

## LOS ESQUEMAS CONCEPTUALES DEL INSTRUMENTO PUBLICO

Por: Rafael NÚÑEZ LAGOS \*

---

\* Notario de Madrid.

## I. INTRODUCCIÓN

### 1. FORMA Y CONTENIDO

Los hechos jurídicos se dividen en *externos*, materiales —la muerte, el robo, el naufragio, la edificación, plantación o siembra— e *internos*, espirituales —consentimiento, conocimiento, etc. Los primeros existen *per se*; los segundos necesitan un hecho exterior —fuente— que los exprese o represente. Este hecho, exterior y exteriorizado, es una forma, o lo que es lo mismo, la forma siempre y ante todo es un hecho jurídico, con función expresiva, exteriorizadora, y por tanto demostrativa, probatoria. Mas ese hecho, precisamente por su cualidad de fuente, por su misión exteriorizadora, no puede estar vacío de contenido, sino que revela, *significa*, un contenido espiritual determinado.

De aquí que hay que distinguir entre el *hecho-forma* en sí, de un lado, y de otro, su *significación*; lo que equivale a decir que el hecho tiene valor de símbolo. En los pueblos primitivos los hechos sin los símbolos —hechos no simbólicos— son ineficaces. En la actualidad, aunque atenuada la solemnidad mágica del símbolo, el fenómeno es en el fondo idéntico: el hecho-forma representa, simboliza, un contenido determinado. En esto, como en muchas otras cosas, las variaciones históricas son más aparentes que reales.

*A cada forma contenido único.*—El formalismo antiguo implicaba un hecho tasado, simbólico, para cada contenido. O dicho en otras palabras:

cada contenido exigía su forma concreta y cada forma tenía por tanto una significación unívoca. La forma era fórmula.

*Forma única y contenido vario.*—Mas la vida forzó a admitir variaciones en el texto mágico de la fórmula dentro de la misma forma. Así la *mancipatio*, típica y exclusiva de la adquisición de propiedad quiritaria mediante precio, advino, por mutaciones verbales —*nuncupatio*— en la fórmula, (esto es, en el procedimiento), la forma de otros muchos negocios jurídicos, incluso de testamento. De esta manera, la forma (molde y símbolo), permanece firme, inmutable, al paso que el contenido —*negotium*— es mutable. La forma, dentro de su inmóvil fijeza, al admitir un contenido variable, se hace símbolo genérico y pierde su nitidez significativa.

*Forma varia para igual contenido.*—No sólo una misma forma llega a admitir diversos contenidos, sino que existen formas distintas para un mismo contenido. La *traditio* servía para la transmisión de propiedad, incluso la quiritaria. La *in iure cessio* y la *confessio in iure*, admiten los más amplios contenidos. La *stipulatio* es forma del *constitutum* y transmite la propiedad. La forma, como el molde, recibe pasivamente la materia, el contenido, oro, bronce o plomo.

*Formas libres y formas obligatorias.*—La evolución histórica llega así a un sistema de múltiples formas fijas, pero de libre elección entre ellas. El sistema de las formas libres surge tempranamente, en cuanto el ciudadano tiene opción para elegir, entre varias formas, la que le resulte más cómoda o útil. La diferencia de un orden jurídico a otro, puede radicar en el número de formas elegibles, pero no en la distinta naturaleza del sistema. Problema de cantidad y no de calidad. Incluso en nuestros días, en el fondo, el número de formas elegibles es mucho más exiguo de lo que comúnmente se cree. Véase, por ejemplo, el caso del sordomudo que no sabe escribir: aunque mentalmente capaz, no puede actuar, porque no tiene *forma* jurídicamente válida, que simbolice su querer: ni puede hablar ni escribir, y todavía el hablar y el escribir condicionan todas, absolutamente todas, las declaraciones positivas de voluntad.

## 2. FORMALISMO Y ESPIRITUALISMO

Al sistema de formas obligatorias (monopolio de la forma) —sistema necesariamente parciario— se le llama formalista o formalismo. A él se le contraponen el sistema espiritualista.

Los sistemas espiritualistas no son sistemas sin formas, que sería tanto como un lenguaje sin palabras, sino sistemas que entrañan gran amplitud en la facultad de elegir entre diferentes formas aptas y preexistentes.

El espiritualismo no sólo se caracteriza por esta omnímoda facultad de elegir entre múltiples formas, alguna de ellas sencillas y elementales, sino

porque la causa eficiente de obligar reside en la voluntad contenida en el interior de la forma, y no en el mero hecho de la forma precedida del *animus*, que tiene más de intención y de dirección que de efectiva volición. En la *mancipatio*, en el testamento *per aes libram*, bastaba el *animus* presente al comenzarse la ceremonia y los efectos iban ligados al hecho de la forma. En el testamento abierto de nuestros días, no basta el *animus*: la voluntad del testador está presente hasta el final y a la voluntad refiere la ley la eficacia de las cláusulas del testamento. Y esto en el testamento, que es el acto jurídico en que el hecho de la forma tiene mayor vigor en nuestro Derecho civil. Porque hoy en día la voluntad es el alma de todo negocio jurídico, incluso de los estrictamente formales.

*Formas funcionaristas.*—La *in iure cessio*, la *insinuatio*, y la *confessio in iure* dieron lugar a un arquetipo de forma caracterizada por la intervención de funcionario público. Al lado de las formas, más o menos ceremoniales y solemnes, manipuladas exclusivamente por personas privadas, se dio origen a un tipo de forma en la que se producen actos de autoridad pública con su eficacia específica de Derecho público.

### 3. FORMA NOTARIAL

A esta clase de forma funcionarista pertenece la forma notarial, que llega al resultado del instrumento público. Toda la actuación del notario está conversivamente orientada hacia el instrumento público. Cuáles son los conceptos primordiales del instrumento público es lo que expongo en el presente trabajo.

La diferenciación entre forma y contenido subsiste en el instrumento público. De un lado, el hecho de la forma notarial y de otro, su contenido.

El primero, el hecho de la forma, el acto notarial, viene estudiado en lo que he llamado el plano del *instrumentum*, puramente formal, unitario y unificador, y siempre en el terreno de *hecho* de las presencias físicas de personas o cosas, plano en el que distingo dos dimensiones: la dimensión acto y la dimensión papel o cartalidad (de *charta*).

El segundo, es el plano del contenido, del *negotium*, en sentido amplio (hecho o acto jurídico).

El documento notarial, tiene, pues, así dos elementos: los peculiares y múltiples del *acto jurídico* determinado y los comunes a la forma funcionarista o *acto notarial* determinante.

Queda el problema de la correlación entre el *hecho-forma* y su *significación* de contenido unívoco. El hecho y el símbolo. Pues bien: el hecho se hace “audiencia” y el símbolo “papel”, “texto”.

El acto notarial da dos clases de significaciones al contenido: valor de autenticidad y valor de legalidad.

a) Valor de *autenticidad*. Fuerza de probar. Este valor se divide en valor oficial y valor testimonial. De ambos se trata después, números 131 y sig.

b) Valor de *legalidad*. Fuerza de obligar. En la esfera del derecho, en el plano de la legalidad, hay que distinguir también entre las actividades del notario y las actividades de las partes.

Las actividades del notario se refieren a la legalidad formal de la *audiencia* y a la legalidad substantiva de la *redacción* conforme a las leyes de fondo.

Las actividades de las partes, emanan su fuerza de obligar del consentimiento, de la *auto-sentencia*<sup>1</sup> que las mismas partes pronuncian dentro del

---

<sup>1</sup> "La eficacia de la sentencia con fuerza jurídica del Juez consiste —dice Unger ("Zur Lehre vom Anerkennungsvertrag", en *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*. Tomo VIII, 1866, págs. 178).—, como se sabe, en que liquida en forma definitiva la controversia *Res judicata dicitur, quae finem controversiarum pronuntiatione iudicis accipit* (Ley 1.<sup>a</sup> D. de re judic, 42-1; Ley 6.<sup>a</sup> D. de exe reu jud.; 44-1); la sentencia regula las relaciones jurídicas de las partes de manera incontestable y forma desde ahora una firme base para la relación jurídica entre ellas incontestable en el futuro: *post rem judicatam, nihil quaeritur* (L. 1.<sup>a</sup> § 4 D de lib. exhib. 43-30, Ley 56 D, de re jud., 42-1). Lo que expresa la sentencia vale como verdad definitiva: *res judicata pro veritate accipitur*. Ley 207, D, de re jud., L. 25, D. de statu hominis 1-5. La sentencia, como se tiene la costumbre de expresarse, produce derecho formal, es decir, establece un estado de derecho seguro e inatacable entre las partes, y en ciertas circunstancias respecto de todos —*ius facit— inter partes —inter omnes—*. L. 3 pr. D. de agnos. Libr. 25-3."

"Lo que suministra la *sentencia judicial*: fijación definitiva de la relación jurídica —sigue Unger— *pueden lograrlo las partes por sí, por propia acción, por convenio libre*: PUEDEN CREAR ELLAS MISMAS LA SENTENCIA, dictarse el fallo, cuyo contenido entonces tiene que formar la norma para la relación entre ellas. Este contrato, por el cual las partes fijan de manera definitiva una determinada relación jurídica, es un subrogado de la sentencia del Juez (o Tribunal). Las partes son jueces en propia causa; se dictan por regla general a sí mismas las sentencias, para lo que sin más ellas mismas están autorizadas. *Quid enim aliud agebat Praetor, quam hoc est controversias eorum dirimeret, a quibus si sponte recesserint, debébit id ratum habere*, L. 1, 10 D. de N. N. 39, 1, cf. L. 7, § 14 D. de pact., 2-14. Como se habla de una sentencia arbitral, así se puede hablar de una SENTENCIA CONTRACTUAL, una sentencia paccionada."

"En efecto —prosigue Unger, pág. 182— la fuerza material de un tal contrato es la misma que la de la sentencia judicial: la puesta fuera de litigio (*Ausserstreitsetzung*). Lo que las partes han fijado vale como norma para ellas, *ius faciunt rei*; su veredicto, *pro veritate habetur*. El asunto queda concertado y terminado por voluntad de las partes (*transactum finitumve*), *consensu finitum*. A diferencia del fallo del Juez, que es consecuencia de las facultades razonadoras de Juez sobre el hecho y el Derecho, que es Derecho hallado, la situación de derecho formal entre las partes es asunto de la voluntad, dictamen de poder. "Lo fijado vale, no porque las "partes lo han entendido como lo justo, sino porque lo han declarado por tal; vale, porque quieren hacerlo valer." (Página 183). No es un *derecho hallado*, sino un *derecho querido*. En este sentido estamos en el mismo caso que en la *in jure confessio*. (UNGER, *ibid.*, pág. 184.)

acto de la audiencia notarial. El notario tiene, dentro de la audiencia, una posición *mutatis mutandi*, algo parecida al Juez inglés; técnico; pero se atiene al veredicto del jurado. En la audiencia notarial, las mismas partes pronuncian su veredicto. Su voluntad es omnímoda —salvo límite legal— en cuanto al tiempo anterior y posterior. Si el acto notarial —audiencia— mira ordinariamente al futuro, también extingue o modifica el pasado. De ahí las distintas clases de interferencias que el acto notarial produce en el acto jurídico.<sup>2</sup> (Véase después núm. 11.)

*Lo formal y lo sustantivo.*—De cuanto viene dicho, queda claramente establecida la contraposición entre *contenido sustantivo* —acto jurídico— y la *forma* genérica notarial —acto notarial—. El notario maneja oficialmente la forma pública con múltiple contenido sustantivo.

Como el acto jurídico —contenido sustantivo—, pertenece al Derecho civil o comercial, este contenido no puede ser objeto de un Derecho notarial puro, que ha de quedar circunscrito al aspecto formal. El Derecho notarial puro, para ser algo, ha de perfilarse como un *Derecho formal*, independiente de todo contenido sustantivo. Creo que el centro de gravedad del Derecho notarial está en lo que he llamado, siguiendo la tradición de Rolandino y la fecunda escuela de Bolonia,<sup>3</sup> *audiencia*. Ha sido un error

<sup>2</sup> Cfr. NÚÑEZ-LAGOS. *Hechos y derechos en el documento público*, núms. 136 y siguientes.

<sup>3</sup> “L’art et science des notaires et tabellions est très utile, et signamment (notamment) aux jeunes et nouveaux notaires qui sont ès petites villes, châteaux et bourgades. En la dite science et forme de composer toutes manières de contracts et instruments a été amplement traictée en la *somme rolandine* qui estait de la ville de Bologne, et depuis le dit Roland et plusieurs autres experts docteurs en ont fait de beaux traictes, par lesquels les dits notaires et tabellions sont instrument et endoctrinez”. *Protocole des Notaires, Tabellions et autres Practiciens de Cour Laie, 1610*, reproducción de COFFINET (Georges) en *Le notariat en 1610*, París, Giard, 1910, pág. 58).—“Il est maintenant acquis que la renaissance des études de droit romain et l’influence italienne furent les causes de l’introduction du notariat dans le Midi de la France, dès la deuxième moitié du XII<sup>e</sup> siècle. M. Letonnelier, à la suite de M. Latouche, a été amené à penser que la pénétration du notariat d’Italie en France s’était faite par le Comté de Nice et par le Briançonnais, que ces pays frontières avaint été, dans la progression géographique du notariat, une première étape. Il est permis de supposer aussi que les très actives relations unissant les ports italiens et les ports provençaux tels que Marseille et Arles avaient dû introduire assez tôt le notariat dans ces grandes villes commerçantes: nous l’y trouvons, en effet organisé de fort bonne heure. Cependant, jusqu’à la fin du XII<sup>e</sup> s., l’institution du notariat ne s’est pas encore répandue partout, notamment dans les campagnes: il faut parvenir au milieu du XIII<sup>e</sup> s. pour voir l’institution parfaitement constituée, même dans les villages”. AUBENAS (Roger), *Etude sur le notariat provençal au moyen-âge et sous l’ancien régime, Aix-en-Provence, 1931*, págs. 37-38).—“El modo y manera como en el medioevo posterior se desarrolló el notariado, especialmente en la Italia del Norte, ha tenido, como es notorio, la mayor influencia sobre la evolución del notariado en Alemania. OESTERLEY (F.): *Das deutsche Notariat*. ERSTER THEIL: “Geschichte des Notariats”. Hannover, 1842, pág. 4. “Estos notarios y sus documentos son de la misma clase que los de Italia y de Italia

no ver entre el acto jurídico, *negotium*, y el papel escrito, el acto notarial típico, la dimensión acto, la audiencia o hecho que motiva el otorgamiento. El Derecho notarial adquiere así un valor específico, se refiere a la forma y a la fórmula más que a la substancia del acto jurídico.

Pero al lado del Derecho notarial *puro*, indudablemente está el Derecho notarial *aplicado*, porque el notario también manipula el Derecho sustantivo. Mas éste no ingresa en el Derecho notarial con la misma perspectiva y, por tanto, con igual dimensión, que lo ve el civilista. El Derecho civil permanece idéntico a sí mismo, en manos del civilista o en manos del notario, como el paisaje aunque se le contemple desde ángulo distinto. Pero al cambiar de punto de vista, se cambia de perspectiva. Varía el primer plano y la distribución de las dimensiones. El primer plano en aumento, como la microfotografía, hace abrir los ojos sobre valores invisibles de otro modo. Lo que quiere decir que dentro del Derecho notarial, al lado de valores propios —Derecho notarial puro— hay valores de perspectiva.

Por lo mismo hay que rechazar, para el Derecho notarial, una recepción civilista, en bloque, que dentro del instrumento público sería un cuadro con perspectivas desmedidas: todo resultaría deformado por largo, corto o estrecho. Hay que recoger el Derecho civil, pero *para* el instrumento, y, por tanto, *dentro* de las dimensiones del instrumento, lo que supondrá ampliación o reducción de aspectos del Derecho civil. Es el fenómeno de toda especialización.

El Derecho notarial ha de tener, pues, un doble objeto:

a) *En cuanto a valores propios*.—Descripción positiva de los distintos órdenes de valores del Derecho notarial puro, y su gradación en una escala de valores jurídicos. El estudio de los conceptos típicos del instrumento y la función notarial, en sí y en su encadenamiento funcional.

b) *En cuanto a valores de perspectiva*.—Ordenación funcional de la perspectiva de los Derechos sustantivos desde el ángulo notarial, para su eficacia en el instrumento público. Influjo de la forma notarial sobre el fondo sustantivo: la forma deja siempre su impronta en el contenido. Si podemos calificar de notarial un acto o contrato, es porque lo notarial,

---

se introducen en Alemania con la recepción del derecho romano y canónico". "Puesto que ahora este notariado fué introducido en Alemania tal como existía en Italia en los siglos XII y XIII, y puesto que este notariado es esencialmente diferente del más antiguo notariado establecido en Alemania, podemos caracterizarlo con precisión con el nombre de notariado italiano, en contraposición al antiguo notariado alemán". (*Ibidem*, pág. 394.) "Apenas se puede dudar que los primeros notarios de la nueva clase habían sido erigidos en Italia y, por lo mismo, podían también ejercer su oficio en Alemania, porque era un principio general que los notarios nombrados por Emperadores y Papas podían ejercer su público ministerio en todos los lugares de la tierra." "Y así... alemanes que habían estudiado en Italia derecho romano y canónico se hacían erigir notarios en Alemania" (*Ibidem*, págs. 417-418).

aunque sea forma accidental y no substancial, es algo permanente, que objetiva —valora— en algún modo el contenido. La forma es tonel, y si notarial, solera, que condiciona el vino que contiene. La forma notarial da tratamiento uniforme y unificador a una serie de actos jurídicos. Frente a los contenidos dispersos y mudables, múltiples y transitorios, la forma queda *una, fija, genérica, general y funcionarista*.

## CAPÍTULO I

### II. LA AUTONOMÍA DEL DERECHO NOTARIAL “PURO”

4. El Derecho notarial “puro”, *stricto sensu*, no es, ni puede ser, una suma más o menos clasificada de preceptos positivos referentes al notario y al instrumento público.

a) De cuantos preceptos se refieren a la organización de los notarios, muy pocos —únicamente los que se reflejan en su intervención válida en el instrumento público, lo que se llama con frase clásica “notario hábil”, o requisitos habilitantes para la actuación notarial, competencia *ratione personae, loci et materiae*— corresponden al Derecho notarial puro. Los demás pertenecen al “Derecho administrativo nacional”:<sup>4</sup> ingreso, ascensos y traslados, correcciones disciplinarias, etc., de igual forma que la organización del personal de la magistratura no se integra en el Derecho procesal, sino en el Administrativo.

b) De la misma manera, entre las normas aplicables a la redacción de instrumentos públicos, hay que expulsar del Derecho notarial puro aquellas que sean normas sustantivas, esto es, de Derecho civil, comercial, etc. Lo que no quiere decir que se prescindiera de los Códigos civiles ni mercantiles, pues éstos tienen muchos preceptos de forma y prueba que no son típicamente *sustantivos*, sino *formales*, instrumentales o procesales.

El Derecho notarial puro,<sup>5</sup> para ser autónomo, sin Derecho civil, ha de llegar a ser el conjunto sistemático de los conceptos y preceptos que regulen

---

<sup>4</sup> Cfr. LÁPEYRE (André). Docteur en Droit. *Le régime administratif du notariat*. (Office et corporation.) París, Rousseau et Co., 1936. El autor es actualmente notario de Avignon (Francia).

<sup>5</sup> Para el Derecho notarial español puede consultarse: FALGUERA: *Formulario completo de Notaría*. 1.ª edición. Barcelona, 1836. 2.ª edición. Barcelona, 1862. RUIZ GÓMEZ: *Formulario notarial continuo*. Madrid, 1884. FERNÁNDEZ CASADO: *Tratado de Notaría*. Madrid, 1895. NOVOA SEOANE: *El progreso del instrumento público*. Madrid, 1.ª edición, 1898; 2.ª edición, 1910. ZARZOSO: *Teoría y práctica de la redacción de instrumentos públicos*. Valencia, 6.ª edición, 1900. MONASTERIO: *Biología de los derechos en la normalidad*. Tortosa, 1901. DE LA TORRE: *Colección de ejemplos y plantillas de escrituras y documentos notariales*. Valencia, 1907. SANCHO TELLO: *Re-*

el instrumento público y la actividad documental del notario. No puede ser un montón de normas atinentes al notario y al documento notarial, sino un orden interno y autónomo de *conceptos* que sitúen, que “ubiquen”, científicamente, los *preceptos* sobre la actividad instrumental del notario.

Todo ello, tal vez resulte más claro si decimos que el Derecho notarial ha de dejar de ser colonia, ha de emanciparse del Derecho civil. El problema vital que tenemos, es el de la lucha por la autonomía científica. Estamos en una situación semejante a la del Derecho procesal<sup>6</sup> al empezar la segunda mitad del siglo XIX.

5. Mas no se piense en repetir la ruta del Derecho procesal. El Derecho notarial, en mi opinión, no se puede organizar en torno a una supuesta relación jurídica notarial<sup>7</sup> principalmente, por dos razones: por falta de sujeción y por falta de sucesión.

---

*dación de instrumentos públicos*. 1.ª edición, Valencia, 1914; 2.ª edición, Valencia, 1926. TORRES AGUILAR: *Guía para el Estudio de las lecciones de Práctica forense y Redacción de instrumentos públicos*, Madrid, 1915. LÓPEZ PALOP: *Legislación notarial*, Madrid, 1922. POU: *Legislación notarial*, Madrid, 1926. AZPITARTE: *Estudios de Derecho notarial*, Madrid (s. a.). AZPEITIA: *Legislación notarial*, Madrid, 1930. MENGUAL: *Elementos de Derecho notarial*, Barcelona, 1931. AGUADO: *Legislación notarial*, Madrid, 1933. OTERO VALENTÍN: *Sistema de la función notarial*, Igualada, 1933. GIMÉNEZ ARNAU: *Introducción al Derecho notarial*, Madrid, 1943. SANAHUJA SOLER: *Tratado de Derecho notarial*, Barcelona, 1945. CASTÁN: *Función notarial y elaboración notarial del Derecho*, Madrid, 1946. HERRÁN DE LAS POZAS: *Derecho notarial*, Madrid, 1946. GONZÁLEZ PALOMINO: *Instituciones de Derecho notarial*, Madrid, 1948. Tomo I, único publicado.—RIERA AÍSA: “Derecho notarial”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Barcelona, 1950. NART: *Formularios para la Práctica notarial*, Barcelona, Bosh, 1952.

<sup>6</sup> El derecho procesal se emancipó del Derecho sustantivo en la segunda mitad del siglo XIX. La polémica Windscheid-Muther sentó las bases de la autonomía del concepto de *acción* frente del *derecho subjetivo* civil, o lo que es lo mismo, la posibilidad de una consideración procesalista, *formal*, del derecho distinta de la consideración tradicional del Derecho civil, material o sustantivo. Doce años después, en 1868, buceando en la teoría y técnica de las excepciones, encontró BÜLOW (*Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*, Giessen, 1868) su fecunda concepción de los presupuestos procesales y, sobre todo, de la relación jurídica procesal, que tenía sus precedentes en Bethmann-Holweg. No tardaron los adelantos definitivos: En 1885, Wach publica el tomo I de su *Handbuch des deutschen Civilprozessrechts*; en 1888, KOHLER, su *Prozess als Rechtsverhältnis*, y en 1890, el mismo BÜLOW, “Die neue Prozessrechtswissenschaft” en *Zeitschrift für deutschen Zivilprozess*, vol. 27 (1890). El proceso ya no es el procedimiento, sino una relación jurídica a modo de columna vertebral en la que se vertebra científicamente el Derecho procesal, con conceptos propios y exclusivos, independientes del Derecho civil. (Hoy, en el mismo Derecho procesal, la teoría de la relación jurídica ha sido superada por la de la situación jurídica) (Goldschmidt).

<sup>7</sup> Ya en 1845, OESTERLEY, *ob. cit.* ZWEITER THEIL. *Darstellung des geltenden Rechts*, págs. 215-300, estudió la relación jurídica entre notario y requirente (Zweiter Abschnitt. Von dem zwischen dem Notar und dem Requirenten bestehenden Rechtsverhältnisse).

a) *Por falta de sujeción.*—Ni el compareciente ni la parte están sujetos al notario —como lo están al juez por el *imperium* de éste—, sino al documento *después* de su firma.

Es verdad que todas las legislaciones imponen al notario la *obligación* de prestar su ministerio a petición de PARTE interesada, quien por tanto, tiene un *derecho* frente al notario, amparado en un recurso ante el superior jerárquico. Pero esta obligación y este derecho son de carácter administrativo, comunes a todos los funcionarios públicos. En cambio, la “rogatio” no vincula inicialmente a la PARTE al notario, que antes de firmar el instrumento, puede desistir libremente por su sola voluntad unilateral y sin necesidad de formalización alguna.

b) *Por falta de sucesión.*—En el proceso, no sólo hay una sujeción *final* de las partes “a la” sentencia, sino una sujeción *inicial* “para la” sentencia. Esto implica un *tractus temporis*. La intervención notarial no tiene una concatenación, serie o sucesión de actos jurídicos, reglada y oficial, que vinculen las partes al notario desde el primer acto y día hasta la firma del instrumento. En una palabra, carece de procedimiento y de términos o plazos, por lo que no es posible ningún momento de preclusión. La autenticidad es una cualidad del instrumento, y hasta que éste se formaliza con la firma, la serie de actos preparatorios llevados a cabo por el notario carecen de significación jurídica.

Una cosa es evidente: el primer paso hacia la autonomía<sup>8</sup> es deslindar, en el documento público, el aspecto formal o instrumental, del aspecto sustancial, de fondo, negocio, acto o contrato que contenga. Mas para que esta diferenciación pueda llevarse a cabo hay que investigar las esencialidades intelectuales del instrumento público: en una palabra, los *conceptos* del instrumento público. ¿Cuáles son los conceptos que tradicional y cotidianamente manejamos en nuestra técnica instrumental?

En las páginas que siguen, quiero intentar una modesta contribución al estudio, no a la solución, del problema. Una charla sobre conceptos notariales, sobre aquellos conceptos, que tú, notario latino, tienes funcionando ante ti, todos los días. Tan familiares te son, que tal vez te parezcan vulgares. Éste sería mi mayor acierto y mi mejor satisfacción: la evidencia vulgar de lo que en este ensayo formulo. De todas formas, aguardo con impaciencia

---

<sup>8</sup> Para llegar a la autonomía del Derecho notarial hace falta, entre los notarios especialmente, antes que nada, un nuevo hábito de pensar: un *pensar formal* —a través del instrumento— distinto del pensar substantivo del Derecho civil. No se trata de escindir el Derecho en compartimentos estancos, pues el tronco del Derecho es sólo uno. Pero así como el Derecho procesal encontró su objeto en el proceso, el Derecho notarial lo puede y lo debe encontrar en el instrumento. Cfr. CARNELUTTI: “Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni”, en *Studi di diritto processuale*. II. Padova, 1928, pág. 199.

tus observaciones, adiciones y críticas, en público o en privado. Vaya por delante decir que no me enoja la contradicción. Al contrario, me agrada y la agradezco, aunque me demostrara la total inutilidad de mi esfuerzo: el progreso se consigue a fuerza de fracasos.

## CAPÍTULO II

### III. PRECEPTOS Y CONCEPTOS<sup>9</sup>

6. En toda reunión internacional, sea o no de notarios, es frecuente que surjan a la vez una vaga aspiración y un concreto lamento. La aspiración se refiere a una lengua oficial para el Congreso, que, naturalmente, cada cual quisiera que fuera la suya. La aspiración se repliega ante la utopía y surge el lamento, que imputa a la terminología, a la nomenclatura, una cierta imprecisión, o, al menos, falta de claridad elemental.

El lamento achaca a la corteza el vicio de la medula. No ve que el confusionismo no está en las palabras, sino en las ideas, en los "conceptos". ¿Acaso hay confusión cuando los argentinos dicen "escribano" y los franceses "notaire"? No; los notarios latinos saben que con distintas palabras —notario, escribano— se expresa exactamente el mismo concepto. En cambio, la frase inglesa "Notary public", literalmente notario público, con las mismas palabras, expresa un concepto distinto y distante del nuestro. Los conceptos de matrimonio, testamento, usufructo, etc., son asequibles a todos aunque se expresen en distintas lenguas. Y es que, evidentemente, son dos cosas distintas, "precepto" y "concepto". "Mayoría de edad" es un concepto común a todas las legislaciones latinas. Los "preceptos" de los diversos códigos civiles establecen que se es mayor de edad a los veintiún años, a

---

<sup>9</sup> Antes que nada, una aclaración: No empleo la palabra "concepto" en el sentido dado a "jurisprudencia de conceptos" frente de "jurisprudencia de intereses" (Heck: *Gesetzeauslegung und Interessenjurisprudenz*). Por otra parte, el que Heck y su escuela admitan al lado de los intereses materiales los intereses nacionales, éticos y religiosos, proclama claramente que al pretender valorar intereses está formulando "conceptos" con nuevo (?) contenido. Finalmente, HEINRICH STOLL ("Begriff und Konstruktion in der Lehre der Interessenjurisprudenz", en *Festage für Heck, Rümelin und A. B. Schmidt*, 1931) ha puesto de manifiesto que "conceptos" e "intereses", no son más que "valores", por lo que debe hablarse de "jurisprudencia de valores". Jurisprudencia de conceptos y jurisprudencia de intereses, son métodos de clasificar valores. Tampoco me refiero a "concepto" en el sentido de iusnaturalismo, que comprende preceptos y normas, ni del idealismo kantiano, y, por tanto, mi posición está al margen de todo "apriorismo" a estilo de Stammler y Radbruch, y, en general, al margen de toda pretensión filosófica. El concepto jurídico de que hablo es un producto de la experiencia histórica, y aunque busca una cierta "generalidad" no pretende ninguna "validez universal" en sentido filosófico.

los veintitrés, a los veinticinco, etc. Otro tanto sucede con el concepto “prescripción”, con independencia de los plazos que los distintos preceptos le señalan. Precio, plazo, deudor solidario, interdicción, simulación, reserva mental, etc., son otros tantos conceptos independientes de sus preceptos positivos.

7. El dualismo entre “precepto” y “concepto” es evidente en el campo del Derecho. Los conceptos son como las letras del alfabeto latino: las mismas letras sirven para escribir infinitas palabras en muy diversos idiomas; los mismos conceptos para formular “preceptos” idénticos, análogos o contradictorios, en distintas legislaciones. Idéntico concepto de “divorcio” maneja el legislador que lo admite que el que lo rechaza.

No está de más aclarar qué precepto y norma o ley no son sinónimos. Es obvio que la norma es más amplia que el precepto, pues si bien es verdad que no hay precepto sin norma, la norma contiene algo más que preceptos, pues unas veces alude o se refiere a conceptos, otras intenta su definición —*omnis definitio periculosa in iure*—, otras clasifica, etc. Precepto y norma están en una posición geoméricamente secante: la norma recoge parte de los conceptos, y los conceptos, explícitos, se ven aplicados y limitados por las expresiones de la norma. El contenido del precepto no es un concepto —éste fue un error de la llamada jurisprudencia conceptual—; pero el precepto presupone el concepto.

El Derecho positivo, en su formulación, se ha visto obligado constantemente a trabajar con conceptos. El legislador, consciente o subconsciente, los ha tenido presentes. El precepto se basa en puntos de vista, en posiciones político-jurídicas del legislador en torno a conceptos jurídicos tradicionales: propiedad, contrato, matrimonio, divorcio, rescisión, lesión, etc. El legislador, al formular preceptos, no emplea sólo conceptos, sino ideas políticas; pero no prescinde jamás de los conceptos enraizados en la situación anterior que pretende modificar. El concepto se utiliza precisamente como medio técnico, como instrumento, para la obtención del fin políticojurídico. El fin político perfila el precepto; el concepto es su medio. Por eso, toda ley de reforma es siempre una norma de referencia, de reducción: conserva, amplía o restringe la aplicación de los conceptos tradicionales; así, por ejemplo, las normas restrictivas de fideicomisos y vinculaciones ni destruyeron ni modificaron los conceptos de la pre-reforma.

En todo precepto adyace el concepto como elemento condicionante, presupuesto en la mente del legislador, porque éste es un mero producto de su época y un esclavo de sus convicciones. Nadie puede salirse de su piel, de su tiempo o de su ley. Nadie, hasta hoy, ha podido evadirse del planeta Tierra. Nadie puede sustraerse de la concepción del mundo en que ha vivido. Incluso el revolucionario y el anarquista viven, bien a su pesar, inmersos en un orden cultural que los ha creado y al que pertenecen —*velis nolis*— ya que no, como la mayoría, por adhesión, por reacción. El legis-

lador es hijo de una cultura y, por tanto, de unos conceptos que no deroga —los conceptos no se pueden derogar— al abolir instituciones o al redactar nuevos Códigos. Los conceptos no son, como los preceptos, creación de un Derecho positivo, de un país o de una época. Tampoco de una determinada filosofía ni de un sistema lógico formal. Obedecen a una cultura histórica unitaria que para el notariado latino se amasó con costumbres germánicas, Derecho romano y filosofía medieval. Es el tesoro ideológico de la jurisprudencia de Occidente que alumbró Bolonia con resplandores de aurora y que el genial Código de Napoleón no sólo respetó, sino que transmitió y encauzó con formulaciones a veces insuperables.

8. El concepto es, pues, algo independiente del precepto y, por tanto, del Derecho positivo. Es algo suprapositivo o quizá “transpositivo”: de una ley que los implica, pasan a otra que los recoge; trascienden de una época a otra, de un Código a otro Código.

Este valor suprapositivo del “concepto” podría hacer creer, a primera vista, que el concepto es algo subjetivo, al paso que el precepto es algo positivo y objetivado en un texto legal. Sin embargo, a poco que se medite se encuentra que el precepto, precisamente por su positivismo, está irremisiblemente anclado en un texto,<sup>10</sup> en una época y lugar, al paso que el concepto, externo aunque no extraño a la norma, transitivo siempre y nunca terminal ni terminado, ha informado los preceptos de muchas épocas y lugares. Los confines temporales de un concepto han sufrido la erosión o la accesión de corrientes doctrinales o legislativas. Pero la experiencia histórica nos muestra que esto más bien ha sido un fenómeno cortical que medular. El núcleo del concepto ha permanecido invariable, por lo menos durante grandes ciclos históricos. Más que inducciones lógicas han sido decantaciones o sedimentos históricos, limo ideológico de la experiencia de los juristas de milenios enteros.

Concepto y precepto son, pues, dos realidades ideológico-jurídicas autónomas. Los conceptos están presentes en la mente del legislador al formular preceptos. Téngase sin embargo en cuenta, que precepto y concepto no están en relación de causa y efecto, ni siquiera de recíproca causalidad, sino en relación de condicionalidad lógico-histórica. No se puede deducir de conceptos, preceptos; sería mero Derecho natural. No se trata, tampoco, de burlar los preceptos positivos suplantándolos por conceptos: sería una mixtificación. En todo momento hay que respetar la singular autonomía de preceptos y conceptos.

Esto no quiere decir que olvidemos la trascendencia práctica de los conceptos en el manejo de los preceptos. Aparte de su posición como un valor,

---

<sup>10</sup> “Tres palabras rectificadoras del legislador —ha dicho Kirchmann— bastan para convertir bibliotecas enteras en papel de desecho.”

en la escala de los valores jurídicos, para la interpretación de la ley, el concepto es un método de estudio —¿cómo podría imaginarse un conocer sin conceptos?—, un arma de trabajo, una herramienta de jurista. A veces transforman una institución: recuérdese que al cambiar, por las necesidades prácticas, el concepto de obligación, de “crédito”, se hizo posible, en la realidad antes que en la legislación, la cesión de créditos.

9. Los conceptos son los caminos del saber; por los conceptos nos llega todo. Los conceptos del instrumento público nos harán accesible el Derecho notarial. Es verdad que muchos conceptos notariales no han sido aún formulados. Pero existen. Aunque no se vea crecer la hierba no por eso deja de crecer.

Antes de construir un palacio hay que labrar, uno a uno, los sillares. Precisa hacer un acopio de los conceptos notariales seleccionándolos uno a uno, con espíritu de artesano, con primor de orfebre, de nuestras humildes fórmulas escribaniles. No se desprecie la tarea por trivial. La caída vulgar de una manzana mostró a los ojos observadores de Newton lo que antes no vieron sabios ni legos: las leyes de la atracción universal. Es más fácil razonar que observar; manejar el silogismo que la experiencia; la lógica que la historia; en suma, comentar las novedades de una ley que las vulgaridades de una escritura.

Los conceptos tienen una virtud tipificadora y sinóptica. Una vez identificados los conceptos del instrumento notarial podremos, por deducción, por analogía, por combinación o construcción, descubrir y describir el sistema propio, exclusivo, autónomo, que corresponde al Derecho notarial, su lógica interna, sus supuestos primordiales, su teórica fundamental.

Las leyes se desentienden del sistema en que viven como los seres del aire que respiran; pero lo presuponen. De ahí que la ley se deje a su espalda el sistema, tácito e implícito, como bien mostrenco a disposición del primero que lo “aprehenda”.

Finalmente, no se crea que todos los conceptos notariales son conceptos autóctonos, exclusivos. Muchos han sido trasplantados de otras zonas jurídicas. Tampoco el Derecho ha creado sus conceptos fundamentales: los ha tomado de campos extrajurídicos. Pero en esta importación conceptual, el Derecho *in genere* y el Derecho notarial *in specie*, han dado a los conceptos asimilados un cúmulo de significaciones valorativas. Por ejemplo: el hombre, realidad física y biológica; en el Derecho en general es *sujeto*; en el Derecho civil, persona; en el internacional, nacional o extranjero; en el procesal, parte litigante; en el notarial, compareciente. El sujeto de derecho está preordenado o preconstituido *fuera* de la escritura pública. Pero dentro de ella, las normas de Derecho notarial lo han convertido en *compareciente*. No se altera su *ser*; pero adquiere un *modo de ser* en cuanto queda situado entre hechos y autenticidades. Es como el que penetra en país extranjero. Adquiere lo que no tenía en su país: la cualidad de extranjero. Son *posi-*

*ciones* especiales que llenan al sujeto de nuevos valores jurídicos. Por eso, la investigación de conceptos notariales no se puede detener en los conceptos exclusivos. Ha de ocuparse por igual de aquellos que son genéricamente comunes con otras ramas del Derecho: sujeto, objeto, acto, forma, etc.

### CAPÍTULO III

#### IV. NEGOTIUM ET INSTRUMENTUM

##### a) SU RESPECTIVA AUTONOMÍA

10. Hay que partir de una diferenciación entre dos planos horizontales y paralelos. El plano del *negotium*<sup>11</sup> y el plano del *instrumentum*.<sup>12</sup>

Cada plano —como si fuera un domicilio— tiene sus personas. El que las del plano inferior —inferior sólo por el símil— actúen a veces, e incluso frecuentemente, en el plano superior no significa que cada persona haya dejado de pertenecer a su plano.

El plano del *negotium* pertenece al Derecho material o sustantivo, civil o comercial. El plano del *instrumentum*<sup>13</sup> al Derecho Notarial, que es un Derecho no sustantivo, un Derecho formal.

---

<sup>11</sup> *Negotium* en sentido amplísimo, no en el sentido técnico moderno de una o varias declaraciones de voluntad. Aun en este sentido técnico restringido, el negocio jurídico notarial tiene características propias. Cfr. CARUSI: *Il negozio giuridico notarile*, Milán, 1947, *passim*, singularmente págs. 23-24. La terminología *negotium-instrumentum* la he encontrado usada, si bien esporádicamente, por RAUCQ et CAMBIER, *Traité du notariat*. Bruxelles, Larcier, S. A., 1943, I, núm. 1.423, pág. 417. También LARGUIER: *La notion de titre en droit privé*. París, Dalloz, 1951, págs. 11-12.

<sup>12</sup> *De proprietate sermonis aliud est instrumentum, et aliud contractus seu obligatio in eo contenta*. Jason. In *secundam infortiati*, De legatis, I. 1. 44 par. si pocula, núm. 7; Lyon, 1569, folio 74 vuelto. Esta cita, tomada de Larguier (ob. cit., pág. 40, nota 37) la hemos verificado en Iasonis Mayni, loc. cit., edición *ad candentis salamandrae insigne*. Lugduni, 1545, que es la que poseemos.

<sup>13</sup> La palabra "instrumentum" se emplea en este trabajo en su sentido técnico específico de documento público notarial conteniendo relaciones jurídicas de Derecho privado, tal como fue concebido por glosadores y comentaristas. Simplificando y sistematizando las eruditas investigaciones de DE SARLO (Luigi): "Il documento oggetto di reporti giuridici privati". *Studio de Diritto romano*. Florencia, 1935, páginas 26 a 31 y 40 a 52, todas inclusive, acerca de la palabra "instrumentum", podemos decir:

a) *Instrumentum*, como *causam instruere*. Instrumento es todo medio de prueba. La razón de oportunidad y de analogía de tal acepción fue la siguiente: La necesidad de aplicar, en el proceso romano-canónico, a la prueba testifical la "instrumentorum gratia dilatio" llevó a buscar un pretexto justificante en los textos justinianos, encontrándolo en el fragmento de Paulo (D. 22, 4, 1): *instrumentorum nomine ea omnia accipenda sunt, quibus causa instrui potest: et ideo tam testimonia quam personae*

Para la función notarial el documento público es una actuación jurídica, horizontalmente paralela, de instrumento y negocio, pero empezando en el instrumento: los hechos del otorgamiento ante todo; una flecha indicadora partiría del plano del instrumento apuntando al del negocio jurídico. El

---

*instrumentorum loco habentur*. Bartolo, ante lo forzado de la aplicación a los testigos de dicho texto, advierte: *Glosa dicit, quod testes appellatione instrumentorum continentur interpretative*. (Hoy se ha comprobado por el texto griego de ese fragmento en las Basílicas que no se refería a la prueba testifical, sino al testimonio previamente redactado por escrito.) Resulta, además, que la frase “*causam instruere*” no aparece en el Digesto más que una sola vez en el citado fragmento de Paulo, que a De Sarlo le parece interpolado, porque de “*instructio causae*” y de “*dilatatio*” únicamente se podía hablar en la extraordinaria *cognitio*, pero no en el procedimiento formulario —al que se tenía que referir Paulo— en el que el Juez actúa privadamente y no instruye nada. Baldo, sistematizado, dice: *Instrumentorum id est probationum causa; nam largo vocabulo instrumentorum omne genus probandi continetur; stricto autem et proprio vocabulo non continetur nisi probatio scripta... Sumptum* (continúa Baldo), *pro specie, praedicatur solum de scriptura legitima et probatoria*.

b) *Instrumentum* como “pertenencia” de cosa. Las fuentes en esta acepción emplean las siguientes frases: *instrumentum domus; instrumentum villae; instrumentum fundi*; y análogamente, *instrumentum cauponum; instrumentum medici; instrumentum pictoris*. También, legado de cosa específica *cum instrumentum*.

c) *Instrumentum* como cosa u objeto escrito: *Nova instrumenta* (D. 42-1-35). Bartolo: *instrumenta de novo reperta*, que se refiere a documento como cosa perdida y que se puede “reperire”. *Falsa instrumenta... qui testamentum quodve aliud instrumentum falsum... scripserit*.

d) *Instrumentum* como documento de Derecho privado, inserto en el Acta, documento administrativo o judicial. La palabra Acta se aplica en las fuentes al documento que redactaba el magistrado en la *extraordinaria cognitio*, haciendo constar las comparencias de las partes. Tal vez el precedente fuera la audiencia para notificar a todas las partes la sentencia del juez. La notificación a varios se llamaba “publicación”. Todavía subsiste la *citación* para sentencia —hoy incomprensible— y la *publicación* de ésta. Paso a paso, el magistrado fue interviniendo en actos de jurisdicción voluntaria: primero, con el nombramiento de un procurador (si se nombraba *apud acta* para el proceso, por analogía podía hacerse *apud acta* para un asunto extrajudicial) *mandari procuratio apud acta praesidis et magistratus*; más tarde para la transacción (judicial y extrajudicial), lo que con el recuerdo de la *in iure cessio* y la analogía con la *insinuatio*, absorbería muchos negocios jurídicos. Justiniano (C. 3, 1, 13, 2) llama *acta* ampliamente a todos los documentos *confecta apud iudicem*. “Bajo Justiniano —dice De Sarlo, pág. 56— el concepto de *instrumentum* como documento de negocio jurídico se alargó hasta acoger en sí los documentos sustancialmente públicos”. “En el derecho postclásico, justiniano y común —Sarlo, pág. 48— se llama *instrumentum* a aquel documento que relativo a negocios jurídicos se redacta en forma pública”. Así, Baldo: *instrumentum publicum in forma; instrumentum solemniter publicatum; “copia... instrumenti descripta in actis”*. El procedimiento tenía dos fases: a) redacción profesional por el tabellio del instrumento; b) su conversión en público —*actis insinuatio*— ante el juez primero, ante el notario en la Edad Media posterior. Así, Gotofredo habla “1. *Instrumenta, omnia quae iudiciis offeruntur*; 2. *Acta item ante habita apud iudicem seu monumenta*”. De lo que se infiere: 1.º El hecho que motiva el otorgamiento —esto es— “comparencia-audiencia”, y su forma,

Notario vive con los “comparecientes” en el plano del instrumento, en el domicilio de los sujetos de la voluntad, de los sujetos que *actúan*, que *hacen* los hechos o actos constitutivos o decisivos.

Un plano no tiene más que dos dimensiones. Mas si los planos son horizontales, su influjo es de dirección vertical. Un plano más alto —por el símil, no por superioridad— que otro sugiere necesariamente una tercera dimensión que lo relaciona y hasta lo comunica con el plano inferior, el plano del negocio, en el que habitan las “partes”, los sujetos del interés, los sujetos que *sufren* los hechos constitutivos, los sujetos de los efectos.

El plano inferior condiciona en lo fundamental, la arquitectura del superior: el negocio impone al instrumento ciertos presupuestos de Derecho sustantivo que habrán de tenerse en cuenta para la relación de las estipulaciones. Pero todo lo que ocurre en el plano superior, *pesa*, y por su propio peso —como los hechos consumados— *pasa* al plano inferior. Lo que se escribe en el plano del instrumento, como si se escribiera con papel de calco, se sufre, produce efectos, en el plano del negocio. El instrumento es la encarnación del negocio. El negocio, como el alma en todo sistema espiritualista, podrá vivir sin el instrumento, pero éste no vive sin aquél.

---

la “publicación”. es la esencia pública y auténtica del instrumento. Cuando el notario heredó al tabelion y parcialmente al Juez, el acta se integra *sub specie*, en el *instrumentum*. Bartolo (D. 49, 14, 45, 5) defiende la *communis opinio* en su época de que acta es una especie del género *instrumentum*, y añade: “*omnis enim scriptura pública appellatur instrumentum publicum ut instrumentum venditionis et donationis*”.

e) *Instrumentum* como *instrumentum negotii*. Además de su carácter público y solemne, el concepto de instrumento se caracteriza por su contenido, *negotii*, en sentido amplio, pero de Derecho privado. Diocleciano y Maximiliano “*instrumenta ad eum contractum pertinentia*”. Baldo comentando esta frase habla de “*instrumentum debiti*”. =C. 5, 16, 5, *instrumentum debitoris*. =D. 39, 5, 35, *instrumenta debitorum*. =D. 32, 92, 1, *instrumenta debitorum*. =C. 8, 53, 1, *emtionum mancipiorum instrumenta*. =C. 4, 19, 20, *emtionis instrumenta*. =D. 13, 7, 43, *instrumentum emtionis*. =C. 4, 19, 4, *instrumentum emtionis*. =C. 3, 1, 4, C. 10, 3, 3, *instrumenta emtionis*. =C. 8, 55, 2, *instrumenta donationum*. =Vaticana fragmenta 297 Diocleciano: *donationis instrumenta*. =Idem 314. Diocleciano et Maximiliano: *donationis instrumentum*. =C. 1, 5, 4, 2, 2, *instrumenta donationum ante nuptias vel dotis*. =Vaticano frag. 268 (incertus auctor), *instrumenta donationis*. Y muchos más fragmentos invocados por De Sarlo, como *manumissionis instrumentum*; *instrumentum collatae libertatis*; *tabularum testamenti instrumentum*; *instrumentum codicilli*; *nuptiale instrumentum*; *pactum interpositum instrumento dotali*; *instrumenta praediorum*; *instrumenta tutelaria*; *instrumentum hereditarium*; etc., que prueban que en las fuentes, *instrumentum* es el documento del negocio jurídico.

## b) SUS INTERFERENCIAS

11. Instrumento y negocio, no sólo son dos cosas diferentes, sino que funcionan, se actúan. Lo que quiere decir que negocio e instrumento están recíprocamente interferidos.

La mutua interferencia entre instrumento y negocio es consustancial, nunca falta. Varía el grado de interferencia, el rango en la escala de valores, pero no el hecho; el aspecto cuantitativo, pero no el cualitativo, por lo que la distinción entre negocio e instrumento no desaparece jamás por absorción. Incluso en los títulos-valores, en los que el *negotium* parece incorporado al *instrumentum*, no sólo subsiste la separación conceptual, sino la real, pues la expedición del duplicado en los casos de pérdida, robo o extravío, es legalmente posible en gracia a la pervivencia del derecho y del negocio más allá del instrumento.<sup>14</sup>

La recíproca interferencia de *instrumentum* y *negotium* nos ha llevado, en otra ocasión,<sup>15</sup> a diferenciar las siguientes situaciones:

- A) Escritura constitutiva, dispositiva o traslativa.
- B) Escritura de reconocimiento de relaciones jurídicas.
- C) Elevación a escritura pública de documentos privados.
- D) Protocolización de documentos privados.

Consecuencia de la separación de los dos planos apuntados es que aquellos conceptos de la teoría general del derecho, sujeto, objeto y forma, hay que investigarlos y diferenciarlos en el *negotium* y en el *instrumentum*.

## CAPÍTULO IV

### V. LOS SUJETOS DEL INSTRUMENTO PÚBLICO

Después de distinguir entre instrumento y negocio, hay que diferenciar los conceptos de “titular”, “parte” y “compareciente”, o lo que es lo mismo, sujeto en el derecho subjetivo, sujeto en el *negotium* y sujeto en el *instrumentum*.

---

<sup>14</sup> Ver más adelante (núms. 103 y 104) la respectiva autonomía de instrumento y negocio en los casos de nulidad de fondo, de un lado, y de falsedad y nulidad de forma, de otro.

<sup>15</sup> NÚÑEZ LAGOS: *Hechos y Derechos en el documento público*. Madrid, 1950, núms. 135 a 177.

## 12. A) SUJETO EN EL DERECHO SUBJETIVO. TEORÍA DEL "TITULAR"

### a) *Concepto*

La persona, física o jurídica, abstractamente, *in genere*, se llama sujeto de derecho. Pero esto, frente a un derecho concreto, no significa más que posibilidad, *potencia*. En *acto*, sujeto no es sino aquella persona a la que la ley atribuye un concreto derecho subjetivo: la persona se ha incluido en un derecho singular determinado; ha advenido sujeto. Sin esta conexión de sujeto a derecho, habrá persona —sujeto en sentido amplio—, pero no sujeto en sentido técnico estricto. Lograda esta conexión y por esta conexión, de un derecho a un sujeto, tenemos un derecho subjetivo. Un sujeto sin derecho o un derecho sin sujeto no serían un derecho subjetivo.

Mas esta conexión de derecho a sujeto, puede ser *actual* o *inactual* (pasada o futura). La atribución *actual* —única que ahora interesa— transforma el sujeto en *titular*, y al derecho subjetivo en *titularidad*. Titularidad es, pues, la "conexión *actual* de un derecho a un sujeto".<sup>16</sup>

13. b) *Clases de titularidades*.—Las clasifican los autores, en titularidades de goce y titularidades de disposición.<sup>17</sup> Las de goce pueden pertene-

<sup>16</sup> FERRARA: *Trattato*, I, 1921, pág. 448.

<sup>17</sup> Desde que Jhering definió el derecho subjetivo como un "interés" jurídicamente "protegido", ha habido siempre dos núcleos centrípetos: uno, substantivo o material, el "interés"; otro, formal, la "protección". En la doctrina de Jh. la protección jurídica de un interés podía ser de varias clases. (Desde la policíaca, aduanera, administrativa, etc.). La del derecho subjetivo era aquella protección que la ley ponía y dejaba a la libre disposición del interesado. El sujeto se auto-apropiaba la protección, asumía los poderes de la norma. Los actos de disposición no eran más que la dosificación por el titular del uso de la protección jurídica. La consecuencia de todo ello la sacó inmediatamente Bekker: (!) Hay un sujeto en cada núcleo: un sujeto de goce —*Genussubjekt*— y un sujeto de disposición —*Verfügungssubjekt*— dando lugar así a lo que más tarde se ha llamado titularidad de goce y titularidad de disposición. (?)

*Titularidad de goce*.—La distinción de Bekker engendró dos doctrinas opuestas, según creyeran que el verdadero sujeto era el de goce o el de disposición.

La mayor parte de los discípulos y seguidores de Jhering —*Interessen dogma*— se pronuncian por el sujeto de goce. Karlowa explicó la persona moral (?) como un "centro de interés", tesis que al aplicarse al sujeto de Derecho en general originó la

(!) "Zur Lehre vom Rechtssubjekt", en los *Jahrbuch für die Dogmatik*, tome XII, págs. 1-135. En Francia ha recogido la distinción Demogue: "Sujet de jouissance-sujet de disposition", en *Notions fondamentales*, págs. 320-382.

(?) En España difundió esta terminología Atard, en "Las titularidades *ob rem*", conferencia del 5 de mayo de 1924 en la Universidad de Valencia, recogida en los *Anales* de dicha Universidad, 1924, y en la *Revista de Derecho privado*, 1924, páginas 273 y sigs.

(!) "Zur Lehre von den juristischen Personen", en *Zeitschrift für das private und öffentliche Recht*, XVIII, págs. 1 a 45.

cer a toda persona, incluso menor o incapacitado. Las de disposición, únicamente a determinadas personas con capacidad de obrar —elemento subjetivo— y con respecto a determinados bienes enajenables —elemento objetivo—. Es decir, el menor no es titular de disposición, porque le falta el elemento subjetivo; el titular de un derecho de uso o habitación, aunque sea mayor de edad es, como el menor, titular de goce, pero tampoco lo es de disposición, porque le falta el elemento objetivo.

Si el menor, por ejemplo, no es *titular* de disposición, ¿lo será el tutor, el padre? No; el padre tendrá el *poder* de disposición, pero no la titularidad de disposición, porque no es titular; la ley no le atribuye con *actualidad* el derecho subjetivo.

14. c) *Titularidad de disposición y poder de disposición*.—Se dibuja así una distinción, entre titularidad y poder.

En efecto: Thon (*ob. cit.*, págs. 317-325), señaló que el *poder* de disposición podía pertenecer al *titular* del derecho subjetivo, pero en muchas hipótesis (incapaces, personas jurídicas, adquisiciones *a non domino*, facultad de testar, etc.) el *poder* de disposición pertenece a persona distinta del

---

dirección doctrinal denominada “*Interessen Zentrum-Dogma*”, cuyos más elevantes seguidores fueron Jellinek, (\*) Bernatzik (†) y Michoud. (‡) La subjetividad iba ligada al centro, al núcleo de intereses. El destinatario del goce tenía el papel principal.

*Titularidad de disposición*.—En el campo opuesto, Hölder (†) afirmó que si el concepto de sujeto de derecho tenía que ser adjudicado a uno de los dos núcleos, no sería ciertamente al del interés, al del goce, sino al de la disposición. El goce es el *substractum* protegido, que no es jurídico. (‡) Como si dijéramos no hay que confundir la ciudad amurallada con las murallas. Lo jurídico es la protección, la muralla. El sujeto ha de referirse a lo jurídico, a la disposición.

La posición de Hölder dio un nuevo sentido a la voluntad y a la escuela voluntarista —*Willenstheorie*—, que había venido considerando al derecho subjetivo como una voluntad jurídicamente protegida. Hölder y Thon, (†) hablan de “voluntad de ley”, de poder de la norma, del que se apropia el beneficiario. El derecho subjetivo no es más que un fragmento de la norma que se individualiza y se adjudica al sujeto. La voluntad no es la del sujeto, sino la de la norma. La voluntad del sujeto únicamente tiene su función *en el ejercicio* del derecho, en el manejo de la protección jurídica. El trasladar la densidad jurídica de la *Willenstheorie* desde el campo del derecho subjetivo al de su ejercicio era tarea reservada al futuro.

(\*) *System der subjektiven öffentlichen Rechte*. Sólo en la 1.ª edición. En las posteriores sostuvo la tesis contraria.

(†) “*Kritische Studien über den Begriff der juristischen Persönlichkeit*”, en *Archiv für öffentliches Recht*, 1890.

(‡) *Theorie de la personnalité morale*.

(§) *Natürliche und juristische Personen*, 1905.

(¶) Esto originó el que se sostuviera que la facultad de goce en sentido amplio no pertenecía al contenido del derecho subjetivo. La discusión ha servido para poner de manifiesto que la facultad de goce *stricto sensu* es una cosa, y otra, muy distinta, el lícito jurídico.

(§§) *Norma giuridica e diritto subjetivo*. Padua, 1939, págs. 158 y sigs.

titular del derecho subjetivo. Así se configuran “*poder de disposición subjetivo*”, o *facultad de disposición*, que pertenece al titular del derecho subjetivo, y “*poder de disposición objetivo*”, que corresponde a quien no es titular. En Italia sostienen y analizan agudamente esta posición Ferrara (Senior), Chioyenda, Cicala, Gorla, Cariota-Ferrara, Messineo, Santoro-Passanelli, Rubino, Pugliatti, etc. El poder de disposición se estudia con agudeza y profundidad, hasta el punto de que se dibuja su autonomía del derecho subjetivo, de tal manera que el propio titular del derecho subjetivo, más que facultad de disposición tiene, conexas a su derecho, un poder de disposición autónomo. Mengoni<sup>18</sup> llega a afirmar que el poder de disposición es una simple posibilidad *de hecho*, es “un poder de hecho de ejecutar el acto de disposición” (*ob. cit.*, pág. 29, nota 1). Este poder de hecho, se legitima y se ampara, bien *subjetivamente*, en facultades del titular,<sup>19</sup> bien *objetivamente*, en preceptos legales, que *permiten* “a priori” la disposición por el no titular<sup>20</sup> o *sancionan* “a posteriori” la adquisición *a non domino*. Todo es, pues, un problema de “poder de hecho” y de su “justificación”<sup>21</sup> *a priori* o *a posteriori*. A esta justificación le llama Mengoni, *legitimación*; o lo que es lo mismo, la legitimación no es más que la cobertura jurídica del poder hecho. El “hecho” está legitimado por su causa jurídica (*Legitimatío ad causam*).

Este planteamiento del problema es muy interesante notarialmente: para el notario todo es, en primer lugar, *hecho*, y en segundo término, *justificación*, legitimación de ese hecho. La comparecencia, por ejemplo, no es más que una teoría de “potestades legitimadas”.

15. d) *La titularidad y su ejercicio*.—Sujetos de ejercicio. La teoría del ejercicio de los derechos ha aumentado de volumen y contenido. La dinámica de las titularidades (adquisición y pérdida: modos de adquirir y de perder el dominio, fuentes y extinción de las obligaciones, etc.) se reproduce en el plano del ejercicio del derecho subjetivo, bien sea por el propio titular, bien sea por otro. Las necesidades del tráfico nos han llevado “a la posibilidad de ejercicio *sin necesidad* —y hasta *sin posibilidad*— de considerar la titularidad”.<sup>22</sup>

A este poder de ejercicio, prescindiendo de la titularidad, se le llama modernamente legitimación.<sup>23</sup> La legitimación no es más que un paralelo

<sup>18</sup> *L'acquisto a non domino*. Milano, 1949, núm. 8-13.

<sup>19</sup> Las disposiciones realizadas por el mismo titular o por su mandatario.

<sup>20</sup> Tutor, albacea, capitán de la nave, juez, etc.

<sup>21</sup> No en el sentido de prueba, sino en el de conformidad con lo recto, con lo justo, con la ley (*Rechtfertigung*.)

<sup>22</sup> CASTRO (Federico): *Derecho civil de España*, II, 1, pág. 79, nota.

<sup>23</sup> La primera aplicación de la teoría de la legitimación —*Legitimatío ad causam*— se da en el proceso romano-canónico con la demanda del cesionario de un crédito.

de la titularidad en el plano del ejercicio de los derechos. La teoría de la titularidad “huele” a propiedad y acción reivindicatoria (*probatio diabolica*); la de la legitimación, a posesión e interdicto. La titularidad es lo sustantivo; su paralelo, la legitimación, es lo formal. Podría hablarse de titularidades formales o titularidades de mero ejercicio. Pero es más claro reservar

---

El reivindicante, con independencia de que triunfara o no su acción a través de la *probatio diabolica*, era tenido en el proceso, desde el primer momento, como *parte legitima*. ¿Se podía hacer lo mismo con el cesionario de un crédito? Las fuentes justinianeas no permitían tal cesión, y el cesionario no tenía acción directa, sino una acción útil o una *procuratio in rem suam*. No se podía discutir, por lo pronto, si le correspondía o no el crédito, pues esto es precisamente lo que debía decidir el fallo. Había que tenerle por parte, pero no parte *legitima*, sino *legitimada*. Se decidía así su derecho a intervenir en el proceso, sin prejuzgar el fondo de la litis.=Este esquema sirvió para todo proceso: la titularidad no se plantea *in limine litis*, sino en el fondo; *prima facie*, basta con la legitimación. Pero la cosa juzgada, al llegar la sentencia, se impone a la titularidad. De ahí la necesidad de probar la conexión entre legitimación y titularidad, entre sujeto para el proceso y sujeto de la litis, de la titularidad controvertida. Muther reveló que había dos cosas distintas: “derecho” y “acción”; había lógicamente que establecer un titular del derecho y un titular de la acción (legitimado).=Desde el Derecho procesal el concepto de legitimación pasó al Derecho mercantil primero y al civil después. La teoría de los títulos de crédito se ha movido entre dos modelos: el billete de Banco en el que (como sucedáneo de la moneda y como consecuencia de su fungibilidad) la posesión era la propiedad, y la letra de cambio, en que la cláusula a la orden creaba la titularidad por encima de su posesión. Que como en el billete de Banco, la propiedad accediera a la posesión, era algo muy fuerte. Había que buscar un temperamento intermedio: al tenedor del título se le llamó titular o propietario aparente. Después se habló de legitimación (*Legitimations-papiere*).=Mientras en Derecho procesal se desarrolló la teoría de la legitimación, en Derecho civil, principalmente en Derecho de cosas, la teoría de la apariencia jurídica había sistematizado muchos supuestos y efectos jurídicos. La corriente parte también de Jhering, al considerar la posesión, como la visibilidad del dominio, como un dominio aparente. Los germanistas aplicaron (e hipertrofiaron) esta construcción a la *Gewere*, que asociaron inmediatamente a la idea de publicidad (Huber, Gierke y Hübner). Pero es MEYER, en 1909, en su *Principio de publicidad*, el que lleva todos aquellos fenómenos de *apariencia* a la legitimación. Había, en realidad, más un cambio de nombre que de fondo, tanto que se mezcla la terminología: se habla de apariencia legitimadora, titularidad aparente, titularidad cartal, titularidad registral o tabular, titularidad formal, posesión legitimadora, presunción legitimadora, etc. La legitimación ha asumido casi todo lo que había en la apariencia. A ésta únicamente le han quedado aquellas apariencias de *mero hecho* capaces de producir un error común y que se debe proteger por la máxima: *error communis facit ius*. Realmente, los casos de mero hecho que se citan (posesión, matrimonio putativo, negocio simulado frente a tercero, etc.) no dejan de tener una relación legitimadora señalada en la ley, aunque no esté íntegramente organizada como tal. Naturalmente, si la apariencia registral era un poder de disposición que se podía ejercitar por el titular *non domino* con cargo al *vero domino*, todos los poderes tabulares de disposición no eran otra cosa sino legitimaciones. Pero por este camino la teoría de la legitimación no sólo se anexionó todos los supuestos de poder de disposición y sustitución sino todos los de “poder de representación”, legal primero

la palabra titularidad a la sustantiva. La titularidad es la pureza de sangre, la legitimidad sin barra de bastardía. La legitimación libera del análisis de sangre y renuncia a investigar la paternidad. No importa el linaje; porque se es caballero por el vestido o investidura. El hábito hace al monje, la consagración al rey. La forma documental no crea la titularidad, la legitimidad de origen, pero da la legitimación de ejercicio, el poder de ejercitar —valores de ejercicio— los derechos contenidos en el documento.

## CAPÍTULO V

### LOS SUJETOS DEL INSTRUMENTO PÚBLICO (Continuación)

#### B) SUJETO EN EL “NEGOTIUM”. TEORÍA DE LA PARTE CONTRATANTE

##### a) *Concepto*

16. Tradicionalmente se llama *parte*. “El contrato es ley entre las *partes*”, se dice. “Únicamente produce efectos entre las *partes*.” “Relación jurídica relativa o *inter partes*.”

*Partes contratantes*,<sup>24</sup> en contraposición a *partes litigantes*; nos referimos igualmente en ambas expresiones —contrato y litigio—, al fondo sustantivo del asunto, a la situación de dos sujetos de derecho frente a frente en los dos extremos de una línea recta, o dicho jurídicamente, de un *vinculum iuris*, de una relación jurídica sustantiva.

*Parte* para el Derecho civil es el comprador frente al vendedor (*emptio-venditio*); el arrendatario frente al arrendador (*locatio-conductio*); el acreedor frente al deudor (*creditum-debitum-obligatio*), etc.

La palabra parte supone, pues, una pareja de sujetos —activo y pasivo—; una distinción lógica —parte de un todo— y jurídica —parte de un *vinculum iuris*—. Esto no obsta para que en una relación jurídica las partes sean recíprocamente deudoras y acreedoras. Los vínculos se entrecruzan (*iudicia duplicia*). Pero *parte* no quiere decir *titular*, pues el vendedor es parte en el contrato de venta y puede no ser propietario de la cosa, esto es, titular del derecho de dominio. El vendedor transmitirá la propiedad si es

---

y voluntaria después. Para el tratamiento unitario de la legitimación, incluyendo en ella todos los supuestos indicados. Cfr. CARNELUTTI: *Teoría general del derecho*; BETTI, primero en su *Diritto romano*, 1935, y después en su *Teoría generale del negozio giuridico* (1943) (en el Tratado de Derecho civil dirigido por Vassalli); FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici* (1939), y MONACCANI, *Azione e Legittimazione* (1951).

<sup>24</sup> El C. c. esp. habla de partes, *ad exemplum*. 1257, 1294, 1809, etc.

realmente propietario. En otro caso, *nemo dat quod non habet*. Pero la titularidad es siempre un problema que en última *ratio* no se puede resolver más que en la sentencia en un proceso de reivindicación en el que se ventile el fondo del asunto.

## b) *Clases de partes*

### 1) *Parte simple y parte plural*

17. Parte y sujeto negocial son la misma cosa. Sin embargo, ello no quiere decir que “parte” y persona sea lo mismo. Cada posición, activa o pasiva, de parte, puede incluir a varias personas, que actúan juntos y comparten la misma titularidad. Varios cotitulares, co-sujetos, co-partes o consortes, por razón de copropiedad, por ejemplo, pueden integrar la “parte vendedora”, en singular como parte, pero con pluralidad de personas (parte plural).

### 2) *Unilateralidad y plurilateralidad de partes*

De lo dicho parece que siempre y únicamente habrá dos partes contratantes, emparejadas, enfrentadas o distintas.

Esto es lo frecuente, pero no del todo exacto: el Derecho civil habla también de negocios jurídicos *unilaterales* (testamento) y *plurilaterales*: préstamo con fianza —tres partes: deudor, fiador, acreedor—, sociedad (cada socio una parte), etc. En materia de partes hay que estar a lo que resulte del Derecho civil.

### 3) *Parte simple y parte compleja*

18. En la representación directa, quién es parte, ¿el representante o el representado? ¿El tutor o el pupilo? El pupilo es un incapaz, ¿puede ser parte? El albacea o ejecutor testamentario, el capitán de la nave que la hipoteca ¿a quiénes representan? ¿Son parte? ¿Y el gerente de una Sociedad Anónima?

Hay, pues, muchas situaciones en que hay como dos sujetos, un sujeto que actúa poderes de disposición, un sujeto de la voluntad —*Willenssubjekt*—; y un sujeto de goce —*Genüßsubjekt*— o sujeto del interés —*Interessenssubjekt* (véase núm. 13). ¿Quién es parte? El sujeto de goce e interés: mandante,<sup>25</sup>

---

<sup>25</sup> “En droit civil est ‘partie’ celui qui promet ou stipule dans un acte [...]. On peut être partie au contrat, sans y figurer en personne lorsqu’on y est représenté; le mandant est partie au contrat consenti en son nom par le mandataire. Au contraire, le mandataire n’est pas partie.” RAUCQ et CAMBIER, *Traité du Notariat*. Bruxelles, 1943, tomo I, núm. 1015.

pupilo, titulares de la sucesión, propietarios de la nave, etc. Los representantes o sustitutos, no son “parte”, y si se les llama algunas veces “parte” hay enseguida que acudir a un adjetivo: partes, en sentido formal, partes instrumentales, etc., a fin de ubicarla conceptualmente frente al concepto verdadero de parte, en sentido material o sustantivo, en su exacto valor de Derecho civil o comercial.

Carnelutti, a efectos de clasificación y terminología, llama *parte compleja* a la que forman representante y representado, sujeto de la voluntad y sujeto de interés juntos. Sin embargo, el mismo genial maestro reserva en el Derecho procesal la palabra “parte” al Derecho sustantivo, a la relación jurídica de fondo.

19. 4) *Parte material y parte formal*.—Parte material se llama a la parte sustantiva del Derecho civil o comercial, al sujeto del interés. Parte formal, al sujeto de la voluntad que interviene en el proceso —sujeto del proceso frente a sujeto de la litis o fondo— o en el instrumento público (sujeto instrumental frente a sujeto contractual).

20. 5) *Parte accesorio*.—Es aquella que completa la capacidad de la parte contractual: padre o tutor en el menor emancipado; protutor en el cobro hecho por el tutor en cantidad superior a 5.000 pesetas; marido respecto de la mujer casada. No son sujetos de goce, titulares o partes contratantes. Tampoco son sujetos de la voluntad, sino sujetos adjuntos del poder de disposición.

## CAPÍTULO VI

### LOS SUJETOS DEL INSTRUMENTO PÚBLICO (Continuación)

#### C) SUJETO EN EL “INSTRUMENTUM”. TEORÍA DEL COMPARECIENTE

##### a) *Deslindes conceptuales*

21. El Instrumento público es algo que físicamente tiene<sup>26</sup> corporeidad —una superficie plana de papel escrito— y jurídicamente existe y produce efectos.

Representa hechos, realizados por personas, hechos que significan contratos u otros *negotia*.

---

<sup>26</sup> Todo documento es una cosa. Cfr. NÚÑEZ LAGOS: *Hechos y derechos*, cit. núm. 13.

Las personas que intervienen en el *instrumentum* son los sujetos instrumentales, y se llaman “comparecientes”.<sup>27</sup>

El compareciente es, como sujeto instrumental, distinto del sujeto negocial. Comparece el tutor y no el pupilo, el apoderado o mandatario, no el mandante; el sujeto de la voluntad y no el del interés.

Las leyes notariales<sup>28</sup> hablan a veces de “parte” refiriéndose a compareciente.<sup>29</sup> Es una incorrección legal semejante a la de las leyes procesales que hablan de partes, correctamente al referirse a los litigantes o titulares, incorrectamente al referirse a los sujetos procesales (sujetos de la acción o legitimados).

El “compareciente”, pertenece al mundo de los *hechos* al paso que la “parte” pertenece al del derecho, al de las relaciones jurídicas. Se es compareciente; se *tiene* la cualidad de parte.

Es verdad que en muchos casos la misma parte es la que comparece. Pero esto no invalida la distinción. Acontece lo mismo cuando el compositor canta su propia partitura. La distinción entre compositor y cantante subsiste. La parte puede desempeñar el “papel” de compareciente. Pero esta confluencia subjetiva tiene carácter circunstancial y no necesario, es mera coincidencia y no identidad; por lo que resulta exacta la diferenciación conceptual entre sujeto del contrato —parte— y sujeto del instrumento —compareciente—.

22. La idea de compareciente va inexorablemente unida al hecho material de la presencia física<sup>30</sup> ante notario. No basta ninguna presencia jurídica (véase después, núm. 54). Es preciso la presencia “*de hecho*” de modo inexcusable. Esto hace que la presencia del compareciente, como mero hecho,

<sup>27</sup> *Comparantes*, en francés.

<sup>28</sup> Ley española de 28 de mayo de 1862, art. 21-23-25 y eso que la palabra “otorgantes” evitó el empleo de la palabra “parte” varias veces. El art. 27 habla correctamente de partes interesadas. Ley francesa de 25 del Ventoso, año 12, arts. 8-11-13-14. Ley italiana, 1913, arts. 47-48-49-51, etc. habla de partes en sentido de comparecientes.

<sup>29</sup> “Mais ce mot ‘parties’ n’est pas toujours pris dans ce sens *strictement* juridique —partie au contrat— et, spécialement dans la terminologie des lois concernant le notariat, le mot ‘parties’ s’applique souvent a ceux qui figurent a l’acte, encore qu’ils n’aient pas d’intérêt à la convention”. RAUCQ et CAMBIER, *ob. cit.*, 1016.

<sup>30</sup> Nada tiene que ver esta presencia *in rerum natura* con lo que la técnica notarial francesa denomina *présence réelle*. “Certains actes, expressement indiqués par la loi du 12 aout 1902..., sont assujettis, pour leur reception, a la presence réelle de deux notaires, ou d’un notaire et de deux temoins instrumentaires. AMIAUD, *Traité Formulaire*, tomo 4.º, París, 1923, págs. 59 y sigs. Se trata de una solemnidad de unidad de acto negocial desde lectura a firma, de la que en España no nos queda más vestigio que el testamento abierto. Empleamos la terminología presencia y ausencia en el sentido semántico de la doctrina legal de la contratación entre ausentes, esto es, entre no presentes. La presencia de hecho de la comparecencia es una presencia física —tutor— y no jurídica, como la del menor representado por su padre o tutor.

sea una de las “autenticidades” o menciones auténticas del instrumento; y su forma, la narración de la comparecencia, no necesita, como la redacción del negocio, el consentimiento de los comparecientes. Basta el relato por el notario.

El hecho de la presencia física del compareciente ha de estar narrado con nitidez. Al futuro lector —juez o parte— le ha de aparecer el hecho con toda transparencia. El notario, a través de su narración, ha de hacer, lo presente a sus ojos, patente a los ajenos. La narración adopta dos formas: en presente —*comparecen*—, punto de vista del escritor que está viendo —y en pasado —*ont comparu*— punto de vista del que en el futuro lee o escucha.<sup>31</sup> Parece, a mi juicio, que la redacción en pretérito pierde contemporaneidad; se le quita al hecho notariado inmediación, evidencia; se desplaza el centro de gravedad del campo y tiempo de la constitución y la forma al del testimonio y la prueba.

#### b) *Clases de comparecientes*

23. 1) *En nombre propio y ajeno*.—Por su relación con la “parte”, una primera distinción, podría ser la de compareciente en nombre propio y en nombre ajeno. En el primer caso, coinciden compareciente y parte. En el segundo, no. Ya hemos insistido sobre ello.

24. 2) *Compareciente simple y otorgante*.—Claramente se percibe que el compareciente que suscribe un acta no tiene la misma función instrumental que el que suscribe una escritura. Para diferenciarlo del primero, al segundo la legislación y la práctica tradicional le designa con el nombre de otorgante.

a) Compareciente simple es aquel que presta su conformidad a una narración, exacta e íntegra, de los hechos en que ha intervenido. Únicamente aprueba con su firma la fidelidad del relato. Es propio de las Actas.

b) Otorgante<sup>32</sup> es el que presta un concreto consentimiento, especial y notarial, al negocio y al instrumento. Es un “único” consentimiento que

---

<sup>31</sup> En Italia encuentro una gran variedad de fórmulas: “sono comparsi”, FALCIONI (Celeste), *Formulario degli atti notarili*, Torino, 1948, pág. 15; GAZZILLI: *Manuale del notario*, Roma, 1950, pág. 134; “Si sono presentati i signori”; LA FERLA (Salvatore): *Formulario generale notarile*, Roma, 1947, pág. 7; “Sono presenti i signori”, CARUSI (Pietro): *Guida teorica e pratica per la compilazione degli atti e degli istituti giuridici*, Roma, 1950, pág. 305; ANSELMINI (Anselmo): *Principi di Arte notarile* (puesta al día por BELLUCI y CHECHI, introducción de Giuliani), Roma, 1950, pág. 184.

<sup>32</sup> Otorgante es el que otorga, del latín *auctorare, se auctorem facere*, hacerse autor, asumir una responsabilidad. Con la misma raíz latina, el francés compuso “Octroi” y “octroyer” usando en los documentos notariales de la antigua chancillería del Rey de Francia en el mismo sentido que el vocablo español de otorgar, acordar, conceder, consentir. No tengo noticias de su uso en la práctica notarial francesa de nuestros días.

abarca las dos cosas, que quedan perfectas *in continenti*. Si el negocio no quedara perfecto —caso de la reserva de adhesión— el instrumento resultaría perfecto desde luego.

25. 3) *Autor, otorgante y aceptante. Un poco de historia intrascendente.* En contra de lo que pudiera creerse la igualdad de las partes en la relación jurídica es una concepción casi de nuestros días. Históricamente una de las partes es “protagonista” y la otra “asistente”.

26. a) ROMA.—En el formalismo romano, aparece como protagonista la parte adquirente. En la transmisión de la propiedad, el acto de aprehensión —*occupatio*— por el adquirente<sup>33</sup> era lo principal; y en cambio bastaba la *patientia*, el consentimiento tácito y pasivo, la tolerancia, del transmitente. Parece que sobre esta base estaban modeladas la *mancipatio* y después la *traditio*, y desde luego, la *in iure cessio*, en la que el adquirente es actor. En la *obligatio litteris contracta*, para la validez del *nomen transcripticium* basta con que la *transcriptio* la haga el acreedor. Esto pone una vez más de manifiesto el papel secundario del consentimiento<sup>34</sup> en el formalismo romano. La forma era un hecho concluyente y definitivo, y el consentimiento se manifestaba, previamente al hecho de la forma, con una actitud expresiva del *animus* adecuado al negocio de que se tratara. (*Animus donandi, animus acquirendi*, etc.). Por eso bastaba la intervención paciente en el hecho y rito de la forma aunque la iniciativa fuera de la otra parte.

27. b) EDAD MEDIA.—Una forma, la *stipulatio*, si no era una excepción que invertía los papeles de las partes, al menos les daba una posición más próxima a la paridad. La *stipulatio* se verificaba *ex interrogazione et responsione*, y si bien la iniciativa la llevaba la parte adquirente (estipulante) que era la que preguntaba, la intervención de la parte transmitente (promitente) de una manera activa, contestando con determinadas palabras, tenía tanto relieve que, sin ella, la *stipulatio* era ineficaz. Es más: durante la Edad Media, perdura la *stipulatio*, y se generaliza la *stipulatio* elíptica.<sup>35</sup>

<sup>33</sup> ARANGIO RUIZ: “Il processo di Giusta”, en *La parola del passato*, 1948, págs. 137 y sig. Buckland: “Ritual Acts and Words in Roman Law”, en los *Festschrift Koschaker*, vol. I, págs. 16 y sigs.

<sup>34</sup> Por influjo del Derecho canónico, los romanistas anteriores a Ihering entendieron la forma como vestido o investidura de la voluntad; Ihering, en el *Espíritu del Derecho romano*, seguido después por Pernice y Mitteis, puso de manifiesto que en la época preclásica, la forma es el único requisito de existencia de los negocios jurídicos. La “voluntad” es inoperante hasta una época bien posterior y aun entonces actúa en el preacto y no *intra-negotium*. A su vez Gradenwitz demostró que las pocas veces que las fuentes romanas hablan de *voluntas* son interpolaciones. En el Derecho clásico, los *verba* tuvieron valor por encima de la “voluntas” que no tenía otro significado que el de “animus”.

<sup>35</sup> Cfr. NÚÑEZ LAGOS: *Hechos y derechos en el documento público*, núm. 51, siguiendo principalmente a BRANDILEONE: “La stipulatio nell’età imperiale romana e durante il medio evo”, en *Scritti di Storia del Diritto privato italiano*, pág. 430.

Se elude la pregunta que se sobrentiende, perfeccionándose el negocio con solo la respuesta, *nulla praecedente interrogatione*. O dicho de otras palabras: el promitente —*uno loquente*— arrebató al estipulante el papel de protagonista, y pasa a ser el *auctor* del negocio y del documento.

Este fenómeno en cuanto al acto verbal, al *negotium*, pasó al documento. La “carta” medieval tenía un solo autor, aunque tuviera el negocio varias partes y el documento diversos comparecientes.

“Autor” de la carta no era, desde luego, el notario, no obstante estar redactada y manuscrita por él.<sup>36</sup>

28. Autor tampoco era una parte determinada, sino cada parte respecto a la otra, que se llamaba destinatario. Esto obedecía al sistema de doble redacción de la charta, aun teniendo una misma “imbreviatura”. No se extendía “un documento común en dos ejemplares, sino dos documentos unilaterales con redacción diversa y autor y destinatario recíprocamente opuestos.”<sup>37</sup>

La doble redacción tenía un doble significado.

a) De un lado, había una redacción comprimida para la “imbreviatura”, nota o extracto que el notario retenía y conservaba como embrión de protocolo; <sup>38</sup> y otra, extensa y normal, para la “charta” que el notario entregaba, a ruegos del “auctor” al destinatario. La charta desarrollaba las abreviaturas y cláusulas ceteradas, mediante el llamado “estilo” o cláusula de estilo.<sup>39</sup> Autor de la charta era la “parte” obligada, deudora o transmitente. Destinatario, la parte acreedora o adquirente.

b) De otro lado, cuando por el notario (cosa excepcional: en la permuta, por ejemplo) se expedían dos chartas, cada parte era autor de una charta y destinatario de la otra, y cada charta, teniendo por original la

---

<sup>36</sup> Cfr. NÚÑEZ LAGOS: *El documento medieval y Rolandino*, VI, Autor del documento.

<sup>37</sup> BRUNNER: “Zur Rechtsgeschichte der Römischen und Germanischen Urkunde”. ERSTER BAND. “Die Privaturkunden Italiens”, Berlín, 1880, pág. 26.

<sup>38</sup> Cfr. NÚÑEZ LAGOS: *El documento medieval y Rolandino*, VI. El sistema de la “nota” o “imbreviatura”. La doble redacción.

<sup>39</sup> Cfr. DUMAS: *Dieu nous garde de l'et caetera du notaire*. (Extrait des Melanges Paul Fournier, 1929). París, 1929. “... en el Prothocolo, que ha de registrarla en continente, sin omisión ni negligencia, ‘extendiéndola’ en toda forma, a la larga, sin omitir cláusula, ni palabra, con las cláusulas de su naturaleza y “estilo”, entendiéndose por “estilo” el uso de aquellas cláusulas, que ni dañan ni favorecen de ponerlas, que de lo gravoso, ni una palabra puede añadir de suyo el Escribano que perjudique”. Ros (Carlos): *Cartilla real, theórica practica, según las leyes Reales de Castilla, para escrivanos públicos*. Valencia, 1762, pág. 14. La cláusula de estilo es *in extenso*, la misma cláusula ceterada o abreviada en el sistema de la imbreviatura o nota. Las cláusulas ceteradas lo mismo se usaban en los “quereres” que en las “legalidades”.

misma imbreviatura, merced al “estilo” inocuo resultaba con distinta redacción.<sup>40</sup>

El concepto de “autor”, históricamente, va, pues, referido a la *parte* y a la “charta”. Todo autor es *parte*; pero no toda parte es autor.

29. En una etapa posterior, el Renacimiento del Derecho justinianeo en Bolonia, con terminología romana, pero con densidad propia, crea el concepto de “instrumento público” y el de “protocolo”, superando y absorbiendo el sistema de la doble redacción. El instrumento es único, y tiene idéntica redacción, de un lado para ambas partes, y de otro, para original y copia.<sup>41</sup>

Durante mucho tiempo —en España sobre todo— subsistió la redacción subjetiva, en primera persona, típico de la charta medieval que señalaba con claridad al “autor”. “Sepan cuantos esta carta vieren, como yo, Fulano de Tal”. El autor era en la redacción subjetiva un hecho patente.

La redacción objetiva, difundida por Rolandino, empezó a situar en la penumbra al “autor”. Ya Rolandino, siguiendo el “ordo scripturae” de Rainiero de Perusia, divide el “tenor del negocio” en “capítulos” y “partes”. En cada “parte”, se incluyen las obligaciones atinentes a una “parte” contratante primero, y a la otra después. “Evite el notario —dice Rolandino—<sup>42</sup> con gran cautela y en la medida posible, mezclar los pactos y convenios del uno con los del otro (contratante). En la tercera parte, obligadas por vínculo común e igual ambas partes, el notario las ligará con obligaciones mutuas y recíprocas, se pone el vínculo de obligación mutua sobre ratificación, sobre pena y sobre consecuencia de ésta”. A lo que parece esta última “parte” se refiere a las “legalidades”<sup>43</sup> más que a la bilateralidad contractual.

Aparte un deseo pedagógico de que reine el orden en el instrumento público, se ve enseguida el hábito mental de las cartas unilaterales. El instrumento viene a ser la transcripción de dos cartas unilaterales, y cada carta —además de llamarse “parte”—<sup>44</sup> tiene claramente un autor.

30. c) SIGLO XVI.—No bastó la precaución sistemática de Rolandino. Apareció al final de los instrumentos notariales la fórmula “Así lo otorgó Fulano ante los testigos...”.

---

<sup>40</sup> A. GAUDENZI: “Sulla duplice redazione del documento italiano rell medioevo”, en *Archivio Storico italiano*, tomo 41, 1908, págs. 257-364. Era el sistema también del Código español de *Las Siete Partidas*. Cfr. NÚÑEZ LAGOS: *Documento medieval*, cit., nota 56.

<sup>41</sup> Cfr., la evolución en. NÚÑEZ LAGOS: *Documento medieval*, cit. VI, La transición de la “carta” al “instrumentum”.

<sup>42</sup> *Aurora*, trad. española, pág. 12.

<sup>43</sup> Véase después, núms. 72 y 73.

<sup>44</sup> “La escritura —dice Rolandino— no se divide sólo en ‘capítulos’, sino en *partes*; porque donde quiera que una ‘parte’ se obligue con otra y viceversa, el notario dividirá la escritura. . en tres partes”. *Aurora*, traducción española, pág. 212. La distribución del texto en partes tiene por causa y se refiere a la diversidad subjetiva o de partes.

Este “otorgó”, solemne, al final de la escritura, ¿era el mismo, con idéntico significado, que el del texto de la escritura, cuando se decía “promete y otorga”?<sup>45</sup> Si ambos “otorga” tenían el mismo sentido semántico, ¿por qué se diferencia cuidadosamente en las escrituras el “otorgante” del “aceptante”, a quien, no obstante obligarse y prometer, si bien se le llama “parte”, nunca se le llama otorgante?

Así, en el célebre formulario de Gabriel de Monterroso,<sup>46</sup> que tanto éxito y ediciones tuvo, a partir de la primera, en 1571, por fórmula de la cabeza —redacción subjetiva— se dice:

Sepan quantos esta carta de venta vieren, cómo yo, Fulano, vecino de tal parte, Digo que [...]. Por ende, *otorgo* y conozco que vendo y traspaso, a vos el dicho (Zutano) (folio 151) [...] y por el dicho precio de los dichos maravedís, en que está concertada de que se *otorgó*<sup>47</sup> por contento y pagado a su voluntad [...]. Y luego, el dicho Zutano que presente estaba, lo *aceptó*, y recibió en su favor esta carta de venta y traspaso” (folio 152).<sup>48</sup> (Y siguen las cláusulas de rigor.) Y en señal de possession recibió la dicha escritura<sup>49</sup> según dicho es. Y nos *ambas* las dichas *partes*, por lo que a cada uno nos toca (folios 149, 149 vuelto, 150 vuelto, etcétera). En firmeza de lo qual, yo el dicho fulano *otorgué* esta carta ante el escrivano público y testigos, y *otorgada* en tal parte, a tantos días de tal mes y del año (folios 132, 194, etc.).<sup>50</sup>

<sup>45</sup> Este “otorga” viene arrastrado del formulario de las Partidas, Título XVIII de la Partida tercera. (Véase “Aurora”, de Rolandino, traducción española, en la que al pie de las fórmulas de Rolandino hemos reproducido la similar de las Partidas.) Por vía de ejemplo: ley 54: compraventa. “E aquella cosa le vende e le *otorga*”... “el cual precio fue pagado al vendedor sobre dicho ante mí... e *otorgó el vendedor*”... E otrosí *otorgó* el comprador... E otrosí le prometió e le *otorgó*. Otrosí dixo e *otorgó* el vendedor... E todas estas cosas: e cada una dellas prometió e *otorgó* el vendedor... al comprador sobredicho, *recibiente* por sí e por los suyos”. Es de observar que el comprador no otorga, no es otorgante, sino *recibiente*, y que el formulario de las Partidas ya ha tomado de Bolonia la redacción objetiva. En la práctica, sin embargo, continuó la redacción subjetiva.

<sup>46</sup> *Práctica civil y criminal e instrucción de escrivanos*, compuesta por GABRIEL DE MONTERROSO y ALVARADO. Madrid, 1579.

<sup>47</sup> El otorgar se ha hecho intransitivo. También es usual “conozco que... he recibido de vos el dicho fulano, tantos maravedises, de los cuales *me* otorgo de vos por contento y pagado a mi voluntad”.

<sup>48</sup> Con más reiteración se emplea esta otra fórmula: “E yo el dicho Fulano que presente estoy, a lo que dicho es, digo que *acepto* lo susodicho, y recibo la compra de dicha lana, de la forma que por vos está declarado” (folio 157 vuelto).

<sup>49</sup> *Tradição chartae*. Cfr. NÚÑEZ LAGOS: *Hechos y derechos*, cit. núms. 71 y sigs.; *ibidem*, *Documento medieval*, XIII.

<sup>50</sup> Téngase presente que cada modelo de instrumento, mirando a su objeto, no regula siempre la totalidad de las fórmulas finales que están suplidas por etc., etc.

31. *d*) SIGLO XVIII.—Dos siglos después subsiste con tanta o mayor claridad la distinción entre otorgante y aceptante.

Así Carlos Ros, en su difundidísima *Cartilla Real de Escrivanos* (obra antes citada), emplea las fórmulas :

Sébase por esta pública Escritura que yo, Fulano, labrador, vecino de tal parte, [...] *otorgo*, que vendo, y doy en venta real, por juro de heredad y estabilidad perpetua para siempre jamás, a Fulano, vecino de la misma, que está presente, diez y seis hanegadas de tierra... (II, pág. 190). Y siendo presente a quanto dicho es, yo el contenido Fulano *acepto* esta Escritura, como queda referido, recibiendo en venta dichas 16 hanegadas de tierra huerta, en los derechos del Señorío, que ofrezco guardar, según me quedan transferidos, y de su propiedad y possession me doy por entregado a toda mi voluntad, sobre que renuncio las leyes de la entrega e prueba. Y *ambas partes*, cada uno por lo que le toca, obligamos nuestros bienes, havidos y por haver... Y el *otorgante* (al que yo, el Escrivano, doy fe conozco) no firmó, ni el *aceptante*, porque dixeron no saber escribir ; firmólo por ellos uno de dichos testigos (II, pág. 192).<sup>51</sup>

Pero aún se llega a más : no sólo el aceptante asume obligaciones, sino que *promete*.

Con estas condiciones *otorgo yo*, dicho Fulano, esta escritura, y yo, el mencionado Fulano, haviéndolo entendido todo en la forma expresada, *acepto* este arrendamiento por el precio, pactos y manera que va referido : lo que *prometo* cumplir a ley de buen Arrendatario. Y *ambas partes* obligamos todos nuestros bienes, havidos y por haver... Y el *otorgante* (al que yo el escribano doy fe conozco) lo firmó : y por el *aceptante*, que dixo no saber escribir, lo firmó uno de dichos testigos. (Ros, II, pág. 120).

Hay que acudir a las escrituras de permuta<sup>52</sup> para encontrar dos partes y dos otorgantes, y a las de concordia, en las que no se habla para nada de partes, pero a todos los comparecientes se les llama “otorgantes”.

<sup>51</sup> La fórmula de la citada *Cartilla Real*, “yo que presente estoy, acepto, ... y el otorgante lo firmó y por el aceptante, que dixo no saber, lo firmó uno de dichos testigos”, se repite (sin afanes exhaustivos) en I, págs. 258, 280, 281, 284, 297, 298 ; en II, págs. 105, 117, 118, 122, 126, 130, 131, 133, 134, 137, 189, 193, 195, 198, 199, 219, etc.

<sup>52</sup> “Sébase por esta pública Escritura, que nosotros, Fulano, de parte una, y Fulano, de parte otra, vecinos ambos... cambiamos y trocamos, y por voz y derecho de dominio cambiado y trocado la una parte a la otra, y ésta a aquélla nos transferimos, transpasamos y entregamos, es a saber : yo dicho Fulano le doy, cedo, y por real entrego, transfiero al dicho Fulano dos hanegadas... : y yo dicho Fulano, en vez

Indudablemente era un problema de cuidadosa, cuando no de enojosa, técnica notarial, el distinguir, entre las partes comparecientes, quién era autor y otorgante, y quién era aceptante.

32. e) LEY DEL NOTARIADO.—Después de la ley del notariado de 1862, la fórmula se cambia y se dice, sin perfiles: “Los *otorgantes aceptan* esta escritura y sus efectos legales”.<sup>53</sup> Se hicieron las reservas y advertencias (legales).<sup>54</sup> Otorgamiento. “Así lo dicen y *otorgan*, siendo testigos”...

A través de todos estos antecedentes, el otorga y el otorgamiento tiene, creo yo, un significado que trasciende del “consiente”, acuerda o concede, para subrayar el sujeto del deber, el autor de la obligación,<sup>55</sup> el punto de imputación al que hay que referir el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones. Tal vez la voluntad —que es el contenido del “otorga”— no sea, como pretendía Kelsen, más que un punto final o término de imputación.

De esta manera, el *otorgamiento*, amén de un nuevo, último y definitivo consentimiento específico —consentimiento *gemminado*—<sup>56</sup> tendría la significación de una proclamación de paternidad —del negocio y del instrumento— de los otorgantes; de igual forma, que la *autorización*<sup>57</sup> sería la asunción de la paternidad del instrumento por parte del notario.

---

vuelta, por dichas dos hanegas... En esta forma respectivamente, nosotros las dichas partes, mutua y correlativamente, nos transferimos y traspasamos la una a la otra, y ésta a aquella las libres entradas, salidas, sendas... Así lo otorgaron, siendo testigos... y los otorgantes (a los que yo el Escrivano doy fe conozco) no firmaron, porque dixerón no saber; y por ellos lo firmó uno de dichos testigos”. Ros II, págs. 208-210.

<sup>53</sup> La expresión “y sus efectos legales” se refiere a la “certioratio” (véase después núms. 93-94) por lo que debía de haber ido después de las “Advertencias”. Las llamadas “legales”, la ley exigió se hicieran constar por escrito, lo que dio lugar a que se dejaran para el final de la escritura.

<sup>54</sup> Otros dicen, con mejor sentido, “advertencias pertinentes”, esto es, no sólo las que exige la ley, sino las necesarias para ilustrar a los otorgantes.

<sup>55</sup> Recuérdese la conocida definición de la obligación: “*Otorgamiento* que fazen los omes unos con otros por palabras, e con intención de obligarse”. Ley I, título. XI, Quinta Partida. “En tres maneras se pueden *otorgar* las obligaciones y ser válidas”. Ros, I, pág. 30; II, pág. 226.

<sup>56</sup> Véase después núm. 99.

<sup>57</sup> Autorización no significa autorizar en el sentido de permitir o dar licencia porque el notario cumple un deber y no da licencia para nada. “Autorización” es la derivación erudita, al paso que “otorgamiento” es la vulgar, de *auctorare, se auctorem facere*, hacerse autor. El idioma alemán distingue entre *Urheber*, autor del negocio, y *Aussteller*, autor del instrumento.

## CAPÍTULO VII

### LOS SUJETOS DEL INSTRUMENTO PÚBLICO (Continuación)

#### D) LA COMPARECENCIA

33. La comparecencia es la veste de compareciente. Mediante la comparecencia, el sujeto de derecho, desde fuera, desde el exterior, atraviesa la frontera e ingresa en el territorio del instrumento público.

La comparecencia es un *hecho* —hecho de la presencia física *coetánea* de los comparecientes— y además, una parte (en el sentido de trozo o parcela) del instrumento: la narración notarial de ese hecho, por lo menos y por lo pronto. Pero es algo más que la mera narración de ese hecho; por lo que no sería del todo exacto decir que la comparecencia es la forma documental de la presencia. La comparecencia, además de la presencia física, abarca y está llena de calidades y calificaciones.

34. A) Como hecho, en primer lugar, es un hecho físico, material, *in rerum natura*, percibido *de visu* por el notario: la presencia física de personas individuales ante notario. En este sentido “compareciente” es vocablo de mayor rigor técnico que “presente”, que por contraposición a “ausente” (en la doctrina legal de la contratación entre ausentes), admite la presencia por representación.

En todo caso la comparecencia como hecho es “evidencia” directa del notario; intermediación entre compareciente y notario; simultaneidad de “presencia” de notario y compareciente.

Como hecho, jurídicamente, es, en segundo término, un hecho significativo: los comparecientes han “rogado” la intervención del notario, como tal notario, para un acto oficial, *ex publico officio*.

35. B) Como parcela del instrumento público es algo más: la comparecencia es el *Acta de la sesión de la Liga de los presentes*.

Todo hecho acontecido ante notario, tiene siempre un doble aspecto: como *intervención* del notario y de los comparecientes en el hecho; como *narración* documental de ese hecho por el notario. Un hecho es notarial en tanto en cuanto tiene esas dos fases, intervención y narración.<sup>58</sup>

A) Ante todo la comparecencia es la narración de la presencia física de los comparecientes. Es el acta de los presentes. (Véase después núm. 43, “Forma documental de la comparecencia”).

<sup>58</sup> Cfr. en cuanto a intervención del notario y su narración, NÚÑEZ LAGOS: *Hechos y derechos*, cit., núm. 18.

**B) Pero es algo más que la narración de una presencia física. Es el acta de la “Liga” de los presentes. Porque anda en juego un “ligamen” que sujeta a unas personas con otras: a los comparecientes con las partes (pre-ligación); a los comparecientes entre sí (co-ligación).**

36. 1) *Pre-ligación entre partes y compareciente.* El compareciente actúa porque tiene una potestad legitimada o legitimable.

El compareciente, como hemos visto, no es, *per se*, parte. Pero entre compareciente y parte, sobre todo cuando son distintas personas, ha de haber una relación preestablecida, por lo menos de *facto* —gestión de negocios— relación que tiene también un doble plano: en el negocio, significa, para la “parte”, una *vinculación*; en el instrumento, una *sujeción*. Tal vez resulte más claro decir que en el instrumento público hay que distinguir entre fuerza de obligar —*negotium*— y fuerza de probar —*instrumentum*—.

37. a) *En el negocio.*—En el acto del otorgamiento —mejor dicho, de la “audiencia” como después veremos— actúa un sujeto, el compareciente. Los efectos negociales de ese acto, no son, en absoluto, ni en poco ni en mucho, para el compareciente, sino íntegramente para la parte.

*Posición jurídica de parte y de compareciente.* Hay, pues, una diferenciación entre *sujeto del acto*<sup>59</sup> y *sujeto de los efectos*.

El compareciente obliga, pero no queda obligado. La parte no obliga, pero queda obligada. Lo que quiere decir que la parte contractual o sujeto negocial, con respecto al instrumento, tiene siempre una posición *pasiva*. Soporta el instrumento: pierde o gana. Titular del interés, en su patrimonio entran o salen elementos del activo (transmisiones) o nacen o mueren elementos del pasivo (constitución o cancelación de deudas). El patrimonio de la parte, o en un círculo más amplio, su esfera jurídica (reconocimiento de hijo natural, emancipación, etc.) andan en juego, al paso que los del compareciente quedan intactos.

El compareciente, el sujeto instrumental por el contrario, es el que *actúa* y con su actuación —a veces de hecho (*porte fort*)— vincula a la parte. Su posición es siempre *activa*: hace, interviene en el hecho del otorgamiento —*pasement*—; entrega o recibe; declara; solemniza el instrumento, levanta acta, pasa u otorga la escritura.

38. b) *En el instrumento.*—En el aspecto del instrumento público, las cosas suceden de otra manera. El instrumento solidifica la movilidad del hecho constitutivo en hecho auténtico. Un fragmento del suceder, del devenir, de historia, lo convierte en cosa de la naturaleza, en cosa que *docuit*, que enseña, que habla, que prueba. El ligamen instrumental entre parte contratante y compareciente no significa vinculación ni obligación del uno al otro, sino *sujeción* de ambos a la fe pública, a los hechos auténticos, porque las

---

<sup>59</sup> “Acto” en el sentido de “hecho del otorgamiento”, no en el de negocio jurídico.

“autenticidades”, el valor oficial<sup>60</sup> del instrumento público, se impone *erga omnes*, a partes y terceros. Parte y compareciente tienen a la par un *status* de sujeción a la autenticidad. El *status* ni obliga, ni se cumple, ni se incumple; existe o no existe, y mientras existe, no obliga, sino que sitúa; no se cumple, sino que se acata; no se incumple, sino que se ataca mediante la querrela de falsedad. La fuerza de probar del documento público, es independiente de su fuerza de obligar.

## 2) Clases de pre-ligación

Partes y comparecientes pueden estar preligados de varios modos:

39. a) *contemplatio domini*; en nombre de otro. El compareciente actúa en nombre de la parte, de una de estas dos maneras:

1) con poder. Potestad legitimada; la vinculación es sustantiva y automática. Los efectos civiles del negocio se generan directa e inmediatamente en el “dominus”.

2) sin poder: Potestad legitimable. Comprende los supuestos de insuficiencia de poder —*ultra vires mandati*— lo mismo que los del mandatario verbal (falta la prueba no sólo de la existencia sino de la extensión del poder); los de gestión de negocios y los de ausencia total de poder (*porte fort*). En estos supuestos no hay vinculación sustantiva hasta que no llegue la ratificación. Mientras tanto la vinculación es meramente formal: documento y negocio existen con mayor o menor eficacia<sup>60 bis</sup> entre los comparecientes aunque no tengan eficacia civil respecto de una parte, la que, mediante la ratificación (adhesión) convertirá *el* negocio en *su* negocio, pasando, de tercero, a *dominus*.

Mientras llega y aunque no llegue la ratificación, la *contemplatio domini* tiene efectos negativos: aleja el negocio de la esfera jurídica del compareciente, clasificándolo *prima facie*, de ajeno.

40. b) *in proprio nomine*. No existe poder de disposición en nombre de otra persona, pero no deja por eso de existir el poder de disposición, que puede ser de dos maneras:

1) *negotium proprium*: Potestad legitimada, tal vez legítima, si es *vero domino*. El compareciente dispone de cosa propia; se trata, por tanto, del poder o facultad de disposición que corresponde al *titular* de disposición que no es un mero sujeto de ejercicio.

2) *negotium alienum*: potestad legitimada, potestad vicaria; en vez de otro.

---

<sup>60</sup> Ver más adelante núm. 132.

<sup>60 bis</sup> Contractual, extracontractual, y en último término *in contrahendo*.

El compareciente, a pesar de obrar en propio nombre, no alcanza la cualidad de parte, porque actúa por cuenta ajena, en interés de otro. Son los casos llamados de sustitución: capitán de barco que hipoteca la propiedad de la nave, o contrata un préstamo a la gruesa. Parte es el propietario; pero el capitán ni lo representa ni representa al naviero. La protesta de averías, el albacea o ejecutor testamentario, el administrador judicial, la sindicatura de la quiebra, el pago por otro, etc.

41. 3) co-ligación de las partes entre sí.

En la comparecencia, la posición instrumental o veste del compareciente está en función de la posición sustantiva de la parte contratante. El compareciente, aunque no sea parte sustantiva, se viste y actúa como parte acreedora, deudora, vendedora, etc. Los ligámenes entre comparecientes son un reflejo de los vínculos entre partes.

42. c) La comparecencia, como una parcela del contexto del instrumento público, aún sigue siendo algo más. Es la sinopsis de la totalidad de las partes del *negotium*, incluso de las ausentes.

La admisión de la contratación entre ausentes en las legislaciones modernas, ha hecho posible el que una parte ausente se adhiera *ex post facto* al instrumento principal, mediante la escritura de adhesión, completando el número de sujetos y de consentimientos exigidos para la perfección del *negotium*.

Mas incluso en este caso, en que la parte carece en el instrumento de correlativo compareciente, en el tenor de la comparecencia, hay que individualizar la parte, y además hacer constar que se espera su futura adhesión. Es lo que se llama reserva subjetiva de puesto. (Véase más adelante núms. 60 y 62). En este supuesto, dos o más instrumentos integran un solo negocio jurídico.

## E) FORMA DOCUMENTAL DE LA COMPARECENCIA

43. La narración del hecho de la comparecencia ha de comprender *menciones* relativas a: 1) lugar de la comparecencia; 2) tiempo de la comparecencia; 3) individualidad; 4) identidad; 5) capacidad del compareciente; 6) intervención; posición jurídica de partes y comparecientes.

44. 1) *Lugar de la comparecencia.*

Hay que distinguir entre texto (o contexto) e instrumento. Un instrumento puede tener varios textos: por ejemplo, acta con sucesivas diligencias (y, por tanto, en cuanto éstas se entiendan con personas, sucesivas comparecencias), incluso cada una en distinto lugar.

La comparecencia no puede en modo alguno llevarse a cabo en lugar distinto del que se menciona en su texto. Mejor dicho, el texto —bajo pena

de falsedad— no puede mencionar un lugar diferente del en que acontece el hecho de la comparecencia.

Lugar de la comparecencia, ordinariamente y mientras nada se exprese, es el estudio del notario. Fuera de él, el texto contendrá las menciones necesarias para su fácil ubicación.

#### 45. 2) *Tiempo de la comparecencia.*

*Ordinariamente* la ley no señala un plazo para comparecer. En este caso, la comparecencia es la causa de la fecha del instrumento: el instrumento lleva fecha —día, mes y año, y excepcionalmente la hora— del instante de la comparecencia.

*Excepcionalmente*, determinadas comparecencias han de hacerse dentro de un término preclusivo: renuncia del albaceazgo (seis días); contestación a requerimientos (dos días); ejercicio extrajudicial de los derechos de tanteo y retracto, etc.

#### 46. 3) *individualidad.*

El derecho notarial no admite el impersonal, el “se dice”. Importa antes que nada *quién* dice, *quién* hace. Este “quién” hay que precisarlo. Por eso la narración ha de contener las menciones legales relativas a la individualidad del compareciente en la medida *suficiente*<sup>61</sup> para el caso: nombre, apellidos, edad, estado civil, profesión, vecindad, etc.

#### 47. 4) *identidad.*

A veces la ley exige algo más que una individualización descriptiva: que el notario dé fe de conocer a los comparecientes. Es la garantía de su identidad.<sup>62</sup>

#### 48. 5) *capacidad.*

Hay dos clases de capacidad, la natural y la legal o jurídica.

a) *Natural*.—Al inconsciente, *accidental* (ebrio, morfinómano, etc.) o *permanente* (idiota, loco, etc.) no se le permite el acceso a la comparecencia, porque no puede enterarse, tener consciencia del acto y consentir libremente.

b) *Legal*.—De igual manera no puede comparecer quien no alcanzó la aptitud legal (incapaces) o quien después de haberla alcanzado, la perdió

---

<sup>61</sup> De ahí que unos instrumentos las exijan todas y otros se contenten con un *mínimum*; por ejemplo: en ciertos requerimientos, es suficiente en cuanto al requerido: “el que dijo ser y llamarse Fulano Tal”. La narración omite los detalles que no afectan a la finalidad del documento. Se expresa el estado civil, la vecindad, etc., pero no se dice si lleva bigote, es rubio o moreno. De todas formas, la técnica notarial es el arte de la identificación o individualización: de las personas, de las cosas, de las obligaciones, etc.

<sup>62</sup> Cfr.: *Unión Internacional del Notariado Latino*. Segundo Congreso Internacional, vol. 3, memorias sobre la materia de: ARATA, págs. 3 a 10; DÍEZ PASTOR, págs. 133-157; GIULIANI, págs. 159 a 163; LASSAGA, págs. 201 a 225; MARTÍNEZ SEGOVIA, págs. 359 a 363; NEGRI, págs. 364 a 411.

(incapacitados). En cualquiera de los dos casos el notario con su intervención es un control.

La fórmula del otorgamiento: “y enterado de su contenido, presta su consentimiento y firma”, se refiere y garantiza en todo instrumento, la capacidad natural. En cuanto a la legal es preciso afirmarla —juicio de capacidad—<sup>63</sup> por el notario en el texto de aquellos instrumentos que la requieran: todas las escrituras, y a veces también algunas actas.

Como aclaración y recuerdo, algo que no es de forma, sino de fondo: la capacidad para comparecer en instrumento público es la misma capacidad negocial o capacidad civil, que por pertenecer a la “Teoría general del derecho” es común a todas sus ramas. Sin embargo, cuando el objeto del instrumento sea un hecho material bastará la capacidad específica para ese hecho.

49. 6) La “intervención” es objeto del capítulo siguiente. Como integrante de la forma documental de la comparecencia, aquí, para no anticipar conceptos, diremos que presenta dos aspectos: a) cualidad de los comparecientes; b) reserva de puesto a los ausentes. Únicamente nos ocuparemos aquí de la cualidad de los comparecientes, dejando, por razones de unidad de materia, la forma documental de la reserva subjetiva de puestos para el capítulo siguiente.

50. *Cualidad.* La comparecencia ha de mencionar no sólo *quién* comparece, sino *por quién* comparece: si “interviene” en su propio nombre y derecho o en nombre ajeno, o en nombre propio e interés ajeno, etc. Cuando el texto no expresa la cualidad en que se comparece, se entiende que el compareciente lo hace en su propio nombre y derecho.

Conexas con la mención de la cualidad, están las menciones de su *prueba*, que implica tres aspectos: enunciación, transcripción e incorporación de documentos habilitantes.

a) La *enunciación*, expresa, someramente, autor, clase y contenido de los documentos justificativos. Integra todavía el texto de la comparecencia. Ha de ser más o menos detallada, según se proceda luego a transcribir o a incorporar.

b) La *transcripción*, en el contexto del instrumento, de los documentos legitimadores del compareciente ha sido el procedimiento seguido por los antiguos notarios. Hoy la transcripción no se practica, a no ser parcial, a fin de ganar en brevedad; lo más frecuente es la incorporación.

El texto del instrumento, en el supuesto de transcripción, ha de expresar: 1) que el notario tiene a la vista los documentos originales o copias fehacien-

---

<sup>63</sup> Cfr.: las memorias sobre el tema presentadas al II Congreso, en *obra cit.*, vol. 3, de GIULIANI, págs. 163 a 165; LASSAGA, págs. 225 a 318.

tes, pues es acto de exhibición; 2) que el resto no transcrito, no contradice ni limita lo transcrito.

c) La *incorporación* une a la matriz, bien los documentos originales, bien un testimonio expedido por el mismo notario autorizante del instrumento. De esta manera, la incorporación es un subrogado de la transcripción. Expedido el testimonio por otro notario presentaría un enojoso problema del valor de las copias de copias (art. 1.221, in fines C. c. esp).

## CAPÍTULO VIII

### LOS SUJETOS DEL INSTRUMENTO PÚBLICO (Continuación)

#### F) LA INTERVENCIÓN EN EL INSTRUMENTO PÚBLICO

51. a) *Concepto*. La sinopsis de los sujetos de derecho —partes y comparecientes— en el instrumento público, tradicionalmente, se llama intervención.<sup>64</sup>

La intervención es una ilustración de la comparecencia. Tal vez resulte más claro decir, que es un fragmento del relato de la comparecencia, a la que aclara y completa.

La posibilidad de que los sujetos del instrumento (comparecientes) sean diversos de las partes contratantes, de un lado, y de otro, que haya partes contratantes ausentes (esto es, no presentes en el instrumento, ni por sí ni por otro compareciente) hace que el cuadro de los sujetos de derecho en torno al instrumento público sea complejo. La “intervención” relata, en clara sinopsis, el *status personae* del instrumento.

Por otra parte, al prever la ulterior adhesión de una parte ausente, hay que prevenir la futura existencia de un instrumento subsecuente y complementario. Lo que implicará, como es natural, que un solo y mismo negocio jurídico estará contenido en dos instrumentos.

52. b) *Unidad y pluralidad de negocios y de instrumentos*. Es una consecuencia de lo dicho en el párrafo anterior. No sólo es posible incluir en un mismo instrumento diversos negocios jurídicos, sino a la inversa, una pluralidad de instrumentos públicos (en distintas fechas, lugares y notarios)

---

<sup>64</sup> Tomado de las mismas fórmulas notariales: “Comparecen: De una parte: Don .....; De otra parte: Don ..... *Intervienen* en su propio nombre y derecho”. = “Comparecen: De una parte: Don ..... Por otra parte: Don ..... *Intervienen*: El primero en su propio nombre y derecho. El segundo, en nombre y representación de Don .....”

pueden integrar un solo negocio, en aquellos casos en que la ley no exija la vieja unidad de acto formalista y sustantiva.

c) *Clases de intervención.* Observando atentamente los distintos fenómenos de la intervención en la práctica notarial, podemos decir que hay intervención contemporánea y extemporánea; principal y adhesiva; y meramente instrumental.

1) Intervención contemporánea y extemporánea.

53. Intervención contemporánea es aquella en la que los comparecientes actúan en el mismo acto y contexto: es la unidad de acto *instrumental* o unidad de contexto<sup>65</sup> que importa no confundir con la unidad de acto *negocial*, sustantiva o de fondo. Un mismo contexto debe ser firmado por todos, absolutamente todos, los comparecientes que expresa, *al mismo tiempo* que el notario y en su presencia.<sup>66</sup> Toda otra intervención es extemporánea y deberá producirse necesariamente en distinto contexto, ya fuere en la misma fecha y notario, ya en otra posterior,<sup>67</sup> sometiéndose en todo caso a las normas de fondo de la contratación entre ausentes. (Véase más adelante, intervención adhesiva, núm. 55.)

54. 2) Intervención principal. Los comparecientes intervienen —desde luego todos— en el texto que contiene completo el acto o contrato. Se

---

<sup>65</sup> “Les actes des notaires seront écrits en un seul et même contexte”. Art. 13, ley 25, Ventoso año XII.

<sup>66</sup> Comparecencia, presencia conjunta o contemporánea.

<sup>67</sup> No veo el problema con claridad en la legislación francesa. CLERC et MAGUET, *Téorie du notariat*. Manuel des examens de 1.<sup>er</sup> clerc et de notaire. París, 1921, dicen: “5431. Comment procède-t-on quand un acte a été signé par les parties à des jours différents? Le notaire doit donner à l’acte les dates des différentes signatures. C’est la dernière date seule qui peut être opposée aux tiers... par la raison que c’est alors seulement que l’acte acquiert sa perfection”. 5.584. L’acte doit être inscrit au repertoire seulement à sa dernière date”. Parece que un mismo contexto puede ser firmado en distintas fechas. Tampoco aparece más claro en AMIAUD: *Traité formulaire... du notariat*, 1924, t. 1, pág. 82: 176. “Pluralité de dates. Certains auteurs soutiennent qu’un acte ne peut avoir plusieurs dates, parce que l’unité de convention ne peut se concilier avec la pluralité des dates. Nous admettons très bien l’exactitude de cette opinion en ce qui concerne les actes dans lesquels intervient une seule partie; pour les contre-lettres aux contrats de mariage...; pour tous les actes *solennels* compris dans l’art 2 de la loi de 1843... Mais pour les autres actes notariés, la pluralité de dates s’appuie sur une *pratique constante* et n’est contredite par aucun principe juridique.” [Hasta aquí está todo claro: No hay unidad de acto *negocial* o sustantiva más que en aquellos actos solemnes fijados en la ley. Pero la unidad de contexto en relación con la comparecencia no aparece con igual nitidez. Así sigue:] “Les diverses dates doivent être séparément indiquées pour chaque partie; c’est l’expression exacte de ce qui s’est passé. Toutefois, le notaire ne serait pas répréhensible pour n’avoir constaté que la dernière date.” “Lorsqu’un acte notarié a été signé à des dates différentes par les parties, celle qui a signé la première ne peut plus retracter

exige, por tanto, una integridad negocial objetiva, por hipótesis; en el aspecto subjetivo el negocio jurídico puede estar incompleto a falta del consentimiento —bien directo, bien mediato— de alguna de las partes; pero en el aspecto objetivo, el texto del negocio debe ser íntegro.

La intervención principal se actúa por medio de la "presencia". Se puede hablar de una presencia física, real y efectiva, y se llama "comparecencia"; y de una presencia de parte, de carácter legal, o ficta, que se equipara en su eficacia a la presencia —el así presente no es ausente, pero tampoco compareciente—. Tal es la presencia de los representados: pupilo, mandante, etc., que no son comparecientes —comparece por ellos el autor, mandatario, etc.— y tampoco son ausentes.<sup>68</sup>

Por tanto, antes de dar lugar a una intervención extemporánea, hay que tener en cuenta la situación que se crea de presencia y ausencia, y las reglas de los Códigos —no ciertamente muy abundantes— que regulan la contratación entre ausentes, que pueden afectar en mayor o menor medida a la situación principal y a la totalidad del negocio, acto o contrato.

---

son consentement; et le notaire ne devrait tenir aucun compte de la sommation qui lui serait faite de ne pas faire signer l'acte par les autres parties."

En Italia la solución parece de términos absolutos y categóricos. El artículo 58 de la ley notarial de 1913 declara nulo el instrumento: "6.º se non fu data lettura dell'atto alle parti, in presenza dei testimoni, quando quaesti siano intervenuti".= "Dopo che l'atto è stato scritto, deve essere letto alle parti. Se nell'atto sono intervenuti i testimoni, l'atto deve essere letto alle parti in presenza dei testi e cio contesualmente in modo che sentano contemporaneamente le parti e i testi. Se l'atto invece di menzionare che il notaio ha dato lettura alle parti in presenza dei testi menzionasse che il notaio ne ha dato lettura 'alle parti e ai testi' si dovrebbe affermare, in conformità alla interpretazione che si puo qualificare pacifica, che l'istrumento notarile è nullo." GAZZILLI: *Manuale del Notaio*, Roma, 1950, pág. 154.= "I contraenti devono essere presenti alla lettura e alla sottoscrizione dell'atto che deve essere perfetto fin dal nascere. Il dovere professionale e la piu elementare prudenza impongono un'intransigenza assoluta su questo. Qualunque deroga alla precisa norma di legge costituisce un falso ed espone il notaio a ricatti e a conseguenze civili e penali." INTERSIMONE: *Il notaio nella storia e nella vita*, Roma, 1949, pág. 78. Para Argentina. Cfr. PAZ (José Máximo). *De las escrituras públicas*. Buenos Aires, 1939, págs. 240-241, nota 1. Para Portugal, FARIA (Avelino de): *Tratado Teórico e práctico de notariado*, 1935, pág. 256. Falta el análisis de cuando la ley se refiere a la unidad de acto substantiva y formalista del *negotium*, y cuando a la unidad de contexto meramente documental del *instrumentum*.

<sup>68</sup> Presencia y ausencia se toman aquí en el mismo sentido substantivo de la "teoría de la contratación entre ausentes" (contratación por correspondencia, por telegrafo, etc.). Las partes contratantes no presentes crean un problema en cuanto a la perfección contractual y, por tanto, en cuanto a la necesidad de las notificaciones. (Teorías de la declaración, de la emisión por el aceptante; de la recepción y cognición por el oferente.) Cfr. DURMA (Mircea): *La notification de la volonté*. París, 1930, que utiliza toda la bibliografía, no sólo de lengua francesa, sino alemana e italiana, y singularmente, la obra clásica de BARASSI, L.: *La notificazione necessaria nelle dichiarazioni stragiudiziali*. Milán, 1906.

### 3) Intervención adhesiva.<sup>69</sup>

55. a) *Concepto*.—Es la integración subjetiva del negocio jurídico *a posteriori*: la adquisición de la cualidad de parte contratante, *ex post facto*, esto es, en acto e instrumento distintos<sup>70</sup> y posteriores al instrumento principal. O en el mismo instrumento principal, pero en acto y contexto (diligencia) sucesivos, posteriores y diferenciados.

Un mismo negocio puede estar constituido por diversos instrumentos;<sup>71</sup> la unidad de substancia del negocio resulta así expresada en una pluralidad de instrumentos. En este caso, únicamente todos los instrumentos juntos representan e integran el negocio entero. El mecanismo técnico notarial es el instrumento de adhesión.<sup>72</sup>

---

<sup>69</sup> Notarialmente no hay coincidencia con los conceptos procesales de intervención principal e intervención adhesiva. En Derecho procesal, mediante la intervención adhesiva, se participa en el proceso ya incoado al lado de uno u otro de los personajes principales del litigio. No se adquiere la cualidad de parte autónoma, sino la de co-parte. Para adquirir la cualidad de parte autónoma —desde luego, también *a posteriori*— existe la figura de la intervención principal. En Derecho notarial la intervención principal, como hemos visto, nunca se produce *a posteriori*, y toda intervención *a posteriori* es intervención adhesiva. La adhesión notarial no es, como la procesal, adhesión *a una parte*, sino adhesión *a un negocio jurídico* y lo mismo se adquiere la cualidad de parte autónoma que la de coparte o consorte. (Cfr. SEGNI: *Intervención adhesiva*, pág. 205.)

<sup>70</sup> La adhesión, en cuanto a cierta clase de consentimientos, aparece ya en el siglo XIII, en los formularios de Rolandino. “Expuesto lo referente a las personas “presentes” en el momento del contrato y de la tradición, la actual nota nos muestra que cuando las personas arriba dichas —de las cuales se habla en las “seguridades” anteriores— se hallan presentes al contrato de enajenación, a la que consienten, el instrumento de este consentimiento se ha de incluir en el mismo instrumento de venta; pues aunque una sea la persona que vende y otra la que renuncia y consiente, todo se celebra a la vista de ellos en un solo día, en presencia de los mismos testigos y en un solo contexto, aunque todos los “consentimientos” empiezan por los signos de separación. Además, se hace así de intento para que lo precedente se separe de lo siguiente.” “Cuando la persona que renuncia no se halló presente en el momento de la celebración del contrato de venta, sino que consintió después, *ex intervallo*, por ejemplo: porque en otra fecha, en presencia de otros testigos y quizá por otro notario, se redacta el instrumento de consentimiento, se ha de escribir otra fórmula, porque será un instrumento independiente (*per se*).” ROLANDINO: *Aurora*, trad. esp. pág. 263.

<sup>71</sup> Cfr. Unión Inter., obra cit. las Memorias presentadas al II Congreso Internacional del Notariado Latino, correspondiente al tema: “La unidad de acto y el otorgamiento sucesivo”. Vol. IV. Cfr. después nota 110.

<sup>72</sup> No se debe confundir la *escritura de adhesión* (que tiene por objeto la integración meramente subjetiva de un negocio jurídico, específico e individualizado, mediante la incorporación *ex intervallo* del consentimiento de una persona ausente, pero perfectamente determinada en la reserva del puesto), con el *contrato de adhesión*, variedad del contrato de empresa, en el que la empresa ha formulado unilateralmente un modelo uniforme de contrato en serie que no es ni siquiera oferta, sino una simple invitación a ofrecer hecha a persona indeterminada, y que ésta incluirá en su

56. b) *Límites*.—Desde el punto de vista notarial no hay dificultad en constituir un mismo negocio jurídico con pluralidad de instrumentos, sin más que dos límites —que en el fondo son dos caras de la misma cosa—. *Positivamente*: la adhesión es válida en todo el ámbito que el Derecho sustantivo permita la contratación entre ausentes y la ratificación de negocios jurídicos; y *negativamente*: la adhesión es inválida en todos aquellos casos en los que el derecho sustantivo exija la unidad de acto solemne como requisito formalista esencial para el negocio jurídico bajo pena de nulidad insubsanable. El derecho sustantivo tiene, pues, un papel de límite y la autonomía de la voluntad y el canon del consentimiento auténtico un valor preponderante. (Véase más adelante, unidad de acto de la “audiencia”, núm. 79.)

57. Unidad de acto del “negotium”.

En los Códigos civiles modernos la unidad de acto como elemento *esencial* de la forma del negocio jurídico, no ha subsistido más que en el testamento abierto y en algunos actos muy solemnes. En los restantes negocios jurídicos notariales, en Bélgica, Francia y España por lo menos, únicamente tiene naturaleza de elemento *natural*, del que las partes pueden prescindir.

Mas si con el mecanismo de la adhesión se puede prescindir de la solemnidad “natural”, no se piensa en aminorar el “concepto” (y su aplicación) de unidad de acto, sino de fraccionar el acto, el hecho del otorgamiento —negocio jurídico subjetivamente fragmentado— y a cada partícula, a cada instrumento, a cada contexto, aplicarle el mismo concepto. El negocio jurídico, como hecho constitutivo, como dato de experiencia, como resultado acaecido, en vez de ser un hecho simple, pasa a ser un hecho complejo, compuesto de varios simples diferenciados, sucesivos en el tiempo e idealmente encadenados. Cada nuevo instrumento (diligencia o contexto), sobre el mismo negocio (de *eadem re*), tiene en sí su unidad de acto contextual; y en relación con los demás, tiene una unidad teleológica, y todos los contextos juntos integran el negocio jurídico.

---

oferta a la empresa. La escritura de adhesión está centrada exclusivamente en los problemas generales de Derecho civil de unidad de acto y contratación entre ausentes; el contrato de adhesión afecta hondamente a la existencia, autonomía y libertad del consentimiento contractual, convierte los “tratos” y la igualdad de las partes en ellos, en dictados, amenaza o anula el consentimiento contractual y en todo caso *colorea* la causa. (Cfr. GIORLANO (Alessandro): *I contratti per adesione*. Milán, Giuffré, 1951, y la copiosa bibliografía allí citada). Por último, en el contrato de adhesión, falta el instrumento principal (que no es más que un modelo, sin eficacia jurídica, de oferta), y por lo mismo, toda inserción nominal del futuro adherente. Finalmente, adhesión es término instrumental, de carácter formal, que puede contener una ratificación, una aceptación, una convalidación, una renuncia, etc., en general, una “convalecencia” expresa, que son términos negociales, de la esfera del *negotium* y no del *instrumentum*.

Es desde luego verdad que mientras el consentimiento del último compareciente no se logre mediante la adecuada escritura de adhesión, el negocio jurídico no se ha perfeccionado, y que en algunas hipótesis puede ser revocado. Pero no es menos cierto que toda revocación debe ser notificada, máxime si la propuesta —oferta del contrato o contrato perfecto<sup>73</sup>— se hizo de modo solemne en instrumento público. Y ello por dos razones:

58. a) Por una razón de *derecho material* o sustantivo: la llamada presunción de permanencia de un *status* jurídico (Casación española 21-2-1941) cobra especial densidad cuando dicho *status* se ha producido *coram iudice vel coram tabellione*, porque las reglas de experiencia enseñan que esos *status* “solemnes” no se crean con propósitos efímeros. El principio formalista del *contrarius actus*, exigiría, *ratione formae intrinsecae*, la notificación auténtica de la revocación; sin llegar a tanto, *ratione practica*, para que cese la presunción de permanencia siempre habrá necesidad de que la revocación de un acto solemne sea notificada al menos de modo expreso y eficiente.

59. b) Por una razón de *derecho formal*. La integridad como nota de la fe pública. El ausente antes de su adhesión es extraño —tercero en sentido amplio— al negocio jurídico contenido en el instrumento. Si su adhesión no llega, el negocio es “*Res inter alios acta, nec nocet neque prodest*”. Como tercero el negocio no le perjudica; pero puede beneficiarle; y en torno de tal beneficio, puede tomar sus posiciones jurídicas, una de ellas, la adhesión. Para que la integridad de la fe pública del instrumento principal deje de ampararle, es indispensable —art. 1.219 C. c. esp.— que la revocación se haga en instrumento público,<sup>74</sup> y que éste se anote “al margen de la escritura matriz y del traslado o copia en cuya virtud hubiere procedido el tercero” (art. 1.219 C. c. esp.). El ausente, como tercero, puede otorgar la escritura de adhesión mientras la revocación no hubiese sido formalmente anotada.

En armonía con este precepto del Código civil, ha podido el art. 178 del Reglamento notarial, a pesar de su rango subalterno, admitir la escritura de adhesión, siempre que el negocio jurídico —“al que la ley no exigiere expresamente el requisito de la unidad de acto”— “conste en escritura pública y en su matriz no aparezca la nota que lo revoque o desvirtúe”.

Con tales presupuestos, el notario que presencie el hecho consumado de la adhesión no puede dudar de su eficacia. Sería pensar en la esterilidad de la mujer en el momento del parto.

---

<sup>73</sup> Recuérdese, por ejemplo, la contratación a favor de tercero.

<sup>74</sup> “Los documentos privados —dice el art. 1.230— hechos para alterar lo pactado en escritura pública, no producen efecto contra tercero.”

c) *Requisitos de la adhesión:*

Hay que considerarlos en el instrumento principal adherido y en los sucesivos instrumentos adherentes o adhesivos.

1) INSTRUMENTO PRINCIPAL

*Requisitos*

60. *Elementos personales.* INSERCIÓN NOMINAL. Hemos dicho que la comparecencia ha de contener la sinopsis de todos los sujetos del negocio jurídico. “Cuántas”, “cuales” y “quienes” son las partes contratantes. Este cuadro sinóptico de las partes debe constar en la comparecencia del instrumento principal, discriminando con claridad cuáles son las partes *contractualmente* presentes y cuáles las ausentes. O dicho en otras palabras: todas las partes contratantes deben estar formalmente “matriculadas” aunque no concurran al acto. La omisión total de una parte contratante, es ineficacia del negocio jurídico; la inclusión de un ausente, dándole por presente, falsedad.

Desde el punto de vista del derecho formal, si el negocio jurídico *ab initio* puede no estar subjetivamente completo, la parcela del instrumento llamada comparecencia ha de estarlo desde luego. Lo que equivale a decir que *instrumentalmente* hay dos modos de intervención inicial: por *presencia* —física o legal— y por *inserción nominal*. Hay que hacer un hueco<sup>75</sup> jurídico con el nombre y circunstancias del futuro compareciente, ocupando el lugar documental de éste; es un compareciente en vacío, o un vacío para futuro compareciente. La verdadera presencia *ex post facto*, mediante adhesión, ha de estar, por tanto, con antelación en el instrumento principal, explícita y circunstanciadamente prevista y mencionada: reserva subjetiva de puesto a la parte ausente.

61. *Elementos reales.*—INTEGRIDAD OBJETIVA.—El instrumento principal ha de contener el texto y contexto íntegro del negocio jurídico, sin que falte ningún antecedente, estipulación o cláusula complementaria. En caso contrario el consentimiento de la parte rezagada no podría recaer sobre la misma cosa y causa del negocio (art. 1.262 C. c.).

*Elementos formales. Reserva subjetiva de puesto*

62. 1) *Reserva expresa.*—El instrumento principal ha de hacer una especial reserva de puesto, lo que significa dos cosas: en el aspecto perso-

---

<sup>75</sup> De la clarividencia del lector esperamos que no dé a la palabra “hueco” el sentido de blanco o claro para llenar *a posteriori*. Esto implicaría falsedad. Hablamos de hueco o vacío *jurídicos*, no materiales.

nal, como ya hemos dicho, el hueco jurídico para la futura parte adherente ; en el aspecto formal, la fijación del plazo y requisitos de la futura adhesión y, en su caso, de la posible caducidad o revocación del instrumento principal.

La adhesión de la parte rezagada en todo caso actúa como una *conditio iuris* del negocio jurídico. No obstante, no sólo no hay ningún inconveniente, sino ventajas indudables —entre ellas de orden fiscal— en convertir la adhesión en una condición suspensiva expresa del negocio jurídico. Cumplido el evento de la adhesión, ésta tendría efectos retroactivos al día del instrumento principal.

63. 2) *Reserva tácita*.—La ocasionan todos los casos de representación directa con insuficiencia de poder: compareciente que obra *ultra vires mandati*. La figura de la ratificación está incluida en la legislación española, en la escritura de adhesión (art. 1.259, párrafo 2.º; 1.714, 1.292 del Código civil en relación con el art. 178 del Reglamento notarial vigente).

## 2) INSTRUMENTO ADHESIVO

### *Requisitos*

64. *Elemento personal*.—Es de rigor que concorra el requisito que faltaba en el instrumento principal: la presencia —física o jurídica— de la parte rezagada. Por tanto, comparecerá la misma parte contratante —presencia física— o su representante legal —presencia jurídica—. Se seguirán las reglas comunes de toda comparecencia.

65. *Elemento real*.—Lo constituye el texto literal íntegro del acto o contrato contenido en el instrumento principal. No hace falta transcribir a la letra el texto contractual. Basta con que se determine con precisión y exactitud el instrumento principal al que se refiere la adhesión. Es fácil hacerlo por su lugar, fecha, notario autorizante y número de su protocolo.

66. *Elemento formal*.—x) Lectura íntegra por el notario (o por el compareciente o persona de su elección a presencia del notario) del instrumento principal tomándolo de copia auténtica.<sup>76</sup>

---

<sup>76</sup> Ya se exigía en el siglo XIII. “Y no olvides que debe leerse el instrumento de venta a la persona que presta su consentimiento a la enajenación realizada, sobre todo si es mujer, o, al menos, darle cuenta minuciosa para que se cerciore de la venta a la que consiente y en la que renuncia su derecho, porque la renuncia no es eficaz en aquello que la mujer no supo o no conoció (1.332). PEDRO DE UNZOLA, en Adición a *Aurora*, de Rolandino, trad. esp., pág. 265, a propósito de un consentimiento *ex intervallo*, de un ausente. (Véase antes, nota 1, núm. 55, que reproduce el texto de Rolandino al que se refiere esta Adición.)

y) Declaración del compareciente de quedar enterado del texto del instrumento principal y de que quiere y consiente en ser tenido por parte —él o su representado— en el contrato leído.

z) Lectura y consentimiento a la escritura de adhesión en la forma ordinaria.

67. 4) Intervención meramente instrumental.—A veces intervienen determinadas personas con carácter puramente medial o instrumental, sin alcanzar en ningún momento la cualidad de sujetos, ni del negocio jurídico (partes), ni del documento (comparecientes). Tales son los testigos instrumentales y de conocimiento, los peritos (médicos en testamento del loco en intervalo lucido, por ejemplo), los intérpretes de lenguas extranjeras, etc., etc.

Sin embargo, rebasan este carácter meramente instrumental los testigos asertorios (en las actas de notoriedad, por ejemplo) que son desde luego “autores” de sus respectivas declaraciones de verdad en sentido propio y estricto. El testigo instrumental tiene por misión presenciar pasivamente un hecho: el otorgamiento de un documento público. El testigo asertorio debe narrar o representar un hecho por él percibido. Pero ni uno ni otro llega a alcanzar la cualidad de parte contratante y permanecen extraños a la relación jurídica de fondo.

## CAPÍTULO IX

### “AUDIENCIA” EN GENERAL

#### G) OBJETO DE LA COMPARECENCIA: LA AUDIENCIA

68. El *objeto* de la comparecencia es la serie de actos que integran la audiencia. La *forma* documental de esta audiencia es la *publicación*,<sup>77</sup> que en las escrituras se llamaba *passatio* en la Edad Media, y en la actualidad,

---

<sup>77</sup> “La parola pubblicazione lungi dal richiamare l’idea di cosa che si mette a disposizioni del pubblico, riassume invece il complesso delle operazioni notarili per le quali l’atto si solennizza e cioè: la lettura che il notaio ne dà o ne fa dare alle parti in presenza dei testimoni; l’approvazione e la conferma che esse ne fanno, e la firma che le parti stesse, i testimoni e il notaio appongono”... “La formula che si usa quasi generalmente e: “fatto e pubblicato”: in Francia si dice invece: “fait et passé”. ANSELMI: *Principi*, cit., págs. 59-60.=“Mandamos que cada uno de los Escribanos haya de tener y tenga un libro de protocolo... en el qual haya de escribir y escriba *por extenso* las notas de las escrituras que ante él *pasaren* (\*) y se hobieren

(\*) *Hacer y pasar*, los dos términos que han subsistido en Francia.

*otorgamiento*, en español; *passation del acte*, en francés; en las actas, carece de nombre tradicional específico, por lo que se aplica el genérico de *publicación*.

Audiencia y otorgamiento, en este supuesto concreto; objeto y forma, *actum* y *dictum*, en general, son dos dimensiones en el plano del instrumento: la “dimensión acto” y la “dimensión papel” (texto y contexto). El notario es como un pintor del natural: la dimensión acto es la del modelo, la del paisaje; la dimensión papel, la del cuadro. Notarialmente, el modelo, el acto, la audiencia, es siempre efímero: nace para “in continenti” morir; únicamente queda el cuadro. La calidad del pintor la perpetúa el cuadro, no el modelo; la del buen notario, la dimensión papel. El notario aprisiona en cárcel de papel, a cadena perpetua, el instante fugitivo, la realidad que pasa.

La audiencia o “hecho que *motiva* el otorgamiento” (1.218 Código civil) no es más que la aplicación del principio de que la fe pública, la autenticidad notarial, se produce “de visu et auditu suis sensibus”.

a) *La audiencia como requisito intrínseco*

La audiencia la incluye Rolandino, en el *Tractatus tabellionatus*, entre los requisitos intrínsecos o solemnidades. Da esta denominación a los requisitos del acto extradocumento.

“Con razón, pues <sup>78</sup> —dice— nuevamente se estableció que se exigieran ciertos requisitos: cuatro referentes al notario y doce relativos a la escritura.”

“Cuatro requisitos sobre el notario. Se requieren de tal manera que si falta alguno de ellos el notario hará el instrumento inútilmente. <sup>79</sup> Primero, que sea rogado, Segundo, AUDIENCIA y cognición del negocio..., etc.”

“El *contrato* —sigue Rolandino— no vale si no hubo AUDIENCIA desde el principio hasta el fin, y el *instrumento* asimismo es inválido.” “Y la razón es ésta: el notario debe oír a las partes para que pueda atestiguar de los

---

de *hacer...* especificando todas las condiciones y *partes* (\*\*) y cláusulas, y renunciaciones y sumisiones que las dichas partes asientan...” Capítulo primero de la Pragmática de Alcalá, que transformó el sistema de imbreviatura medieval en el de “instrumento” siguiendo a la escuela de Bolonia.

<sup>78</sup> Cfr. NÚÑEZ LAGOS: *Documento medieval*, cit. VIII, Los requisitos de los instrumentos.

<sup>79</sup> Inútilmente quiere decir inválidamente. La terminología *útil* e *inútil* era la que se aplicaba por los juristas de Bolonia siguiendo el Derecho romano a la *stipulatio*, en vez de validez y nulidad.

(\*\*) “Partes” se refiere a “partes” en el sentido de fragmento del contexto. (Véase antes núm. 29.)

hechos realizados en su presencia.” “Solamente puede hacer las escrituras sobre las cosas que caen dentro de los dos sentidos: la vista y el oído.”<sup>80</sup>

b) *Clases de audiencia*

La audiencia era de dos clases: *Simpliciter, sine strepitu iudiciali y cum strepitu*. Para el otorgamiento de los instrumentos públicos, aun cuando en ellos intervinieran jueces o autoridades —emancipaciones, licencias y consejos— bastaba siempre la *audientia simpliciter coram tabellione*.

c) *Antecedentes históricos*

69. 1) AUDIENCIA ÚNICA. Unidad de acto formalista, esencial y absoluta.

La audiencia en la alta Edad Media comenzaba a seguida de la *rogatio* solemne.<sup>81</sup> La *rogatio* era el “primer requisito intrínseco”, en realidad un acto meramente introductorio. El segundo requisito o solemnidad era la audiencia.

La *rogatio* terminaba con la entrega al notario del pergamino en blanco (*traditio ad scribendum*). Inmediatamente comenzaba la actividad de los comparecientes: manifestaban su voluntad, se entregaban los símbolos (festa, vadia, etc.) o se daban la palmada, se numeraba el dinero, se entregaban los títulos anteriores de propiedad, etc. (*promissionis et dationis*). In *continenti*, el notario redactaba el acto manuscribiendo el pergamino (*mundum facere*). Se escribía la carta, sin protocolo ni siquiera imbreviatura.

Una vez manuscrito el pergamino, dentro del mismo y único acto, comenzaban de nuevo las actividades del notario y de los comparecientes (solemnidades).

El juez o el notario leía en alta voz la carta y preguntaba si se podía firmar. La contestación afirmativa daba entrada a las siguientes solemnidades:

1) *Roboratio*.—Los testigos en el *breve* o *noticia* tenían un papel meramente pasivo (*praesentia testium*). En la *charta*, por el contrario —*roboratione*—, tenían un papel ceremonioso que desempeñar. No se trataba de obtener su firma —lo corriente era que no supieran firmar—, sino de que participaran como acólitos en el rito solemne. Su intervención comprendía:

---

<sup>80</sup> Audiencia, del latín *audientia*, acto de oír, de *audio, is, ivi (e) ū, itum, ire*, oír, escuchar. Audiencia significa el acto de escuchar con atención, con cuidado, por el que tiene jurisdicción u oficio público, y también “lo oído”, las cosas oídas.—La palabra “audiencia”, propia del proceso oral, se usó más en la llamada jurisdicción voluntaria que en la contenciosa, en donde la escritura suplantó a la oralidad. Cfr. arts. 1.813-1.814, *ad exemplum*, ley Enjuiciamiento civil.

<sup>81</sup> Cfr. NÚÑEZ LAGOS: “El documento medieval y Rolandino”, IX. La “*rogatio*”.

a) *Testibus offerre*. El notario ofrece la carta a los testigos para que la conozcan y la identifiquen. “Chartam testibus offerre”, dicen las fórmulas.

b) *Chartam tangere*.<sup>82</sup> El “autor” de la *charta* debe decir a los testigos *totos vos rogo tangere* (Brunner, *ob. cit.*, pág. 39). Basta con que se toque la carta. No hace falta la entrega como rito. Excepcionalmente las cartas dicen: *testibus tradere; quam cartulam venditionis Ansolf notarium scribere rogavi, ubi prope finem signum sanctae crucis fecit et testibus roborandam tradidit*. Pero en la mayoría de las cartas falta esta *traditio*, lo que revela que no era formalmente indispensable.

2) *Manufirmatio* por el autor. Después del *tangere* con los dedos por los testigos, el notario extiende el pergamino enrollado para que el “autor” firme. El desarrollo del pergamino iba seguido de palabras habituales, invitándose por el notario al autor al *manum facere* o *manufirmatio*. Entonces el autor, con ademán solemne, posaba la mano abierta sobre el pergamino en actitud de jurar<sup>83</sup> y acto continuo estampaba su nombre o su signo, o una cruz por el Redentor, o tres cruces, una por cada persona de la Santísima Trinidad. O por el “autor” las estampaba el propio notario, quien en uno y otro caso apostillaba los “signa” de su puño y letra indicando a quién correspondían. El rito seguido en la ceremonia de la *manufirmatio* notarial procedía de la *traditio chartae super altare* en las iglesias.

3) *Manum ponere*. (*Handfestung*.) Después del “autor”, tocaba el turno a los testigos: colocaban la mano abierta encima del pergamino extendido, también en actitud de jurar, estampando a continuación sus firmas o sus signos.

4) *Completio* y firma del notario. La *completio*<sup>84</sup> era una frase final y ritual que estampaba el notario en señal de que la carta estaba completa. *Ego N. Notarius... complevi et dedi. Ego M. notarius scripsi... et manu propria signavi*. A partir de 1206 *Ego notarius publicavi; in publicam formam redegi; Actum est; Facta carta; etc.*

5) *Entrega al destinatario*. Terminada la carta no se entregaba al “autor”, sino a la otra parte, al destinatario. La duda surge, si esta entrega formaba parte de la ceremonia o era la primera consecuencia de ésta. La fórmula *complevi et dedi* inclina a pensar que, en efecto, la entrega inte-

<sup>82</sup> En algunos documentos carolingios, el “tangere” viene substituido por “recognoscere”.

<sup>83</sup> Pero no juraba. El juramento promisorio puesto en los contratos se hacía necesariamente sobre los Evangelios, la Santa Cruz, la espada u otros símbolos, no sobre el documento. Fórmula de ROLANDINO: “Tú juras ante los Santos Evangelios de Dios”. *Aurora*, pág. 60.

<sup>84</sup> Cfr. para más detalle, NÚÑEZ LAGOS: *Documento medieval*, X-XI: Firma del Notario. La “completio”.

graba, a la vez que terminaba el acto solemne, tanto más cuanto que el *absolvi*, de la fórmula paralela, tenía al parecer, la misma significación.

En esta etapa, el rito, las sucesivas solemnidades, en sí mismas tenían un papel y un valor preponderante, superior al de la intervención notarial y al documento, que cobran valor a medida que van heredando las solemnidades que mueren.

70. 2) AUDIENCIA EN DOS ACTOS. La carta primitiva no era más que un sencillo relato de un espectáculo solemne con significación jurídica. La simplicidad y brevedad de las fórmulas escritas hicieron practicable la unidad de acto absoluta.

Mas el relato se complica, porque hay que aplicar unas leyes y precaerse de otras. Hay que “manipular” el relato. La “narración” directa de los hechos, se transforma en “redacción”.

La redacción y manuscritura exige tiempo y quizá meditación. La redacción empieza a tener dimensión y densidad propia, y parte en dos el “espectáculo notarial”. Mas cada uno de estos actos tiene su significación jurídica autónoma.

*Primer acto.*—Con independencia del valor jurídico de la *rogatio*, en especial de los efectos sustantivos de la *traditio ad scribendum*<sup>85</sup> —*derelictio* (Breslau) o *denegatio actionis* (Brunner)— el primer acto retuvo algunas escenas de significación jurídica propia: la entrega de símbolos de perfección (festuca, vadia, arras, títulos de propiedad); todo o parte del precio, la palmada, etc. El notario se quedaba con la noticia dorsal<sup>86</sup> que en todo caso le podía servir para extender un “breve”<sup>87</sup> relatando únicamente aquellas escenas. La noticia dorsal se convirtió después en *scheda* o *schedula* (*brouillard* en Francia, *minutario* en España), redactada siempre en presencia de los comparecientes. Esta *scheda* sería, en todo caso, la única documentación de este primer acto.<sup>88</sup>

---

<sup>85</sup> Cfr. NÚÑEZ LAGOS: *Documento medieval*, IX, significación jurídica de la “rogatio”.

<sup>86</sup> Cfr. NÚÑEZ LAGOS: *Documento medieval*, VII, la noticia dorsal.

<sup>87</sup> Cfr. NÚÑEZ LAGOS: *Documento medieval*, VI, Carta frente a “breve” o “noticia”.

<sup>88</sup> La noticia dorsal se convierte en *scheda* o *schedula*. En vez de tomar ligeros apuntes al dorso del pergamino de cuero (el mismo en que había que extender después la carta) el notario, ya antes del siglo XIII, anotaba dichos apuntes —*substantia facti sive contractus*— en un pergamino de tela con el nombre genérico de *scheda*. Esta *scheda* se redactaba en presencia de los comparecientes, con concisión y abreviaturas, y los apuntes de la *scheda* se trasladaban después cronológicamente formando el libro de “notas” o imbreviatura, de donde más tarde habría de sacarse, *in extenso*, la carta. La imbreviatura en unos lugares eliminó a la *scheda*; en otros convivió con ella y aun con un tercer libro, el *chartularium*, en el que se copiaban literalmente las cartas *extendidas*, si bien no deja de ser frecuente llamar *chartularium* al libro

**Segundo acto.**—Mas el acto fuerte era el segundo. En él se integraban las grandes solemnidades —lectura, *certioratio*, firma— que tenían por eje el documento. Nada tenía de extraño que las entregas de dinero y de símbolos se trasladaran del primero al segundo acto, quedando el primero poco a poco sin significación jurídica, a excepción de la que pudiera conservar

---

de notas o imbreviatura del que se sacaban y se extendían las cartas. En España parece que el libro en que se escribían las *schedas* se llamaba *recibidor* o *Minutario*, que al desaparecer el sistema de imbreviatura subsistió, con carácter forzoso en el Colegio de Valencia, y voluntario, “por curiosidad del escribano”, en otros reinos, coexistiendo con el protocolo. ROS: *Cartilla Real* cit. I, pág. 14. (El minutario subsiste en Colombia: Código civil, artículos 2.563 a 2.569).—El problema histórico es el del valor jurídico de la *scheda* o *brouillards*. “Jurídicamente, los libros de *brouillards* merecen formar una categoría aparte, porque presentan un interés particular: están, en efecto, siempre redactados en presencia de las partes, al contrario de la nota o imbreviatura propiamente dicha. De aquí su escritura extremadamente cursiva, a veces indescifrable... Por el instante subrayemos únicamente que los *brouillards* se han conservado muy raramente, lo que es natural dado su carácter de libro de proyectos: una vez los actos del *brouillard* han sido transcritos en el libro de notas o imbreviaturas el *brouillard* resulta inútil”. AUBENAS, *Notariat provençal*, cit. pág. 78. (Este autor a la imbreviatura la llama “breve”, lo que induce a error con el “breve” que se contrapone a *charta* por Brunner, y en general, los historiadores alemanes e italianos: “Les auteurs ont pu parfois paraître en désaccord a cause de l'imprécision de la terminologie... Tout au plus, peut-on dire qu'en général, le *brouillard* est appelé matricula ou *scheda*, le registre de brèves *prothocolum*, *brevariium*, *sumptum*, *vademecum*, et le registre d'étendues *extensorium*, *plenum*, *chartularium*” (*Ibidem*, págs. 84-85). No deja de tener interés la bibliografía histórico-notarial que Aubenas invoca en su monografía: LATOUCHE: *Etude sur le notariat dans le bas Quercy et le bas Rouergue*. (Revue historique du droit français et étranger, 1923). LATOUCHE: “Etude sur le notariat dans le comté de Nice au Moyen-Age”. (*Le Moyen-Age*, mayo-agosto, 1927). LATOUCHE: “Le notariat dans le comté de Vintimille au XI<sup>e</sup> et au XII<sup>e</sup> siècle”. (*Le Moyen-Age*, 1928, págs. 171-189). V. L.: “Les notaires d'Annot” (*Bulletin de la Société scientifique et littéraire des Bases-Alpes*, núm. 47, 1892). FASSIN: “Recherches sur les anciens notaires d'Arles”. (*Le Musée*. Arles, 1878-1879). RITT (Albert): *Journal de deux notaires citadins au XVII<sup>e</sup> siècle*. Marseille, 1919. SEGOND (H.): “Le mobilier d'un notaire à la fin du XVI<sup>e</sup> siècle”. (Tomo 18 del *Bulletin de la Société d'Etudes de Draguignan*, págs. XLIX y sigs. 1891). G. BRES: *Da un archivio notariale di Grassa*. Niza, 1907. GUILHERMOZ: *Etude sur les actes des notaires de Marseille (1378-1407)*. Position des thèses... Ecoles des Chartes, 1882. DE BOUARD: *Le fonds des notaires d'Orange à la bibliothèque du Vatican*. (Melanges... publiés par l'Ecole française de Rome. Tome 30, 1910, págs. 209-256). DUHAMEL: *La chronique d'un notaire d'Orange*. Paris, 1881. MEYER (Paul): *Le livre journal de M<sup>e</sup> Ugo Terralh, notaire et drapier a Forcalquier (1330-1332)*. (Notices et extraits des manuscrits. Tomo XXXVI, págs. 129-170). DUHAMEL: *La cronique d'un notaire (Perrat) d'Orange*. Avignon, 1881. BERLUC-PERUSSIS: “Livre de raison du notaire protestant Antoine Gassaud, notaire royal de Forcalquier (1557-1588)”, en *Documents inédites sur le protestantisme à Forcalquier (Bulletin de la Société Scientifique et littéraire des Basses-Alpes*, 1892). “Mémoires du notaire Giraudi” (1665-1713), publicado en *Nice historique*, 1.º de febrero de 1907, “Livre de raison d'Honoré Balthasar, notaire royal d'Arles (XVIII<sup>es</sup>)”, publicado por FASSIN en *Le Musée* (1874).

la “rogatio”, que también se fue desvaneciendo entre ingredientes tácitos, implícitos y presuntos.

De esta manera, eliminado el primer acto de la efectividad jurídica, se vuelve a la audiencia en un acto, pero con unidad de acto restringida.

71. 3) EL ENTREACTO: NARRACIÓN Y REDACCIÓN. El instrumento público puede consistir en una “narración” de hechos o en una “redacción” de contrato o negocio jurídico.<sup>89</sup> O en ambas cosas, que es lo habitual. Un contrato no es un hecho material, sino un hecho jurídico complejo, que integra no sólo hechos, sino *normas* convencionales que contienen disposiciones y obligaciones. El *negotium* pertenece en una buena parte, no sólo al mundo de los hechos, sino al del derecho. *Juxta legem actum, juxta verum dictum*; “verdadero en el notar, hábil en el escribir”, se decía y se exigía de los antiguos escribanos.

La distinción entre narración y redacción corresponde “grosso modo” a la de actas<sup>90</sup> (*procés-verbaux=verballi*) y escrituras.<sup>91</sup> Pero en las escrituras hay una buena parte de narración: comparecencia, entregas de dinero y de cosas, etc.

En la narración, el notario como autor relata el hecho, patente para sus sentidos, y le deja ser lo que es y como es. La actividad notarial no lo manipula ni lo altera. Es la verdad al desnudo. En la dimensión papel es como “La Maja desnuda”.

En la redacción el notario —por ministerio de la ley<sup>92</sup>— interfiere, en las declaraciones de voluntad de los comparecientes, las estructuras jurídicas indispensables, el esqueleto legal del acto o contrato. Es la verdad en su

---

<sup>89</sup> *Narración* es la terminología que emplea el Código penal: “Faltando a la verdad en la narración de los hechos” (art. 302). “Redacción es la que utiliza la ley de 1862 al referirse al contrato o acto (art. 17). Narración, de *narratio*, exposición de hechos, o de *narrare*, relato de un hecho. En nuestra práctica notarial “redactamos” escrituras; levantamos actas (rediger l’acte; dresser un procés verbal) que marca bien la distinción conceptual.

<sup>90</sup> Acta vel gesta quae probationem rei gestae continere solent. En este mismo sentido de “levantar acta de hechos” aparece ya en el año 180 de C., en el “Acta martyrum Scillitanorum”, así llamada en nombre de los mártires de la ciudad de Scillium, en la provincia proconsular de África y Numidia. Cfr. STEINMUELLER (John E.): *A Companion to Scripture Studies*, traducción castellana de Jolly, Buenos Aires, Ediciones Desclée, pág. 194.

<sup>91</sup> *Minuta scriptura*; los franceses se han quedado con la primera palabra de la frase. Los españoles con la segunda. Los conceptos, sin embargo no coinciden. “Minute” corresponde a “matriz”. El concepto español de “escritura notarial” se expresa “acte notarié”.

<sup>92</sup> “Les notaires, disait Jouselin, un des orateurs de la loi de ventôse, doivent toujours rester maîtres de la rédaction de leurs actes”. AMIAUD, ob. cit, tomo 1, página 73.

molde legal, la verdad envuelta en su veste indispensable y en lo posible transparente. En la dimensión papel, equivale a “La Maja vestida”.

El orden interno que el notario da a la narración, es un orden natural, como podría darlo en una declaración de verdad, cualquier persona veraz. Es un orden de crónica, y el notario hace de cronista, pero con fe pública.

El orden interno en la “redacción” es más complejo. El notario en una primera parte, ha de ocuparse en ordenar, conforme a ley —un orden extranatural— contenidos de voluntad ajena. En una segunda parte, ha de completar el cuadro, con aquellos pactos que, según la naturaleza del contrato y los usos del tráfico, aseguren la efectividad de los objetivos previstos por los otorgantes. Ambos cometidos son propios, no de todo hombre veraz, sino de un jurista, de un técnico. En el argot curialesco<sup>93</sup> del siglo XVIII, a la primera parte, se le llamaba “quereres”;<sup>94</sup> a la segunda “legalidades”.

72. a) *quereres*.—La “*auscultatio partis*”.

Después de la “rogatio” los comparecientes expresaban su voluntad al notario, quien debía asegurarse, con la consiguiente indagatoria —*auscultatio*<sup>95</sup>— de sus verdaderas finalidades y deseos.

---

<sup>93</sup> No se olvide que las “escribanías” eran Secretarías de Juzgado; la fe judicial y la extrajudicial estuvieron unidas hasta la ley del notariado de 1862.

<sup>94</sup> Es muy difícil averiguar el “argot” de curia de épocas pasadas, pues no transcendía a los libros. Únicamente por “papeles privados”: restos de litigios antiguos. Así: para las apelaciones al antiguo Consejo de Castilla (antecesor del Tribunal Supremo y del Consejo de Estado) las alegaciones en derecho se presentaban impresas. (En la Biblioteca Nacional de Madrid he podido comprobar un tesoro inmenso de millares y millares de estos impresos. Yo mismo he llegado a coleccionar algunos ejemplares). En las tapas o cubiertas de estos impresos se estampaba de ritual: *Por* Don Fulano Tal. *Con* Don Zutano de Cual. Las dos sílabas primeras, estampadas en caracteres en buen tamaño, “Por” “Con”, dieron lugar a que tales alegaciones se llamaran “por-cones”, y en singular “porcon”. (Estos “porcones” han sido para mí una abundante fuente de información). De igual manera, los comienzos de cláusula notarial “quiere y es su voluntad”, “quiere y consiente”, etc., dieron origen a que tales cláusulas fueran llamadas en la jerga escribanil “quereres”. Los complementos que a los “quereres” se le agregaban por pruritos jurídicos se le llaman “legalidades”. La distinción conceptual remonta, sin embargo, por lo menos en embrión, al siglo XVI. Así Gabriel de Monterroso, citado, folio 129: “En dos cosas consiste el saber hazer los contratos y escrituras públicas: qué es en condición de parte, y atamiento de ley”. “Y estas dos cosas han se de buscar con diligencia y estudio. La una es buscando brevedad para que se entienda la condición y causas con que las partes las *quieren* hazer y otorgar. Y la otra saber y entender las renunciaciones de las leyes, con que se han de atar para su validez y firmeza, cada escritura según la calidad de su género”.

<sup>95</sup> “*Auscultatio partium contrahentium non potest ab ipso Notario alteri, etiam Notario delegari. Proximum eius officium erit, quod partes coram se venientes ad aliquem actum celebrandum ipsum per se diligenter auscultet, eorum intentionem, et mentem probe percipiat, [...] et postea ab ipsis partibus contrahentibus firmas, seu iuramentum recipiat, et super dubiis, obscurisque eorum dictis latius interroget. Atque*

De esta manera el notario preparaba los “capítulos” del “tenor negotii”, adaptando al caso concreto las fórmulas consagradas.<sup>96</sup>

En la técnica notarial de hoy se distingue entre parte *expositiva* (“Exponen”-“dicen”)<sup>96 b1a</sup> y parte *dispositiva* o estipulatoria. Los “quereres”, hoy, habría que adscribirlos a la parte dispositiva. Mas la distinción entre la exposición y las estipulaciones es moderna. En los viejos formularios se habla de *pactos* refiriéndose al fondo o negocio, y de *capítulos*, refiriéndose a la forma instrumental. No hay *capítulos* destinados a la exposición, y otros a la disposición. La herencia de la *stipulatio* imponía la mezcla concentrada en el capítulo, casi autónomo, correspondiente a cada pacto. Se habla en cambio de palabras *enunciativas* y palabras *dispositivas*, correspon-

---

hic notandum est, quod haec auscultatio usque adeo est de officio ipsius Notarii, ut eam alteri etiam Notario delegare non possit, puta si diceret, ego equidem hac hora aliis sum occupatus, tibi igitur Petro Notario *rogationem* delego, ut ipsas partes audias, et postmodum ad me referas, ut deinceps ego de illis, quae tu audiveris, conficiam instrumentum. Hoc enim esset mera nullitas.” COMES (Josepho): *Viridarium Artis Notariatus* I. Gerona, 1704, pág. 20. “Debe el escribano oír con cuidado por sí mismo a las personas que vengan ante él para la formación de alguna escritura, comprender su intención y concepto [...] y recibir las firmas y juramentos de los contratantes y preguntarles detenidamente sobre las cosas dudosas y oscuras que hayan dicho, no pudiendo, bajo nulidad, aunque estuviese ocupado, delegar a otro, por más que sea también escribano, el encargo de oír a las partes para extender después el instrumento con la relación que se le haga”. *Tratado teórico-práctico del Arte de Notaría*, Barcelona, 1826, pág. 9. Es una, más que traducción libre, una amplia adaptación del Comes. Aunque obra anónima, parece que se debe a don Ignacio Sampons y Barba. El deber de la *auscultatio* subsiste en el Derecho notarial de nuestros días. “Les devoirs du notaire seront naturellement différents, selon les circonstances et la nature de l’acte; mais il en est qui sont communs à tous. C’est ainsi qu’il doit s’assurer d’abord de l’individualité des parties; il doit se faire ensuite expliquer exactement leurs intentions, ainsi que tous les faits qui peuvent avoir de l’influence sur les stipulations qu’elles se proposent d’établir. Ce n’est bien souvent qu’à force de patience, de questions habiles et d’efforts persistants que le notaire parvient à obtenir un exposé fidèle des faits, qui sont souvent dissimulés ou déguisés par la ruse ou le dol de l’une des parties, ou dont elles omettent, par ignorance, les détails les plus utiles à connaître. Après avoir obtenu les renseignements, le notaire examine si les parties ont le droit de faire l’acte qu’elles se proposent de passer. Il en explique les conséquences pour chacune d’elles, prend les notes qu’il juge utiles et se fait remettre les pièces nécessaires à la rédaction. Si l’acte est compliqué et difficile, il est préférable qu’il le rédige préalablement sur projet et le transcrive ensuite, après l’avoir communiqué aux clients”. AMIAUD: *Traité. Formulaire*, Paris, 1924, tomo I, pág. 73.

<sup>96</sup> El art. 17 de la ley del notariado española señala el objeto de la redacción por el notario diciendo que versa “sobre el contrato o acto sometido a su autorización”.

<sup>96 b1a</sup> Cfr. PORCIOLES: *Problemas de la parte expositiva de la escritura y sus repercusiones en la contratación*. Separata de *Curso de Conferencias*, 1945. Colegio Notarial de Valencia, págs. 345 y sigs.

diendo distinta eficacia probatoria y obligatoria a unas y otras.<sup>97</sup> A veces los formularios aconsejan un *proemio* o *preámbulo*<sup>98</sup> para exponer los antecedentes del caso. Pero parece que el preámbulo se refería más a solemnidades o acaecimientos habilitantes, previos y externos al instrumento, que a supuestos de éste.

73. b) *Legalidades*.<sup>99</sup> Las “legalidades” eran lo que el notario se veía forzado a incluir en el texto del documento, para lograr la máxima eficacia de los “quereres”.

En el formulario de Rolandino —seguiremos refiriéndonos a él, puesto que el notariado español ha traducido y publicado su *Aurora* para el II Congreso Internacional del Notariado Latino— los *quereres* de las partes, constituirían los capítulos<sup>100</sup> referentes a la cosa y el precio. Las *legalidades* comenzarían con la renuncia a la *exceptio non numerata pecunia*, para seguir con los pactos de *constitutum possessorium* y *vacua possessio*<sup>101</sup> *legitima defensio* y *poena*.<sup>102</sup>

En los formularios posteriores desaparecen la *legitima defensio* y la *poena*, y en cambio aparecen:

- 1) La cláusula guarentigia o cláusula ejecutiva.
- 2) El poder a las justicias.
- 3) Las renunciaciones de leyes.
- 4) El juramento promisorio.

Todas ellas tienen un fundamento común: el dogma de la omnipotencia contractual.

74. *La omnipotencia contractual*.—En una época en que todavía resuenan las dudas y discusiones sobre el valor y eficacia del *nudo pacto* y de la consensualidad, por extraña paradoja, se llega a creer que el contrato es superior a la ley.

Durante toda la Edad Media se ha vivido en un régimen de “personalidad de las leyes”, advenido equívoco con el mestizaje de heredogodos y heredoromanos. Los notarios habían subsistido como funcionarios comunes

---

<sup>97</sup> Cfr. NÚÑEZ LAGOS: *Valor jurídico del documento notarial*. Enunciativas, final de la Parte II.

<sup>98</sup> Cfr. ROLANDINO: *Aurora*, traducción española, pág. 104.

<sup>99</sup> El parentesco, cuando no la frecuente y total identificación, entre las “legalidades” con las “cautelae” o seguridades, es evidente. Cfr. en cuanto a “cautelae”: NÚÑEZ LAGOS: *Hechos y derechos*, núm. 122.

<sup>100</sup> Cfr. NÚÑEZ LAGOS: *Documento medieval*, XII.

<sup>101</sup> En España mezclados o substituidos por la “*traditio chartae*”. Cfr. NÚÑEZ LAGOS: *Hechos y derechos*, núms 71 y sigs.

<sup>102</sup> Orígenes y documentación. Cfr. NÚÑEZ LAGOS: *Documento medieval*, XIII-V y VI.

al servicio de unos y otros<sup>103</sup> mezclando las fórmulas germánicas y romanas según su real saber y entender. La escuela de Bolonia había dividido el notariado en conservadores, que continuaban con sus viejas y sencillas fórmulas germánico-medievales, y reformistas, que habían adoptado con entusiasmo las nuevas fórmulas del romanismo en boga. Sin embargo, en la defensa del cliente y en la gran lucha entre los *statuta* y la costumbre local contra la ley romana, conservadores y reformistas, con rara unanimidad, se refugian en el mismo sistema defensivo del juramento y la renuncia de las leyes.

La hipertrofia del valor del contrato, incluso contra ley, se llega a formular en frases axiomáticas: “*standum est chartae*”; “*convenance vaint Loi*”;<sup>104</sup> “*paramiento fuero vienze*”; “*pastos rompen fueros*”; “*el contrato tiene fuerza de ley entre las partes*”. La hora de la divinización del contrato ha llegado. No hay que extrañarse del siguiente paso: pronto el *contrato social* pretendería suplantar el origen divino de la soberanía nacional.

75. *Cláusula guarentigia*<sup>105</sup> y *poder a los juristas*.

En el siglo XVIII, casi en vísperas de la gran transformación jurídica que implicarían el Código de Napoleón, las invasiones de sus ejércitos y de la cultura francesa, estas cláusulas habían quedado reducidas según el formulario más frecuente a lo siguiente:

“Nota V. Debe también ponerse la cláusula guarentigia, que es la que produce la ejecución, y se concibe en estos términos.

“Y el dicho N. otorgante, dixo lo recibía por Sentencia passada en autoridad de cosa juzgada, para que por ello puede ser executado en virtud de esta escritura, o su traslado auténtico”; y esta cláusula ha de estar antes de la del poderío de Justicias.”

P. “¿Cómo expresa en las escrituras públicas el poderío de Justicia?”

R. “Y doy poder a las Justicias de Su Majestad, en especial a las de tal parte, sometiéndome a su jurisdicción y a mis bienes; renuncio mi domicilio, otro Fuero que de nuevo ganare; la Ley *si convenerit de Jurisdictione omnium Judicum*: la última Pragmática a las sumisiones: las demás leyes y Fueros a mi favor: y la general del Derecho en forma para que me apremien, como por Sentencia, passada en autoridad de cosa juzgada, y por mí consentida” (Ros. *ob. cit.*, I, pág. 10).

<sup>103</sup> Liutprando (capitular 91) había dispuesto que las *chartulae* debían redactarse *ad legem Longobardorum*, o *ad legem Romanorum*. Unos mismos notarios aplicaban ambas leyes. Las partes podían elegir en cada caso la ley, incluso si no fuera la suya por *ius sanguinis*, a no ser que se tratara de donaciones *mortis causa* en que era obligatoria la ley del donante.

<sup>104</sup> BEAUMANOIR: *Coutumes de Clermont en Beauvaisis*. (1283), edición Salmón, chap. 34, núm. 999.

<sup>105</sup> Cfr. origen y evolución de la cláusula guarentigia en NÚÑEZ LAGOS: *Hechos y derechos*, núm. 120. Una muestra de los formularios sobre garantía en los siglos XV, XVI, XVII y XVIII, allí, págs. 270 y sigs.

### 76. *Renuncia a las leyes.*

La *renuntiatio* tiene una extensión extraordinaria. Ley regia, local, canónica o romana, que concede un derecho o *privilegium* —sobre todo de excepción o impugnación— a favor de una parte, se renuncia de plano por ésta, dando vigencia a un nuevo régimen, convencional, pactado, de personalidad de las leyes. La renuncia tiene dos modos de manifestarse:

a) *Especial*. En cada cláusula se hacen las renunciaciones concretas que le atañen.

b) *General*. Cuando hay dificultad o duda sobre las renunciaciones especiales, se sustituyen o se suplementan con una renuncia general. Una fórmula muy generalizada decía:

*“Renuncians omni iuri et consuetudini et omnibus auxiliis, scriptis et non scriptis; omni iuri canónico et civili quae possunt objici contra praesens instrumentum.”*

La reacción legislativa prohibiendo algunas renunciaciones de leyes no dio resultado, pues se renunciaba asimismo a la ley que prohibía la renuncia.

Mas un buen distingo lógico puso el sistema en mayor peligro que el legislador. ¿Era válida la renuncia si el renunciante ignoraba *el alcance*, las consecuencias, de lo que renunciaba? La duda empezó respecto de la renuncia de la mujer casada al Senado-consulta Velezano y se extendió, *identitate rationis*, a todas las renunciaciones de evicción y al juramento, dando lugar a una cautela en el otorgamiento: la *certioratio*. (Véase luego, núm. 92.)

### 77. *Juramento promisorio.*

El juramento, de hondas raíces en todos los Derechos primitivos, siempre en íntimo contrato con la religión, fue íntegramente reelaborado por el Derecho canónico.<sup>106</sup>

El pacto (incluso nudo o prohibido) corroborado por juramento tuvo vigor, primero en fuero interno o de conciencia, después en fuero externo o jurisdicción eclesiástica (*denunciatio evangélica*) y finalmente, originaba acción y excepción en Derecho civil.

El juramento no sólo tenía una eficacia convalidante, sino también *habilitante*. Su génesis en el *fuero interno* hizo sujeto *hábil* para jurar a toda persona entrada en el uso de razón. Lo que equivalía a “habilitar” para jurar al mayor de siete años. Todos los límites de edad —incapacidades y prohibiciones— resultaban desbordados por la eficacia del juramento.

La “cautela” del juramento se generalizó tanto que no hubo instrumento público sin ella. Y, como siempre, lo que se gana en extensión se pierde en intensidad: la actitud de los moralistas perdió rigor y ganó distingos. Al declinar el siglo XVI, la Iglesia concedía con facilidad la absolución

<sup>106</sup> Cfr. ESMEIN: “Le serment promissoir en droit canonique”, en *Nouvelle revue historique du Droit*, 1888, págs. 253-338.

—*dispensatio, relaxatio*— del juramento promisorio puesto en un contrato todavía pendiente de cumplimiento. De esta manera se evitaba el perjurio. Pero ¿y el fuero civil? En Francia, donde las regalías de la Corona tuvieron siempre la máxima importancia, la chancillería regia concedía “lettres de rescisión”, bien si se había alcanzado previamente la canónica *dispensatio iuramenti*, bien con la reserva expresa de obtenerla después. La Iglesia por su parte, concedía mecánicamente, *sine causa cognitionis*, la *dispensatio* sin más requisito que el pago de unos pequeños emolumentos.

La elaboración doctrinal del problema llevó a la presunción de que todo juramento implicaba la condición tácita *si superiori placuerit*, lo que sirvió, en España, para que la *dispensatio* canónica surtiera directamente efecto en los Tribunales civiles, y en Francia para que las reales cartas rescisorias fueran suficientes considerando que el Rey era el invocado superior.

De todas formas, al juramento se le aplicó también la teoría de la *ignorantia vel scientia jurantis* en la misma medida que a las renunciaciones de leyes, necesitando igualmente el puntal de la *certioratio*.

## CAPÍTULO X

### “AUDIENCIA” EN LAS ESCRITURAS PÚBLICAS

#### d) *Derecho actual*

Requisitos:

##### I. *Unidad de acto.*

78. Terminado el entreacto de la preparación —estudio de antecedentes, examen de títulos y redacción del instrumento—, empieza el segundo acto, único con significación jurídica en el Derecho contemporáneo.

La audiencia es el objeto de la comparecencia.

La comparecencia, según vimos, es un *hecho* y una parte o *porción* del instrumento público. La comparecencia como hecho, tiene una forma: la narración identificadora de los sujetos, físicamente presentes. Como porción o parcela de la escritura, es algo más: el esquema completo de la situación de los sujetos del negocio jurídico, *partes*. No sólo se refiere a los comparecientes —plano del instrumento—, sino a las *partes* —plano del negocio jurídico.

De igual forma, la audiencia, es un *hecho* —dimensión acto— y un *fragmento* de la escritura —dimensión papel.

Como *hecho*, es el mismo hecho de la comparecencia, pero en fase distinta. La audiencia es una comparecencia evolucionada. Una comparecencia que encuentra su objeto.

La audiencia tiene una forma documental. Es —repitémoslo— lo que se llama *otorgamiento* en las escrituras. En las actas carece de nombre específico. El nombre genérico que comprende actas y escrituras, es el de *publicación*; *passatio*, en latín medieval.<sup>107</sup> En las viejas fórmulas españolas, se habla de *pasar*: “pasar el acto o contrato ante notario”, “pasó ante mí”.<sup>108</sup> En las fórmulas francesas se usa el vocablo “*passation*”; “*Fait et passé*”. En español no conozco la palabra “pasación”, pero sí “pasamiento”.

79. La audiencia como hecho, en el plano del instrumento, es siempre, por su propia naturaleza y función, un hecho unitario y “concentrado”, esto es, regido por el *principio de concentración*. Aclarémoslo.

Hay que distinguir, entre unidad de acto sustantiva o formalista; y unidad de acto meramente formal o instrumental.

a) La unidad de acto *sustantiva* se nos muestra como un requisito o elemento de forma, en una de estas tres significaciones:

1) Como *elemento esencial*: En España únicamente en el testamento abierto. En Francia, además, aquellos actos muy solemnes sometidos a la llamada “presencia real” (dos notarios o un notario y dos testigos).<sup>109</sup>

2) Como *elemento natural*: en la contratación ante notario.

3) Como *elemento accidental*: puede pactarse expresamente la no unidad sustantiva mediante la reserva subjetiva de puestos y la adhesión.

La unidad de acto, como elemento esencial del testamento abierto ha sido reducida por la jurisprudencia<sup>110</sup> a lo que hemos llamado “segundo acto”;

---

<sup>107</sup> *Passatio*, de *passare*, a su vez, al parecer, de *pando*, *pandis*, *pendi*, *pansum*, *dere*, dar a conocer, manifestar, lo que recuerda la actuación *apud iudicem, instrumenta descripta in acta* y la publicación de las sentencias. (Ver antes nota al núm. 68). Cfr. Diccionario Real Academia de la Lengua, voz “Pasar”: “Ser tratado o manejado por uno un asunto. Dícese de los escribanos y notarios ante quienes se otorgan los instrumentos”.

<sup>108</sup> Cfr. la publicación del II Congreso Internacional. *La vida privada española* en el protocolo notarial, Selección de documentos de los siglos XVI, XVII y XVIII, del Archivo notarial de Madrid, *passim*. También en MONTERROSO, ob. cit. (... según se contiene en la carta de censo que *passó* ante Fulano, escrivano, a que me refiero” (folio 152 vuelto); “Es cosa muy ordinaria entre los escrivanos, poner en los contratos y obligaciones que ante ellos *passan*, la pena convencional...” (folio 159 vuelto); “Adviertan los escrivanos que para ser válidas las escrituras de los recibimientos de monjas que ante ellos *passaren*, han de llenar la orden siguiente” (folio 164); “Todas las cuales escripturas, si fuere posible, *passen* por ante un solo escrivano, para que sean originales” (folio 165 vuelto). “Las escripturas y contratos públicos que *passan* ante los escrivanos” (folio 221). Lo mismo en ROS, ob. cit. I, pág. 12: Baxo el sello del primero pliego del Prothocolo, dirá de este modo: “Prothocolo de las escripturas públicas, que doy fe, han *pasado* ante mí Fulano Tal, Escribano del Rey Nuestro Señor”.

<sup>109</sup> AMIAUD: *Traité-Formulaire*, 1923, IV, págs. 59 y sigs. Ley 12 de agosto de 1902.

<sup>110</sup> Cfr. CASTÁN: *Derecho civil*, 5.ª edición, tomo IV, págs. 296 y sigs., que cita las Sentencias del Tribunal Supremo de 1.º de febrero de 1907 y 29 de diciembre

o lo que es lo mismo: no integran la unidad de acto la *auscultatio partis*, ni la redacción y manuscritura del instrumento.

b) La unidad de acto meramente *formal o instrumental* ha conservado íntegramente el concepto, pero atribuyéndoselo al instrumento, no al negocio jurídico; imponiéndolo al notario y a *todos* los comparecientes, pero no a *todas* las partes contratantes. (Véase antes instrumento de *adhesión*, núm. 56.)

El problema de la unidad de acto —al perderse prácticamente la unidad de acto *esencial* por quedar reducida al testamento abierto —ha sido desplazado, desde el elemento formal del negocio al elemento personal; desde el campo de la forma al de la prueba; desde el ámbito del *negotium* al del *instrumentum*.

#### 80. 1. Desde el elemento formal del negocio al elemento personal.

La audiencia es una “endo-patía”, un sentir, los unos delante de los otros —*de visu et auditu*—, “a la vez”, cada uno “con los demás”. Escuchar y percibir la lectura del instrumento *todos a una*, co-sentir para consentir; <sup>111</sup> *identitas mentis et voluntatis*. Esta es la indispensable unidad de acto instrumental: unidad de acto contextual. Un solo texto leído, un solo texto consentido *simultáneamente* por todos los comparecientes expresados como tales en la comparecencia: todos los comparecientes a una y en el mismo texto. No es una unidad de acto formalista, sino funcional: lo impone, frente a la lectura, el co-sentir para consentir. Es un canon <sup>112</sup> de presencia: en un sentido *activo*, el hecho físico de la presencia, regula y mide el contexto consentido, la autenticidad —*de visu*—, la *exactitud*; en un sentido *pasivo*, el texto del instrumento, la narración, mide la extensión de la presencia en cuanto a las personas, al tiempo y al espacio —*integridad*— bajo pena de falsedad. En vez de un problema de mera forma, es un problema de requisitos del consentimiento.

---

de 1927: “Dado el sentido y espíritu del artículo 695 del Código, el acto, en su unidad necesaria, no principia hasta que reunidos el testador y testigos y Notario, se comienza por éste la lectura del testamento que llevaba redactado, según instrucciones previas de aquél, equivaliendo la expresión de la conformidad del testador al cumplimiento del primer requisito de que trata dicho artículo, no siendo indispensable que las instrucciones previas se den ante testigos instrumentales del testamento”. Igual criterio para Francia. Cfr. CLERC et MAGUET, ob. cit., núm. 5261, en general, en especial, ley 12 agosto 1902, art. 9. Cfr. en *II Congreso Internacional*, la versión taquigráfica de la sesión del 20 de octubre (tarde), intervención del señor PELOSI (Argentina), y en el vol. III las memorias de Calvo Soriano (España, págs. 11 a 105) y Carambula (Uruguay, páginas 107 a 132), tituladas ambas *La unidad de acto y el otorgamiento sucesivo*, y la de Pelosi, *La unidad de acto en el Derecho argentino*, págs. 413 a 490

<sup>111</sup> Etimológicamente, co-sentir y consentir —de *cum-sentire: sentir con*— son la misma cosa. Por el contrario, su sentido semántico es divergente, tanto que es posible el consentimiento de uno solo.

<sup>112</sup> La palabra canon la usamos en el sentido canónico: algo que regula o mide, y algo que es a la vez regulado o medido.

## 81. II. Desde el campo de la forma al de la prueba.

La forma, en sentido de formalismo, ha sido derrotada por el sistema espiritualista. El primer resultado de la casi total desaparición del formalismo, fue la admisión de la contratación entre ausentes<sup>113</sup> incompatible, como es obvio, con toda idea de unidad de acto formalista. En el sistema de las formas libres, el momento de la perfección del contrato es un mero problema de prueba. El derecho material o sustantivo decidirá si la perfección contractual adviene en el momento de la declaración o de la emisión del acepto por el aceptante; o de la recepción o cognición del acepto por el oferente. Lo que equivale a decir: el derecho sustantivo, elige el momento; pero la llegada exacta de ese momento es una mera cuestión de prueba, que en el documento público, resuelve la fecha auténtica de los respectivos hechos perfectivos.

En resumen: la libertad de forma, supone la abolición de la unidad de acto, como requisito formalista. La admisión de la contratación entre ausentes implica la vigencia de un sistema contractual incompatible, en el fondo, con la unidad de acto del formalismo. La perfección contractual en un sistema espiritualista, consensual, es un mero problema de *prueba del momento*.

## 82. III. Desde el campo del "negotium" al del "instrumentum".

El instrumento ha sido el heredero del formalismo. La unidad de acto formalista, en la dimensión papel, se transmutó de *forma-rito* en *forma-prueba*; la *unidad de acto del negotium* se convirtió en la *integridad del texto auténtico*.<sup>114</sup>

La unidad de acto formalista implicaba un contorno robusto e indeleble que deslindaba el acto (necesariamente completo o inexistente) de los actos preliminares y de los posteriores. Todo hecho o convenio que quedaba fuera del único acto era inexistente y, por tanto, las *contre-lettres*.

La desaparición del formalismo y la divulgación del arte de escribir, dieron lugar a las *contre-lettres* modificativas de un documento principal. De esta manera nos encontramos con la posibilidad —y con la frecuencia— de un documento principal básico y de documentos posteriores (*contre-lettres*) que lo modifican.

Esta diversidad de contextos referentes a un mismo negocio —*de eadem re*— puede crear una situación confusa, que tal vez deban sufrirla las partes que la hayan creado —teoría de la responsabilidad— pero que no deben en modo alguno padecerla los terceros.

Pero el instrumento público había quedado moldeado, acuñado, por el negocio formalista. Conservaba el concepto de unidad de acto referido a su

<sup>113</sup> Para España, el problema en las Partidas y el Ordenamiento de Alcalá, cfr. NÚÑEZ LAGOS: *Hechos y derechos*, núms. 104 y sigs.

<sup>114</sup> Cfr. NÚÑEZ LAGOS: *Hechos y derechos*, núms. 17 y sigs.

contexto auténtico con el nombre de *integridad* que, si en aras de la buena fe, no podía imponerse a las partes escientes y firmantes de una *contrelettre*, debía subsistir y subsistía en plena vigencia respecto de terceros. De ahí dos consecuencias, afirmadas por los Códigos:

a) Las *contre-lettres* en documento privado, hechas para alterar lo pactado en escritura pública, no producen efecto contra tercero (art. 1.230 C. c. esp.).

b) “Las escrituras públicas hechas para desvirtuar otras anteriores entre los mismos interesados, sólo producirán efecto contra tercero cuando el contenido de aquéllas hubiera sido anotado al margen de la escritura matriz y del traslado o copia en cuya virtud hubiese procedido el tercero” (art. 1.219 C. c. español).

En resumen: la unidad de acto formalista ha pasado del *negotium*, al *instrumentum*: se llama *integridad* del texto y contexto auténtico, integridad de la fe pública: *uno tempore, textus unus*.

Con una consecuencia terrible: 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.

## II. *La lectura.*

83. Después de la presencia física de todos los comparecientes y en su caso de los testigos, la siguiente fase de la audiencia es la lectura.

La lectura, notarialmente, tiene dos aspectos y dos órdenes de problemas: uno, el hecho de la lectura; otro, la narración instrumental de este hecho. Una cosa es leer y otra decir que se ha leído: dimensión acto y dimensión papel.

### a) *Valor de la lectura como solemnidad.*

84. La lectura no es un requisito de forma esencial para la validez de un *negotium* o contrato. Perteneció al plano del *instrumentum*, a la dimensión acto. Es presupuesto necesario para la validez del consentimiento autenticado. Nunca se ha prescindido de la lectura. Sin embargo, su omisión, visto el problema a través de la Historia, no ha producido directamente la nulidad formal, por falta de solemnidad, sino la nulidad de fondo mediante la *exceptio de schedula non lecta*<sup>115</sup> por inexistencia de consentimiento. Notarialmente no hay más consentimiento que el que cubre la lectura. Todo documento firmado obliga a su autor, *si sciebat contenta*, si se conoce su

---

<sup>115</sup> Para más detalles sobre su historia y valor actual, cfr. NÚÑEZ LAGOS: *Valor del documento notarial*, Parte II: La excepción de documento no leído. La firma sólo es una presunción *iuris tantum de veracidad* (Casación, 12 noviembre de 1947).

contenido; *scriptura non lecta, non praeiudicat suscribenti*. Precisamente la lectura del notario aseguraba la lectura efectiva, y la fe pública de la narración de este hecho era un baluarte inaccesible para la *schaedula non lecta*. En todo caso frente a la fe pública la *exceptio de schaedula non lecta* tenía que adoptar la vestidura de la querrela por falsedad. El artículo 25, *in fine*, de la ley española, exige al notario que en el documento dé fe —narración— de la lectura, lo que implica la inexcusabilidad del hecho narrado, bajo pena de nulidad<sup>116</sup> y en su caso de falsedad.

85. b) *Valor de la mención auténtica de la lectura*. La lectura, de hecho ha sido siempre exigida. No así su mención documental.

1) Hay legislaciones —la española, por ejemplo— que exigen esa mención (art. 25 ley) calificándola de “relativa a la forma de los instrumentos” (art. 29). La falta de tal mención produciría la nulidad formal.

2) Otras legislaciones —la francesa, por ejemplo— sancionan la falta de mención documental con una multa (art. 13 ley 25 Ventoso año XI). Los efectos civiles de tal falta, al margen de toda acción de nulidad, se limitarían a permitir, sin necesidad de querrela de falsedad, la *excepción de schaedula non lecta*, en igual medida que si el documento fuera privado.

86. c) *Renuncia a la lectura*.

La legislación italiana (art. 51, núm. 28, ley 16 febrero 1913), exige la lectura y su mención documental. Sin embargo, faculta la omisión de la lectura por expresa voluntad de los comparecientes que sepan leer y escribir, haciéndose mención del hecho de la renuncia.

Únicamente en presencia de una autorización legal tan expresa podrá omitirse la lectura.<sup>117</sup>

d) *Elementos de la lectura*.

*Elementos personales*.

87. 1) *quien lee*: El notario. En la redacción subjetiva de muchas cartas medievales,<sup>118</sup> aparece como lector, el “autor”, y a veces el notario, a ruegos y en lugar del autor. Lo natural es que lea el notario y las leyes

---

<sup>116</sup> “L’obligation de la lecture est d’ordre public”. RAUCQ et CAMBIER, ob. cit., núm. 1362.

“Tout acte notarié doit être lu aux parties qui y comparaissent. Cette lecture est exigée pour que les parties puissent constater que l’acte renferme l’expression exacte de leurs volontés et qu’il ne contient rien de contraire à leurs conventions. Cette lecture doit être faite avant la signature des parties ou la déclaration qu’elles font de ne savoir ou de ne pouvoir signer”. AMIAUD: *Traité-Formulaire*. París, 1924, tomo I, pág. 61.

<sup>117</sup> “Les parties ne peuvent dispenser le notaire de l’accomplissement de ce devoir”. RAUCQ et CAMBIER, loc. cit., núm. 1362.

<sup>118</sup> Cfr. NÚÑEZ LAGOS: *Documento medieval*, IX, lectura y firma.

modernas, o lo exigen directamente o lo sobreentienden. Puede leer también cualquiera de los comparecientes, por sí o por persona extraña de su elección.

88. 2) *a quien lee*: A todos los comparecientes —y en su caso a los testigos—, juntos, en presencia necesaria los unos de los otros, *uno ictu*, a la vez.

La lectura notarial es necesariamente *colecta*,<sup>119</sup> es decir: un acto *colectivo*. Es el presupuesto indispensable del *co-sentir* para *consentir* (ver antes núm. 80).

89. *Elemento real: qué se lee*: El texto y contexto íntegros del instrumento y el de los documentos unidos.<sup>120</sup> La lectura truncada equivale a la no lectura. La integridad es de esencia de la lectura.

#### *Elemento formal: cómo se lee*:

90. a) En alta voz. La lectura ha de ser audible para todos. El sordo debe leer por sí mismo, haciéndose constar así en el instrumento.

91. b) La lectura ha de ser seguida *inmediatamente*, en el mismo acto, del consentimiento y firma. El *consentir* es la segunda fase del previo *co-sentir*. El consentimiento instrumental es un consentimiento “concentrado”, esto es, regido por el principio de concentración: todas las fases del hecho del otorgamiento se celebran, se “concentran”, en la misma audiencia. Todo otro consentimiento, es un consentimiento inauténtico.

### III. *Las advertencias. La “certioratio”*.

92. 1), ilustración sobre *el contenido* del documento.

La lectura por sí misma no era suficiente: no era más que un medio para el consentimiento esciente. El instrumento obligaba, *si sciebat contenta*, si se conocía su contenido. Esto a veces, no era tan sencillo.

93. 2), ilustración sobre *sus consecuencias*.

La complejidad de la redacción, sobre todo las renunciaciones de leyes, complicaron las cosas. No bastaba con conocer el texto del instrumento, sino también sus consecuencias. *Ignorantia circa effectum legis renuntiationis vel pacta excusat*.

---

<sup>119</sup> Como las oraciones de la Santa Misa, llamadas así porque se dicen cuando están juntos los fieles para celebrar los divinos oficios.

<sup>120</sup> En cuanto a los documentos unidos, su lectura es obvia. El texto del instrumento podría estar modificado o condicionado por el de los documentos unidos. Por otro lado, el consentimiento no queda autenticado más allá de lo leído. Ley italiana, lo exigen expresamente (art. 51). La doctrina franco-belga distingue la importancia de los documentos unidos (annexes). Deben leerse todos a excepción de los poderes, planos, notificaciones, anuncios, sentencias, etc. (RAUCQ et CAMBIER, ob. cit., número 1367).

La solución se buscó, como de costumbre, en las *cautelae tabellionis*.<sup>121</sup> El notario de buen consejo<sup>122</sup> debía advertir a los comparecientes la significación y consecuencias legales de las cláusulas del instrumento, a fin de que las partes quedaran perfectamente *cercioradas* de la significación y alcance de sus actos. Cerciorada la parte no podía alegar ignorancia. "*Certiorata parte, ignorantia non excusat.*"

94. La doctrina de la "certioratio" empezó con el problema de la *scientia* de la mujer casada<sup>123</sup> en la renuncia del Senado-consulta Veleyano; siguió con motivo de la renuncia a la célebre "lex Secunda" sobre lesión *ultra dimidium* o en más de la mitad de su justo precio; se amplió a la renuncia del saneamiento por evicción<sup>124</sup> y finalmente se aplicó, *identitate*

<sup>121</sup> Cfr. NÚÑEZ LAGOS: *Hechos y derechos*, núms. 121 y 122.

<sup>122</sup> "El escrivano de buen consejo debe avisar a las partes que..." MONTEROSO y ALVARADO, ob. cit., folio 130 vuelto. "Il doit (le notaire) éclairer les parties sur le mérite et les conséquences de leurs conventions, les assister de ses conseils dans leurs opérations, veiller particulièrement aux intérêts des mineurs, des femmes, des gens sans expérience, et s'opposer à toute fraude et à toute violence". CLERC et MAGUET, ob. cit., núm. 5246. Sin embargo, no parece que estos autores se dan cuenta de la significación jurídica de las advertencias y agregan: "C'est une question de délicatesse et d'assistance". La doctrina y jurisprudencia belga llevan el problema al capítulo de la responsabilidad por daños y perjuicios del notario en caso de deficiente cumplimiento de su "deber de consejo legal". El influjo de la *ignorantia partis* sobre la validez del acto, en ningún momento, al parecer, se ha planteado. "Le notaire n'est pas un rédacteur passif et silencieux. Il est encore et surtout le conseil legal des parties". RAUCQ et CAMBIER, ob. cit., núm. 2843. "Le notaire doit éclairer les parties dont il possède la confiance sur la véritable position, en leur faisant comprendre la portée des engagements qu'elles contractent, ce surtout dans les matieres dont les conséquences juridiques échappent aux personnes étrangères à la connaissance du droit et exigent, au contraire, les lumières des notaires ou des hommes de loi. Le notaire qui, par erreur ou oubli, manque à ce devoir, commet une faute dont il doit réparation". RAUCQ et CAMBIER, ob. cit., núm. 2847, invocando la jurisprudencia belga.

<sup>123</sup> Fórmula española del siglo XVIII. "Y yo, la dicha Fulana, renuncio el auxilio y leyes del Veleyano, Senado Consulta, Nuevas constituciones, leyes de Toro, de Madrid, y de Partidas; porque, como *sabedora* de ellas, y *avisada* en especial de su efecto, quiero que no me valgan, ni en este caso aprovechen. Y juro a Dios N. S. y por una señal de Cruz, que hago, de no oponerme contra esta escritura, por mi dote, arrhas, bienes hereditarios, parafernales, multiplicados, ni por otro algún derecho que me pertenezca; y porque es de mi utilidad y conveniencia el hacerla declaro que la otorgo, sin premio, ni fuerza alguna, sí de mi voluntad libre: que no tengo hecho protestación en contrario: que si pareciere la revoco; que no pediré *absolución*, ni *relaxación* de este juramento al que me la pueda conceder, y que si de propio motu me se concediere, no usaré de ella, so pena de perjury". "Nota III. El Escrivano debe *dar fe* de averlas *avisado* del beneficio de estas leyes al tiempo de otorgar la Escritura y hazer la renunciación, porque de otra suerte sería *nula*, por no saber la mujer lo que renunciaba". Ros, ob. cit., I, págs. 8 y 9.

<sup>124</sup> El art. 1477 del vigente Código civil español exige todavía la *certioratio*... "a no ser que el comprador hubiese hecho la renuncia con *conocimiento* de los riesgos de la evicción y sometiéndose a sus *consecuencias*".

*rationis*, a todo “pacto especial” primero y *ad cautelam*, a todo el contenido del documento,<sup>125</sup> buscando su firmeza al amparo de la regla: *Nulla injuria est, quae in volentem fiat*.<sup>126</sup>

Generalizando el sistema, el fisco aprovechó la técnica imponiendo al notario (en muchos países), la obligación de advertir a los comparecientes sus obligaciones fiscales.

Dentro de las “advertencias”, en España se dibujó un grupo denominado “reservas” que contenía los avisos que el Notario daba a los comparecientes acerca de la existencia de derechos a favor de terceras personas (hipotecas legales y tácitas, por ejemplo, que habían de quedar a salvo en virtud de privilegio legal o de retenciones o limitaciones de dominio —*iure conditio*— derivados de títulos anteriores). Parece ser que el motivo del distingo técnico fue la consideración de que en la reserva, aparte la enseñanza, había un cierto grado de reconocimiento del derecho reservado, al paso que en la advertencia no había más que la debida ilustración del otorgante.

Finalmente, las advertencias, fueron el mecanismo técnico necesario para que el notario en ciertos casos, salve su responsabilidad.<sup>127</sup>

Como en todo problema de Derecho notarial, las advertencias presentaban un doble aspecto: primero el hecho de que la advertencia se hiciera

---

<sup>125</sup> Pinelus. Ad rubricam et legem secundam Codicis de rescindenda venditione, tertia pars legis, cap. I, núm. 15. COMES, *Viridarium*, cit., págs. 21-22. Su adaptador castellano (véase antes nota al núm. 72) dice: “Antes de que se retiren las partes de su presencia, les leerá inteligiblemente los pactos, renunciaciones, obligaciones y cesiones que hayan hecho, y las cláusulas de estilo que se hayan ‘extendido’, *instruyéndoles* lo bastante sobre ello, y con mayor amplitud si aun no lo entendieren”. (Se llamaba *extender* cláusulas, a desarrollar con el llamado estilo, las cláusulas ceteradas en la imbreviatura, nota o apricia. Véase antes nota núm. 28). El enterado del compareciente se hacía constar de modo expreso. Así por ejemplo: una fórmula española de arrendamiento del siglo XVIII. “Y estas condiciones *entendidas* por mi dicho Fulano, acepto, con lo demás contenido en esta Escritura, ofreciendo cumplir todo de la manera que va expresado”. ROS, ob. cit., II, págs. 117 y 118.

<sup>126</sup> D. 47. 10 de iniur. 1.5.

<sup>127</sup> No sólo en España. Para Francia. “Comment peut-il mettre à couvert sa responsabilité? En exigeant des parties une requisition expresse de passer l’acte, avec mention de l’avertissement qu’il leur a donné. CLERC et MAGUER, ob. cit., núm. 5244. Para Bélgica: “La décharge de responsabilité est le pendent du devoir du conseil légal. Certaines clauses imposées par les parties, sans être strictement illégales, peuvent néanmoins présenter des dangers en droit ou en fait. Le notaire ne peut refuser de recevoir l’acte en raison de ces clauses, mais il est de son devoir d’attirer l’attention des parties sur les risques de l’opération. La décharge de responsabilité lui permet de se ménager la preuve de l’accomplissement de son devoir de conseil légal. RAUCQ et CAMBIER, ob. cit., núm. 2641. “On entend par clauses préventives ou d’exonération certaines mentions que le notaire insère dans l’acte à l’effet de constater...” (l’accomplissement de son devoir de conseil légal). *Ibidem*, núm. 2640.

por el notario; segundo: obligatoriedad o voluntariedad de su expresión documental.

En general, el sistema preferido por la práctica ha sido el de cumplir el hecho y omitir su concreta narración, limitándose el notario, a hacer de palabra las advertencias necesarias.<sup>128</sup>

95. IV. La reiteración del consentimiento (*geminatus consensus*). La fórmula "Así lo otorga"; equivalente funcional en francés, "Dont acte".

La fórmula "así lo otorga" —declaración aprobatoria y terminal del acto— en sus antecedentes históricos, resulta preñada de significaciones. Veámoslo en el doble aspecto del *negotium* y del *instrumentum*.

1) En el *negotium*.

96. a) *Valor asuntivo*. Por razón de etimología y por la contraposición entre otorgante y aceptante, parece que recoge la herencia medieval<sup>129</sup> del "auctor" o autor del documento (*se auctorem facere*). En el estilo de los instrumentos públicos, ya lo hemos dicho, no cabe el impersonal. No es posible, en modo alguno, el "se dice". Hay que señalar por el notario *quién* lo dice —valor de autenticidad—, antes de *lo que* dice —valor de testimonio—. El "otorga" acompaña o se refiere siempre a un nombre: "Así lo otorgo, yo, Fulano". Es antes que nada una imputación.

97. b) *Valor confirmativo*. Luego de advertidos o cerciorados los otorgantes consienten el acto documental, escientes y conscientes de todas las consecuencias del negocio. Este consentimiento se produce incluso después de haber consentido, uno a uno, los pactos del negocio o capítulos del instrumento. Con respecto a cada pacto válido, singularmente considerado, el *otorga* final es una confirmación. Pero con respecto a cada pacto, en sí mismo no válido —nudo pacto—, o de dudosa eficacia, es algo más: es una sanación.

98. c) *Valor sanativo (sanatio in radice)*. La *stipulatio* había consagrado, como contestación a la pregunta formularia, las palabras "promitto", "dico", etc., para cada singular estipulación, obligación o cláusula. Desapa-

---

<sup>128</sup> Durante un cierto tiempo en el pasado siglo XIX la legislación española exigió al notario que consignara expresamente en el documento ciertas reservas y advertencias sobre derechos de hipoteca legal del Estado, la Provincia y el Municipio y sobre determinadas obligaciones fiscales de los otorgantes. Más adelante se permitió que el Notario hiciera dichas advertencias únicamente de palabra, diciendo en el texto: "Se hicieron las reservas y advertencias legales". Pero, a la época de las advertencias expresadas en el contexto se debe, quizá, el desplazamiento de lugar de las mismas, colocándolas al final del instrumento, después de la aceptación del mismo, cuando precisamente la *certioratio* debía preceder a la aceptación y otorgamiento. Una fórmula correcta decía: "Los otorgantes aceptan esta escritura y sus efectos legales después que yo el Notario les hice las reservas y advertencias pertinentes."

<sup>129</sup> Véase antes núms. 25 y 32.

recida más tarde la necesidad formalista de la *stipulatio*, la fuerza de obligar no se derivó de las palabras “promitto”, “dicto”, etc., sino del consentimiento que las informa. No son ya palabras solemnes sino expresiones de consentimiento. Persistió el uso de “prometo”, “digo”, etc., pero al mismo tiempo y en su mismo lugar y significación se emplearon “quiere”, “consiento”, “otorgo”, “es mi voluntad”.

Pero sobre todo persistió el “sentido claustral” de cada capítulo o pacto. En el estilo de las viejas fórmulas notariales la mayoría de las cláusulas de una escritura empiezan con la palabra “promete”, “quiere”, “otorga” u otra análoga. El contrato resultaba, de esta manera, consentido pieza a pieza, capítulo a capítulo, cláusula a cláusula, en un rosario de sucesivos “otrosí otorga”, cada uno con su eficacia exclusiva y autónoma, independiente de la validez o *inutilidad* de los demás. Había que hacer compartimientos estancos de eficacias, a fin de preservar lo válido de lo inválido. Era una herencia de la “*stipulatio*”, y del nudo pacto.

En rigor de verdad, al llegar al final del texto instrumental está ya todo él aprobado y consentido al estarlo uno a uno los singulares pactos del negocio o capítulos del instrumento. Sin embargo, notarialmente, se vuelve a consignar un último *otorga* global y solemne: “Así lo otorgan”. Un nuevo consentimiento expreso que tiene valor sanativo de la posible ineficacia de ciertos pactos (*sanatio in radice*).

99. En efecto: la *certioratio* implicaba y exigía no sólo la debida ilustración del otorgante, sino un nuevo consentimiento a las consecuencias del acto o contrato. Los doctores no tardaron en ver las ventajas de generalizar a todos los pactos este segundo consentimiento con independencia de la *certioratio*.<sup>130</sup> Recordaron la teoría del *geminatus consensus*<sup>131</sup> de los glosadores: todo pacto que no tenga fuerza de obligar por sí mismo, por ser nudo o a veces inválido, adviene plenamente eficaz si concurren sucesivamente

---

<sup>130</sup> Tenían el hábito mental de la eficacia convalidante de la *stipulatio poenae*. El *geminatus consensus* venía a ser un subrogado de la *stipulatio poenae*. Cfr. para el documento notarial. NÚÑEZ LAGOS: *Documento medieval*, XIII-VI.

<sup>131</sup> “La construcción es varia: A) El primer nudo pacto engendró una obligación natural. El segundo tiene la *actio de pecunia constituta*. Es *constitutum* de la obligación natural del primero. B) El segundo pacto vale como segunda *confessio extrajudicialis* del primero. Es una aplicación de la regla de que dos confesiones extrajudiciales equivalen a una judicial *Confessio extrajudicialis geminata vim et effectum confessionis iudicialis unice*. C) Es válido como todo pacto reforzado con juramento. La iteración revela una voluntad perseverante y se puede equiparar al juramento. *Actus enim geminatus vel perseverantia multum arguunt ad utilitatem eius quod agitur*. D) Es válido el segundo pacto *transactionis causa*. E) Es un *pactum nominatum*, porque en las fuentes justinianeas *habet nomen iuris*. F) Es un *pactum nudum a solemnitate, sed non nudum a causa*. El pacto primero sirve de causa al segundo (*causa civilis*). NÚÑEZ LAGOS: *Hechos y derechos*, núm. 151. Cfr. también ASTUTI (Guido): “*Pactum geminatum*”, en *Studi Besta*, I, págs. 221-263.

sobre él —*de eadem re*— dos consentimientos de la misma parte contratante; “quando bis consensit”. Aunque la teoría se aplicó primeramente a dos consentimientos *ex intervallo*, se hizo extensiva a los consentimientos sucesivos, *in continenti, ratione solemnitatis, ex auctoritate tabellionis*.

De esta manera, sin perjuicio de los “promete”, “quiero”, “otorgo”, surge al final del documento, un “así lo otorga”, o “así lo otorgo”, puesto por el notario, que hace válidos todos los pactos y renunciaciones por el doble camino de la *certioratio* y del consentimiento reiterado.

## 2. En el *instrumentum*.

100. d) *Valor instrumental*.—*Negotium e instrumentum* son dos elementos distintos; ya lo hemos visto. Pero ambos tienen una única fuente de eficacia: el consentimiento. El mismo consentimiento comunica simultáneamente eficacia al negocio y al instrumento.

Los consentimientos singulares que pudiera haber en el texto del instrumento (históricamente a la entrada de cada cláusula, con su “otrosí otorga”), son consentimientos de naturaleza sustantiva; se refieren al negocio, acto o contrato, y no al instrumento.

El consentimiento genérico, global que implica el “Así lo otorga”, “Dont acte”, es un consentimiento, no sólo, *reiterativamente* del negocio, sino *constitutivamente* del instrumento. Es un consentimiento que se produce y refiere a la post-lectura del texto y contexto documental. Esto tiene su importancia: el orden cronológico en que acaecen las distintas fases de la audiencia, produce sus consecuencias jurídicas. El tiempo, como hecho jurídico, y los hechos consumados, en ningún caso dejan de tener eficacia.

No hay que olvidar que:

a) Las declaraciones de voluntad de los interesados al notario y la redacción del instrumento son *actos previos* a la audiencia oficial. Es una audiencia privada carente, por sí misma, de significación jurídica y, por tanto, de autenticidad.

b) La lectura, las advertencias y el otorgamiento, son hechos entre sí distintos y sucesivos dentro de la misma unitaria audiencia oficial. Este orden sucesivo produce:

### 1) *En el plano del negotium*.

101. a) *Renovatio contractus*. El negocio jurídico que los comparecientes han “declarado” al notario, no es idéntico al que el notario ha redactado y lee en la audiencia, en el acto del otorgamiento. El notario ha manipulado su contenido, con otros ingredientes técnico-jurídicos, muchos de ellos legalmente forzosos, originando una *renovatio contractus*. (Degenkolb).<sup>132</sup> La mis-

---

<sup>132</sup> Cfr. in extenso, NÚÑEZ LAGOS: *Hechos y derechos en el documento público*, núm. 143 y sigs. DEGENKOLB: “Die Vertragsvollziehung als Vertragsreproduktion”, en *Archiv für die civilistische Praxis*, tomo 71, 1887, pág. 172.

ma materia adopta otra forma. Es una *specificatio* notarial. Exceptúase el caso de elevación a escritura pública de documentos privados, en el que subsiste la identidad negocial.

102. b) *Propuesta de contrato* (o de negocio jurídico). La redacción ha distanciado, por ministerio de la ley, de un lado, el negocio jurídico convenido por las partes *antes* de llegar al estudio del notario; y de otro lado, el “proyecto de instrumento” que el notario les formula *después*.

La solemnidad de la lectura convierte el proyecto de instrumento en propuesta de contrato (o de *negotium*). Si por puro Derecho civil, el negocio pudo preexistir al instrumento, en el acto de la audiencia, antes de la firma, el instrumento preexiste al negocio.

Los comparecientes, al otorgar, prestan un consentimiento adhesivo o asuntivo: asumen *un* negocio jurídico que sólo por el otorgamiento, pasa a ser *su* negocio jurídico, *su* contrato

Este papel asuntivo del consentimiento en el “Así lo otorga” (“Dont acte”), pone de relieve su absoluta independencia frente al consentimiento prestado privadamente por las partes antes de acudir a la notaría.

La unidad de fuente de eficacia —el consentimiento— no funde en uno los dos elementos: negocio e instrumento. Es posible la eficacia del uno sin el otro. En su aspecto negativo, lo proclama la distinción conceptual entre nulidad y falsedad.

103. c) *Negocio nulo e instrumento válido*.—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.

104. d) *Negocio válido e instrumento nulo*.—En el supuesto contrario de nulidad del instrumento y validez del negocio hay que distinguir:

*Regla general*: El instrumento puede ser ineficaz, subsistiendo el negocio jurídico: <sup>133</sup>

1) Por nulidad formal: Queda convertido en documento privado si estuviera firmado por los otorgantes (art. 1.223 C. c. esp.).

2) Por falsedad: Puede subsistir la convención por la eficacia de los consentimientos en los sistemas espiritualistas.

En todo caso la nulidad formal y la falsedad degradan el instrumento público, dejando entregado el negocio jurídico consensual a las incidencias de la prueba (contrato verbal, documento privado, etc.).

*Excepción*: El negocio jurídico fenece con el instrumento cuando éste viene exigido por la ley *ad solemnitatem, ad substantiam*. Esta excepción

---

<sup>133</sup> “Il est élémentaire que l'imperfection de l'instrumentum laisse subsister l'opération juridique (negotium)”. RAUCQ et GAMBIEP, ob. cit., núm. 1423.

pone de manifiesto que es mayor el influjo del instrumento sobre el negocio, que no a la inversa. La ecuación de valores independientes —sub a) y sub b)— ha quedado rota en favor del instrumento.

105. 2) *En el plano del instrumentum.*

La redacción ha precedido al acto; pero la lectura está involucrada<sup>134</sup> en el mismo acto, de la audiencia, como una solemnidad esencial. El texto y el contexto —literalidad— de la escritura, es un ingrediente que integra el acto desde dentro, a diferencia de las actas, cuyo texto es un relato posterior y externo que narra un hecho consumado previamente: actas de subasta, de protesto, etc.

El consentimiento y firma, así como en el plano del negocio transformó una propuesta de contrato, en contrato perfecto —fuerza de obligar del instrumento público—, en el plano de instrumento, un proyecto de escritura, un papel escrito sin valor jurídico, se convierte en hecho jurídico, en instrumento público, con plena eficacia legal en el ámbito de la fe pública —fuerza de probar del instrumento auténtico—.

## CAPÍTULO XI

### “AUDIENCIA” EN LAS ACTAS

106. Las actas han sido la cenicienta en los formularios notariales. Esto unido a la multiplicidad de hechos que pueden integrar su contenido hace más difícil su esquematización conceptual.

---

<sup>134</sup> El valor absorbente de la lectura en la audiencia y el significado vulgar de publicar hace que a veces algún autor parece referirse a la publicación como sinónimo de lectura: así: “... tendra *nota* el escribano de todas las escrituras que ha recibido... en donde hará firmar a las partes acabada de *publicar la Escritura...*”. Ros, ob. cit., tomo I, pág. 14. “... se *notan* las escrituras, *extendidas* o *elongadas* (\*) con todas las cláusulas y circunstancias que se *publican*, y desde entonces quedan allí por Matriz o Registro; y si al tiempo de la *publicación* se advirtiese algo, que se hubiere de borrar, quitar o añadir, se hace, salvándolo al fin de la Escritura, antes de las firmas de las Partes...”, Ros, ob. cit., I, pág. 15. Hemos conocido a Notarios y a ancianos empleados de notarías, que al acto del otorgamiento le llamaban publicación.

(\*) Las palabras “nota” y “notar” (de la que deriva notario) tiene tal arraigo, que aun después de haberse sustituido el sistema de la nota, *imbreviatura* o *apricia*, por el de instrumento o protocolo, se habla, refiriéndose al original o matriz, de notar, si bien se aclara que no en imbreviatura o abreviatura, sino en carta, esto es, “*extendidas* o *elongadas*”. Se “notaban” las imbreviaturas o notas; se *extendían* las cartas, porque se desarrollaban mediante fórmulas de estilo las abreviaturas y cláusulas ceteradas. *Notar* y *extender* tenían su significado diferenciado y preciso en un mismo sistema de imbreviatura o nota. (Véase nota al núm. 68.)

a) Las actas, por definición, no contienen declaraciones de voluntad. A lo sumo, declaraciones de verdad por parte de los interesados. (Actas de manifestaciones o de referencia). El contenido de las actas, son los hechos patentes, evidentes, no los contratos ni negocios jurídicos. Tampoco los "consentimientos".

b) Hay narración y no redacción. La narración para ser tal, no precede, sino que sigue al hecho o acto. El notario no declara lo que sabe, sino narra lo que ve o lo que oye, *ex officio*. La ciencia privada del notario, en ciertos casos debe "rechazar" y hasta "evitar" *urbi et orbi* el documento, pero, en ningún caso, puede entrar en él. Por eso el notario no hace declaración de verdad o de ciencia.

c) La audiencia puede ser única —acta de subasta, por ejemplo— o múltiples y sucesivas (actas de notoriedad, de requerimientos, etc.).

d) La mal llamada audiencia múltiple exige tantos textos como audiencias. El primer texto comprenderá la *rogatio* o requerimiento al notario; los restantes textos serán *diligencias*.

e) La lectura y el consentimiento (formal) tienen distinta naturaleza.

107. Como no hay previa redacción, y la narración, para ser tal, no precede, sino que sigue al hecho o acto, la lectura del texto documental no forma parte integrante del hecho relatado —el hecho que la motiva—, y se consienta o no se consienta por los interesados el texto leído, los hechos consumados son totalmente irreversibles y autónomos.

Una escritura que no llega a firmarse por los comparecientes, se queda en proyecto de instrumento.

En un acta, el problema varía:

a) Los interesados (requeridos o notificados, etc.) se abstienen de firmar. Basta con la fe pública y la firma del notario para la perfección instrumental del acta. Tiene plena fuerza de probar.

b) Los interesados firman. La firma, la aprobación del texto del acta no implica la prestación de ningún consentimiento sustantivo. Únicamente significa la conformidad con el relato, la comprobación de su exactitud e integridad. Si a esta conformidad se le quiere llamar consentimiento, es un consentimiento formal, no sustantivo.

Finalmente, las actas tienen, como se ve, audiencia, pero ésta no tiene ni puede tener expresión documental de otorgamiento, de *asunción* de declaración de voluntad.

## CAPÍTULO XII

### “AUDIENCIA”. FORMA DOCUMENTAL

#### H) FORMA DOCUMENTAL DE LA AUDIENCIA

108. La forma de la audiencia no se refiere a la forma o rito del acto —actum—, sino a su constancia dentro del instrumento —dictum—. Las legislaciones positivas en esta materia —como en toda la notarial— confunden e involucran con frecuencia los requisitos del acto de la audiencia, con las menciones o enunciaciones instrumentales de carácter necesario.

La forma de la audiencia —publicación: *passatio*: pasamiento: *passement*— tiene una parte final común a escrituras y actas —llamada “autorización”— y otra parte (que la antecede), distinta para escrituras —otorgamiento— y para actas, en las que no tiene nombre específico. Procedamos, pues, por su orden cronológico e instrumental:

A) *en las escrituras*: el otorgamiento.

109. Durante siglos se ha venido empleando en la lengua española la frase “Así lo otorga” o “Así lo dice y otorga Don... en presencia de los testigos...”. En la actualidad muchos notarios suprimen la frase “Así lo otorga” (*Dont acte*) a comienzo del párrafo, intitulado en cambio la sección con el rótulo de “Otorgamiento”. Esta mención documental no viene exigida por la ley.

110. Las demás menciones del otorgamiento son las relativas a:

- a) las reservas y advertencias legales y ocasionales.
- b) los testigos instrumentales, en los casos en que la ley exija su presencia (nombre, apellidos, domicilio, etc.).
- c) testigos de conocimiento.
- d) lectura del documento; *quién lee*: notario después de advertir a los otorgantes y testigos el derecho de leer por sí o por persona de su elección; lectura por sí mismo del sordo; doble lectura en caso de testamento del ciego (por el notario y por persona de la elección del otorgante) y *cómo se ha leído* (en alta voz, íntegramente y en un solo acto).
- e) el enterado de los comparecientes. No lo exige la legislación de modo expreso. Es una tradición y una buena costumbre notarial. “Y enterados de su contenido, prestan su consentimiento y firman.”
- f) la declaración de que el texto leído está conforme con la voluntad otorgante; esto es, prestación de consentimiento. Se dice a pesar de que ha precedido el “así lo otorga”.
- g) la firma. Se expresará en el texto del documento —y por tanto antes de las firmas— que firman todos, o que alguno no firma por no saber o no

poder. La firma se verificará al pie del documento, en la forma habitual de cada firmante.

111. B) *En las actas.*

1) No existe otorgamiento, pues no contienen declaraciones de voluntad (negocios jurídicos, contratos, etc.).

2) Salvo en casos excepcionales, no intervienen testigos instrumentales. En cambio, pueden intervenir testigos *asertorios* que hagan o corroboren declaraciones de verdad. Una y otra clase de testigos, si intervienen, forman parte del acto o actos de audiencia.

3) La lectura, no es una solemnidad del acto de la audiencia, sino un hecho posterior, *ex intervallo*. Se hace constar que se lee, pero no en el mismo acto.

4) La aprobación de su contenido por los interesados, es como ya dijimos, una confirmación de la integridad y exactitud entre narración y hecho narrado.

5) La firma por los interesados tiene carácter voluntario. Se mencionará si firman todos los interesados, o si alguno no pudiere, no supiere o *no quisiere*.

112. C) *En las escrituras y actas: Autorización.*

En rigor la autorización consiste en la suscripción —en España: signo, firma, rúbrica y sello— por el notario que ha intervenido la audiencia. Sin embargo, por costumbre o exigencia legal el texto del documento comprende algunas menciones:

1) Las relativas al aspecto externo o material del instrumento.

a) manuscritura. La ley italiana de 1913 (art. 51, núm. 9), exige la mención expresa de que el instrumento ha sido manuscrito por el mismo notario o por persona de su confianza.

b) número de folios de que consta, y en algunas legislaciones, detalle de las páginas escritas y de los renglones en blanco, y de que han sido también firmados en su margen, los folios intermedios. En la legislación española, los folios llevan su numeración impresa por el Estado y es suficiente transcribir en el último pliego el número oficial de los precedentes.

2) La relativa a la terminación del instrumento. Es un recuerdo de la “completio”,<sup>135</sup> de la terminación solemne del *instrumento*. La fórmula medieval: “*Ego N. notarius, complevi et absolvi*” evoluciona al *Actum est; Acta fuerunt haec apud A; Facta carta; Acta fuit apud.*” “*Fait et passé.*” “*Fatto e pubblicato.*” En España por tradición, se ha conservado la frase “Doy fe”; “De todo lo cual, yo, el notario, doy fe”.

<sup>135</sup> Cfr. NÚÑEZ LAGOS: *Documento medieval*, XI-XII: Firma del Notario. La “completio”.

## CAPÍTULO XIII

### EL OBJETO DEL INSTRUMENTO PÚBLICO

#### 113. 1) HECHOS Y ACTOS

De igual manera que el *negotium* tiene un objeto —constitución, modificación, disposición, transmisión, enajenación, renuncia, extinción, etc., de relaciones jurídicas—, el instrumento tiene el suyo: los hechos en general, y en especial los hechos voluntarios: *actos* en sentido amplio,<sup>136</sup> o lo que es lo mismo, acto, *sub specie* de hecho. Se trata de la “dimensión acto” en el plano del instrumento.

#### 114. 2) POSICIÓN JURÍDICA DE NOTARIO Y DE COMPARECIENTE

La realidad principal del instrumento es el hecho de la presencia física de personas ante Notario. Es una realidad de sujetos: el notario es el sujeto, del *officium tabellionis, officium publicum*; los comparecientes son los sujetos a los que se imputan los actos.

La segunda realidad es que cada compareciente se trasciende y actúa: hace y habla. El compareciente es un sujeto activo. Por el contrario, la actividad del notario, como la actividad funcionarista de todo servicio público, es una actividad pasiva, recepticia,<sup>137</sup> de *visu et auditu suis sensibus*. El notario no concurre con su voluntad —como los comparecientes— a la

---

<sup>136</sup> En este sentido rebasa el concepto de “acte juridique” de los civilistas franceses, equivalente a “negocio jurídico” de los juristas alemanes (*Rechtsgeschäft*), italianos y españoles.

<sup>137</sup> Sin embargo, la actividad recepticia del notario está singularmente destacada por la especialidad de su función, como lo prueba el término empleado en España y América hispana de “recibir”, y en Francia, de “recepción”. La “recepción” se diferencia de la “autorización” y parece como el lado pasivo del otorgamiento: el notario “recibe” lo que el compareciente “otorga”. Así, ROS, *ob. cit.*, tomo I. “No puede el escrivano *recibir ni autorizar* escritura en que comprenda aver intervenido fuerza, lesión... o cualquiera otra circunstancia que no sea lícita [...]. No puede *recibir* escritura el Escrivano a su favor, de su muger, su padre..., pero contra sí, o de todos, o cualquiera de los mencionados, bien puede *autorizarla*” (pág. 49). “...y requirieron a mí el presente notario, que para futura memoria y conservación de los derechos de la dicha loable Cofradía, les *recibiera* esta pública escritura, que fue por mí *autorizada*: siendo testigos...”, pág. 271 (*ibidem*, págs. 271, 272, 274, etc.). Para Francia: “Quel moment faut-il considerer comme étant celui de la *reception* de l’acte? C’est l’instant ou le notaire, après avoir donné lecture de ce contrat aux parties reçoit leurs signatures”. CLERC et MAGUET, *ob. cit.*, núm. 5261.

formación del acto. El notario no manda ni decide<sup>138</sup> como el juez. A lo sumo hace algunas *calificaciones* —juicios de capacidad e identidad de los comparecientes, *nomen iuris del acto*, etc.— que son actos más de entendimiento que de voluntad.

Esto no quiere decir que los “actos” en el instrumento público, sean *todos*, actos de compareciente. También lo son —actos mixtos— del notario y algunos con exclusividad (comunicaciones u oficios al Registro de actos de última voluntad, notas de expedición de copias, etc.), pero de todo acto del notario hay que eliminar la voluntad en el sentido y la medida que la contiene el “acto de compareciente”. La redacción, la recepción y autorización del acto, no contienen, por parte del notario, ninguna declaración de voluntad, ni pública —como la del juez— ni privada como la de los comparecientes: las actividades del notario son meras condiciones formales de eficacia de los “actos de los comparecientes”.

### 3) CLASES DE ACTOS

Los motivos de clasificación pueden ser muchos. En aras a la brevedad esquemática que perseguimos, distinguiremos sólo tres criterios: a) Por el contenido técnico-notarial del acto. b) Por su forma instrumental. c) Por su eficacia.

#### A) *Por su contenido instrumental*

El notario actúa de *visu et auditu suis sensibus*. Luego cabe una primera clasificación de los actos en *actos de vista* para el notario (o actos de exhibición para los comparecientes), y *actos de oído* para el notario (o declaraciones de las partes).

115. 1) *Actos de vista o exhibiciones: presencias y daciones*. Dentro de ellos, hay exhibiciones esenciales, naturales y accidentales.

Exhibición *esencial*, es la presencia física de los comparecientes, y en su caso de testigos.

Exhibición *natural*, es la entrega al notario, para su estudio y comprobación, de documentos (títulos de propiedad, etc.). Estos actos de entrega se producen ordinariamente; pero no sólo pueden faltar, sino que algunos documentos no los admiten: testamentos, por ejemplo.

Exhibición *accidental*: la integran las llamadas *daciones* por Rolandino y la escuela de Bolonia: entregas de dinero (*pecunia numerata*), de títulos

---

<sup>138</sup> Fuera de la pequeña decisión de negarse, con justa causa, a prestar su ministerio. Pero esta decisión es extradocumental, de Derecho administrativo, y común a muchos, si no a todos, los funcionarios públicos.

de propiedad (*traditio chartae*), de llaves de un edificio (*traditio simbolica*), y en general, entregas de cosas a la vista y control del notario.

Todos estos actos *de visu*, dan lugar, como después veremos, a “autenticidades”, amparadas por el párrafo 1.º del artículo 1.218 del C. c. Tienen una fuerza de probar extraordinaria: “los ojos se creen a sí mismos; los oídos creen a los ojos de los demás” (proverbio griego).

#### 116. 2) *Actos de oído o declaraciones.*

Los comparecientes *dicen*. El notario *oye*. Estos actos se pueden diferenciar en:

a) *actos de instancia.* El compareciente pide o solicita del notario que intervenga y documente un *hecho* o un *dicho*.

I. *Esencial.* La “*rogatio*”. El notario no puede proceder de oficio, sino a instancia de parte: ha de ser solicitada su intervención. Sin embargo, no siempre se hace constar expresamente en el documento. En las escrituras, la *rogatio* es predocumental, y por lo tanto, documentalmente implícita en el hecho de la comparecencia. En las actas, frecuentemente es expresa: “El compareciente me requiere para que...” (La *rogatio* va unida o incluida en el acto de instancia que ha de ser objeto de la diligencia.)

II. *Natural.* En algunas escrituras, después de la parte dispositiva, el compareciente pide al notario que practique determinadas diligencias complementarias. Por ejemplo: en la revocación de poderes, ordinariamente se requiere al notario para que notifique la revocación al apoderado.

III. *Accidental.* En las escrituras muy rara vez; en las actas, sobre todo en las de sesiones públicas o cuasi públicas —subastas, juntas generales de compañías, etc.—, algún interesado pide al notario que haga constar “algo concreto” (*dicho o hecho*) en el texto del instrumento.

b) *declaraciones de verdad.* Son hechos pretéritos relatados por el compareciente. (Los hechos presentes los narra el notario.) Pueden tener por destinatario al mismo notario —afirmaciones— o a la otra parte —aseveraciones—.

117. a) *afirmaciones:* Son las participaciones de hechos, cualidades o situaciones que hace el compareciente al Notario y que éste tiene en cuenta en la redacción del documento. Las recoge el notario en la relación de antecedentes —exposición— que forman el proemio del instrumento, antes de las estipulaciones.

118. b) *aseveraciones o atestaciones:* Se refieren a la existencia o no existencia de hechos. Su finalidad es sentar hechos a título de verdad. *Ad exemplum:* En las escrituras, el vendedor asevera que la finca vendida no tiene cargas, o colonos, o inquilinos; el mandatario asegura que el poder no le ha sido revocado, suspenso ni limitado en modo alguno; el adherente, que no ha sido revocado el instrumento principal, etc. En las *actas* de refe-

rencia el manifestarse hace constar los hechos que le interesan, etc. Las aseveraciones son de cuenta y riesgo de su autor; el notario únicamente las escucha. Repitémoslo: “los ojos se creen a sí mismos; los oídos creen a los ojos de los demás”.

c) *Declaraciones de voluntad*: Los comparecientes establecen vínculos jurídicos entre partes, mediante declaraciones de voluntad. Las partes quieren, disponen y adquieren. La declaración de voluntad puede ser:

119. a) *declaraciones de voluntad simples*. Voluntad y declaración ya existen antes de la firma del documento. El instrumento formaliza públicamente vinculaciones privadas entre las partes.<sup>139</sup>

120. b) *decisiones de voluntad*. La declaración de voluntad, en el sentido del Derecho civil, tiene mucho de abstracción. La decisión, por el contrario, es una realidad concreta, actuada y eficaz, y sobre todo *actual* en el momento de la firma del instrumento.

Frecuentemente las partes no llegan vinculadas a la notaría. En la “audiencia” todavía deliberan. Los comparecientes forman un pequeño órgano deliberante, llegan a un acuerdo, toman un acuerdo: es un acto *decisionista* en presencia del notario. Antes de ese momento, no sólo no existía declaración; ni siquiera voluntad. Voluntad, declaración y otorgamiento instrumental coinciden en un mismo punto de instantaneidad.

121. c) *declaraciones de vigencia*. Muchas veces las partes están de acuerdo sobre todo el contenido del negocio jurídico. Hay voluntad y hay declaración, mas ambas cosas, tácitamente o por costumbre, quedan incluidas entre los “tratos”. Hay una subconsciente distinción entre el “ser” de la declaración de voluntad y su “vigencia” o eficacia. La declaración de voluntad es una concreción final, una conclusión de los tratos, que no han de pasar a “contrato”, a negocio jurídico, sino *por* y *desde* la firma del instrumento público.<sup>140</sup> El “otorga” de la escritura es una declaración de validez, una decisión de vigencia, de puesta en vigor. Esta forma de expresión de voluntad es más frecuente de lo que se cree: era la tradicional en los instrumentos públicos, cuando los tratos eran nudos pactos, que la escritura transformaba en “promesas”, en estipulaciones. El instrumento público de hoy es el heredero de esa estructura medieval de “promissionis” y “dationis”.

### 122. 3) *Comunicación de las declaraciones*.

Las declaraciones, tanto de verdad como de voluntad, incluso extranotariales, en muchos casos han de ser comunicadas por el notario a persona no compareciente, o dicho en otras palabras: el hecho notarial de una decla-

---

<sup>139</sup> Cfr. la distinta situación jurídica de estas vinculaciones frente al documento, en NÚÑEZ LAGOS: *Hechos y derechos*, núms. 133 y sigs.

<sup>140</sup> Cfr. ROLANDINO: *Aurora*, trad. esp. cit., pág. 27, y los textos del Derecho romano allí citados.

ración consumada, se participa por el notario a un destinatario determinado. Esta participación puede ser:

123. a) simple, o participación de ciencia. Es la *notificación*: se limita a poner en conocimiento de un destinatario el hecho consumado de una declaración de verdad o de voluntad.

124. b) compuesta o conminatoria. Es el *requerimiento*. No sólo se pone en conocimiento —notificación— del destinatario el hecho y el contenido de una declaración, de verdad o de voluntad, sino que se solicita o se exige del destinatario una determinada conducta: un dar o un hacer (ofrecimientos e intimaciones de pago; conminaciones para el cumplimiento de obligaciones; para la preclusión de términos, denuncias de contratos, etcétera, etc.).

La forma documental de estas comunicaciones, es la *diligencia*.

## B) *Por su forma instrumental*

Los actos —de la dimensión acto— se pueden clasificar con arreglo a su vestido en la dimensión papel.

La forma de los actos de fedatario público se llaman *actuaciones*, así como la forma de los actos del juez se llaman *resoluciones*.

A) Una clasificación preliminar nos lleva a distinguir entre originales o matrices y copias.

125. a) Original o matriz (*minuta scriptura*). Es el verdadero instrumento, firmado por los comparecientes, por los testigos en su caso, y por el notario, y que éste conserva en su poder y archivo (*reception en minute*). Una peculiaridad del sistema franco-belga e italiano, es el que en ciertos “actos simples o sencillos”<sup>141</sup> (*reception en brevet*), el mismo original se entrega a los interesados. En España se desconoce la *reception en brevet*.

Los documentos unidos o *anexos* forman parte integrante de la matriz, aunque no de su contexto, en el que únicamente constarán por referencia.

126. b) *copias*.—Los originales o matrices pueden y deben ser comunicados a quien acredite su derecho a ello. Esta comunicación es de dos clases: meramente ocular —manifestación: poner de manifiesto— o escrita: copias: (*expeditiones*),<sup>142</sup> traslados o reproducciones escritas de la matriz.

De esta clasificación preliminar se induce que hay formas que se producen necesariamente en su matriz —y por tanto en su copia— y otras, única-

<sup>141</sup> La distinción fue consagrada definitivamente por el art. 4.º de la declaración real de 7 de diciembre de 1723, recogida en parte y no derogada por la Ley del Ventoso. La distinción tiene en cuenta el “negotium” y no el “instrumentum”. En Italia, “atto rilasciato in originale”, o “atto in brevetto”. ANSELMINI: *Principi*, cit., pág. 58.

<sup>142</sup> Las clases y efectos de las copias, por su minucia, no deben ser acogidas aquí.

mente en copia. A las primeras pertenecen: escrituras, actas, diligencias y notas. A las segundas: testimonios, legitimaciones y legalizaciones de firmas. Prescindiremos de estas últimas por su nimiedad.

B) El contenido técnico instrumental enumerado sub A, se expresa en una de estas formas:

127. 1) *Escrituras*: Contienen declaraciones de voluntad, negocios jurídicos (contratos, testamentos, etc.). En general, recogen consentimientos.<sup>143</sup>

128. 2) *Actas*. Narran hechos, *vistos* por el notario (actas de presencia, de depósito, etc.); *oídos* por el notario: declaraciones de verdad (actas de referencia); o *adverados* por el notario (actas de notoriedad).

129. 3) *Diligencias*. Tienen naturaleza de acta. No son por sí instrumento público; es una segunda parte, con texto y contexto autónomo, de un acta —por regla general— o excepcionalmente de una escritura (por ejemplo: revocación de poderes; traspasos de establecimientos mercantiles: segunda notificación al propietario, etc.). La diligencia es la forma documental en la que el notario narra los hechos externos que realiza en cumplimiento de un acto especial de instancia contenido en acta o escritura precedente. La diligencia se integra, pues, en el mismo instrumento que el acta o la escritura que la motiva, formando con ésta una sola matriz (minute).

130. 4) *Notas*. Pertenecen al orden interno de los instrumentos originales o matrices. Por medio de nota se hacen constar ciertos eventos de interés, posteriores a la formalización del instrumento. Así: las expediciones de copias; las notificaciones a ciertos organismos del Estado (partes de testamentos, de constitución de sociedades anónimas, etc.); la caducidad de plazos para contestar requerimientos; las modificaciones o cancelaciones de aquel instrumento público por otros posteriores, etc.

## CAPÍTULO XIV

### EL OBJETO DEL INSTRUMENTO PÚBLICO

(Continuación)

#### C) *Por su valor o eficacia*

Los hechos o actos objeto del instrumento se dividen en auténticos y testimoniales, y éstos en simples y autenticados.

131. Hechos o actos auténticos son los que el notario narra porque los ha visto. Comprenden las llamadas “autenticidades”, y es lo que constituye

---

<sup>143</sup> Sobre la distinción entre escrituras y actas, cfr. NÚÑEZ LAGOS: *Hechos y derechos*, núm. 2.

el “valor oficial” del instrumento; en contraposición con lo que el notario ha oído —declaraciones de las partes: *negotium*— que integran el valor testimonial del instrumento. El documento es una cosa que habla y testifica el negocio: *vox mortua*.

Este valor testimonial puede ser *simple* —*Zeugniswert*— el del documento privado, incluso reconocido,<sup>144</sup> y *calificado*, por su conexión simultánea (*in continenti*) a las autenticidades de un instrumento público (valor testimonial autenticado). Veámoslo.

132. a) VALOR OFICIAL: *öffentlicher Glaube; öffentlicher amtlicher Wert; Autenticidades: Beglaubigungen: Glaubwürdigkeiten: Authentizitäten*<sup>145</sup> *quod actum est*. Las “autenticidades” son las narraciones o menciones de la experiencia sensible y directa del notario, singularmente lo que percibe por la vista. “Los ojos se creen a sí mismos”. Hay alguna de las autenticidades, por ejemplo, la fecha, que no se puede decir, que se perciba directamente por la vista y, sin embargo, pertenece desde luego a la experiencia directa y sensible del notario. Las autenticidades, el hecho o hechos de la audiencia, narrados en el otorgamiento —art. 1.218, párrafo 1.º del C. c. español—, se imponen *erga omnes*, a partes<sup>146</sup> y terceros.

Las autenticidades se dividen:

133. a) autenticidades *esenciales* o “publicaciones”. Son aquellas que vienen exigidas como mínimo para que el instrumento sea público y cuya omisión, total o parcial, producen la nulidad de forma del instrumento. ¿Cuántas y cuáles son?<sup>147</sup> Cada legislación notarial las señala: Lugar, fecha, notario autorizante, comparecientes, testigos en ciertos casos, etc.

El Código civil señala perfectamente la demarcación de las “publicaciones” al degradar a documento privado, al público (firmado por las partes), nulo por defecto de forma.

134. b) autenticidades *naturales*. Normalmente acompañan al instrumento: fe de conocimiento o identidad de los comparecientes, por ejemplo: falta en ciertas clases de instrumentos —casi en la totalidad de las actas— y no por ello pierden su cualidad de instrumentos públicos.

135. c) autenticidades *accidentales*. Son los hechos narrados *de visu* por el notario. Las más frecuentes en las escrituras, son las *daciones*: entre-

---

<sup>144</sup> Art. 1.225 y 1.218, párrafo 2.º

<sup>145</sup> BETHMANN-HOLLWEG: *Der germanisch-romanische Civilprozess im Mittelalter*. Bonn, 1874, sechster Band, pág. 168. Es el tomo sexto, único que poseo de la obra. *Der Civilprozess des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung*. OESTERLEY: *Darstellung des deutschen Notariats*, cit., págs. 636 y sigs.

<sup>146</sup> Hablo de “partes” al referirme a la “eficacia”, porque la parte y no el compareciente es el sujeto de la eficacia.

<sup>147</sup> Por curiosidad histórica. Cfr. en NÚÑEZ LAGOS: *Documento medieval*, IX: Publicaciones y rogación.

gas de dinero, de títulos, de cosas, a presencia y control del notario. En las actas, las llamadas, *de presencia*.

136. b) VALOR TESTIMONIAL AUTENTICADO: *quod conventum est*. Hay una diferencia fundamental entre el valor testimonial del documento público y del privado. En éste —valor testimonial simple; *Zeugniswert*— las declaraciones de las partes, o se refieren a actos propios —(y tienen el valor confesional —confesión extrajudicial— de que nadie puede ir contra sus propios actos)— o se refieren a actos ajenos al declarante, quien es un mero testigo respecto de aquéllos (*testimonium partis dicentis*).

En el documento público la cosa cambia. Las declaraciones de voluntad de los comparecientes en primer lugar, forman partes integrantes del contenido del documento público.<sup>148</sup> En segundo lugar, por producirse las declaraciones de voluntad *coetáneamente*, en el mismo acto de la audiencia, *in continenti*, con las autenticidades, respecto de éstas, las declaraciones toman una posición de accesoriedad (*accessorium sequitur principale*).

A primera vista, desde un ángulo de Derecho civil, parecería que las autenticidades serían lo accesorio al lado del elemento negocial producido por las partes. Pero desde un punto de vista *publicístico*, de la organización estatal de las funciones públicas, no hay que olvidar, que no obstante el carácter medial —de medio para un fin— de todo servicio público, el elemento público, funcionarista, por su eficacia y rango, prima sobre la actividad privada. Las autenticidades son lo principal porque son debidas a una función pública, estatal, y en su consecuencia, las declaraciones de las partes son, en el documento público, accesorios de las autenticidades.

137. Hay, pues, que distinguir, entre las situaciones de “hecho auténtico” —*autenticidades*— y la consecuencia jurídica que ese hecho auténtico produce en el negocio: *autenticaciones*. Por accesoriedad, a las declaraciones de los comparecientes, al *negotium*, se les da autenticidad, esto es, se las autentica. El instrumento es auténtico, el negocio autenticado. Entre auténtico y autenticado hay una correlación semejante a la de legítimo y legitimado. No es la del negocio una autenticidad *per se*, como la del instrumento, sino *per accidens*.

La crisis de lo auténtico se llama falsedad. La crisis del testimonio —incluso autenticado— se llama tacha.

138. Antes de la tacha, lo auténtico y lo autenticado, *instrumentum* y *negotium*, autenticidades y declaraciones, viven juntos, forman un bloque. Las autenticidades no se pueden poner en línea marcando un linde diferen-

---

<sup>148</sup> “La cualidad de los documentos notariales como documentos públicos estriba en la eficacia esencial, no sólo sobre la prueba de su autenticidad, sino también sobre la extensión de su fuerza probante respecto de su contenido”. OESTERLEY, *ob. cit.*, pág. 654.

cial con las declaraciones. Las autenticidades están dispersas —passim— en el plano de la actuación *de visu* del notario. Las declaraciones están mezcladas y conexas a los *hechos* sensibles percibidos y narrados por el notario: los *hechos*, singulares, concretos, dentro del hecho unitario de la audiencia narrado en el otorgamiento: *hecho* de la presencia física; *hecho* externo (visible y audible por el notario), “de hablar” el compareciente; *hecho* externo de las daciones: entrega de cosas y dinero, etc.

Es verdad que si “el hablar” es hecho auténtico, “lo hablado” no es un hecho, sino una declaración, de persona privada. Pero “lo hablado”, si no es auténtico, queda autenticado porque se ha producido *simultáneamente* con el hablar, *uno ictu*, en el mismo acto: *facta in continenti insunt unitati actus*.<sup>149</sup>

Lo que dicho en otras palabras, significa: autenticidades y declaraciones integran el hecho del otorgamiento. Mientras la *tacha* no llegue, no ha lugar a diferenciarlas.<sup>150</sup> El hecho del otorgamiento, aunque divisible, ha permanecido indiviso. El documento no ha perdido para nada su carácter inequívoco y es fuente de prueba legal de sí mismo, extrajudicial y judicialmente, incluso en casación.

139. La *tacha*, el entredicho, lo mismo que la apelación de sentencia, rompe la aquiescencia, y por su sola interposición —en juicio declarativo y sólo en juicio declarativo— (sin perjuicio de que al fin triunfe o no la impugnación), transforma el testimonio inequívoco en *equivoco*, y el documento, en su parte testimonial, deja de ser fuente de prueba legal de sí mismo. Persiste su valor oficial —*autenticidades*—, pero queda en suspenso, en el juicio declarativo, su valor formal absoluto de declaración autenticada para convertirse en una presunción sustantiva *iuris tantum*, de veracidad del negocio. El *instrumentum* subsiste, con su autenticidad externa e interna; la *tacha* afecta únicamente al *negotium* autenticado, que deja de tener eficacia de auténtico, para tenerla de presunto, frente a la prueba en contrario.<sup>151</sup>

---

<sup>149</sup> Partiendo de la eficacia del nudo pacto, cuando era uno de los *pacta adiecta*, la escuela de Bolonia dio gran importancia, a efectos de eficacia o ineficacia, a la distinción entre “in continenti” y “ex intervallo: inerunt nec valebunt”.

<sup>150</sup> El Código civil español, artículo 1.218, en el primer párrafo se refiere a autenticidades, “al hecho que motiva el otorgamiento” (esto es, el hecho de la audiencia); y el segundo párrafo, a las declaraciones de las partes. Pero las declaraciones, cuando no hay *tacha*, integran el hecho del otorgamiento del párrafo 1.º, según declaró la vieja sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de enero de 1895.

<sup>151</sup> “Al impugnante le incumbe justificar la falta de veracidad intrínseca de lo que solemnemente ha manifestado, y si no justifica, destruyendo la *presunción de veracidad* de lo que la declaración contiene, queda ésta en pie y, en consecuencia, falta la demostración del hecho que sirvió de base a la acción entablada, lo que conduce a la absolución del demandado”. (Sentencia Tribunal Supremo español (casación), de 13 de jun. 1951, resumiendo la jurisprudencia anterior.)

Para que se vea mejor la diferencia entre tacha e impugnación diremos:

1. El concepto de documento auténtico, lo integran tres elementos:

140. a) Autenticidad externa. *Ächtheit*, o *Echtheit*. No es suficiente cualquier envase documental para contener autenticidades internas —*Begläubungen*—, de fondo. El documento privado, carece de toda autenticidad externa antes de su reconocimiento judicial. El documento público, es siempre externamente auténtico. Por eso, al hablar de autenticidad nos referimos a autenticidad interna. La externa es indiscutible en el documento público, y cualquier sombra queda resuelta *ipso facto* con el simple cotejo judicial.

141. b) Autonomía.—El documento auténtico produce efectos, “por sí mismo”. Lleva en sí propio su fuente de prueba: prueba por sí mismo y se prueba a sí mismo: *probant se ipsa*.

142. c) Contenido auténtico. Lo integran las autenticidades, *per se*; las declaraciones de los comparecientes, *per accidens*.

Pues bien, la tacha, por su mera alegación, mata la autonomía del instrumento en su parte testimonial. La autenticidad es una fuerza endógena que se impone por sí misma. Esta eficacia de autenticidad, subsiste en la parte oficial del instrumento, pero fenece en la parte testimonial. El testimonio se ha hecho polémico, su contenido son hechos cuestionados, o controvertidos. Por ser objeto del litigio “no puede tener la cualidad de elemento probatorio de sí propio, y por ello no puede ser incluido en la apreciación de la prueba legal”.<sup>152</sup>

143. 2. El litigante, con la tacha, tiene en su mano una alternativa de efectos, una doble vertiente de eficacia: valor formal de autenticidad, si acata (aquiescencia); valor sustantivo de presunción *iuris tantum*, si tacha.

144. 3. La presunción de verdad<sup>153</sup> de los hechos de “parte”, de veracidad de sus declaraciones, se funda:

a) *ex tempore*. “Lo dicho” por los comparecientes se ha dicho en tiempo y lugar no sospechosos: en la audiencia o hecho que motiva el otorgamiento. El *hoy* y el *aquí*, la reducción de tiempo y espacio a un punto sin dimensión: la unidad de acto instrumental. La regla de experiencia afirma que las declaraciones en instrumento público se formulan en busca de su eficacia normal. La declaración se produce, *in tempore non suspecto*, y por tanto, no es susceptible de manipulación o manejo *post hoc*, como los testigos, que lejos de ser prueba preconstituida es prueba reconstituida o reconstruida. Ya en la Edad Media francesa se decía: “qui mieux abreuve, mieux preuve”. “Quien mejor da de beber (abreva) mejor prueba”.

<sup>152</sup> Casación española, 20 dic. 1948; 31 de enero 1949; 22 y 25 de feb. 1950.

<sup>153</sup> Véase casación española en nota núm. 151.

b) *ex solemnitatibus*. La declaración se produce, no arbitrariamente, sino con arreglo a las formalidades o ritos legales, a los cauces de solemnidad de un acto público, que no es propicio para declaraciones ligeras, inexactas o insinceras.

c) *ex público officio*. El notario interviene y conoce el fondo del asunto, *ex officio*, por su público ministerio.

d) Por la redacción por persona ajena, imparcial al acto, y que al margen de su cualidad de funcionario público, es un profesional técnico y especializado.

145. *Fracaso de la impugnación*. La prueba en contrario para destruir la presunción, es de la libre apreciación del juzgador de instancia, y por tanto, en sí misma, irrecurrible en casación, a no ser invocando el error de hecho basado en otro documento auténtico distinto del cuestionado.

Al desestimar el juez la tacha, el “hecho declarado probado” en la sentencia confirma el “hecho autenticado” en el instrumento. En este caso, podrá juzgar en casación el error de derecho, por desconocer el Tribunal de apelación la eficacia de una prueba legal (documento público o presunciones), pero no el error de hecho basado en el mismo documento auténtico cuestionado. La tacha hizo desaparecer definitivamente la autenticidad testimonial, aun fracasada la prueba en contrario.

*Triunfo de la impugnación*.—Aniquila totalmente el valor testimonial del documento público. Este fenecer afecta a la declaración de los comparecientes, al *negotium*, no al *instrumentum*. La única impugnación de las autenticidades del instrumento es la querrela civil o criminal, de falsedad.