

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

DERECHO NOTARIAL

***FORMACIÓN DEL INSTRUMENTO PÚBLICO, VALIDEZ, EFICACIA Y LIBRE
CIRCULACIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO ASÍ DOCUMENTADO INCLUSO EN
LAS RELACIONES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO***

(Pulse el [título](#) para ver continuación)

ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

III. VALIDEZ DEL INSTRUMENTO PÚBLICO

27. La validez del instrumento público resulta, positivamente, de la concurrencia de los requisitos que acaban de ser examinados; pero mejor que dar por contestado este epígrafe es completar aquella exposición con el estudio de los mismos problemas desde el punto de vista negativo, desde el ángulo de la nulidad; validez y nulidad, como conceptos antitéticos, no pueden comprenderse por entero el uno sin el otro; la validez, en sí, ya quedó tratada; contemplémosla ahora a través de la nulidad.

El contrapunto de la nulidad, en el mismo ámbito negativo, está a su vez constituido por la falsedad, y de ésta hay que partir para perfilar el concepto de aquélla. En el instrumento se narran hechos: es el campo de la verdad y de "la noche oscura del documento público", como Núñez - Lagos denominó a su contraria, la falsedad(174)(988); cuando el autor material de aquel pensamiento es el notario, su narración documental está cubierta con la máxima eficacia, la fe pública: "A la adecuación del hecho - actum - con su narración documental - dictum - se le llama verdad. A una protección especial del dictum, del texto, se llama fe pública", había escrito en otro lugar Núñez - Lagos(175)(989). Pero en el instrumento, además, se cumplen los requisitos formales ineludibles para su misma existencia, y se contienen juicios, declaraciones de voluntad, negocios jurídicos; ya no estamos en el campo de los hechos, sino en el campo del Derecho; ya no tenemos fe pública, sino presunciones iuris tantum, legitimaciones para el tráfico y efectos negociales; y si ha habido infracciones legales, no tenemos falsedad, sino nulidad; concedamos de nuevo la palabra a Núñez - Lagos: "Los hechos, objeto de la fe pública, existen o no existen - esfera del ser - , y su narración es fiel - verdad - o infiel - falsedad - ; pero los hechos en sí no son válidos o nulos - esfera del deber ser - . Una escritura conteniendo un contrato tiene dos aspectos: uno, en el de la realidad, los hechos narrados por el notario; otro, en el de la legalidad, el contrato, que deberá ajustarse a la ley. Puede fracasar la impugnación planteada en el primer aspecto, fracasando la querrela (civil o criminal) de falsedad, y triunfar la impugnación en el segundo aspecto: la nulidad".(176)(990).

La falsedad, según se deduce de estas últimas palabras, puede ser penal o civil. Falsedad penal es la tipificada y penada en el Código Penal; el precepto fundamental es el artículo 302, que incrimina al "funcionario público que, abusando de su oficio, cometiera falsedad: 1° Contrahaciendo o fingiendo letra, firma o rúbrica. 2° Suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido. 3° Atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieren hecho. 4° Faltando a la verdad en la narración de los hechos. 5° Alterando las fechas verdaderas. 6° Haciendo en documento verdadero cualquiera alteración o intercalación que varíe su sentido. 7° Dando copia en forma fehaciente de un documento supuesto o

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

manifestando en ella cosa contraria o diferente de la que contenga el verdadero. 8º Intercalando cualquiera escritura en un protocolo, registro o libro oficial. 9º Simulando un documento de manera que induzca a error sobre su autenticidad". Esta casuística se intenta reconducir por los penalistas a unas pocas categorías; para Leyva, los supuestos 6º y 9º son falsedades materiales, los supuestos 2º a 4º y 7º son falsedades ideológicas, y los demás no son verdaderos supuestos de falsedad documental, pues el 1º "no es un caso de falsedad, es un procedimiento de falsificación que se puede utilizar para cualquiera de ellas", el 5º "también huelga, pues si al elaborarse el documento se consigna en él una fecha inactual, se falta a la verdad en la narración de los hechos, y si se sustituye la fecha ya estampada por otra arbitraria, perpétrase una alteración material que varía el sentido", y el 8º "no es un caso de falsificación, sino de uso de documento falso"(177)(991); según Rodríguez Devesa las nueve formas de falsedad del artículo 302 pueden reducirse a tres: alteración de documento verdadero ya existente (1º, 6º y 8º), constatación falsa de un hecho (2º, 3º, 4º y 5º, y segundo inciso del 7º), y creación o formación de un documento totalmente falso (9º, y primer inciso del 7º)(178)(992); y, finalmente, para Muñoz Conde los supuestos 1º, 5º, 6º, 8º y 9º son falsedades materiales; el 2º y el 3º, falsedades ideológicas; el 4º y el 7º (y también, a lo que nosotros creemos, el 5º) son susceptibles de cometerse de ambas maneras; y el 9º será falsedad ideológica si el autor es funcionario y material si es particular(179)(993)

El problema que más interés suscita, desde el punto de vista notarial, la falsedad documental, es la posibilidad jurisprudencial de su comisión culposa, especialmente en tema de identificación de los comparecientes(180)(994), que intentó resolver la ley de 18 de diciembre de 1946 con el último párrafo de su nuevo artículo 23 de la Ley Notarial: "El notario que diere fe de conocimiento de alguno de los otorgantes, inducido a error sobre la personalidad de éstos por la actuación maliciosa de los mismos o de otras personas, no incurrirá en responsabilidad criminal. la cual será exigida únicamente cuando proceda con dolo; pero será inmediatamente sometido a expediente de corrección disciplinaria con la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que se hayan producido por tal error a terceros interesados"(181)(995). Un magnífico resumen de la cuestión nos viene proporcionado por la sentencia de 4 de marzo de 1975: "el problema de la posible incriminación culposa de la falsedad documental, es ya añejo y sumamente controvertido, pudiéndose distinguir hasta tres posiciones doctrinales, la primera de ellas, negativa y que se basa en la ausencia del daño material indispensable en los delitos de imprudencia, en el inciso del artículo 302 «abusando de su oficio» que evoca la idea de intencionalidad, en la etimología de la palabra "falsedad" - "fallere", engañar - , en razones semánticas actuales ahistóricas, entendiendo finalmente que tal posibilidad es inaceptable porque se trata de infracciones esencialmente dolosas, en las que, ontológicamente o de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

modo esencial, se exige un propósito o intención maliciosos excluyentes, por tanto, de toda hipótesis culposa(182)(996); la segunda, que mantiene la posibilidad de comisión de los delitos de falsedad documental a título imprudente no sólo porque el artículo 302 y concordantes carecen de la locución "a sabiendas" que sería la única que cerraría el camino a toda posibilidad de conexión con el artículo 565 del Código Penal(183)(997), sino porque en tales preceptos tampoco se exige expresamente un propósito o intención determinados, porque aunque no siempre se origine un daño por lo menos existe un perjuicio para la sociedad y un resultado jurídico, porque no hay inaptitud o inidoneidad abstracta en estas figuras para su versión imprudente, porque el artículo 565 tiene carácter general o no admite más excepciones que las expresadas en la ley o derivadas de la especial naturaleza del delito de que se trate y porque, sobre todo, tratándose de funcionarios públicos, puede ser y es frecuente que, aun obrando sin malicia, por ligereza, abandono, descuido, inadvertencia u omisión del cumplimiento de sus obligaciones legales, cometan por sí, o contribuyan a la perpetración, de una mutatio veritatis o mudamiento o alteración de la verdad, no repugnando al Derecho ni a la sociedad, ni a los principios más elementales de política criminal, la idea de la necesidad de imponer la correspondiente sanción a quien cometa falsedad de modo culposo, proporcionada, claro está, a la medida en que la conducta imprudente del agente haya sido más o menos disculpable; y, finalmente la tercera posición, con acierto indiscutible, se inclina por la solución negativa cuando se trata de delitos de falsedad en los que la ley exige un dolo específico y determinado, un animus especial y concreto - formas falsarias inspiradas en la idea de lucro o de otra finalidad - , como por ejemplo en el artículo 304, "a sabiendas". . . "con intención de lucro", en el 305, párrafo segundo, «con intención de lucro o de perjudicar a otro», en el 306, «en perjuicio de tercero o con ánimo de causárselo» en el 307, "con intención de lucro o con perjuicio de terceros y en el 311 "con el fin de eximir a una persona de algún servicio público", siendo inaptas también para la comisión culposa las falsedades materiales y las de alteración fraudulenta, admitiendo plenamente la solución positiva en los delitos de falsedad ideológica o en los de falsedad material de redacción íntegra u originaria y, en general, en todos aquellos otros en los que el legislador, al definirlos y penarlos, no consigna ninguna exigencia especial en orden a lo intencional y volitivo, por lo que, debiéndose acudir, a este respecto, a las normas generales de los artículos 1 y 565 del Código Penal, será perfectamente admisible en Derecho la forma comisiva culposa de las falsedades documentales"; bien se ve, y lo confirman las citadas sentencias de 22 de mayo de 1963 y de 17 de mayo de 1972, que no ha variado la doctrina de los Tribunales(184)(998).

De esta perspectiva arranca Silva Melero para caracterizar el concepto de falsedad civil: "la concurrencia del dolo determina que la falsedad sea siempre punible, y solamente cuando se trata de falsedades culposas podrá hablarse de falsedad civil, aunque, por otra parte, sea muy

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

discutible desde el punto de vista punitivo la existencia de una falsedad por culpa"(185)(999), pero, desde otro punto de vista, la falsedad civil "supone la omisión de algunas de las solemnidades o circunstancias que la ley exige para que un documento haga fe en juicio. Se trata, en suma, de una falta de eficacia legal o de autenticidad. Así, nuestra legislación histórica consideraba civilmente falsos los documentos por incapacidad en quien los otorga, por ilegalidad del acto, por falta de solemnidades, por defectos sustanciales en su redacción o extensión, etc. En todo caso, la duda aquí se plantea solamente en torno a la autenticidad o exactitud documental. Se trata de un problema de tipo procesal. A esta falsedad civil cabría añadir, desde el plano exclusivo de la doctrina, las culposas, eliminándolas de la órbita del Derecho Penal(186)(1000). Estamos ante un concepto bimembre; o mejor, trimembre, porque en la falsedad civil se comprenden las falsedades culposas no penadas, la nulidad formal y algunos supuestos de nulidad sustancial; nulidades, formal y sustancial a las que, en concepción ya superada, se les atribuye una naturaleza o alcance meramente procesal; es cierto que nuestra tradición discurría por tales caminos(187)(1001), pero también lo es la inutilidad de una categoría que encierra supuestos tan heterogéneos; el concepto de falsedad civil no solamente resultaría inútil; sería perjudicial. Hay que excluir de él las nulidades, sustancial y formal.

El problema de la falsedad civil viene, en consecuencia, a centrarse en su distinción de la falsedad penal. "Teniendo en cuenta - dice en este sentido Moxó - que el círculo más amplio es el de lo ilícito civil y el más restringido el de lo ilícito penal, cabría afirmar: Todo lo falso ilícito que no tiene su configuración penal, por estar sancionado penalmente, en una norma de este carácter, con un procedimiento penal, es falsedad civil, ya sea producida material o ideológicamente. La más importante y caracterizada falsedad civil es la ideológica, aquella en que el notario, sin dolo, sin malicia, pero con olvido de su diligencia habitual y debida, atestigua hechos diferentes de los sucedidos, o sucedidos de manera distinta, o no sucedidos(188)(1002), con lo que volvemos, fundamentalmente, a la falsedad culposa no penada.

Más aguda, finalmente, es la posición de Núñez - Lagos: "Es posible que sistemáticamente se pueda hablar de falsedades civiles más allá de la tipicidad del Código Penal. Mas los casos de ilicitud civil - simulación, dolo, daño - , sin negar que algunas veces puedan interferir los de falsedad documental, no son en sí mismos, supuestos de falsedad. El problema para el civilista no está en encontrar una zona de falsedad al margen de la tipicidad penal - que tal vez exista - , sino dentro de la tipicidad penal. La tipicidad penal engendra dos órdenes de sanciones y consecuencias: uno, criminales y a la vez civiles; otro, exclusivamente civiles"(189)(1003). Por ello, y además de estos posibles supuestos foráneos a la tipicidad penal, Núñez - Lagos cataloga dos grupos para fundamentar la autonomía de la falsedad civil; los supuestos de falsedad civil sin responsabilidad penal(muerte del presunto reo, amnistía, indulto, prescripción y, en su caso, falsedades culposas), y los supuestos de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

falsedad civil con responsabilidad penal, en que "falsedad civil y falsedad penal, aun coexistiendo, son técnicamente distintas" según demuestra con citas de Manzini y de Ricci: "La falsedad civil - dice Manzini - viene valorada prevalentemente en sus elementos exteriores y con criterio económico; asume una figura particularmente objetiva en la cual prevalece más el elemento material sobre el subjetivo, y es considerada más en el efecto - daño - que en la causa - imputabilidad - . La falsedad penal, por el contrario, viene valorada prevalentemente con respecto a la voluntad del que la ha producido y con criterio psicológico, de manera que en ella el elemento subjetivo prevalece sobre el elemento material, dándose de este modo más importancia a la causa que al efecto". "La falsedad civil - dice Ricci - no se dirige contra el reo; únicamente se preocupa de expulsar un medio de prueba que estorba al descubrimiento de la verdad y que puede inducir al juez a estimar, de buena fe, la falsedad en lugar de la verdad; por eso camina derecha a su fin sin preocuparse de indagar la voluntad del autor de la falsedad"(190)(1004).

28. Dentro de las nulidades, y rechazada ya la figura de la nulidad por razón de la estructura(191)(1005), la distinción entre "negotium" e "instrumentum" origina la dicotomía fundamental; por un lado la nulidad sustancial, también denominada negocial, material, de fondo o de contenido, que es la nulidad del negocio, regida por el Derecho sustantivo (Civil, Mercantil, etc.); y por otro la nulidad formal, o instrumental, o documental, que es la nulidad del instrumento público, regida por el Derecho Notarial puro.

La nulidad sustancial y la nulidad formal operan con independencia. No es cierto, como afirma Giménez - Arnau, que "la nulidad interna del negocio documentado produce la invalidez del documento que refleja ese negocio"(192)(1006); tiene razón Núñez - Lagos: "El negocio puede ser ineficaz - nulidad de fondo - dejando al instrumento con todo el valor de sus «autenticidades». Un instrumento público que contenga un negocio jurídico nulo, continúa siendo instrumento público y auténtico, en cuanto a los hechos narrados en su texto"(193)(1007), como lo demuestra el que la eficacia documental puede ser incluso el punto de partida para la declaración de la nulidad negocial; la data del documento, cubierta por la fe pública es, por ejemplo, la que determina en qué momento habrían debido concurrir los requisitos de fondo del negocio cuyo defecto o vicio acarrea su nulidad. La nulidad formal, por su parte, tampoco produce la nulidad del negocio salvo los excepcionales casos en que aquella forma nula era exigida «ad solemnitatem»; en todos los demás casos, que son los normales, el artículo 1223 del Código Civil ordena la conversión formal: «La escritura defectuosa, por incompetencia del notario o por otra falta en la forma, tendrá el concepto de documento privado, si estuviese firmada por los otorgantes»; el instrumento público es nulo, pero el negocio - ahora ya en documento privado - es válido.

La Ley del Notariado, como excepción a lo antes dicho, establece una nulidad sustancial parcial: «No producirán efecto las disposiciones a

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

favor de parientes, dentro del grado anteriormente prohibido (cuarto de consanguinidad o segundo de afinidad), del que autorizó el instrumento en que se hicieron"(art. 28); "no hace relación - comenta acertadamente Ruiz Gómez - a los instrumentos en que alguno de los otorgantes sea pariente del notario que los autorice. . . refiérese. . . a los derechos que se otorguen, declaren o reserven a favor de los parientes de aquél en un instrumento en que no sean otorgantes"(194)(1008), pues en aquel supuesto al notario le está prohibida la autorización por el artículo 22 de la ley: "Ningún notario podrá autorizar contratos. . . en que alguno de los otorgantes sea pariente suyo dentro del cuarto grado civil o segundo de afinidad".

29. A las normas de Derecho Notarial puro que regulan los requisitos formales de los instrumentos públicos inter vivos les es también aplicable el artículo 6° - 3 del Código Civil: "Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención"; pero a este precepto, de la reforma de 1974, le es aplicable la misma doctrina que al primitivo artículo 4° - 1 - "son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la ley, salvo los casos en que la misma ley ordene su validez" - ;ni era ni es preciso que esta validez, o aquel efecto distinto se consignen expresamente, sino que, como dijo recogiendo la doctrina jurisprudencial la sentencia de 10 de noviembre de 1964, "su generalidad impone la precisión, en cada caso concreto, de analizar las circunstancias del acto o contrato cuya nulidad se postule, ya que podrá accederse a la misma, por regla general, en cualquiera de los casos siguientes: Primero. Que exista precepto específico de la ley que imponga la nulidad per se del acto o contrato. . . Segundo. Que se trate de un acto constitutivo de un estado o condición, para cuya eficacia exige la ley determinados requisitos y falta alguna esencial en el evento de que se trata. . . y Tercero. Cuando la materia, objeto o finalidad del acto, impliquen un fraude de la ley, sean atentatorios a la moral o supongan un daño o peligro para el orden público", de lo que, aplicado mutatis mutandis al instrumento público, resulta que la nulidad formal no es ya la regla, sino la excepción, que sólo puede declararse cuando una ley la impone, o se trate de un requisito esencial o cuya infracción suponga un daño o peligro para el orden público. Hay, pues, infracciones simples, no invalidantes, sancionadas en distintas formas, pero que no originan la nulidad formal del instrumento. A lo largo de nuestro estudio nos hemos encontrado con muchas de ellas, sobre las que no hemos de volver: el uso indebido de papel común o de formato no normalizado; la infracción de las disposiciones sobre márgenes, líneas y sílabas(R. 19 - X - 71) o abreviaturas, blancos y guarismos(R. 30 - XI - 1864); la utilización del papel de calco(Rs. 14 - 11 - 63. 22 - VII - 71 y, sobre todo, 16 - VII - 71); el error de numeración de la matriz en el protocolo(Rs. 27 - I y 19 - X - 34) y, por tanto, la falta de numeración: la actuación del notario, sin la concurrencia de los requisitos legales, en el lugar de residencia de otro

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

compañero(R. 24 - XI - 88), o en la zona correspondiente al mismo, pero dentro de su distrito(Rgto. , art. 125), o con infracción de las reglas sobre el turno(Rgto. , art. 135 - 2); ausencia del nomen iuris del acto o error en su calificación; limitación de la función de asesoramiento, incluida la intervención meramente autorizante; no consignar que el documento ha sido redactado conforme a minuta: omitir que se hicieron las reservas y advertencias legales; firma suplida reglamentariamente ante la inexacta declaración del otorgante de no saber o no poder firmar(R. 3 - V - 86); no haber estampado el sello de la notaría; etc.

30. Menos aún son supuestos de nulidad formal aquellos en que un instrumento público, plenamente válido, no produce, sin embargo, determinados efectos especiales que suelen acompañarle, por no reunir los requisitos exigidos por las normas que les regulan, aun concurriendo, claro es, los requisitos por la legislación notarial. El artículo 21 de la Ley Hipotecaria, por ejemplo, dispone que "los documentos relativos a contratos o actos que deben inscribirse expresarán, por lo menos, todas las circunstancias que necesariamente debe contener la inscripción y sean relativas a las personas de los otorgantes, a las fincas y a los derechos inscritos", añadiendo el artículo 22 que "el notario que cometiere alguna omisión que impida inscribir el acto o contrato, conforma. A lo dispuesto en el artículo anterior, la subsanará extendiendo a su costa una nueva escritura si fuere posible, e indemnizando, en su caso, a los interesados de los perjuicios que les ocasione su falta"; supongamos que una escritura no contiene la descripción hipotecaria de los inmuebles de conformidad con el artículo 9 - 1ª de la Ley Hipotecaria y 51 - 1ª§ a 4ª de su reglamento; la escritura no será inscribible; pero si reúne los requisitos formales y de fondo precisos, será válido el negocio contenido(venta, donación, etc.) y será también válido el instrumento que le contiene. Otra construcción posible, aunque la considero menos acertada, consistiría en reconducir estos supuestos a los de infracciones no invalidantes antes estudiados, lo que solamente podría hacerse respecto de aquellos casos en que la legislación notarial contuviese una remisión a la legislación ajena; es lo que hace el Reglamento Notarial en el ejemplo que proponíamos: "la descripción de los inmuebles en los documentos sujetos a registro se hará por el notario, expresando con la mayor exactitud posible los requisitos y circunstancias imprescindibles o necesarios para realizar la inscripción"(art. 170 - 1), o, con carácter general, "en todo caso el notario cuidará de que el documento inscribible en el Registro de la Propiedad inmueble, intelectual, industrial, mercantil, de aguas o de cualquier otro que exista ahora o en lo sucesivo, se consignen todas las circunstancias necesarias para su inscripción, según la respectiva disposición aplicable a cada caso, cuidando además de que tal circunstancia no se exprese con inexactitud que dé lugar a error o perjuicio para tercero"(art. 173); pero estas remisiones no cambian el carácter de las normas a las que se hacen.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

31. Ha quedado ya perfectamente decantada la nulidad formal, al ir separando, en los números anteriores, la falsedad, la nulidad de fondo, las infracciones que no invalidan el instrumento y las ineficacias específicas que le son ajenas. Comencemos el estudio de la nulidad formal propiamente dicha con referencia a sus clases.

Son pacíficas, y evidentes en sus mismos términos, las referentes a negocios inter vivos, de las que tratamos aquí, y mortis causa, regidas por el Código Civil y compilaciones forales; nulidad total(art. 27 de la ley) y parcial(art 26); y nulidad subsanable e insubsanable(ley de 1º de abril de 1939, art. 3º; Rgto. , artículos 189 - 2, 146 - 2 y 153 - 3). Menos éxito ha tenido la importación de las categorías fundamentales del Derecho Civil, inexistencia, nulidad y anulabilidad; ciertamente pueden señalarse casos de inexistencia, como sería el de la falta total de firmas de comparecientes y testigos y de signo, firma y rúbrica del notario; o el documento autorizado enteramente fuera de la competencia funcional del notario, teniendo, por ejemplo, por contenido una sentencia, o un acto administrativo; pero fácilmente se ve que son supuestos límites y, en el polo opuesto, el concepto de anulabilidad es difícilmente aplicable, como no sea a algún raro supuesto de nulidad formal por razón del acto, no del documento, como la locura del propio notario. A este punto queríamos llegar, a comprobar la importancia de la distinción entre el acto y el documento también en este campo de las nulidades formales.

La distinción, dentro del instrumento, del acto y del documento, de la dimensión acto y de la dimensión papel, hace que en principio puedan clasificarse las nulidades formales según indican en el acto del otorgamiento o en el documento - cosa producido en dicho acto. Ahora bien, como el notario ha de narrar en el documento el acto del otorgamiento, recoger en el dictum los momentos esenciales del actum, los requisitos de éste cuya omisión o defecto sustancial acarrea la nulidad formal pueden clasificarse, desde el punto de vista de su constancia documental, en dos grupos, según que por imperativo legal deban ser recogidos expresamente en el documento o no exista tal obligatoriedad.

En el primer grupo de requisitos, los de constancia obligada, lógicamente ha de suceder que la falta en el acto del otorgamiento, falten también en el documento; hay concurrencia de nulidades formales, por lo que prácticamente resulta más cómodo atenerse a la nulidad de la dimensión papel, quedando en la penumbra aquella otra nulidad previa de la dimensión acto. Pudiera sin embargo ocurrir que, faltando en el acto del otorgamiento, se hubieran consignado en el documento como realmente cumplidos; tendríamos entonces falsedad, penal o civil, de la dimensión papel; claro es que detrás de ella existiría nulidad formal de la dimensión acto, pero al estar cubierta por la fe pública la narración documental, esta nulidad no podría alegarse hasta que la fe pública hubiera sido barrida por la declaración de falsedad y ninguna utilidad tendría ya entonces la declaración de tal nulidad. Estas consideraciones explican perfectamente

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

por qué la distinción entre las dimensiones acto y papel del instrumento no suelen ser utilizadas por la doctrina en tema de nulidad formal; los más importantes supuestos de nulidad de la dimensión acto, o no pueden ser alegados más que mediante una acción de falsedad del documento que hace superflua una acción ulterior de nulidad, o coexisten con otra nulidad formal de la dimensión papel, de más fácil prueba, lo que hace también inútil la alegación de la nulidad del acto. Pero cabe una tercera hipótesis; que revela que la distinción es también aquí fecunda: el requisito puede haber sido cumplido, efectivamente, en el acto del otorgamiento, y no haber sido recogido, sin embargo, en el documento, con infracción del correspondiente precepto legal; hay, pues, plena validez de la dimensión acto, y nulidad formal de la dimensión papel; pero esta nulidad, precisamente porque el acto fue perfecto, puede subsanarse mediante acta; la suplantación del actum por el dictum, con la irreversibilidad impuesta por la fe pública, presenta esta excepción, de manera que el defecto en el documento de alguno de los requisitos del acto que efectivamente tuvo lugar, y que legalmente debía expresarse en aquél, puede subsanarse ascendiendo de nuevo al actum, y recogiendo tal requisito, sin unidad de contexto, en otro documento, o, en determinados supuestos, en diligencia separada, dentro del mismo instrumento; ideas fundamentales para la interpretación de los preceptos que regulan la subsanación, ya citados, y que a su debido tiempo estudiaremos; el más ambiguo, el de la omisión, en el texto, de la fe de conocimiento (art. 189 - 2 del Rgto).

El segundo grupo está constituido, como decíamos, por aquellos requisitos que legalmente no es preciso hacer constar en el documento de manera expresa, sino que se presuponen cumplidos en virtud del principio general de legalidad; su omisión en la dimensión acto puede estar excepcionalmente sancionada con la nulidad. Si a pesar de su omisión, y de no ser necesaria su constancia, el documento dice que se han cumplido, existe falsedad de la dimensión papel, que encubre, como antes vimos, la nulidad formal del acto. Y si fueron omitidos en el acto, y nada se dice en el documento, éste aparece plenamente válido porque ningún precepto exigía su expresión, pero hay nulidad formal de la dimensión acto. La distinción entre acto y documento se revela aquí de trascendencia directa, puesto que hay supuestos, por excepcionales que sean, en que la nulidad formal sólo atañe al acto, en que es preciso atacar el acto mismo, y es la nulidad de éste la que acaba produciendo la del documento por una causa distinta, por haber sido creado en una audiencia nula. Este es el supuesto, que antes adelantábamos, del notario loco o de otra manera incapaz, cuyo encuadramiento produjo dificultades en la doctrina, y que incluso llevó a algunos a equipararlo al caso de ausencia del notario; no cabe tal equiparación; la ausencia, al darle por presente, produce falsedad; la locura o incapacidad, nulidad de la audiencia, del acto notarial.

32. La Ley del Notariado dedica a la nulidad formal total el artículo 27:

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

"Serán nulos los instrumentos públicos: 1º Que contengan alguna disposición a favor del notario que los autorice. 2º En que sean testigos los parientes de las partes en ellos interesadas en el grado de que queda hecho mérito, o los parientes, escribientes o criados del mismo notario. 3º Aquellos en que el notario no dé fe del conocimiento de los otorgantes, o no supla esta diligencia en la forma establecida en el artículo 23 de esta ley, o en que no aparezcan las firmas de las partes y testigos cuando deban hacerlo, y la firma, rúbrica y signo del notario". Examinaremos separadamente estas causas de nulidad y, de paso, las que con ellas guardan relación.

1) Disposiciones "pro notario". - El artículo 27 - 1º, como acabamos de ver, sanciona con nulidad los instrumentos públicos "que contengan alguna disposición a favor del notario que los autorice", con infracción, por tanto, de la prohibición del artículo 22, "ningún notario podrá autorizar contratos que contengan disposición en su favor", pero eliminando la restricción que equivocadamente habría podido intentarse a base de la expresión "contratos" de este último precepto; "actos jurídicos de ninguna clase que contengan disposiciones a su favor", que aclara el reglamento(art. 139 - 3); no se declara solamente nula la disposición a favor del notario autorizante, sino el instrumento público entero que la contiene, y se hace con independencia de que el notario sea o no otorgante del documento; sería nula, por ejemplo, la escritura de cancelación de hipoteca, que no tiene más otorgante que el acreedor, autorizada por notario propietario de la finca que se liberaba. El artículo 139 del reglamento, que a su tiempo expusimos, y el artículo 140, interpretan este artículo 22 de la ley, pero en lo que pudieran excederse del mismo y, por tanto, del artículo 27 - 1º, no originarían nulidad del instrumento(195)(1009).

El artículo 22 de la ley comprende, junto al notario, a sus parientes: "ningún notario podrá autorizar contratos que contengan disposición en su favor, o en que alguno de los otorgantes sea pariente suyo dentro del cuarto grado civil o segundo de afinidad". Tiene este precepto un ámbito distinto al del artículo 28, ya estudiado, que decreta la nulidad de estas disposiciones a favor de tales parientes. El artículo 22 requiere que el pariente del notario sea "otorgante" del instrumento, mientras que el artículo 28 se refiere al pariente favorecido por la disposición, pero no otorgante(196)(1010). Si en este caso, que es el menos grave, se ordena la nulidad de la disposición, la nulidad parcial, en aquél, el del pariente otorgante, creemos que procede la nulidad del instrumento entero(197)(1011); y no solamente por esta interpretación a fortiori del artículo 28, sino porque así se deduce del artículo 27 - 2º, al establecer la nulidad total por parentesco de los testigos, y, sobre todo, porque así resulta del Código Civil, que lleva el requisito de que el notario sea "competente" al concepto mismo del instrumento público(art. 1216) y que al ordenar, en el artículo 1223, la conversión formal en documento privado de "la escritura defectuosa, por incompetencia del notario o por

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

otra falta en la forma", pone de relieve que esa "incompetencia" es causa de nulidad formal; la incompatibilidad no es más, en efecto, que una incompetencia relativa. El artículo 139 del reglamento nos ayuda a fijar el concepto de "otorgante" a efectos de la incompatibilidad que estamos estudiando: "No podrán, en cambio(los notarios), autorizar actos jurídicos de ninguna clase que contengan disposiciones a su favor o de su esposa o parientes de los grados mencionados, aun cuando tales parientes o el propio notario intervengan en el concepto de representantes legales o voluntarios de un tercero"; será también aquí "otorgante", a contrario, el no compareciente, pero interviniente a través de su representante legal o voluntario. Hagamos notar que entre esos parientes del notario está su esposa, aunque, como en la anécdota de Alejandro Santamaría, los cónyuges no son parientes, porque "constituyen la unidad"(198)(1012).

2) Inidoneidad de los testigos instrumentales. - El número 2° de este artículo 27 declara nulos los instrumentos públicos "en que sean testigos los parientes de las partes en ellos interesadas en el grado de que queda hecho mérito, o los parientes, escribientes o criados del mismo notario". Una primera causa de nulidad está implícita en este precepto, el haberse llevado a cabo el acto del otorgamiento sin la presencia de dos testigos instrumentales, en los casos en que fuere preciso(199)(1013), esto es, "cuando alguno de los otorgantes no sepa leer ni escribir"(ley de 1° de abril de 1939, art. 1°) "o no pueda" hacerlo, como certeramente interpreta el artículo 180 - 1 del reglamento(200)(1014).

Dando, pues, por supuesto la presencia de los dos testigos instrumentales, el artículo 27 - 2° regula las nulidades resultantes de su incompatibilidad, con las partes o con el notario. La incompatibilidad con las partes sólo deriva de parentesco; el artículo 21 - 2 había dispuesto que "tampoco podrán serlo - testigos instrumentales - los parientes de las partes interesadas en los instrumentos, . . . dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad", y el artículo 27 - 2° deduce las pertinentes consecuencias anulatorias; la expresión de "partes interesadas" de ambos preceptos me parecen excesivamente amplias y creo deben ser entendidas como equivalentes a "otorgantes" en el sentido ya precisado; no sería lógico que el parentesco del interesado, y favorecido, no otorgante, con el notario produjera solamente la nulidad de la disposición(art. 28) y el mismo parentesco con uno de los testigos originara la nulidad del instrumento; pero, como aconsejaba Fernández Casado, "el notario debe rehuir siempre las interpretaciones que puedan poner en peligro la validez del instrumento. . . no debe exponerse, sin necesidad absoluta, a nulidades que pueden acarrearle desprestigio y responsabilidad"(201)(1015). La incompatibilidad de los testigos instrumentales con el notario puede derivar también de parentesco en los mismos términos que para las partes, esto es, dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad(art. 21 - 2); pero, además, tampoco pueden ser testigos instrumentales los "escribientes o criados del notario autorizante"(art. 21 - 1), precepto cuya infracción origina la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

nulidad del instrumento (art. 27 - 2º), pero que ha sufrido una evolución restrictiva que actualmente aparece recogida en el artículo 182 - 3º del reglamento, para el que solamente son inhábiles para intervenir como testigos en la escritura "los escribientes o amanuenses, dependientes o criados del notario que presenten sus servicios mediante un salario o retribución y vivan en su compañía"; los oficiales de la notaría, al no vivir en la casa del notario, pueden ser, en consecuencia, testigos instrumentales en los documentos inter vivos(202)(1016). "La Ley del Notariado - citamos una vez más a Fernández Casado - no contiene prohibición alguna absoluta para ser testigo en los instrumentos públicos, y como el artículo 48 declara derogadas las leyes, disposiciones y costumbres contrarias a su tenor, parécenos interpretarla rectamente sosteniendo que todas aquellas antiguas prohibiciones quedaron sin fuerza con la publicación de la expresada ley, y, por tanto, hoy sólo deberán entenderse vigentes las prohibiciones relativas contenidas en el art. 21"(203)(1017); y, ciertamente, los artículos 181 y 182 del Reglamento Notarial que han venido a regular la idoneidad de los testigos instrumentales no pueden dar origen a una nulidad formal; pero si el testigo adoleciera de una incapacidad natural de entidad suficiente para equiparar su presencia a la ausencia, si su presencia fuese equivalente a la falta de testigo, la nulidad formal surgiría conforme a lo que antes quedó expuesto.

Hasta aquí, el artículo 27 de la ley sólo se había ocupado del acto notarial; para nada se había referido al documento, a la dimensión papel, lo que era perfectamente congruente con su contenido. Pero otra cosa ocurre con los testigos, que no solamente se precisan para el acto, porque el artículo 24 de la ley, con perfecta lógica, dispone que "en todo instrumento público consignará el notario. . . los nombres y vecindad de los testigos"; la omisión de este requisito textual no es sancionada expresamente con nulidad por el artículo 27, pero la doctrina se pronuncia a veces por la nulidad(204)(1018); a mi manera de ver, no puede considerarse causa de nulidad la falta de expresión de la vecindad de los testigos, por ser un requisito accesorio al no exigirse que los testigos tengan la vecindad del lugar del otorgamiento, y al no causar la nulidad la omisión de la vecindad del mismo notario; la omisión del nombre y apellido de los testigos parece, por el contrario, que debe originar la nulidad, salvo que de hecho, en el caso concreto, la firma del testigo pudiera desempeñar la función indicativa del firmante que, en general, habíamos negado(205)(1019)Esta opinión - necesidad en principio del nombre y apellidos, pero no de la vecindad de los testigos - , encuentra apoyo en nuestro Derecho Histórico: "Otrosí non vale carta pública, en que non sea escrito. . . e los nomes de dos testigos a lo menos", disposición de las Partidas(III - XVIII - 111), con origen en el Espéculo(IV - XII - 46: "Non vale otrosí la carta en que non sea escripto. . . e los nombres de dos testigos")(206)(1020).

3)Falta de fe de conocimiento. - Son también nulos aquellos

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

instrumentos públicos «en que el notario no dé fe del conocimiento de los otorgantes, o no supla esta diligencia en la forma establecida en el artículo 23 de esta ley"(art. 27 - 3º); se sanciona también con nulidad el incumplimiento de este artículo 23 que, tanto en su versión originaria como en la de 1946, vigente, exigen la constancia documental del conocimiento directo de los otorgantes por el notario o la indicación del medio supletorio utilizado, siguiendo a la Pragmática de Alcalá(207)(1021). La identificación de los otorgantes es, pues, requisito de la dimensión papel; pero aquí la ley se olvida de la dimensión acto, al contrario de lo que observábamos respecto de los testigos instrumentales; claro es que para recogerla en el dictum tiene que haberse dado en la audiencia; pero el problema radica en si son posibles las excepciones. Volvamos a la Pragmática de Alcalá: "Mandamos, que si por ventura el escribano no conosciere a algunas de las partes, que quisiere otorgar el tal contrato o escritura, que no la haga, ni resciba; salvo si las dichas partes, que así no conosciere, presentaren dos testigos, que digan que los conocen, y que hagan mención dello en fin de la tal escritura, nombrando los dos testigos, y asentando sus nombres, y donde son vecinos; y si el escribano conosciere al otorgante, dé fe en la subscripción, que le conoce"(Novísima X - XXIII - 2); no hay excepción posible; o el escribano conoce a los otorgantes y da fe de ello, o los identifica por el único medio supletorio entonces admitido, el de los testigos de conocimiento, con la misma constancia documental; en otro caso, si no los conoce y no presentan testigos de conocimiento, "que no la haga, ni resciba". La bondad del sistema es evidente en términos generales, pero darle un tinte absoluto puede ser grandemente perjudicial; de aquí el originario artículo 23 - 3 de la Ley del Notariado: "En los casos graves y extraordinarios en que no sea posible consignar por completo estas circunstancias, expresarán - los notarios - cuanto sobre ello les conste de propia ciencia, y manifiesten los testigos instrumentales y de conocimiento"; las circunstancias precedentes eran la identidad, la vecindad y la profesión de los otorgantes, pero la verdadera utilidad del precepto radicaba en el primer punto, de identificación imperfecta o insegura, a pesar, incluso, de la intervención de testigos de conocimiento, con la concurrencia de casos graves y extraordinarios que impidieran demorar el otorgamiento. El Código Civil aprovecha a fondo la posibilidad en tema de testamentos: "Si no pudiere identificarse la persona del testador en la forma prevenida en el artículo que precede, se declarará esta circunstancia por el notario, o por los testigos en su caso, reseñando los documentos que el testador presente con dicho objeto y las señas personales del mismo. Si fuere impugnado el testamento por tal motivo, corresponderá al que sostenga su validez la prueba de la identidad del testador"(art. 686). Para los documentos inter vivos el primitivo artículo 23 - 3 de la ley desapareció con la reforma de 1946, quizá por considerarle innecesario dados los nuevos procedimientos identificadores que se arbitraban; pero no ha sido derogado el precepto reglamentario que le desarrollaba y al que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

nominalmente sigue respondiendo: "En los casos del párrafo tercero del artículo 23 de la ley, cuando a un notario le sea imposible dar fe de conocimiento de los otorgantes por no conocerlos, ni puedan éstos presentar testigos de conocimiento, lo expresará así en la escritura, y en ella reseñará los documentos que le presenten para identificar su persona. Tendrán entre éstos preferencia los carnets y demás documentos de identidad que estén expedidos por el Estado. También podrá el notario pedir la fotografía del interesado, incorporándola al protocolo"; la supervivencia de este precepto reglamentario(art. 190), será de utilidad para situaciones de emergencia(208)(1022).

4) Falta de firmas. - Son nulos los instrumentos públicos "en que no aparezcan las firmas de las partes y testigos cuando deban hacerlo"(art. 27 - 3°); ello, y la suplencia de la firma del que no sabe o no puede hacerlo, ha quedado ya estudiado en los números 14 y 25 del texto.

5) Falta de autorización. - Llegamos a la última de las causas de nulidad del artículo 27: los instrumentos públicos "en que no aparezcan. . . la firma, rúbrica y signo del notario" (núm. 3°), esto es, manuscritos los elementos esenciales de la autorización notarial (art. 19), quedando excluido, como también adelantábamos, el sello, de mera y reciente creación reglamentaria(números 15 y 26 del texto).

33. El artículo 27 de la ley tiene una evidente vocación de numerus clausus en materia de causas de nulidad formal del instrumento público, como se deduce no sólo de su tenor, sino de la duplicación que verifica en cuanto a algunos de los requisitos que la misma ley establece, con lo que ya parece dar a entender que la infracción de otros requisitos legales no tiene tan severa sanción. Pero ya hemos podido comprobar que el propósito, si existió, resultó fallido(209)(1023), cosa, por otra parte, bien fácil de prever por ser imposible prácticamente una enumeración exhaustiva. Examinemos ahora algunos de los supuestos más interesantes, ajenos al artículo 27, en que la nulidad se cuestiona.

1) Corporalidad del documento. - Al utilizarse el papel sellado, "al final del instrumento y antes de las firmas, expresará el notario la numeración de todas las hojas o pliegos empleados"(art. 154 - 1 - 2); y si por cualquier causa, debida o indebidamente - esto daría lugar a corrección disciplinaria y sanción fiscal, no a nulidad - , "se emplee papel común sin señal o numeración que lo identifique suficientemente, los otorgantes y testigos, en su caso, deberán firmar en todas las hojas o pliegos"(art. 154 - 2); el incumplimiento de estos preceptos podría dar lugar a nulidad, no considerados en sí mismos, dada su naturaleza reglamentaria, sino por engendrarse falta de autenticidad. Sin embargo, la falta de autenticidad, que es la verdadera causa de la nulidad, no surge automática y necesariamente, como ha puesto de relieve, para un

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

testimonio expedido por el secretario judicial, la Resolución de 19 de abril de 1972(210)(1024), y como resulta del mismo tenor literal del artículo 154 - 2, según el cual es posible que, a pesar de la falta de firmas que ordena, la identificación se produzca "suficientemente"; quizá por ello, con referencia a los documentos unidos a las matrices, que pueden ser de tanta importancia como cuadernos particionales o estatutos sociales, el mismo artículo 154, en su párrafo tercero, abandona el sistema: "No será necesaria la firma de otorgantes y testigos en las particiones y demás documentos que se protocolicen, aun cuando se hallen extendidos en papel común, debidamente reintegrado, si el instrumento público mediante el cual se protocolicen, lo está en papel timbrado o que reúna las condiciones expresadas". No cabe, pues, resolver el problema apriorísticamente; hay que examinar caso por caso, pues la rúbrica del notario, el sello de la notaría, la foliatura y, en general, las circunstancias que luego veremos respecto de la data indirecta, pueden identificar "suficientemente" las hojas o pliegos; parece, por otra parte, que en todo caso sólo daría lugar a una anulabilidad.

2) La docencia del documento. - Los instrumentos públicos han de extenderse en idioma español, o en forma exclusiva o a doble columna con otro idioma o dialecto, con arreglo a los artículos 25 - 1 de la ley y 148, 149 y 150 del reglamento. Aun sin desconocer que en el Derecho comparado se ha producido ya algún resquebrajamiento del principio universal que impone para los documentos notariales el idioma oficial del país del notario, o uno de los idiomas oficiales en los países bilingüistas, y aunque no existe entre nosotros precepto expreso que ordene la nulidad(211)(1025), creemos, con la doctrina dominante, que del precepto terminante del artículo 25 - 1 de la ley deriva la nulidad del documento que no contenga al menos la versión castellana(212)(1026).

3) La fecha. - En nuestro Derecho histórico la inexpressión de la fecha en el documento fue causa de nulidad formal(213)(1027), pero lo cierto es que la Ley del Notariado, después de ordenar que en todo instrumento público consignaría el notario el "año y día del otorgamiento"(art. 24), no elevó expresamente la omisión de este requisito a causa de nulidad en el artículo 27, lo que iba a permitir a la Dirección General una cierta libertad de movimientos. El problema de la ausencia de fecha se plantea en la Resolución de 16 de abril de 1888; se trataba de un testamento, y el Derecho aplicable era el anterior al Código, esto es, la Ley de Partidas que proclamaba la nulidad, según había confirmado, además, el Tribunal Supremo en sentencia de 13 de mayo de 1864; la Resolución se hace cargo de todas las razones y textos legales contrarios, pero, afirma, "concurren en el caso del recurso tales circunstancias, que cabe determinar con absoluta precisión el día. . . , por lo cual las disposiciones legales de que se ha hecho mérito no pueden servir de fundamento a la resolución de este expediente. . . la posibilidad de precisar esta fecha con tal exactitud hace impertinentes al caso los textos legales ya

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

mencionados"; esas circunstancias habían sido puestas de manifiesto por el notario autorizante de la copia en su pie de expedición, y consistían en la continuidad del número de orden de protocolo y de numeración de los folios y la consignación misma de La fecha en la cabecera, antes del comienzo del instrumento, según práctica bien antigua(214)(1028), acompañándose, además, certificación de los índices, entonces remitidos a la Audiencia, en que el citado testamento figura otorgado en la misma fecha que se deducía del protocolo. La Resolución de 30 de mayo de 1931, referente a los dos testamentos de unos cónyuges, se enfrenta con un supuesto de error parcial de fecha; eran exactos el día y el mes, pero se había consignado el año precedente al verdadero, "simple error material en la expresión presión del año, que por los índices, partes al Decanato y demás elementos de juicio resulta evidente", por lo que, sin querer la Dirección sentar doctrina, indica que dicho error "es muy posible que prácticamente pudiera resultar subsanado haciendo constar el notario al final de las copias de los testamentos las circunstancias a que se refiere en su informe, todo lo cual puede igualmente relacionar en la partición de bienes, que a los efectos registrables debería quizá complementarse, con las certificaciones necesarias de las referidas circunstancias(215)(1029), evitándose así la información para perpetua memoria" por la que se había inclinado, en su informe, la Junta Directiva del Colegio Notarial; no pudo ser más terminante la Dirección por no tratarse de un recurso gubernativo, sino de la petición de subsanación del error. Podemos ya resumir la para nosotros acertada doctrina de la Dirección; la falta de fecha es, en principio, causa de nulidad en los instrumentos inter vivos; pero, por excepción, puede admitirse la data indirecta, y la rectificación parcial de la fecha inexacta, siempre que una y otra se basen, necesariamente, en datos protocolares(número de orden, foliatura, encuadernación) y en los documentos oficiales(partes, índices, etcétera) que deben seguir al otorgamiento(216)(1030).

4) El lugar del otorgamiento. - La fecha local es exigida juntamente con la temporal en el artículo 24 de la ley. Su omisión en el documento es por muchos equiparada a ésta, de manera que originaría la nulidad formal del mismo(217)(1031); no somos de esta opinión, por la menor trascendencia que tiene la expresión del lugar y porque, en fin de cuentas, ha de presumirse que el otorgamiento se ha efectuado en el punto de residencia del notario, incluso en su mismo despacho, mientras no se pruebe otra cosa, por mera presunción de hecho; en nuestros textos históricos, el Fuero Real callaba sobre la exigencia del lugar, y si bien es cierto que ella aparece repetidamente en el Espéculo y en las Partidas, también lo es que no se eleva expresamente su omisión a causa de nulidad formal, como vimos ocurría con la fecha de tiempo(218)(1032),

5) El nombre y vecindad del notario autorizante. - La infracción de esta

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

exigencia, también del artículo 24 de la ley, no suele considerarse por la doctrina causa de nulidad en lo que respecta a la vecindad del notario, citándose al efecto una antigua sentencia(219)(1033). Tampoco creo que produzca nulidad la omisión del nombre del notario, porque la función indicativa que la firma de un testigo podía tener en cuanto a su nombre y apellidos(220)(1034), se da siempre respecto del notario, al estar registrados su signo, firma y rúbrica en el libro correspondiente del Colegio Notarial(221)(1035).

Es, por el contrario, causa de nulidad del instrumento la incompetencia del notario, de conformidad con los artículos 1216 y 1223 del Código Civil que veíamos al tratar de las incompatibilidades; están aquí incluidas la falta de competencia por razón de la función y la falta de competencia por razón del territorio, esto es, la actuación fuera del distrito salvo habilitación al respecto(222)(1036). Y también su enfermedad mental, a la que también nos hemos referido. Causas todas afectantes a la dimensión acto, frente a las primeramente mencionadas, nombre y vecindad, que son requisitos de la dimensión papel.

6) Los nombres de los otorgantes. - Calla sobre ello la ley, pero la doctrina suele recoger este requisito(223)(1037), que me parece evidentemente implícito en la fe de conocimiento que, como dice el artículo 1874 del reglamento, "afecta a la identidad del otorgante", esto es, a su nombre y apellidos, por lo que ni siquiera cabe conceder a su firma valor indicativo del firmante.

7) Juicio de capacidad. - Al no estar ordenada en la ley la constancia documental del juicio de capacidad, su omisión no puede ser origen de nulidad formal; en este sentido se pronunció la Resolución de 18 de abril de 1879, si bien es preciso reconocer que el requisito no tenía entonces ni siquiera rango reglamentario, pues procedía de la Instrucción sobre la manera de redactar los instrumentos públicos sujetos a Registro(224)(1038). "Pero no debe abusarse de este criterio benévolo del Centro Directivo - escribe Giménez - Arnau(225)(1039)- pues si la omisión se generalizase se contribuiría a reducir la esfera de acción del notario. Sí convendría, en cambio, hacer una declaración legal expresa de que tal omisión equivale a la afirmación de capacidad, pues sin esa seguridad no debe el notario autorizar el instrumento. De esta manera se evitaría que la omisión - casi siempre involuntaria - de esa circunstancia, dañara al instrumento; y se evitaría también que por esa vía viniera a discutirse la trascendencia interna de semejante calificación, que debe mantenerse - íntegramente - dentro de la competencia notarial".

8) La lectura. - La exigencia de la lectura no solamente tiene, por el contrario, carácter legal, sino que el precepto está redactado en términos que imponen la constancia documental: "Los notarios darán fe de haber leído a las partes y a los testigos instrumentales la escritura íntegra, o de haberles permitido que la lean, a su elección, antes de que la firmen, y a

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

los de conocimiento lo que a ellos se refiera, y de haber advertido a unos y a otros que tienen el derecho de leerla por sí"(ley, art. 25 - 3; Rgto. , artículo 193 - 1); no se puede llevar el precepto a sus últimas consecuencias literales; ni suele consignarse que la lectura ha sido "íntegra" ni la omisión en el documento de la advertencia, que tanto molestaba a los antiguos tratadistas(226)(1040), puede ser causa de nulidad formal; pero, en sus términos esenciales, y a pesar del silencio del artículo 27, la inexpressión de la lectura es causa de nulidad formal(227)(1041).

9) La unidad de acto. - Ya hemos indicado que a nuestro parecer, el requisito de la unidad de acto, al no derivar directamente de la ley, no puede originar la nulidad formal del documento. Pero el problema es mucho más grave, porque podría ser causa de falsedad. "Con una consecuencia terrible - escribió Núñez - Lagos(228)(1042)- : la falta de unidad de acto instrumental no es causa de nulidad; es falsedad. La falsedad es la enfermedad mortal de la dimensión papel. Para no incurrir en ella, a hechos y momentos de otorgamiento diversos, textos documentales diferentes. Ahí está el procedimiento de la adhesión". Y también Ávila: "Al no ser exigido expresamente por la ley notarial. . . su omisión no producirá la nulidad del instrumento, sino tan sólo una falta reglamentaria sin perjuicio de la responsabilidad del notario por falsedad si afirma en el instrumento haber observado la unidad de acto. Ahora bien - añade - : la fórmula tradicional de la comparecencia implicará falsedad siempre que no se observe la unidad de acto. En efecto: el «ante mí, Fulano de Tal, comparecen» equivale a afirmar que las partes convienen lo que se consigna en el instrumento «hallándose a mi presencia»(las dos simultáneamente), lo cual sólo es cierto observándose la unidad del acto"(229)(1043), lo que, siguiendo a Giménez - Arnau(230)(1044), sólo creemos que tendrá lugar cuando las comparecencias hayan tenido lugar en días distintos. Todo lo que antecede se refiere solamente al acto notarial; a nadie se le ha ocurrido exigir la constancia documental expresa de la unidad de acto en los instrumentos inter vivos. La unidad de acto es requisito del acto, no de la dimensión papel.

34. Dispone el artículo 26 de la ley que "serán nulas las adiciones, apostillas, entrerrenglonaduras, raspaduras y testados en las escrituras matrices, siempre que no se salven al fin de éstas con aprobación expresa de las partes y firmas de los que deban suscribir el instrumento"; todas estas enmiendas no salvadas, cuyos respectivos conceptos ya hemos indicado(231)(1045)dan lugar, según la doctrina(232)(1046), a nulidad formal parcial, y, ciertamente, solamente resultan afectas de nulidad las palabras añadidas, interlineadas o escritas sobre el raspado o borrado; lo que ocurre es que el efecto sancionatorio puede detenerse aquí o avanzar un nuevo escalón, pues si esas palabras que no valen expresan un requisito esencial del negocio o del instrumento, se habrá

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

originado, de rebote, una nulidad total, sustancial o formal respectivamente(233)(1047).

El procedimiento para evitar la nulidad ex artículo 26, es, como el precepto indica, que las enmiendas "se salven al fin de éstas(de las escrituras matrices) con aprobación expresa de las partes y firmas de los que deban suscribir el instrumento", o, como el artículo 153 del reglamento concreta, "al final de éste(del instrumento), antes de la firma de los que lo suscriban"; precisamente por no estar aún firmado el documento, todavía no hay documento, ni por tanto defecto del mismo a subsanar, ni puede haber subsanación; es simple salvado o salvadura; y si el salvado se hace después de haber sido firmado el documento, él mismo no ha sido firmado, por lo que no es válido, ni opera respecto de las palabras objeto de enmienda, la conversión formal, en documento privado, del artículo 1223 del Código Civil.

Ahora bien, como ha señalado García - Bernardo, el artículo 153 del reglamento no se ha ajustado al 26 de la ley, sino que es más estrecho: "Este precepto no excluía, en buena hermenéutica, que se salvaran antes o después de la autorización; lo esencial era la aprobación y firma de todos los que deban suscribir el documento. . . El artículo 153 del reglamento de 1935 y del vigente han borrado ese cauce al exigir que los errores se salven y, por tanto, se enmienden, antes de la firma de los que suscriban el instrumento público. Esa concreción del lugar en el instrumento que encierra el adverbio «antes» no existía en la ley"(234)(1048); lo que ya no creo es que el reglamento haya cerrado uno de los cauces que la ley ofrecía, porque no puede hacerlo y porque es, precisamente, ese cauce legal el que ha permitido la rectificación por diligencia en el mismo instrumento introducida en la reforma de 1967 por el artículo 153 - 3. Lo que ocurre entonces es que ya no hay técnicamente salvado, sin subsanación, porque ya había documento y ya había defecto.

Exige, finalmente, el artículo 26 de la ley que el salvado de las enmiendas se efectúe "con aprobación expresa de las partes y firmas de los que deban suscribir el instrumento", pero ello sólo es cierto en términos generales; cuando la enmienda afecte solamente a un elemento formal del documento sujeto a la exclusiva jurisdicción del notario, podrá éste por sí solo salvar la enmienda; por ejemplo, un interlineado en que se incluye la fe de conocimiento; pues sería, además, absurdo que se aplicara aquí un criterio más rígido que el de las verdaderas subsanaciones, que pasamos a examinar, en que es posible la actuación aislada del notario en ciertos casos(235)(1049).

35. La distinción entre las dos dimensiones, acto y documento, es también la piedra de toque fundamental para distinguir las nulidades subsanables y las nulidades insubsanables. Son, en principio, nulidades insubsanables las que afectan al acto, a la audiencia, porque para subsanarlas habría que repetir el acto del otorgamiento, y entonces no valdría el primero subsanado por el segundo, sino que valdría

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

directamente éste: no habría habido subsanación. En cambio, si el acto del otorgamiento fue perfecto, y la nulidad proviene de la dimensión papel, de no haber recogido el documento algún requisito de aquel que debe tener necesaria constancia documental, la nulidad resultante es subsanable, porque, como ya hemos anticipado, es posible ascender de nuevo al actum y narrar sin unidad de contexto, en un documento distinto, o en una diligencia distinta a continuación del mismo documento, aquél requisito esencial, que fue efectivamente cumplido, pero cuya expresión había sido omitida en el dictum. Pongamos, por ejemplo, el requisito de la lectura; si su omisión tuvo lugar en el acto, la nulidad resultaría insubsanable, porque habría que repetir la audiencia y crear en ella un nuevo documento, que no valdría como subsanante del primero, sino que valdría por sí mismo, con total independencia de aquel primer otorgamiento fracasado; pero si el requisito de la lectura fue llevado a cabo realmente en la audiencia, y únicamente falta su constancia documental, la nulidad sería subsanable porque en un nuevo documento o diligencia se podría documentar aquella lectura primigenia, y el primer documento quedaría subsanado. Lo prueba el que, en el primer caso, defecto del acto, el sedicente documento subsanatorio tendría que ser completo, con incorporación del negocio, mientras que en el segundo, defecto del documento, la subsanación se lleva a cabo mediante una simple acta, que no incorpora el negocio, sino que solamente contiene la referencia al primer otorgamiento, a su defecto, y a su subsanación. Aquí puede no haber comparecencia; allí es imprescindible.

La primera manifestación de esta subsanación de nulidades tuvo lugar, en nuestro Derecho, en materia de fe de conocimiento; la introdujo el reglamento de 1917(art. 228 - 2) y pasó, puede decirse que literalmente, al de 1921(art. 262 - 2), y al artículo 198 - 2 de los reglamentos de 1935 y 1944: "Si no hubiera dado - el notario - fe del conocimiento de los otorgantes en las formas prevenidas, podrá, no tratándose de testamentos, subsanar la falta por medio de acta, en la que el mismo notario que autorizó la escritura dé fe de que los conocía al tiempo de su otorgamiento". No se trata, pues, de nulidad del acto, porque el notario conocía ya a los otorgantes al tiempo del otorgamiento; sino de nulidad del documento, por no haber expresado, no haber dado fe en él, de aquel conocimiento coetáneo; esta nulidad se subsana en un documento distinto, en un acta limitada a narrar aquel requisito que se omitió, trayéndole de la audiencia pasada, que no se reitera, sin unidad de contexto; y como el juicio de identidad corresponde exclusivamente al notario, y su expresión en el documento es también misión y poder exclusivos suyos, en el acta subsanatoria no hay compareciente alguno, sino que interviene sólo el notario, bien se piense que actúa de oficio, o, como nosotros(236)(1050)que su actuación está cubierta por la rogación inicial; pero, claro es, "el mismo notario" que autorizó la escritura, porque no se trata de establecer a posteriori la identidad de los otorgantes, sino documentar el juicio de identidad que el notario autorizante formó en el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

acto y para el acto del otorgamiento realizado.

Este procedimiento subsanatorio fue generalizado por la ley de 1º de abril de 1939: "Los defectos de forma padecidos en los documentos notariales inter vivos podrán ser subsanados por el notario autorizante, o a instancia de la parte que los hubiese originado, por medio de acta notarial en que se haga constar el defecto, su causa y la declaración que los subsana. Si por fallecimiento o por transcurso del tiempo fuera imposible hacer la subsanación, se podrá obtener por cualquier medio de prueba admitido en Derecho y mediante el procedimiento judicial correspondiente"(art. 3º). El precepto se entiende perfectamente en la perspectiva de su origen, el artículo 189 - 2 del reglamento; no ya sólo la omisión de la fe de conocimiento, sino cualesquiera otros "defectos de forma"(falta de expresión de la fecha, de la lectura, etc.) pueden ser subsanados, pero siempre que se trate de defectos padecidos "en los documentos", en la dimensión papel, no en la audiencia notarial; el procedimiento subsanatorio es el mismo, el "acta notarial", y el que hace la subsanación "el notario autorizante", el que autorizó el documento formalmente defectuoso. En este punto se produce otra importante novedad de la ley de 1939: "podrán ser subsanados por el notario autorizante, o a instancia de la parte que los hubiere originado"; esta instancia de parte no es la rogación para el acta sanatoria, porque además de innecesaria, incumbiría a cualquiera de los otorgantes del documento defectuoso, y no solamente a aquel que "hubiese originado" el defecto; "la continua interferencia entre el plano del negocio y el del instrumento", habíamos escrito en otro lugar(237)(1051), "hace que el notario y las partes tengan que colaborar en toda la extensión de uno y otro, aunque en distinta medida; el notario no puede declinar sin más su responsabilidad ante un defecto de fondo, pero tampoco el instrumento, ni siquiera la forma del instrumento, es de su exclusiva incumbencia; las partes también tienen deberes, o cargas, respecto a ella, y si los incumplen el instrumento será nulo por vicio extrínseco, sin que ninguna responsabilidad alcance al notario; lo mismo ocurre con determinados terceros, en especial los testigos instrumentales. . . El notario, especialmente obligado a velar por el cumplimiento de las formas, no es siempre, por tanto, el causante de su inobservancia"; hay, pues, requisitos formales que dependen única y exclusivamente del notario; la subsanación de su defecto se hará única y exclusivamente por el notario solo; pero hay también defectos de forma causados por los otorgantes, o por otros intervinientes en el instrumento, bien solos o en concurrencia con el notario; y es entonces cuando el notario no puede hacer la subsanación por sí, sino con la "intervención" - no "a instancia" como dice el texto legal - de la persona que "hubiese originado" el defecto. Pensemos de nuevo en el juicio de identidad, cuando no se hubiere verificado a través del conocimiento directo del notario - caso del artículo 189 - 2 del reglamento - , sino por medio de testigos de conocimiento, que realmente intervinieron en el acto del otorgamiento, pero de lo que no se dejó constancia en el documento; este medio

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

supletorio de identificación consiste, según el tenor del artículo 23 de la ley, en "la afirmación de dos personas, con capacidad civil, que conozcan al otorgante y sean conocidas del notario, siendo responsables de la identificación"; el notario, por sí solo, no podría sanar aquí más que la mitad del procedimiento identificador: que al tiempo del otorgamiento él conocía a los testigos de conocimiento; pero si lo que falta en el documento, o lo que falta, además, en el documento, es que tales testigos de conocimiento conocían a los otorgantes al tiempo del otorgamiento, esta subsanación no puede hacerla ya el notario solo, sino que necesita de la intervención(repetimos: no la instancia) de los testigos de conocimiento. Supongamos ahora, para poner un ejemplo más difícil, que habiendo sido extendido el documento en papel común no numerado, otorgantes y testigos han firmado solamente la última hoja, y no las precedentes; la subsanación tiene que hacerse con intervención de todos ellos, que, además de firmar el acta sanatoria, tendrían que firmar las hojas del documento originario que no firmaron en su día, a fin de que el defecto quedase, efectivamente, subsanado, expresándolo así en aquélla, y sin que la falta de unidad de acta produzca, según dijimos, nueva nulidad. En cambio, el otorgante cuya firma se suplió por alegar inexactamente que no sabía o no podía firmar, no precisaría firmar el documento primitivo, sino que bastaría que firmara el acta de subsanación en la que, con referencia a éste, se hiciera constar el defecto, su causa(p. ej. , el desuso en la firma) y la declaración subsanatoria; y ello con independencia de que exista o no nulidad formal, pues el mismo procedimiento puede ser utilizado para llevar al documento otros datos formales del acto, omitidos en aquél, cuando la nulidad sea más o menos dudosa(por ejemplo, el lugar del otorgamiento), y cuando claramente no se produzca nulidad alguna, pero se robustezca la eficacia del instrumento; la omisión del juicio de capacidad puede, en este sentido, ser también suplida.

Añade el artículo 3º de la ley de 1º de abril de 1939 que la subsanación también "se podrá obtener por cualquier medio de prueba admitido en Derecho y mediante el procedimiento judicial correspondiente": la expresión "medio de prueba" nos da la clave del precepto; si un requisito documental es verdadero requisito "de forma" de la dimensión panel y no se consignó en éste, no puede subsanarse la omisión mediante la "prueba" de que tuvo lugar en la dimensión acto; no cabe, por ejemplo, la prueba de que el notario conocía a los otorgantes al tiempo del otorgamiento, o de que les identificó por uno u otro procedimiento supletorio para subsanar la omisión del juicio de identidad en el documento; pero hay otros requisitos que no son "puros" requisitos de forma y respecto de los cuales caben, como hemos visto, factores indicativos o indirectos: éste es el campo en que actúa el medio sanatorio de que tratamos porque su omisión podría subsanarse mediante la "prueba" de su concurrencia en el acto del otorgamiento, en el procedimiento judicial correspondiente, en especial, en la información para perpetua memoria. En este sentido, la omisión de la fecha, que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

puede ser suplida por la data indirecta, también podrá serlo por su prueba judicial; también podrá ésta suplir el valor indicativo que hemos atribuido a las firmas, cuando el documento no consigne el nombre y apellidos del notario o de los testigos instrumentales; y, a efectos del artículo 190 del reglamento, en los casos excepcionales a que debe contraerse, podría de igual manera probarse la identidad del otorgante, supuesto éste, de imposibilidad de identificación, que no puede confundirse con la omisión de la fe de conocimiento.

Toda esta normativa de la ley de 1° de abril de 1939 sigue vigente; el reglamento de 1944, como es obvio, no pudo derogarla, pero lo que hace falta es que no dejemos que nos la enturbie. "Los defectos de forma u omisiones padecidos en los documentos notariales intervivos - dispone el artículo 146 - 2 - , podrán ser subsanados por el notario autorizante, su sustituto o sucesor en la notaría, por propia iniciativa o a instancia de la parte que los hubiere originado o sufrido, por medio de acta notarial en que se haga constar el defecto o error, su causa y la declaración que lo subsana. Si fuera imposible hacer la subsanación en la forma indicada anteriormente, se podrá ésta obtener por cualquier medio de prueba admitido en derecho y mediante el procedimiento judicial correspondiente". La subsanación no se atribuye ya, exclusivamente, al "mismo" notario autorizante del documento defectuoso, sino también a su sustituto o sucesor en la notaría(238)(1052), lo que evidencia que, al menos en parte, hemos cambiado de ámbito, porque ni el notario sustituto, ni el notario sucesor, pueden remontarse a un acto de otorgamiento en que no estuvieron presentes para recoger un requisito allí acaecido y dotarle de la constancia documental que se omitió; el principio de inmediatividad notarial lo impide de manera terminante y total. A la parte que hubiere "originado" los defectos, se añade ahora el que los hubiere "sufrido", lo que tampoco parece tener sentido en cuanto que los efectos de la nulidad los sufren todos los otorgantes y no hay una parte especial que los padezca. Pero no es que el precepto esté totalmente equivocado, sino que ha mezclado - y también es grandemente criticable - dos cosas distintas en una regulación única: la subsanación de nulidades formales de que veníamos tratando y la rectificación de errores; lo pone de relieve no ya el que en su comienzo hable de los "defectos de forma u omisiones", porque las omisiones pudieran muy bien ser de requisitos formales esenciales, sino el que expresamente consigne que en el acta subsanatoria se haga constar "el defecto o error" y el que la jurisprudencia hipotecaria que sobre este artículo 146 - 2 ha recaído se refiere, precisamente, a rectificación de errores, no a subsanación de defectos formales(239)(1053). Y también lo confirma el desarrollo que el precepto ha recibido en la reforma de 1967: "Cuando después de la firma de un instrumento y antes de expedir su primera copia se advierta la exigencia de un error puramente material, sin perjuicio de su posible subsanación en la forma prevista en el artículo 146 de este reglamento, si fuere de aplicación, el notario podrá realizar la enmienda mediante diligencia a continuación de la matriz. Deberá

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

quedar siempre constancia de la alteración introducida y de la forma en que con anterioridad estaba redactada la parte que se altera. En las copias no será necesario hacer constar el contenido de esta diligencia y bastará transcribir la matriz en la forma en que haya sido redactada definitivamente"(art. 153 - 3). Este precepto es también aplicable a la subsanación de las nulidades formales y, ciertamente, la subsanación mediante diligencia en el mismo instrumento tiene evidentes ventajas, que suben de punto cuando el defecto era precisamente la omisión de firmas; pero, por lo demás, la subsanación tiene que seguir discurriendo por los acertados cauces que la señaló la ley de 1º de abril de 1939, que no debemos dejar contaminar por los artículos 146 - 2 del reglamento de 1944 y 153 - 3 de la reforma reglamentaria de 1967; lo mismo que la rectificación de errores que estos preceptos regulan no debe dejarse influenciar por los criterios dictados en 1939 para la subsanación formal; baste pensar que la subsanación por el notario sólo, sin nueva intervención de los otorgantes, es la regla general de la subsanación formal, porque la forma es el ámbito del dominio, en general exclusivo y siempre preferente del notario; mientras que en la omisión de requisitos hipotecarios, o, en general, en la rectificación de errores, por mucho que se les califique de materiales, la regla es la nueva intervención de los otorgantes y la imposibilidad de que el notario subsane por sí sólo, "salvo - como dice González Enríquez - , cuando se trate de errores tan evidentes que ni siquiera haría falta subsanarlos"(240)(1054).

IV. EFICACIA DEL INSTRUMENTO PÚBLICO

36. "La eficacia de los documentos notariales, vista por los autores españoles de los últimos cien años - ha escrito Núñez - Lagos(241)(1055)-, es una eficacia colectiva y en bloque, una teoría de brocha gorda"; se impone, por el contrario, el más fino análisis de cada documento, a fin de decantar, en cuanto a su contenido ideológico o expresivo, la graduada eficacia de cada una de sus menciones. De una manera general, esta graduación depende del sujeto y de la naturaleza del pensamiento documental; el sujeto material de ese pensamiento puede ser el notario, autor del documento o pueden ser los particulares, autores de las declaraciones contenidas en el documento; y, por su naturaleza, el pensamiento documental puede referirse a la esfera de los hechos, del ser, de la verdad, o a la esfera del Derecho, de los juicios de legalidad y de las declaraciones de voluntad. El máximo valor - fe pública - , tiene lugar cuando el autor del pensamiento es el notario, y el pensamiento se contrae a la esfera de la verdad. Pero como ha dicho recientemente Landelino Lavilla, ministro de Justicia de España, "hay otras declaraciones en el instrumento que ya no son pensamientos del notario; hay declaraciones, de verdad y de voluntad, de los particulares, de los comparecientes, que no pueden tener aquella máxima eficacia ni proporcionar esa casi absoluta seguridad. A potenciar la seguridad

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

posible está dedicada esa gran creación histórica que es el instrumento público: por un lado, insertando las declaraciones en aquel esqueleto de máxima eficacia, para recibir apoyatura; y, por otro, rodeándolas de una serie de juicios del notario que producen una presunción, *iuris tantum*, de validez, de legalidad, características típicas del notariado de tipo latino"(242)(1056). Derivan, pues, fundamentalmente, del instrumento, una fortísima presunción de veracidad y una más débil presunción de legalidad, que integradas en la autenticidad corporal del documento, y en la autenticidad de su autoría, nos llevan de nuevo a una síntesis, produciendo, ahora ya en bloque, efectos ejecutivos, registrales, etc. , a los que también tendremos que referirnos(243)(1057).

37. "El esqueleto de este documento notarial, del instrumento público - en palabras de Lavilla Alsina(244)(1058)- , está constituido por los hechos percibidos directamente por el notario, de visu et auditu suis sensibus; es, pues, preciso, que el sujeto del pensamiento documental sea el notario mismo, autor del documento, y que su contenido afecte a la esfera de los hechos". El sujeto, porque sí, como escribió Carnelutti, "el documento merece la fe de su autor"(245)(1059), también las diversas declaraciones contenidas en el documento merecen la fe de sus respectivos autores, y la máxima fe ha de atribuirse a las declaraciones del funcionario, en funciones, de lo que precisamente se llama "fe pública". Y la esfera de los hechos, porque aquí está el arranque "sensorial" de esa misma función. Surge así la autenticidad o fe pública, con plenos efectos, incluso frente a terceros, en el ámbito extrajudicial y en el proceso civil no declarativo. "No hay, pues, que distinguir aquí - habíamos dicho(246)(1060)- si la actividad narrada por el notario es propia de él o ajena; si la percibe por la vista, por el oído o por otro sentido; si afecta a los elementos formales del documento o a su contenido; si se trata de un requisito esencial para todo documento notarial, o natural de la clase a que pertenezca, o meramente accidental: éstas y otras distinciones, elaboradas por la doctrina y recogidas, a veces, por los Códigos, tienen interés para otros aspectos, cuando no a los puramente sistemáticos, pero para que una declaración documental sea auténtica, basta con que proceda del notario, funcionario público autorizante, y se refiera a la realidad que por sus sentidos percibe"; la narración, el dictum se sobrepone al hecho, frente a todos, mientras que una sentencia penal, o civil en juicio declarativo, no la prive de su fe pública declarando su falsedad. Es la doctrina que fundamentalmente se asienta en el artículo 1º de la Ley del Notariado, en el artículo 1218 - 1 del Código Civil y en el artículo 1º3 del Reglamento Notarial(247)(1061). La primera de estas autenticidades del instrumento público es la de su autoría; no entendida en sentido material, de identidad entre el autor indicado en el documento y su autor real, sino en sentido formal o documental, como eficacia - y precisamente eficacia máxima o de fe pública - del instrumento para establecer él mismo quién es su autor; no hay en nuestro Derecho un precepto tan terminante como el artículo

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

2700 del Código Civil italiano, "el documento público hace prueba plena. . . de la proveniencia del documento del oficial público que lo ha formado", pero en el "hecho que motiva su otorgamiento" del artículo 1218 del Código Civil, está, evidentemente, incluida la presencia del notario, primer requisito del acto del otorgamiento expresado en el "ante mí" del documento; ni esta norma era necesaria, por la entidad radical que el autor tiene para el documento, ya que ninguna de las otras autenticidades se produciría si no fuera antes auténtica la autoría misma; está incluida en ella la identidad del sujeto(nombre y apellidos), su cualidad de notario en funciones, y el elemento fáctico de su competencia territorial: distrito notarial y, dentro del mismo, lugar del otorgamiento.

Ante este autor, auténticamente establecido por el documento mismo, tiene lugar el "hecho que motiva su otorgamiento", al que se reconducen, en unidad de acto, una serie de hechos (presencias, lugar, capacidad natural, libertad física, actos de exhibición, de ofrecimiento y entrega, declaraciones en su realidad fáctica, lectura, firmas, etcétera) que, percibidos directamente por el notario, quedan también cubiertos por la fe pública. No vamos a hacer aquí un catálogo de autenticidades, ni siquiera de las comunes a toda escritura; pondremos solamente algunos ejemplos, significativos de esos dos cuadrantes, subjetivo y fáctico, de la fe pública, que nos servirán para hacernos cargo, más adelante, de las dificultades para la libre circulación, en paridad de eficacia, del instrumento público en la vida internacional.

Pensamiento del notario. La ley de 22 de julio de 1967 modificó determinados artículos del Código de Comercio en materia de protesto de letras de cambio; entre ellos, el artículo 504 - 2º - 2ª, en el sentido de que la cédula de notificación del protesto podía ser entregada por el notario mismo "o por quien éste designe para ello"; la notificación, en este caso, no queda cubierta por la fe pública notarial, de manera que de aceptar "la autenticidad de la diligencia que documenta el hecho de la entrega de cédula, y considerarla fehaciente", habría que concluir, con Campo Villegas, que "si la autenticidad no nace de la fe del notario, tal cual quedó demostrado, indefectiblemente nace de la fe de esa persona designada"(248)(1062); pero como el Código de Comercio no la confiere fe pública, ni sería lógico que lo hiciera cuando ninguna limitación impone al notario, hay que concluir con Bercovitz y con Viguera(249)(1063), que la notificación no es auténtica; pero ello no tiene los graves inconvenientes que se temen, y el tiempo transcurrido desde la reforma lo abona así, porque si bien es verdad que no se producen los efectos máximos de la fe pública, sí se origina, en virtud del documento notarial de protesto, una presunción iures tantum suficiente para las necesidades del tráfico.

Esfera de los hechos. Tradicionalmente, y en vista de su trascendencia, la ley ha venido considerando hecho la identidad de la persona, a pesar de tratarse, como repetidamente hemos puesto de manifiesto, de un juicio, de una "comparatio personarum"; no otro es el sentido de la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

expresión "fe de conocimiento"; el margen que tiene la norma para cambiar un juicio en hecho es bien reducido, pero no cabe duda de que hay juicios de tal seguridad que pueden considerarse hechos, como ocurre con la fecha, "que en sí no es un hecho, sino una medida y, por tanto, un juicio pericial y para el notario, carente de los conocimientos e instrumentos adecuados para efectuarla, un juicio de notoriedad"(250)(1064), naturaleza que tiene bien en cuenta el artículo 1218 - 1 del Código al citar expresamente "la fecha", sin incluirla en el "hecho" del otorgamiento; algo parecido ocurría con la identificación directa del compareciente por el notario en las poblaciones pequeñas y sedentarias, las que dominaban, incluso, al tiempo de promulgarse la Ley del Notariado; el juicio de identidad podía convertirse en fe de conocimiento; cambia sociológicamente el país; la ley de 18 de diciembre de 1946 modifica el artículo 23 de la ley e introduce nuevos medios supletorios de identificación; ¿seguirá ésta cubierta siempre por la fe pública?; evidentemente no; basta pensar en la identificación con referencia a carnets o documentos de identidad, en que el notario solamente emite un juicio sobre "la concordancia de los datos personales, fotografía y firma estampados en el documento de identidad exhibido, con las del compareciente", como dice el texto legal; la presunción iuris tantum que origina este medio identificador parece ser también suficiente a las necesidades del tráfico, dada la ausencia de problemas que ha originado en la práctica desde su ya antigua introducción entre nosotros.

En ambos casos, la misma conclusión; el menor rigor en la exigencia de los requisitos formales, su suavización, podrán estar, en cada caso concreto, todo lo justificadas que se quiera; pero producen, necesariamente, una disminución de la eficacia del instrumento público.

38. Hasta aquí nos hemos referido a aquellos pensamientos del notario, atinentes a la esfera de los hechos - iuxta verum dictum - , y que son narrados en el documento como directamente percibidos por los sentidos del notario. Las cosas no suceden siempre con tanta sencillez, puesto que, sin salir de la esfera de la verdad, hay también hechos que no son susceptibles de percepción directa por los sentidos, como la notoriedad, o la capacidad natural de una persona o su libertad de acción, en cuanto salimos de los mínimos patentes; hay otros hechos que pueden percibirse por los sentidos, pero con la ayuda de ciertos esquemas o conocimientos, aunque sean de índole generalizada y por ello no encuadrable en un verdadero peritaje(251)(1065); y también hay hechos sensoriales que, por la causa que sea, no se han percibido directamente por el notario, sino que éste se ha limitado, dentro de su función, a establecer respecto de ellos un juicio, fundamentalmente de probabilidad; sin salir, pues, de la esfera de los hechos, estamos fuera de la autenticidad, por ser hechos que no han sido tratados como hechos, percibidos por el notario y narrados en el documento, sino que han sido objeto de un juicio del notario, de constancia documental, que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

no puede producir más efecto que el de la presunción iuris tantum de verdad. Otros juicios del notario afectan ya a una naturaleza distinta; contemplan la esfera de la legalidad - iuxta legem factum - , y toda idea de verdad y falsedad les es ajena; han de ser estimados como válidos o nulos, según su adecuación o contrariedad a la norma, y dan también origen a una presunción, pero presunción aquí de legalidad. Y hay finalmente otros juicios que no tienen por qué llegar a la dimensión papel ni suelen llegar a ella, pero que están necesariamente supuestos en la actuación «conforme a las leyes» del notario, y que van desde su propia competencia al juicio general de legalidad de todo lo actuado, negocio y documento, en la medida en que están bajo el control del notario.

Todas estas calificaciones y juicios del notario no pueden originar, y no originan, autenticidad, sino aisladas presunciones iuris tantum, legitimaciones para el tráfico; y que, consideradas en su conjunto, dan lugar a "la presunción de legalidad de que goza el instrumento notarial", basada, según la resolución de 15 de julio de 1954, "en la calificación personal del notario de los requisitos de validez del acto, que abarca el propio requisito de capacidad de las partes. . . debiendo, en principio, el notario, no sólo excusar su ministerio, sino negar la autorización notarial cuando a su juicio se prescinde por los interesados de los requisitos necesarios para la plena validez de los mismos". "Sería realmente absurdo. . . - dice Manuel de la Cámara, después de citar los artículos 145, 146, 156 - 6º y 8º y 170 y siguientes del reglamento, y 705 y 715 del Código Civil - , 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 surtieran 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 1º de la Ley Orgánica. Es lógico afirmar, a la vista de los preceptos citados, que el instrumento público goza de una presunción de legalidad"(252)(1066). "Acontece, sin embargo - añade Cámara - , 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 les 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. 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

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

quaestio iuris rige el principio iura novit curia"(253)(1067).

Derivan, por tanto, del instrumento, una serie de presunciones iuris tantum particulares, de veracidad o de legalidad, que acaban integrando una presunción general de verdad y de legalidad del mismo instrumento, considerado como un todo. Aquí está el punto de partida para los efectos especiales, sintéticos, del instrumento público, como los ejecutivos y los registrales.

39. El instrumento público, como documento notarial heterógafo, contiene, además de las manifestaciones del notario, manifestaciones de los comparecientes, sobre la esfera de los hechos y sobre la esfera del Derecho, que han de producir los efectos correspondientes a su respectiva naturaleza: declaraciones de voluntad, confesorias, testimoniales, enunciativas, etc.

Especial relevancia adquieren las declaraciones de voluntad, contenido de la escritura pública según el artículo 144 - 2 del reglamento. La escritura será constitutiva, "forma de ser" del negocio documentado en la terminología de González Palomino(254)(1068), en los excepcionales casos en que viene exigida ad substantiam por la ley, y en aquellos otros, estudiados por la doctrina, de inexistencia de negocio anterior vinculante, o de su renovatio o fijación(255)(1069), En los demás supuestos, no es que la escritura sea ad probationem, como en la equivocada concepción tradicional, sino que es "forma de valer", que diría González Palomino, y ello en dos fundamentales sentidos: en cuanto que la escritura puede proporcionar al negocio efectos específicos, incluso de gran entidad, pero distintos de los constitutivos; y en cuanto que, en todo caso, por la interdependencia entre instrumentum y negotium, aquél dota a éste de ciertos efectos genéricos a los que brevemente pasamos a referirnos.

La primera, y máxima, eficacia que el instrumento proporciona a las declaraciones que los comparecientes hacen en él, sean de voluntad o de cualquier otra naturaleza, radica en conferirles autenticidad, en toda la medida posible: en su autoría y en la existencia misma de la declaración, como hecho producido ante el notario. La autoría de las declaraciones es, en efecto, en virtud de la fe de conocimiento, una autoría auténtica en sentido técnico o documental, puesto que es el instrumento mismo el que establece, frente a todos - fe pública - , la autoría de cada determinada declaración; son, pues, dos las autenticidades subjetivas, la del documento y la de las declaraciones, y el instrumento es también auténtico respecto a ésta, salvo aquellos casos en que la identidad de los comparecientes está configurada como mero juicio. "La declaración como hecho - hemos escrito - , está también cubierta por la fe pública, como mera aplicación de los principios generales. El notario, de visu, percibe la presencia del autor de la declaración, y de auditu, sus manifestaciones; más técnicamente, como las declaraciones propiamente dichas se hacen en el documento mismo, litteris, pueden calificarse de acto de vista del notario. El hecho de que la persona identificada ha declarado su voluntad con un determinado contenido, es

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

un hecho auténtico"(256)(1070).

La fe pública no puede llegar a más; el contenido mismo de las declaraciones escapa, en efecto, a la evidencia del notario, puede ser falso, ser erróneo, adolecer de simulación o de reserva mental. La sentencia de 18 de mayo de 1957, ante un caso precisamente de simulación, declaró que la fe pública de los artículos 1218 del Código Civil y 1° de la Ley del Notariado "sólo alcanza en materia de contratos a aseverar lo que los contratantes han realizado o declarado en presencia del fedatario, pero no a la veracidad intrínseca de tales declaraciones, ni a la intención o propósito que oculten o disimulen, porque éste y aquélla escapan a la apreciación notarial", doctrina, por lo demás, firmemente establecida en la jurisprudencia(257)(1071). Pero ello no impide el que se produzcan los efectos menores de las presunciones, lo que suele expresarse en base a la distinción entre auténtico y autenticado; las declaraciones de los comparecientes en el instrumento no serían, en cuanto a su contenido, auténticas pero quedarían autenticadas(258)(1072).

40. Más detenida consideración merece uno de los efectos especiales del instrumento, porque aunque no se dé en todos los negocios, tiene lugar en los más numerosos e importantes; el efecto transmisivo, también llamado, por el procedimiento técnico a que acude, efecto traditorio.

El sistema español de transmisión de la propiedad se basa en la antigua teoría del título y el modo, entendida en forma evolucionada y poliforme. Está confirmada en el artículo 1095 del Código Civil: «El acreedor tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla. Sin embargo, no adquirirá derecho real sobre ella hasta que le haya sido entregada"; pero antes ha sido establecida en el artículo 609 - 2, según el cual "la propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten. . . por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición"; el enunciado no puede ser más perfecto; no es ya que se exijan contrato y tradición, como en los viejos textos romanos(259)(1073), sino que en el contrato de finalidad transmisoria se centra, se injerta, toda la energía traslativa, el animus transferendi et accipiendi dominii; y la traditio, privada de él, queda reducida a simple modus, incolora entrega de la cosa, que en sí misma considerada podría responder a múltiples finalidades pero que opera la transmisión de la propiedad, causa próxima, como "consecuencia" de aquel precedente contrato traslativo (causa remota).

El más importante de estos contratos es la compraventa; dentro de su regulación incluye, precisamente, el Código la de la tradición. El artículo 1445 nos da un concepto puramente obligatorio de la compraventa: "uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto"; meras obligaciones entre las partes; no transmisión de la propiedad, que solamente se producirá mediante el cumplimiento por el vendedor de esa obligación de entrega asumida en

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

el contrato, en que el artículo 1461 vuelve a insistir; la entrega consiste en poner la cosa vendida "en poder y posesión del comprador" (art. 1462 - 1), y adopta la variedad de formas que su proceso espiritualizador, ya en el Derecho Romano, y luego en el Derecho intermedio, fue originando(arts. 1462 y ss.); ellas obedecen no solamente a las diversas situaciones de hecho en que la cosa pudiera encontrarse(como en la traditio brevi manu o el constituto posesorio), sino a la naturaleza misma de los bienes, porque si una entrega material basta, efectivamente, para satisfacer todas las necesidades implicadas en la transmisión del dominio de cosas de inmediato consumo, se empieza a mostrar francamente insuficiente respecto de las cosas de consumo duradero, y debe de ceder necesariamente paso a la formalización pública tratándose de bienes inmuebles; de alcance general, pero especialmente adecuada en materia inmobiliaria, es una de las formas de tradición, la llamada tradición instrumental regulada en el artículo 1462 - 2: "Cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario"; el otorgamiento de escritura equivale, pues, a la traditio, salvo que otra sea la voluntad de las partes, manifestada en la misma escritura; esto es, salvo que las partes hayan querido efectuar una compraventa puramente obligatoria, eliminando el efecto ex lege jurídico - real, suprimiendo el efecto traditorio; y a no ser también que ello resulte, objetivamente, de la misma escritura, o de la naturaleza de las cosas, como sucede en aquellas compraventas(de cosa futura, de cosa ajena) que han de ser necesariamente obligatorias. Suele añadirse otra excepción, fundada en la jurisprudencia; tampoco verificará la escritura la transmisión del dominio si el vendedor no tiene la posesión de la cosa; pero esa jurisprudencia está dictada para otras finalidades, para regular las relaciones entre el comprador y el poseedor, y de otra manera entendida, no solamente sería contraria a toda la tradición española de la traditio chartae, sino que llevaría al contrasentido de que el propietario no poseedor no podría vender, sino que solamente podría ceder su acción reivindicatoria.

Sin poder descender a un estudio más profundo de la tradición instrumental(260)(1074), veamos la confirmación de las ideas expuestas en otros preceptos fundamentales del Código. Ante todo, en los artículos 1280 - 1º y 1279, según el artículo 1280 - 1º "deberán constar en documento público", "los actos y contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles"; estos son aquellos contratos de finalidad traslativa "por consecuencia" de los cuales se producía, "mediante la tradición", la transmisión del dominio, con arreglo al artículo 609 pero según el principio espiritualista que arranca del Ordenamiento de Alcalá, también ellos "serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado"(art. 1278); surge, pues, una cierta contradicción entre la libertad del artículo 1278 y el formalismo del 1280 - 1º, que va a salvar el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

artículo intermedio, el 1279: "Si la ley exigiere el otorgamiento de escritura u otra forma especial para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato, los contratantes podrán compelerse recíprocamente a llenar aquella forma desde que hubiese intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez", el documento público no se exige, pues, por el artículo 1280 - 1º para la "validez" de los actos y contratos que enumera, sino para su "eficacia", en concreto para su eficacia transmisiva, pues si bien es verdad que hay otras formas de tradición además de la instrumental, nunca surten los plenos efectos de ésta - piénsese en la inscripción en el Registro de la Propiedad - . y por ello el artículo 1279 da derecho a exigir el otorgamiento de escritura también al comprador que ya es dueño, por haber recibido en otra forma la tradición de la cosa comprada, palabras bien significativas las del artículo 1279, "para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato", en que resuenan las categorías escolásticas, potencia y acto, posibilidad y efectividad, en que obtuvo la teoría del título y el modo su mejor exposición en los tiempos medios. También el artículo 633, relacionado, de nuevo, con el 609 - 2; entre los contratos de finalidad traslativa de este último precepto no está la donación, que es mencionada con anterioridad e independencia: "La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por la ley, por donación. por sucesión testada e intestada, y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición"; el contrato, en la concepción del Código, es contrato obligatorio: lo que el artículo 1445 decía para la compraventa, se dispone en el artículo 1254 con carácter general para todos los contratos: "El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio"; la donación no origina, por el contrario, una mera obligación, sino que produce directamente los efectos transmisivos, por lo que no es un contrato, ni está regulada por el Código entre ellos; se incluye entre los diferentes modos de adquirir la propiedad, y se define como "acto. . . por el cual una persona dispone. . . de una cosa"(art. 618). Pero todo ello explica el que el artículo 609 mencione la donación con independencia de los contratos, pero no justifica el que silencie, respecto a ella, la necesidad de la tradición para que el efecto transmisivo se produzca; la justificación viene dada para los inmuebles por el artículo 633 - 1 que exige ad solemnitatem la escritura pública en la donación de bienes inmuebles; el efecto traditorio de la escritura explica que la donación resulte acto de disposición, en el artículo 618, y el que no se mencione una tradición, que no puede faltar, en el artículo 609 - 2.

Quiero acabar esta argumentación exegética bajando el tono; descendiendo a un problema menor; el artículo 1455 del Código pone a cuenta del vendedor, salvo pacto en contrario, los gastos del otorgamiento de la escritura; parece que es más bien al comprador a quien interesa la escritura, y el que debería pagar sus gastos; pero la solución del Código no tiene fundamento salomónico, sino puramente

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

dogmático y acorde con cuanto precede; el vendedor debe pagar la escritura(art. 1455) porque está obligado a la entrega de la cosa(art. 1461) y, por tanto, a los gastos de esta entrega (art. 1465): el otorgamiento de la escritura precisamente es la entrega(art. 1462 - 2), es la tradición que transmite la propiedad.

41. De la eficacia del instrumento público deriva su valor probatorio, en juicio y fuera de él. Los procesalistas, sin embargo, acostumbrados a contemplar al documento solamente en el proceso, y solamente como medio de prueba, llegaron a pensar que el documento no era más que un medio de prueba procesal, tomando como función única del mismo la única que a ellos competía estudiar; pero aparte de que el fenómeno probatorio es infinitamente más amplio que el proceso, el valor probatorio del documento no es otra cosa que una manifestación más de su eficacia judicial y extrajudicial(261)(1075).

Las normas de que deriva esta eficacia probatoria del documento en el Derecho español, ya han sido repetidamente consideradas; el artículo 1º de la Ley del Notariado "dar fe, conforme a las leyes", el artículo 1º - 3 - a de su reglamento: "en la esfera de los hechos, la exactitud de los que el notario ve, oye, percibe por sus sentidos", y el artículo 1218 - 1 del Código Civil, "los documentos públicos hacen prueba, aún contra tercero", según la edición definitiva, que quizá no ande muy alejado, en su vigor, del texto de la edición primitiva del Código("hacen plena prueba"), ya que no es un medio, sino un resultado, poco susceptible de calificativos, lo que significa la expresión "hacen prueba"; son normas que "precisan la eficacia probatoria que, por su imperio, atribuye la ley a ciertos medios instructorios, taxativamente determinados", que presentan "en síntesis, el resultado de un proceso intelectual de valoración histórico - crítica, desarrollado en la mente del legislador; resultado que se concreta en la manifestación imperativa de una convicción de certidumbre histórica", que diría Furno(262)(1076), y que convierten al documento público en medio de prueba legal; incluso con control del Tribunal Supremo, en recurso de casación, puesto que éste tiene lugar, "por infracción de ley o de doctrina legal"(error in iudicando) "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"(art. 1692 - 7º de la Ley de Enjuiciamiento Civil); se admite, por tanto, en el caso de los documentos auténticos, no solamente el supuesto error de derecho (de las normas valorativas de la prueba legal), sino también el de error de hecho, cuando los documentos auténticos(no los demás medios de prueba legal, como la confesión) demuestren la equivocación evidente del juzgador de instancia(263)(1077); hasta en el procedimiento penal, en que la Ley de Enjuiciamiento Criminal consagra el principio de libre apreciación de la prueba por el Tribunal con el lógico máximo rigor(«según su conciencia», art. 741), procede el recurso de casación por infracción de ley "cuando en la apreciación de las pruebas haya

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

habido error de hecho, si éste resulta de documentos auténticos que demuestran la equivocación evidente del juzgador, y no estuvieren desvirtuados por otras pruebas" (art. 849 - 2º), con exclusión del error de derecho por la inexistencia, en el ámbito penal, de medios de prueba legal(264)(1078).

Este sistema, resultante de nuestros Cuerpos fundamentales, de principio de libre apreciación de la . prueba por el juez y excepciones, muy concretas, de pruebas legales, parece, en términos generales, no ya correcto, sino ineludible. Preferimos que hable un procesalista, Silva Melero, que nada menos que une a su condición de catedrático la de presidente del Tribunal Supremo de Justicia: "El llamado fenómeno de la prueba legal es, pues, una creación de la experiencia, cuyas raíces se extienden por todo el campo del derecho, acercando instituciones aparentemente alejadas, restringiendo los vínculos entre el derecho sustantivo y el procesal, para instaurar un factor de estabilidad y equilibrio"(265)(1079). La situación real entre nosotros de la eficacia del instrumento público como medio de prueba en el proceso, no es, sin embargo, tan halagüeña como podría deducirse de cuanto antecede, al poder ser desvirtuada, no sólo mediante su impugnación directa, sino al relacionarla con otras pruebas, apreciadas en conjunto por el juzgador. La doctrina jurisprudencial sobre esta apreciación conjunta de la prueba no ha evolucionado desde que la expuso González Enríquez(266)(1080); me limitaré a citar algunas recientes sentencias: "cuando el Tribunal sentenciador llega a fijar los hechos que constituyen el soporte del fallo en virtud de la valoración del conjunto de la prueba, como en este caso sucede, según afirma el tercero de los considerandos de la sentencia combatida, no es lícito desarticular ese conjunto para destacar una sola de sus partes y apreciándola separadamente, conforme al criterio personal de los recurrentes, tratar de obtener una solución opuesta a la del juzgador de instancia"(S. 8 abril 1976);" pero es de tener en cuenta que los documentos que enumera el motivo, de ninguno de ellos aisladamente considerados resulta claro y terminante el error en que pueda haber incidido la sentencia recurrida, habiendo sido objeto de examen e interpretación por el Tribunal a quo, para formar su juicio valorativo relacionándolos con el resto de las pruebas, careciendo por ende todos ellos del carácter de auténticos a los efectos de poder apoyar en casación un error de hecho, sin que por otro lado sea lícito desarticular las pruebas, para llegar a una conclusión opuesta a la del Tribunal de instancia, a base de la estimación de una de ellas conforme al criterio particular interesado de la parte y oponerlo a la valoración objetiva de aquel Tribunal, hecha a la vista del conjunto de las pruebas aportadas" (S. 20 abril 1976); "la apreciación conjunta de la prueba hecha por la Sala de instancia, no puede ser combatida en casación, mediante la apreciación aislada de alguno de sus elementos, y mucho más si el recurrente acepta en su provecho lo que entiende beneficiarle y rechaza lo que le perjudica"(S. 3 febrero 1977). La abundancia de estas sentencias(267)(1081)hace temer que no se haya conseguido el "punto

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

medio o de equilibrio", que, como dice Navarro Hernán(268)(1082), intentó conseguir la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1885 con su artículo 1697 - 7º: "La excepcional clarividencia jurídica de los redactores de este precepto legal - principalmente Manresa, Albacete, Igón, Gutiérrez y Alonso Martínez - y el convencimiento que todos tenemos de que los problemas técnico - jurídicos envuelven siempre problemas humanos - añade Navarro Hernán - , fue, sin duda, la brújula que en todo momento les debió servir de norte para encontrar una fórmula o solución que basculase entre la "tercera instancia", no deseada, y la "desmedida libertad", que venía atribuida a las audiencias en materia de apreciación de pruebas"(269)(1083).

42. Las presunciones de veracidad y legalidad, la autenticidad sintética del instrumento público, es la que genera su fuerza ejecutiva. Era frecuente entre nosotros la cláusula ejecutiva en los instrumentos públicos(270)(1084), pero el documento guarentigio es, evidentemente, de influencia italiana(271)(1085); lo prueba la misma ley de Enrique III, dada en Sevilla el 20 de mayo de 1396, en que fue introducido por las quejas de "los Cónsules de los Genoveses y otros mercaderes" ante las dilaciones procesales, y casi dos siglos después lo recuerda Monterroso: "Y este nombre(guarentigia) se tomó de un vocablo Toscano, que se dice guarentare, que es cosa firme"(272)(1086). Ante las dilatorias argucias, que la ley citada, quizá sin proponérselo, describe bien gráficamente("o allegan otras cualesquier excepciones, de que dicen, que tienen los testigos de otros Reynos o en Hierusalem"), había surgido en Sevilla la práctica que la misma viene a consagrar: "Porque vos mando, que cada, que los dichos mercaderes o qualquier otra persona o personas vos mostraren carta o otros recaudos ciertos de obligaciones, que tengan contra qualesquier personas de las deudas, que les devieren: que las cumplades y llevades a execución, seyendo pasados los plazos de las pagas y no seyendo legítimas las excepciones, y fagades entrega y execución en los dichos deudores y en sus bienes por las deudas contenidas en las dichas cartas y recaudos de obligaciones", ley (Nueva Recopilación IV - 21 - 2), que es generalizada por la de D. Fernando y D^a Isabel en Toledo en 1480(Novísima, XI - XXVIII - 1): "siguiendo lo que el señor Rey D. Enrique nuestro abuelo proveyó y mandó por su ley pragmática en favor de los mercaderes y otras personas de la ciudad de Sevilla, queremos, que la dicha ley generalmente se guarde en todos los nuestros reynos"; aunque la cláusula ejecutiva perdurara en formularios y documentos, había dejado de ser necesaria, pues como nos dice la Curia Philipica, "aunque(el instrumento público, o auténtico) por derecho Civil, y Común no la trayga aparejada(execución) sin esta cláusula, como lo dicen Alexandro y Boerio, por Derecho Real del Reyno, en él la trae sin ella, como consta de una Ley Enriqueña, y otra Toledana de la nueva Recopilación"(273)(1087), que son las que ya hemos visto.

Con estos antecedentes, la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil coloca en cabeza de los títulos que llevan aparejada ejecución la "escritura pública,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

con tal que sea primera copia; o si es segunda, que esté dada en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona a quien deba perjudicar, o de su causante"(art. 1429 - 2 - 1º), antigua precaución tendente a imposibilitar la pluralidad de ejecuciones a base de distintas copias de una sola escritura matriz. Es preciso aclarar, para los notarios extranjeros, que, como dice el mismo Prieto Castro, "la esencia del juicio sumario ejecutivo consiste en procurar al acreedor la seguridad de una aprehensión inmediata

(embargo) de los bienes del deudor, a base de un examen somero del título ejecutivo por el juez, y a cuya aprehensión sigue el juicio propiamente dicho, donde el deudor puede proponer ciertas excepciones y causas de nulidad del procedimiento, si las hubiera, limitadas en número, de suerte que si ninguna prospera, el juez dicta sentencia("de remate"), mandando que se entre en la ejecución forzosa(apremio), y en cuanto a todas las demás excepciones que pudieran corresponderle al deudor, le quedan reservadas, y puede hacerlas valer en un juicio plenario declarativo posterior"(274)(1088); tiene, pues, razón Herce Quemada: "Nuestro juicio ejecutivo no es un proceso de ejecución propiamente dicho, ya que los títulos ejecutivos que enumera la LEC, tan sólo originan una ejecución procesal directa cuando no hay oposición y el deudor paga en virtud del simple requerimiento; pero si el deudor no paga, formulando oposición, esos títulos sólo producen directamente el embargo previo, de forma que la ejecución procesal ya no se basa en aquellos títulos, sino en la sentencia de remate, la que actúa entonces como verdadero título que abre el camino de la ejecución procesal"(275)(1089).

43. Todo sistema registral que confiera a los asientos efectos sustantivos y procesales más o menos amplios, basados en las presunciones de exactitud y de validez de su contenido, tiene que inspirarse en el principio de legalidad, no permitiendo la inscripción de títulos defectuosos; pieza clave de esa legalidad es la concesión al registrador de amplias facultades calificadoras, pero es previamente precisa la exigencia de titulación pública, de manera que, aparte de los documentos judiciales y administrativos, solamente tengan acceso al Registro los instrumentos públicos, con su eficacia de fe pública en la esfera de los hechos y su presunción de legalidad en la del Derecho. No es ya que los instrumentos públicos sean inscribibles; es que sólo los instrumentos públicos lo son.

La Ley Hipotecaria sanciona este principio, respecto al Registro de la Propiedad, en su artículo 3º: "Para que puedan ser inscritos los títulos expresados en el artículo anterior, deberán estar consignados en escritura pública, ejecutoria o documento auténtico expedido por autoridad judicial o por el Gobierno o sus agentes, en la forma que prescriban los reglamentos"; hay alguna excepción en materia de cancelaciones y, quizá, de anotaciones preventivas; pero en tema de inscripciones, el principio no tiene excepciones, de forma que el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

documento privado no puede dar lugar ni siquiera al asiento de presentación(276)(1090); su rechazo es, pues, total.

Por su parte, el reglamento del Registro Mercantil dispone: "La inscripción se practicará en virtud de escritura pública o de documento judicial o administrativo expedido por autoridad o funcionario competente. También podrá practicarse en virtud de documento privado, en los casos expresamente prevenidos en las leyes y en este reglamento"(art. 8º); el mismo principio, aunque con mayores excepciones, interpretadas restrictivamente por la jurisprudencia(277)(1091).

Sin poder descender a detalles, concluyamos haciendo constar que para tener acceso a su Registro especial, "la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento se constituirán en escritura pública"(art. 3 - 1), salvo los casos en que excepcionalmente la última puede constituirse en póliza intervenida por agente de Cambio y Bolsa o Corredor de Comercio colegiado(art. 3 - 2); y que en el Registro Civil "las inscripciones se practican en virtud de documento auténtico o, en los casos señalados en la ley, por declaración en la forma que ella prescribe"(art. 23)(278)(1092)(279).

(Continúa en el próximo número)