsedad ideológica, parece que no es dable pensar en falsedad por simple negligencia, pues, normalmente, existirá, por lo menos, dolo simple, en tanto el notario es consciente de que el documento no dice la verdad. Con todo, si se exige para que haya delito de falsedad la duplicación del dolo quizás cupiera defender que ciertas falsedades no son delictivas. Antón Oneca(146)(1652)nos dice que "sólo cuando el documento falso sea un peligro, cuando sea utilizado o utilizable como prueba para engendrar una perturbación en el tráfico jurídico, se habrá alcanzado la objetividad jurídica de la infracción". De prosperar esta tesis quizás podría excluirse la responsabilidad penal en el caso de que los comparecientes no hayan firmado en presencia del notario, o si éste no les ha leído el documento(147)(1653). En las demás hipótesis pensables de falsedad ideológica parece que existe el dolo cualificado. El documento falso se crea de propósito para causar un daño, o al menos, como dice Antón

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Oneca, para provocar una perturbación en el tráfico jurídico(148)(1654). Prescindiendo de profundizar más sobre esta materia, es necesario preguntarse hasta qué punto la sentencia penal produce sus efectos sobre un juicio civil en el que se haya aportado el documento que ha suscitado el proceso penal. Parece indudable que si la sentencia es absolutoria, la cuestión no queda definitivamente prejuzgada porque la inexistencia de falsedad penal no excluye la posibilidad de que haya falsedad civil. Por el contrario, si la sentencia penal es condenatoria, consideramos que la misma implica la destrucción del valor probatorio del documento en absoluto. La sentencia penal, como escribe González Enríquez(149)(1655), por la naturaleza jurídico-pública de la acción ejercitada no debe quedar sometida a los límites civiles de la cosa juzgada, y representa, en cierto modo, una declaración estatal de que la prueba legal en cuestión está viciada, lo que le priva de valor en lo sucesivo.

Pero la declaración de falsedad puede también producirse en un proceso civil, porque la responsabilidad penal se haya extinguido (por muerte, o prescripción), porque, de acuerdo con lo dicho anteriormente, la falsedad no tenga carácter criminoso, o porque se admita la continuación del procedimiento civil no obstante haberse incoado el proceso penal.

Para que la falsedad pueda ser declarada en el proceso civil es menester que se aduzca expresamente por la parte que se considere perjudicada y se precisa, igualmente, que el juez, si llega al convencimiento de que el documento es falso lo declare así expresamente en su sentencia. En derecho español, y a diferencia de lo que acontece en otras legislaciones (como la francesa o la italiana) no se articula un procedimiento especial para obtener la declaración de falsedad civil. Basta simplemente que se impugne el contenido pretendidamente auténtico del documento y que se solicite del juez que no le reconozca eficacia probatoria.

No basta, naturalmente, que la parte que pretende la declaración de falsedad se limite a negar la autenticidad del documento. Es menester que demuestre que efectivamente el documento es falso. El problema está en dilucidar de qué forma es posible demostrar la falsedad, qué medios pueden emplearse para ello, y hasta qué punto el juez está facultado para valorar libremente la prueba tendente a demostrar la falsedad.

Supuesto que el instrumento público "hace prueba" no basta, claro está que el oponente se limite a negar la veracidad de los hechos que aquél autentica. La máxima onus probandi incumbit ei qui dicit nom qui negat, no juega aquí, precisamente porque el hecho afirmado por quien se funda en el documento público está ya probado. Por consiguiente la parte que se opone a la autenticidad del documento afirma un hecho negativo y para demostrarlo necesitará probar el hecho positivo contrario(150)(1656). Parece, por tanto, que, en nuestro caso, el impugnante tendrá que alegar, y probar, un hecho incompatible con el que el instrumento público prueba, es decir, tendrá que aducir un hecho, que de ser cierto, demuestre la imposibilidad de que el hecho narrado en

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

el documento haya realmente acaecido. Así, si niega que el documento fue firmado ante el notario será preciso probar que, en el momento del otorgamiento, el notario estaba en otro lugar; si se sostiene que la identidad del compareciente ha sido falsamente establecida habrá que demostrar que quien efectivamente compareció fue una persona distinta; si se pretende que el otorgante no hizo las declaraciones que el documento le imputa será necesario acreditar que no se hallaba presente en el otorgamiento, que se encontraba físicamente imposibilitado para prestar el consentimiento, o que el documento lo firmó sin leerlo, lo que, a su vez, exige demostrar que el notario no estaba presente, o que éste y el propio compareciente venían afectados por una circunstancia que les impedía efectivamente leer.

El hecho incompatible con el autenticado debe establecerse y demostrarse utilizando elementos probatorios terminantes y hasta donde sea posible incuestionables. Sería absurdo, como señala González Palomino, elevar al rango de prueba legal el instrumento público para luego permitir que su eficacia probatoria se venga abajo sin más que dos testigos se pongan de acuerdo para deponer contra lo afirmado por el notario bajo su fe. Aunque estamos plenamente de acuerdo con este modo de pensar no se nos oculta que, de hecho, no resulta fácil concretar esta tesis. No parece probable que en casación pueda prosperar un recurso basado en que la declaración del juez, al estimar probado el hecho contradictorio con el auténtico, no viene apoyada por pruebas concluyentes. El Tribunal Supremo, no obstante se ha cuidado de poner de relieve reiteradamente el respeto que merecen las aseveraciones del notario. Y esto lo ha hecho a pesar de referirse a extremos que en rigor no están cubiertos por la fe pública. Al ocuparse del valor que se debe atribuir al juicio del notario sobre la capacidad del testador la sentencia de 23 de marzo de 1944 dice, por ejemplo, que "adquiere verdadera relevancia de certidumbre la aseveración notarial sobre la capacidad del otorgante, y por ella es menester pasar mientras no sea sometida a revisión por vía judicial, y se demuestre cumplidamente la falta de capacidad del testador, destruyendo la enérgica presunción iuris tantum. . . que revela el acto del otorgamiento"(151)(1657).

De esta doctrina jurisprudencial que, repetimos, ni siquiera alude a extremos verdaderamente amparados por la fe pública, se deduce claramente una expresa recomendación al juzgador de instancia sobre la contundencia que ha de revestir la prueba en contrario para que se declare la falsedad ideológica del documento. El rigorismo de la casación, y la imposibilidad de que en ella se revise la quaestio facti, no permitirá, legalmente, que esta recomendación pueda llevarse hasta sus últimas consecuencias, si el tribunal ad quo no la tiene en cuenta, pero no cabe duda que de hecho pesa, casi siempre decisivamente, a la hora de pronunciarse sobre la falsedad. Parece necesario, de todos modos, para velar por la fuerza probatoria del instrumento público, establecer severas sanciones para quienes impugnen su veracidad sin base

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

suficiente. Así lo insinúa el artículo 143 del Reglamento Notarial español, que necesita, no obstante, ser reforzado por una norma con rango de ley para su plena virtualidad.

B) El instrumento público como forma de los negocios jurídicos

1) Cuando el instrumento público se otorga para formalizar las declaraciones de voluntad que integran un negocio jurídico deviene forma del mismo. Tenemos pues que examinar ahora cuál es la influencia que ejerce sobre el negocio la forma pública instrumental. A nuestro juicio esta influencia se manifiesta de dos maneras. Por una parte, la formalización del negocio en escritura pública puede ser requisito necesario para la validez del negocio, o para que éste surta todos los efectos jurídicos que está destinado a producir. En ambos casos la escritura tiene trascendencia constitutiva. Por otra, la escritura potencia siempre los efectos del negocio, aunque éste precise para su validez o plena eficacia la documentación notarial.

Consideramos que este planteamiento del tema es más profundo que el implícito en la clásica contraposición entre el significado de la escritura como forma ad solemnitatem o como forma ad probationem. Ni siquiera nos convence plenamente la tesis de González Palomino(152)(1658)quien distingue según que el instrumento sea "forma de ser" o "forma de valer" el negocio. Esta manera de enfocar el tema, pese a que ha hecho fortuna en nuestra doctrina, quizás no centra adecuadamente los términos de la cuestión. Olvida que la escritura pública potencia siempre, según hemos subrayado, los efectos jurídicos del negocio aunque sea presupuesto de ellos, por lo que las formas de ser son, al propio tiempo, formas de valer. Además, si la forma pública instrumental se exige para que el negocio produzca ciertos efectos, aunque no se subordine a ella su eficacia total, la escritura no es una simple forma de valer. En tales hipótesis la forma instrumental es también constitutiva y se halla más cerca de las formas de ser que de las formas de valer.

2) El derecho moderno, al menos en materia de contratos, está dominado por el principio espiritualista. La validez del contrato depende del consentimiento y de la causa, y no de la forma en que aquél se exprese o manifieste. Nos encontramos en el polo opuesto al del formalismo propio del derecho primitivo en que la forma lo es todo, de tal modo que sin ella no hay negocio, y basta la forma para que el negocio exista (forma dat esse rei).

Sin embargo, y aun sin salir del terreno contractual, el principio de la libertad de forma tiene sus excepciones. Ciertos contratos exigen para ser válidos una forma determinada, que viene así a sumarse a los demás requisitos esenciales. El formalismo contractual, aunque no pueda ni deba erigirse en regla general, viene avalado por dos consideraciones de evidente importancia y que con acierto ha subrayado Díez Picazo(153)(1659). En primer lugar cabe hablar del "efecto psicológico

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de la forma". Se trata de la sensación que los contratantes experimentan de quedar verdaderamente obligados. La forma evita la imprevisión, la precipitación, o la falta de reflexión, siempre dañosas, a la hora de celebrar un contrato. En segundo término, la forma proporciona certidumbre. Certidumbre en cuanto a la identidad de las personas, su capacidad, y el contenido y alcance de sus declaraciones. Innecesario es decir hasta qué punto la forma pública notarial suministra esta doble ventaja. De aquí, pues, las excepciones al principio espiritualistas, y de aquí también, que estas excepciones sean mucho más numerosas y trascendentes si del derecho de la contratación pasamos al derecho de familia o al sucesorio.

Sería impropio de este trabajo, y al propio tiempo imposible para que su extensión no exceda de límites razonables, que pretendiéramos ofrecer una lista exhaustiva de los negocios jurídicos que en derecho español exigen la forma pública notarial para que sean tenidos por válidos. Por lo que dice a los contratos no basta que el derecho positivo exija una forma determinada. El artículo 1280 del Cód. Civil español contiene una lista de actos (alguno de los cuales pertenecen al derecho de familia, como las capitulaciones matrimoniales) que "deben constar en escritura pública". Pero el alcance de la exigencia formal ha sido previamente rebajada por el artículo anterior según el cual "si la ley exigiere el otorgamiento de escritura u otra formalidad para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato, los contratantes podrán recíprocamente compelerse a llenar aquella forma desde que hubiese intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez". El tenor literal del precepto sugiere que el contrato formal, no formalizado, vincula a las partes en el sentido de que éstos no pueden desligarse de él y cada cual tiene acción para obligar a la otra para exigir el otorgamiento de la escritura, pero mientras esto no acontezca no podrá exigirse el cumplimiento de las obligaciones dimanantes del negocio ni ejercitarse los derechos derivados del mismo. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha reiterado que el artículo 1279 del Cód. Civil sanciona una facultad y no una obligación de los contratantes y por consiguiente declara que es lícito exigir directamente el cumplimiento del contrato aunque la escritura no haya sido otorgada, sin perjuicio, claro está, de la acción que cada contratante ostenta para pedir que dicha formalidad se cumpla.

De aquí que la doctrina estime que sólo son contratos formales aquellos para los cuales se exige especialmente una forma determinada, independientemente de que estén incluidos en la enumeración del artículo 1280. A nuestro juicio, ni siquiera basta con eso. Se necesita que la ley establezca claramente que la validez del acto queda subordinada al otorgamiento de la escritura o que de las normas reguladoras del tipo contractual resulte con toda evidencia que el negocio no surtirá ningún efecto si la escritura no se ha otorgado. Esto acontece por ejemplo con la donación de bienes inmuebles (artículo 633 del Cód. Civil), con la hipoteca (artículo 1875) y con el arbitraje (ley de 22 de diciembre de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

1953, artículo 5°).

Respecto de los negocios jurídicos de derecho de familia o de derecho sucesorio, al no interferirse el artículo 1279(154)(1660) debe entenderse que la escritura pública, cuando se exija, es requisito necesario para la validez del negocio. La cuestión es particularmente clara respecto de los testamentos.

3) Puede acontecer que el ordenamiento jurídico no exija la escritura pública para la validez del negocio, pero que ciertos efectos derivados del mismo sólo tengan lugar si la escritura se otorga. No nos referimos ahora a la mayor virtualidad que el negocio adquiere mediante su formalización escrituraria, sino al supuesto de que la escritura sea necesaria para que se den todos o alguno de los efectos del negocio de que se trate.

En el primer caso, una vez que concurren el consentimiento y la causa, las partes quedan vinculadas, pero los efectos del negocio no tienen lugar hasta que la escritura se otorga y se cumplen, en su caso, otras formalidades complementarias. El ejemplo más expresivo, y sobre el cual no parece haber parado mientes la doctrina, se da en tema de fusión de sociedades. La fusión es, por un lado, un acto corporativo, en tanto mira a la decisión de fusionarse que ha de tomar cada una de las sociedades que intervienen en la operación, pero, por otro, es un contrato que intercede entre las sociedades que se fusionan. Mientras la fusión no se escritura y se inscribe en el Registro mercantil, no se producen sus efectos peculiares (extinción de las sociedades que se disuelven a consecuencia de la fusión, transmisión en bloque de los patrimonios, incorporación de socios) pero las sociedades contratantes quedan vinculadas de modo que ninguna de ellas, una vez que todas han adoptado el acuerdo de fusionarse, puede desligarse de lo convenido. En la hipoteca el problema se traslada a la inscripción en el Registro de la Propiedad. El derecho real no queda establecido hasta la inscripción, pero desde la escritura las partes quedan vinculadas. Con una importante diferencia, sin embargo, respecto del caso anterior. En éste, es decir, si se trata de fusión de sociedades, el otorgamiento de la escritura exige prestación de consentimiento. En la hipoteca ese consentimiento ha sido prestado escriturariamente. Basta, pues, que cualquier persona legitimada para ello presente la copia para que se extienda el asiento registral correspondiente.

También en el derecho de sociedades encontramos ejemplos de la segunda hipótesis. El contrato de sociedad mercantil (excepción hecha de ciertas formas típicas como la sociedad anónima y limitada que para ser tales necesitan formalizarse en escritura pública e inscribirse en el Registro) es válido inter partes aunque no se haya otorgado escritura pública. Pero la sociedad no goza de personalidad jurídica (o la tiene solo de modo limitado e incompleto) hasta que se formaliza la escritura y se inscribe en el Registro mercantil.

4) Corresponde ahora examinar los supuestos - que son mayoría si se trata de contratos - en que la forma pública instrumental ni es requisito

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de validez del negocio ni se exige para la producción de sus efectos típicos.

Hay que distinguir, entonces, dos hipótesis diferentes según que las declaraciones negociales se emitan por vez primera al otorgarse el instrumento público, o éste las formalice a posteriori. Lo primero acontece frecuentemente cuando se trata de negocios unilaterales (renuncias, apoderamientos, ratificaciones). Lo segundo es posible, aunque improbable, si el negocio es un contrato. Siempre que la perfección del negocio se produce a través del documento, éste tiene carácter dispositivo, pues el negocio nace con el instrumento. Por el contrario, si el negocio se ha perfeccionado con posterioridad al otorgamiento, el instrumento público no es sino la nueva forma de un negocio jurídico preexistente.

Ello nos enfrenta con el tema de las relaciones entre el negocio jurídico (previo) y su formalización instrumental. Si el instrumento se limita a reconocer la existencia del negocio anterior nos encontraremos ante una escritura reconocitiva. Por el contrario es posible que la escritura, aunque formalice un contrato ya perfecto, no haga mención ninguna de esta circunstancia, de modo que aquél se manifieste por medio del instrumento como si se perfeccionase al otorgarse éste.

Las escrituras aparentemente dispositivas, pero que en realidad no lo son porque el negocio jurídico que solemnizan se ha perfeccionado con anterioridad, suscitan un problema clásico en el supuesto de que el contenido negocial escriturado difiera en algún sentido del primigenio. La cuestión empezó a preocupar durante el siglo pasado a la jurisprudencia alemana en los supuestos de acuerdo entre el contrato verbal y el documento que luego lo formaliza, y que, cabe referir igualmente, si el desacuerdo existe entre la escritura y un documento privado precedente(155)(1661). La solución que se dio al problema entonces, y que después ha sido defendida por algunos eximios notarialistas, entre los que se cuenta el mismo Núñez-Lagos, es favorable a la primacía de la escritura sobre el convenio previamente celebrado, de modo que si existe discrepancia hay que estar a lo que la escritura dice. El Tribunal Supremo español ha acogido esta tesis en una famosa sentencia de 8 de octubre de 1944.

A nuestro juicio este criterio extremo ni está suficientemente justificado doctrinalmente, ni cabe admitir, en la práctica, que el otorgamiento de la escritura permita hacer tabla rasa del convenio primigenio. La primacía del convenio sobre la escritura, o de ésta sobre aquél, es algo que depende de la voluntad de las partes. Es lícito presumir, en tanto la escritura se aparta del contrato previamente perfeccionado, la voluntad de modificar lo inicialmente pactado. Pero esta presunción sólo puede valer como presunción *iuris tantum* - nunca como presunción *iuris et de iure* -.

Dogmáticamente la primacía absoluta de la escritura sobre el contrato precedente tiene su apoyatura en dos expedientes teóricos distintos. Son la *renovatio contractus*, y el negocio de fijación jurídica.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

La teoría de la renovatio contractus se debe a Degenkolb. Parte de una contraposición entre lo que se considera el convenio preliminar o primario y el documento posterior, o de ejecución. Este documento de ejecución entraña un nuevo contrato; no es simple instrumento de prueba de un contrato anterior. El tema, así planteado, se enlaza con otro, en cierto modo similar, pero que, a nuestro juicio, se sitúa en un plano conceptual distinto. La diferencia entre negocio obligacional y negocio de pago o cumplimiento. Esta diferenciación presupone elevar el pago a la categoría de negocio jurídico, y al propio tiempo, consagra la posibilidad (sancionada después por el B. G. B., en lo que afecta, por ejemplo, a la transmisión de la propiedad) de construir el pago como negocio abstracto.

El planteamiento de Degenkolb ha ejercido, a nuestro modo de ver, una influencia decisiva sobre el pensamiento de Núñez-Lagos. Núñez-Lagos, construye su tesis partiendo de lo que él llama "insularidad" de la escritura. La escritura no confesoria, viene a decirnos Núñez-Lagos, ofrece dos características esenciales: no acoge en su texto hechos pretéritos (en nuestro caso el negocio previamente perfeccionado), e incluye la voluntad, si existieron, de no acogerse a ellos. Por otra parte, y tomando como base el contrato de compraventa escinde en él, neta y tajantemente, el momento obligacional del momento real (entrega de la cosa y del precio). El momento real se consuma mediante la escritura, que aparece como un acto debido, bien por pacto bien por ley. La escritura de compraventa, aun cuando tenga como precedente una declaración de voluntad primaria, no la reproduce: la extingue por consunción y cumplimiento, porque, como hemos visto - dice - hay entrega de la cosa y entrega del precio(156)(1662).

En nuestra opinión estas ideas de Núñez-Lagos no son plenamente aceptables. La insularidad de la escritura no significa que las partes, por haber silenciado el contrato ya perfeccionado entre ellos, haya querido prescindir de él para atenerse exclusivamente a lo que reza el texto escriturario. La práctica nos enseña a diario que ciertos pactos del documento privado no se llevan muchas veces a la escritura deliberadamente, a pesar de lo cual los contratantes quieren que mantengan su vigencia. El hecho de que la escritura no se remita al documento privado sólo excluye la aplicación del artículo 1224 del Cód. Civil. No hace falta una declaración expresa para que el contrato primigenio pueda extenderse modificado por el otorgamiento de la escritura.

La construcción de la compraventa en derecho español, tal como la presenta Núñez-Lagos, peca a nuestro juicio de germanismo, aunque el autor no pretenda que la transmisión de la propiedad tenga carácter abstracto. Es cierto que en el sistema español no basta el contrato para que se entienda transferida la propiedad, pues, según dispone el artículo 609 del Cód. Civil, hace falta, además, la entrega o tradición. Pero a nuestro juicio ésta no es de suyo un negocio jurídico por falta de autonomía (recuérdese lo dicho anteriormente sobre la naturaleza

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

jurídica del pago). En la declaración de voluntad del vendedor, al perfeccionarse la venta, radica la sustancia traslativa del negocio, aunque éste, para que la propiedad efectivamente se transfiera, deba ser complementado por la entrega o traditio. Es verdad que el otorgamiento de la escritura equivale, según el artículo 1462-2º del Cód. Civil español, a la entrega de la cosa objeto del contrato, pero también lo es que la escritura no formaliza sólo una declaración en el sentido de entregar la cosa sino lo que en ella se dice es que el vendedor vende, y el comprador compra, sin perjuicio de que el otorgamiento "equivalga" a la entrega. Por lo demás la equivalencia entre otorgamiento y entrega no existe, a pesar de lo cual, la escritura sigue formalizando una compraventa, en tres supuestos: si los otorgantes lo excluyen, si la cosa había sido ya entregada con anterioridad, o si el vendedor al tiempo de otorgar la escritura no era poseedor en concepto de dueño de la cosa vendida. Por lo que respecta al precio es más evidente todavía que el otorgamiento de la escritura no presupone el pago (cumplimiento de la obligación del comprador) más que si la entrega se verifica precisamente al tiempo de otorgar la escritura. Si el precio ha sido satisfecho con anterioridad (precio confesado) no hay pago sino confesión por parte del vendedor de haberlo recibido. La confesión no es, como pretende Núñez-Lagos, un sustitutivo de la entrega sino solamente un medio de prueba de que aquélla tuvo lugar. En el caso de precio aplazado la cosa todavía es más evidente. Imaginar que la escritura formaliza una promissio pro solvendo que funciona como una datio in solutum o pro solutum nos parece inexacto. La obligación existe desde que la compraventa se perfecciona. No viene sustituida por otra. De ser así habría que pensar en la existencia de una novación, con todas las graves consecuencias que de ello podrían derivarse. Nada de esto acontece en nuestro caso. Es verdad que, merced a la escritura, el crédito del vendedor puede hacerse valer en juicio ejecutivo. Pero eso no muda su naturaleza. Es una consecuencia de la mayor potencialidad que adquieren los efectos del negocio al venir éste formalizado en escritura pública.

El negocio de fijación jurídica, o negocio de accertamento según la terminología italiana, tiene sus orígenes en las especulaciones conceptuales de Bahr sobre el reconocimiento abstracto de deuda. La doctrina alemana posterior⁽¹⁵⁷⁾(1663) distingue el reconocimiento como declaración de ciencia y el reconocimiento como declaración de voluntad. En el primer caso estamos ante una simple confesión extrajudicial. En el segundo, ante un verdadero negocio jurídico que tiene por fin fijar los términos de una relación jurídica incierta en su estado o alcance. En este segundo caso el reconocimiento es efectivamente un negocio jurídico porque se hace, aunque eventualmente implique crear o modificar la relación jurídica reconocida. A nuestro juicio, coincidente en lo fundamental con el de la doctrina italiana actual, el reconocimiento sólo es negocio jurídico cuando se verifica para cortar o prevenir un litigio. Sólo entonces puede admitirse que quien reconoce el derecho o la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

pretensión ajena lo hace no porque este derecho existe, sino aunque no exista realmente. El reconocimiento, como la renuncia, o la transacción, son, por ello, según la ya tradicional expresión de Carnelutti, verdaderos "equivalentes jurisdiccionales".

Obviamente, pues, no hay negocio de fijación jurídica en el otorgamiento de una escritura que opera sobre un contrato anteriormente perfeccionado. Las modificaciones, en su caso, no se establecen para eliminar o eludir la incertidumbre de la relación jurídica creada.

A nuestro juicio, la escritura que formaliza un contrato ya perfeccionado no es sino la nueva forma de un negocio jurídico existente. No hay confesión, puesto que el documento no se remite a un negocio anterior que se reconoce existente, sino simplemente repetición de las declaraciones negociales emitidas, con el fin de alcanzar las ventajas peculiares de la forma pública notarial. En la medida en que la declaración documentada por medio de la escritura difiera de la inicial hay que preguntarse si las partes han querido o no modificar el negocio. En vista de que el otorgamiento de la escritura implica una expresa y solemne prestación de consentimiento es razonable presumir, con presunción iuris tantum, la intención de modificar.

5) Pasemos a examinar las escrituras reconocitivas. En ellas la escritura - a diferencia de lo que acontece con las que hemos estudiado en el apartado anterior - se remite a un negocio o a una relación jurídica preexistente entre las partes. Existen, pues, dos clases de escrituras que deben ser incluidas dentro de esta categoría. En unas se reconoce simplemente la existencia de una relación jurídica. Generalmente se trata de una relación obligacional. Son las típicas escrituras de reconocimiento de deuda en las que a veces se hace una mención concreta del negocio que fundó la obligación, en otras hay una referencia más o menos vaga al origen de la obligación (se habla, por ejemplo, genéricamente, del saldo deudor derivado de las operaciones comerciales que han mediado entre las partes), y, finalmente, es posible en nuestro derecho que no exista mención ninguna de la causa de la obligación(158)(1664). En las demás escrituras de reconocimiento los otorgantes reconocen haber celebrado un negocio jurídico determinado cuyo contenido reproduce la escritura. Generalmente se incorpora a ésta el documento privado que lo formalizó en su día.

La doctrina notarialista, en presencia de las escrituras de reconocimiento, suele ver en ellas una manifestación específica de la confesión extrajudicial. Núñez-Lagos, sin embargo, y para el supuesto de reconocimiento de deuda (que él llama reconocimiento constitutivo) estima que la parte confesoria se refiere exclusivamente a la causa que el documento invoca, pero el reconocimiento en sí equivale a una promesa de pago y por tanto la escritura formaliza ex novo una verdadera declaración negocial. A nuestro modo de ver, y como ya dijimos anteriormente, si la obligación reconocida es de origen negocial hay una reiteración de la declaración o declaraciones que dieron lugar a su nacimiento. La formalización escrituraria del reconocimiento, hecho con

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

plena conciencia de los efectos que éste lleva consigo y de los que se ligan a la forma pública notarial que desde entonces asume el negocio, implican siempre, y no sólo en el caso particular del reconocimiento de deuda, una reiteración de las declaraciones negociales ya hechas. No hay, por supuesto, un nuevo negocio, pero sí nueva forma del negocio preexistente.

La reiteración de la declaración negocial que la escritura de reconocimiento lleva consigo tiene importancia en algunos aspectos. En primer lugar, puede desplegar un efecto convalidante en el supuesto de que el negocio reconocido fuese anulable. Si una de las partes, por ejemplo, no tenía capacidad para celebrar el negocio reconocido al tiempo en que éste se celebró, pero la ha adquirido en el momento del reconocimiento, éste equivale, a nuestro juicio, a la confirmación tácita del contrato (cfr. artículo 1311 del Cód. Civil). La doctrina, excesivamente preocupada por la subsunción de las escrituras de reconocimiento en la confesión extrajudicial, no advierte este efecto peculiar de las mismas, indudablemente fundamental(159)(1665). En segundo término, y este aspecto se halla íntimamente ligado con el anterior, el notario ha de apreciar la capacidad de los otorgantes en relación con el momento en que la escritura de reconocimiento se otorga. Ciertamente, la necesidad de que el notario juzgue la capacidad de los otorgantes de la escritura de reconocimiento en consideración al momento en que ésta se otorga podría fundarse directamente en la naturaleza confesoria de la escritura y en el hecho de que el artículo 1231 del Cód. Civil exige para la validez de la confesión, que el "confesante tenga capacidad legal para hacerla". Pero la capacidad para confesar hay que ponerla en relación con la naturaleza del hecho confesado e incluso con la finalidad que con ella se persiga, en el supuesto de que la confesión sea extrajudicial. La doctrina procesalista exige para confesar judicialmente la capacidad procesal. Así Guasp(160)(1666). Con mejor visión del problema Carnelutti(161)(1667), y en consideración a la fungibilidad entre las declaraciones de verdad y de voluntad, explica y justifica la exigencia del artículo 1361 del antiguo Cód. Civil italiano que exigía al confesante la capacidad para obligarse. Esta relativa fungibilidad pone de relieve las características especiales de la confesión cuando se refiere a un negocio o a una relación jurídica hecha con el fin de atribuirle los efectos de la forma pública notarial. En otro caso, la equivalencia desaparece y debe bastar la capacidad procesal, o en la confesión extrajudicial, la genérica capacidad de obrar(162)(1668). Finalmente, porque la confesión de un negocio jurídico celebrado anteriormente, o de una relación de deuda, es, por la naturaleza de lo confesado, una confesión cualificada que comporta una reiteración de la declaración de voluntad inicial es por lo que este tipo de confesión abre paso al juicio ejecutivo. Siempre, en la confesión judicial (artículo 1429-3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil), o cuando se formaliza escriturariamente si la confesión es extrajudicial (número 1º del mismo precepto).

Lo dicho no significa que la naturaleza confesoria de la escritura no

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

tenga trascendencia. Inter partes la fecha del negocio reconocido es la del momento en que efectivamente se celebró, sin perjuicio de que en todo caso el reconocimiento interrumpa la prescripción (cfr. artículos 1647, 1948 y 1973 del Cód. Civil y 944 del Cód. de Comercio). Por consiguiente las obligaciones derivadas del negocio, y pendientes de cumplimiento, continúan en la misma situación en que se encontraban. Vencidas si el término expiró. En caso contrario, el plazo no se entiende prorrogado. El simple reconocimiento no implica prórroga tácita. Finalmente, el contenido de las declaraciones negociales es el establecido en el contrato reconocido. Cualquier divergencia entre lo que diga la escritura y lo que decía el contrato, que se reconoce debe resolverse a favor de éste. Así resulta del artículo 1224 del Cód. Civil, según el cual las escrituras de reconocimiento de un acto o contrato nada prueban contra el documento en que éstos hubieran sido consignados, si por exceso u omisión se apartasen de él, a menos que conste expresamente la novación del primero.

La exégesis de este precepto, fundamental en tema de escrituras de reconocimiento, suscita varias cuestiones.

En primer término, y como ha observado agudamente Núñez-Lagos(163)(1669), en el supuesto de discrepancia basta alegar ésta. No se precisa la prueba del error de hecho. Esto no significa, sin embargo, que esta forma de invalidar la confesión (cfr. artículo 1231 del Cód. Civil español) no puede igualmente aducirse. En primer término, cabe demostrar - aunque la hipótesis sea sumamente improbable - que el negocio reconocido no llegó a celebrarse, y que el reconocimiento se debe a error. Además, y con relación a determinados hechos confesados (por ejemplo, recibo de cantidades), también es posible alegar error. El vendedor, pongamos por caso, creyó que el precio le había sido abonado en su cuenta corriente cuando en realidad no fue así. Es más, creemos que también cabe probar que el hecho confesado no es cierto, bien porque la confesión fue falsa(164)(1670), o si demuestra otro hecho que desvirtúa el anterior. Se confesó el recibo del precio en la confianza de que sería inmediatamente satisfecho, lo que después no sucedió(165)(1671) y (Continuación de nota)(1672).

En segundo lugar es menester preguntarse hasta qué punto, si la discrepancia entre el negocio reconocido y la escritura de reconocimiento ha sido deliberada, es menester que expresamente se diga que el primer contrato queda novado. A nuestro juicio, del artículo 1224 sólo se desprende que la novación no se puede presumir. Al revés de lo que acontece en las escrituras que no son reconocitivas. La escritura, dice el precepto, "nada prueba contra el documento", pero eso no excluye que por otros medios pueda demostrarse la voluntad novatoria o modificatoria.

Por último, y caso de que expresamente se declare que el contrato reconocido se modifica ¿significa esto que necesariamente hay novación propiamente dicha con todas las consecuencias que ello lleva consigo, especialmente respecto de la extinción de las garantías que aseguraban

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

la obligación primitiva ? El tema es demasiado complejo para abordarlo aquí con detenimiento. El Cód. Civil español sólo regula la novación como causa de extinción de las obligaciones, pero la jurisprudencia y la doctrina admiten la modificación no novatoria. La dificultad estriba en saber cuándo hay novación o sólo modificación. El artículo 1204 del Código dice que la novación exige "que así se declare terminantemente o que la antigua y la nueva obligación sean de todo punto incompatibles". Luego, el animus novandi no se presume, y de ahí infiere la doctrina que la modificación, como regla general, no tiene carácter novatorio. A nuestro juicio, la cuestión no es tan simple. El primer problema que suscita la novación (de conformidad con su planteamiento clásico, al menos desde el derecho justinianeo) es averiguar si se ha querido crear una obligación que coexiste con la primera o sustituir ésta por la segunda. Respecto de tal cuestión la respuesta es diáfana. La sustitución implica una declaración terminante, salvo que la incompatibilidad entre las dos obligaciones haga imposible su coexistencia. Pero supuesto que esté claro que no se trata de crear una obligación que coexista con la anterior, sino de modificar la que ya existía, ¿sigue siendo válida la regla de que el animus novandi no se presume? ¿ Es verdad que salvo declaración expresa hay que entender que la relación obligatoria permanece y no viene reemplazada por otra nueva? La contestación a estos interrogantes, a falta de preceptos, como los artículos 812 del Código argentino o 1230 y 1231 del Código italiano es más complicada. Parece más bien que habrá que atender a la interpretación de la voluntad de las partes para saber si hay o no novación e incluso el alcance de los efectos novatorios. Así lo ha hecho nuestra jurisprudencia que ha centrado el tema sobre si lo modificado es o no "condición esencial del contrato" (cfr. artículo 1203-1º del Cód. Civil), lo que ha de resolverse en contemplación de las circunstancias que rodean cada caso concreto. Sólo en la duda habrá que negar la existencia de animus novandi, salvo que la modificación implique cambio de causa. Por lo demás, parece que la solución no puede ser la misma según que sólo afecte a las partes o también a terceros (fiadores, avalistas). Respecto de éstos debe presumirse el efecto novatorio siempre que la modificación, en algún sentido, haga más gravosas las condiciones de la obligación, y aumente, por tanto, su responsabilidad. Es sintomático que el artículo 1851 del Cód. Civil determine que la fianza se extingue por la prórroga del plazo concedida sin consentimiento del fiador (cfr. en el mismo sentido el artículo 2046 del Cód. Civil argentino).

6) El instrumento público que formaliza un negocio jurídico bajo cualquiera de las modalidades que han quedado estudiadas, está amparado - o debe estarlo - por una presunción de legalidad. En derecho español no hay ninguna norma que expresamente lo establezca, pero no es difícil llegar a esta conclusión. El artículo 146 del Reglamento dispone que el notario deberá negar la autorización cuando a su juicio todos o algunos de los otorgantes carezcan de la capacidad legal necesaria para el otorgamiento que pretendan, cuando la representación del que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

comparezca en nombre de tercera persona, natural o social, no esté acreditada legítimamente o no le corresponda con arreglo a las leyes, y cuando el acto o contrato, en todo o en parte, sea contrario a las leyes, a la moral o a las buenas costumbres, o se prescinda por los interesados de los requisitos necesarios para la plena validez de los mismos. El artículo 146 decreta la responsabilidad del notario cuando por dolo, culpa o ignorancia inexcusable el documento no pueda inscribirse en el Registro de la Propiedad. Los artículos 705 y 715 del Cód. Civil sancionan la responsabilidad del notario que autorice un testamento abierto o cerrado que sea declarado nulo por incumplimiento de las solemnidades legales si la falta procede de su malicia, negligencia o ignorancia inexcusable. El artículo 156-6° obliga al notario a enjuiciar la capacidad de las partes y los artículos siguientes regulan con minuciosidad esta obligación del fedatario. El artículo 156-8° dispone que el notario calificará la naturaleza jurídica del acto o contrato que se somete a su autorización y deberá hacer constar esta calificación en el documento. Por último, los artículos 170 y siguientes establecen las normas con arreglo a las cuales deben redactarse los instrumentos públicos, normas que miran no sólo a la confección material del instrumento sino sobre todo a su redacción desde el punto de vista técnico.

Sería realmente absurdo, pues, que todas las calificaciones y juicios que el notario ha de emitir, y que su obligación de abstenerse de autorizar los actos que jurídicamente no sean correctos, no surtirán efecto alguno, a pesar de que emanan de un funcionario público especialmente cualificado para dar fe, con arreglo a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales, según dice el artículo 1° de la Ley Orgánica. Es lógico afirmar, a la vista de los preceptos citados, que el instrumento público goza de una presunción de legalidad.

Acontece, sin embargo que el alcance de esa presunción es, por la propia naturaleza de las cosas, más limitado que la presunción de veracidad, con la que a veces se funde. Puesto que el notario está obligado a dar fe con arreglo a las leyes y no puede prestar su concurso a la formalización de un negocio jurídico nulo o anulable, va de suyo que cuando afirma que los otorgantes prestan su consentimiento a las declaraciones de voluntad o de verdad que el instrumento le atribuye, afirma implícitamente que este consentimiento se presta (al menos en su presencia) libre, consciente y espontáneamente. La presunción de legalidad se combina entonces con la presunción de veracidad. Procesalmente el juez ha de considerar hecho probado - sin perjuicio de la posible impugnación - el aspecto legal del acto en este sentido(166)(1673).

Salvado este aspecto de la presunción de legalidad es indudable que dicha presunción no vincula al juez. Si se impugna el negocio jurídico instrumentado notarialmente no es necesario alegar y probar las normas jurídicas que en su caso se estimen conculcadas, pues respecto de la quaestio iuris rige el principio iuris novit curia(167)(1674).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Sin embargo, la presunción de legalidad surte un importantísimo efecto en el orden procesal. Las escrituras públicas, según hemos recordado reiteradamente, son títulos ejecutivos, es decir son documento bastante para plantear un juicio de cognición abreviado, con tasa limitada de excepciones opinables, y que, sin surtir los efectos de la cosa juzgada, permite ejecutar la obligación debida (siempre que consista en una deuda dineraria líquida y exigible) por la vía de apremio. El origen de la fuerza ejecutiva de las escrituras públicas se encuentra en las llamadas "cláusulas garantigias". Mediante ellas el deudor renunciaba a todas las leyes que pudieran ampararle, renunciaba asimismo a defenderse, y declaraba atribuir a la escritura la misma fuerza que si se tratase de sentencia dictada por juez competente. El valor de estas cláusulas, ya desaparecidas, es insostenible para un jurista de nuestro tiempo. Pero no es menester recurrir a ellas para que la escritura pública goce de fuerza ejecutiva. La presunción de veracidad y la presunción de legalidad inherentes al instrumento público bastan para explicar este efecto privilegiado del instrumento público.

Extraprocesalmente quien se oponga al cumplimiento, o pretenda desconocer la eficacia de un negocio jurídico formalizado en instrumento público, fundándose en que el mismo no es válido(168)(1675)debe incurrir en responsabilidad si después queda judicialmente establecida la validez del negocio.

Por último, la presunción de legalidad, unida a la veracidad, explica y justifica que como regla general solamente los negocios y actos jurídicos formalizados notarialmente puedan tener acceso a los Registros públicos, especialmente si gozan, en alguna medida, de publicidad material. Resulta indudable que en tanto el contenido de esos Registros (en España, por ejemplo, el Registro de la Propiedad Inmueble y el Registro Mercantil) se presume exacto con presunción iuris et de iure en beneficio del tercero que confía en su contenido, deben extremarse las precauciones para evitar que se produzca la inexactitud. Es lógico pues que para obtener la máxima probabilidad de que los asientos registrales concuerden con la realidad jurídica se exija que los títulos inscribibles sean instrumentos públicos(169)(1676). La necesidad de que los actos y contratos que tengan acceso a los Registros antes citados consten en documento público viene postulada por los artículos 3º de la Ley Hipotecaria, 34 de su Reglamento, y 8º del Reglamento del Registro Mercantil. Se admiten algunas excepciones a esta regla general no siempre bien justificadas.

De cuanto queda dicho se desprende hasta qué punto la escritura pública potencia los efectos jurídicos del negocio que en ella se formalizan. En su virtud queda establecida auténticamente la celebración del negocio jurídico, pues el instrumento es, al propio tiempo, forma y prueba del mismo. El negocio puede ser opuesto a terceros (en la medida que su naturaleza lo consienta y se cumplan en su caso los requisitos complementarios que lo condicionan)(170)(1677), En tanto de él se derivan obligaciones dinerarias, y una vez que éstas sean líquidas y

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

exigibles, puede reclamarse su ejecución por los trámites de un procedimiento especial. Goza de una presunción de legalidad y de veracidad, vinculante en mayor o menor medida. Y finalmente sus efectos, respecto de terceros, no pueden quedar desvirtuados por otro negocio posterior, entre los mismos interesados, ni siquiera aunque éste se formalice en escritura pública salvo que el contenido de aquélla hubiese sido anotado en el Registro público competente o al margen de la escritura matriz y del traslado o copia en cuya virtud hubiera procedido el tercero (cfr. artículo 1219 del Cód. civil).

IV. CONCLUSIÓN

Con lo dicho han quedado trazados con perfiles suficientemente destacados cuál es la silueta profesional del notario latino. La extensión del tema, tal vez demasiado ambicioso, y la necesidad de conjugarlo con las inexorables, y por otra parte lógicas, limitaciones de espacio, me han obligado a abordar un poco de pasada materias que merecen mayor detenimiento, e incluso que el texto originario de este trabajo haya tenido que sufrir mutilaciones de importancia. Pero, en la hora actual, cuando tantos valores están sujetos a revisión y otros se hallan en crisis, creo que era necesario poner claramente de relieve la importancia de la función notarial, y cómo la institución conserva toda su lozanía y su frescor, en vigencia permanente, dentro de la sociedad moderna. Me ha parecido, pues, que en una ocasión como la presente, en que se trata de conmemorar el 75º aniversario de una publicación dotada del máximo prestigio, escrita por notarios y para notarios, no podía faltar un trabajo jurídico-notarial precisamente de esta índole.

Cuanto ha quedado expuesto sobre el quehacer del notario demuestra de una manera fehaciente hasta qué punto el notariado de tipo latino es un instrumento indispensable al servicio de la seguridad jurídica, de tal modo que allí donde la institución es desconocida, o donde se la poda y recorta limitando o suprimiendo las atribuciones esenciales que la tipifican y caracterizan, se echa a faltar una pieza fundamental en la organización jurídica del Estado de Derecho, y que sólo a medias y en forma siempre incompleta y defectuosa puede ser suplida mediante el expediente de conferir a otras instituciones, concebidas para cumplir fines distintos, toda una serie de potestades que reclaman un órgano especialmente cualificado para cumplir una función que de suyo es autónoma y peculiar.

La importancia de la función postula inexcusablemente la concurrencia de calidades especiales en quienes recaen el honor y la carga de desempeñarla. Sólo puede ser un notario cabal el que reúna honradez, imparcialidad, competencia técnica, y amor a la verdad, de la cual ha de ser, en lo humano, su más celoso custodio. Como reza nuestro emblema, *Nihil prius fide*.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal