

# Los Esquemas Conceptuales de Instrumento Público

Por el Sr. Notario de Madrid, Rafael Núñez Lagos.

(CONTINUACION)

## V.—LOS SUJETOS DEL INSTRUMENTO PUBLICO

Después de distinguir entre instrumentos 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*.

12.—A) SUJETO EN EL DERECHO SUBJETIVO. TEORIA DEL "TITULAR".

a) **Concepto.**

La persona, física o jurídica, abstractamente, *ingenere*, 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 serian 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— transforme el sujeto en **titular**, y al derecho subjetivo en **titularidad**. Titularidad es, pues, la "conexión actual de un derecho a un sujeto" (16).

(16) Ferrara: *Trattato*, 1-1921, pág. 448.

13).—b) **Clases de titularidades.**—Las clasifican los autores, en titularidades de goce y titularidades de disposición (17). Las de goce pueden pertenecer 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.

- (17) Desde que Jhering definió el derecho subjetivo como un "interés" jurídicamente "protegido", ha habido siempre dos núcleos centripetos: 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 policiaca, 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 (1): Hay un sujeto en cada núcleo; un sujeto de goce —*Genussobjekt*— y un sujeto de disposición —*Verfügungssubjekt*— dando lugar así a lo que más tarde se ha llamado titularidad de goce y titularidad de disposición (2).

**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 pronunciaron por el sujeto de goce. Karlowa explicó la persona moral (3) como un "centro de interés", tesis que al aplicarse al sujeto de Derecho en general originó la dirección doctrinal denominada "*Interessen Zentrum-Dogma*", cuyos más elevantes seguidores fueron Jellinek (4), Bernatzik (5) y Michoud (6). La subjetividad iba ligada al centro, al núcleo de intereses. El destinatario del goce tenía el papel principal.

- (1) *Zur Lehre vom Rechtssubjekt*, en los *Jahrbuch für die Dogmatik*, Tomo XII, pág. 1-135. En Francia ha recogido la distinción Demogue: *Sujet de jouissance-sujet de disposition*, en *Notions fondamentales*, págs. 320, 382.
- (2) 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 stg.
- (3) *Zur Lehre von den juristischen Personen*, en *Zeitschrift für das private und öffentliche Recht*, XVIII, págs. 1 a 45.
- (4) *System der subjektiven öffentlichen Rechte*. Sólo en la 1a. edición. En las posteriores sostuvo la tesis contraria.
- (5) *Kritische Studien über den Begriff der juristischen Persönlichkeit*, en *Archiv für öffentliches Recht* 1890.
- (6) *Theorie de la personnalité morale*.

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. pág. 317-325), señaló que el poder de disposición podría 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 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, conexo a su derecho, un poder de disposición autónomo.

**Titularidad de disposición.**—En el campo opuesto, Hölder (7) 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 *abstractum* protegido, que no es jurídico (8). 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 dió 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 (9), 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.

(7) *Natürliche und juristische Personan*, 1905.

(8) 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.

(9) *Normagiurídica e diritto subjetivo*. Padua, 1939, págs. 158 y sig.

Mengoni (18) 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 (19), bien objetivamente, en preceptos legales, que permiten "a priori" la disposición por el no titular (20) o sancionan "a posteriori" la adquisición a non domino. Todo es, pues, un problema de "poder de hecho" y de su "justificación" (21), 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 planeamiento 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" (22).

A este poder de ejercicio, prescindiendo de la titularidad, se le llama modernamente legitimación (23). La legitimación no es más que un paralelo de la titularidad en el plano del ejercicio de

(18) L'acquisto a non domino, Milano, 1949, núms. 8-13.

(19) Las disposiciones realizadas por el mismo titular o por su mandatario.

(20) Tutor, albacea, capitán de la nave, juez, etc.

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

(22) Castro (Federico) Derecho civil de España, II, 1, pág. 79, nota.

(23) 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. El reivindicante, con independencia de que triunfara o no su acción a través de la probatio diabólica, era tenido en el proceso, desde el primer momento, como parte legítima. 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 corres-

pondía o no el crédito, pues esto es precisamente lo que debía decidir el fallo. Había que tenerle por parte, pero no parte *legítima*, 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 sucedaneo 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 desenvolvía la teoría de la legitimación, en Derecho civil, principalmente en Derecho de cosas, la teoría de la apariencia jurídica había sistematzado muchos supuestos y efectos jurídicos. La corriente parte también de Ihering, 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 *apariciencia* a la legitimación. Había, en realidad, más un cambio de nombre que de fondo, tanto que se mezcla la terminología: se habla de *apariciencia legitimadora*, *titularidad aparente*, *titularidad cartal*, *titularidad registral* o *tabular*, *titularidad formal*, *posesión legitimadora*, *presunción legitimadora*, etc. La legitimación ha asumido casi todo lo que habla en la *apariciencia*. A ésta únicamente le han quedado aquellas *apariciencias 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 *apariciencia 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 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 e: *Tratado de Derecho civil dirigido por Vassalli*); Falzea, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici* (1939), y Monacciani, *Azione e Legittimazione* (1951)

los derechos. La teoría de la titularidad "huele" a propiedad y acción reivindicatoria (*probatio diabólica*); la de 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 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 habito 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.

## B) SUJETO EN EL "NEGOTIUM". TEORIA 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* (24), 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 realmente propietario. En otro caso, *nemo dat quod*

---

(26) El C. c. esp. habla de partes, *ad exemplum*, 1257, 1294, 2809, etc.

**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 dos personas sea lo mismo. Cada posición, activa o pasiva, de parte, puede incluir a varias personas, que actúan juntos y comparte la misma titularidad. Varios cotitulares co-sujetos, co-partes o con-sortes, 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 pluralidad 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, quien 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 (25), 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 en

---

(25) "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 Cambie, Traité du Notariat" Bruxelles, 1943, tomo I, núm. 1015.

seguida 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 accesoria.**—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.

### C) SUJETO EN EL "INSTRUMENTUM". TEORÍA DEL COMPARECIENTE.

#### a) Deslindes conceptuales.

21.—El Instrumento público es algo que físicamente tiene (26) 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*.

Las personas que intervienen en el *instrumentum* son los sujetos instrumentales, y se llaman "comparecientes" (27).

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.

---

(26) Todo documento es una cosa. Cfr. Núñez Lagos: *Hechos y derechos*, cit. págs. 26 y sig.

(27) *Comparantes*, en francés.

Las leyes notariales (28) hablan a veces de "parte" refiriéndose a compareciente (29). 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 (30) 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 sea una de las "autenticidades" o menciones auténticas del instrumento; y su forma, la narración de la comparecencia, no necesita, como la redacción del nego-

- (28) 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. 8-11-13-12. Ley italiano, 1913, arts. 47-48-49-51, etc., hablan de partes en sentido de comparecientes.
- (29) "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 à ceux qui figurent à l'acte, encore qu'ils n'aient pas d'intérêt à la convention". Rauc2 et Cambiér, ob. cit., 1016.
- (30) Nada tiene que ver esta presencia *in rerum natura* con lo que la técnica notarial francesa denomina *présence réelle*. "Certains actes, expressément indiqués par la loi du 12 août 1902... sont assujettis, pour leur réception, à la présence réelle de deux notaires, ou d'un notaire et de deux témoins instrumentaires. Amlaud. *Traité Formulaire*, tomo 4º, París, 1923, págs. 59 y sig. 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.

cio, 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 —en en pasado ont comparu— punto de vista del que en el futuro lee o escucha (31). 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 (32) es el que presta un concreto consentimiento, especial y notarial, al negocio y al instrumento. Es un “único”

(31) En Italia encuentro una gran variedad de fórmulas: “sono comparsi”. Falconi (Celeste), *Formulario degli atti notarili*, Torino, 1948, página 15. Gazzilli: *Manuale del notaio*, Roma, 1950, pág. 134. “Si sono presentati i signori”, Carusi (Petro): *Guida teorica e pratica per la compilazione degli atti e degli istituti giuridici*, Roma, 1950, pág. 305; Anselmi (Anselmo): *Principi di Arte notarile* (Puesta al día por Bellucci y Checht, introducción de Giuliant). Roma, 150, página 184.

(32) Otorgante es el que otorga, del latín *auctorare*, se *auctorem facere*, ha cerse 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.

consentimiento que 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 (33) 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 iurecessio**, 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 (34) 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 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 interrogatione 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

(33) Arangio Ruiz: "Il processo di Giusta, en **La parola del bassato**, 1948, págs. 137 y sig. Buckland: "Ritual Acts and Words in Roman Law, en los **Festschrift Koschaker**, vol. I, págs. 16 y sig.

(34) 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".

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 eliptica* (35). Se elude la pregunta que se sobreentiende, perfeccionándose el negocio con solo la respuesta, *nulla praecedente interrogatione*. O dicho en 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 activo 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 (36).

28.—Aunor, 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" (37).

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 (38); 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 (39). Autor de la charta era la "parte" obligada, deudora o transmitente. Destinatario, la parte acreedora o adquirente.

- (35) Cfr. Núñez Lagos: *Hechos y derechos en el documento público*, Madrid, 1950, págs. 94 y sig., 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.
- (36) Cfr. Núñez Lagos: Prólogo a "Aurora" de Rolandino, trad. española, pág. XXVI; ibidem: "El documento medieval y Rolandino", Madrid, 1951, pág. 85.
- (37) Brunner: "Zur Rechtsgeschichte der Römischen und Germanischen Urkunde". Erster Band. Die Privaturkunden Italiana", Berlin, 1880, pág. 26.
- (38) Cfr. Núñez Lagos: Prólogo a "Aurora" de Rolandino, cit. pág. XXX, ibidem: "El documento medieval y Rolandino", págs. 99 y sig.
- (39) Cfr. Dumas: *Dieu nous garde de l'et caetera du notaire*. (Extrait des *Mélanges Paul Fournier*, 1929). Paris, 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

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 misma imbreviatura, merced al "estilo" ino-  
cua resultaba con distinta redacción (40).

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 justiniano 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 (41).

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, 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— (42) 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

---

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, theorica 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".

- (40) A. Gaudenzi: "Sulla duplice redazione del documento italiano rell mediovo", en *Archivio Storico italiano*, tomo 41, 1908, págs. 257-364. Era el sistema también del Código español de *Las Siete Partidas*. Cfr. Núñez Lagos: Prólogo a "Aurora" de Rolandino, cit. pág. XXVIII; *ibidem* "Documento medieval" cit. pág. 95, nota.
- (41) Cfr., la evolución en: Núñez Lagos: Prólogo a "Aurora" de Rolandino, pág. XXX. *ibidem*, "Documento medieval", cit. pág. 101 y sig.
- (42) "Aurora", trad. española, pág. 12.

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" (43) más que a la bilateralidad contractual.

Aparte un deseo pedagógico de que reine el orden en el instrumento público, se ve en seguida 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"— (44) 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..."

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" (45) ¡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 (46), 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

(43) Véase después, Núms. 72 y 73.

(44) "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.

(45) 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 34: compraventa. "E aquella cosa le venede e le otorga"... "el cual precio fué 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 subjetiva. En la práctica, sin embargo, continuó la redacción subjetiva.

(46) *Práctica civil y criminal e instrucción de escribanos*, compuesta por Gabriel de Monterroso y Alvarado. Madrid, 1579.

que vendo y traspaso, a vos el dicho (Zutano) (folio 151) (... y por el dicho precio de los dichos maravedis, en que está concertada de que se otorgó (47) 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) (48) (Y siguen las cláusulas de rigor.) "Y en señal de posesión recibió la dicha escritura (49) 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 cual, 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.) (50)

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, con 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 a nuestros bienes, havidos y por haver... Y el otorgante (al que yo, Escrivano, doy fe conozco) no firmó, ni el aceptante, porque

- 
- (47) 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".
- (48) 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).
- (49) Traditio chartae. Cfr. Núñez Lagos: "Hechos y derechos" cit. páginas 149 y sig.; ibidem, Prólogo a "Aurora de Rolandino, cit. pág. LIV y siguientes: ibidem, Documento medieval, págs. 189 y sig.
- (50) Téngase presente que cada modelo de instrumento, mirando a su objeto, no regula siempre la totalidad de las fórmulas finales que están suplidas por etcétera, etc.

dixeron no saber escribir; firmólo por ellos uno de dichos testigos" (II, pág. 192) (51).

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, habiéndolo entendido todo en la forma expresada, **acepto** este arrendamiento por el precio, pactos y manera que va referido: lo que **prometo** cumplir a la ley de buen Arrendatario. Y **ambas partes obligamos** todos nuestros bienes, havidos y por haver"... "Y el otorgante (al que yo el escrivano doy fe conozco) lo firmó: y por el aceptante, que dixo no saber escribir, lo firmó uno de dichos testigos". (Ros, II, pág. 129).

Hay que acudir a las escrituras de permuta (52) 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".

Indudablemente era un problema de cuidadosa, cuando no 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" (53). Se

(51) 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, páginas 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.

(52) "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, traspasamos y entregamos, es a saber: yo dicho Fulano le doy, cedo, y por real entrega, transfiero al dicho Fulano dos hanegadas...; y yo dicho Fulano, en vez vuelta por dichas hanegas... En esta forma respectivamente, nosotros las dichas partes, mutua y correlativamente, nos transferimos y traspasamos la una a la otra, y ésta a aquélla 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 dixeron no saber; y por ellos lo firmó uno de dichos testigos. Ros. II, págs. 208-210.

(53) 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 dió lugar a que se dejaran para el final de la escritura.

hicieron las reservas y advertencias (legales) (54). Otorgamiento. Así lo dicen y otorgan, siendo testigos”...

A través de todos estos antecedentes, el otorgar 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 (55), 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 geminado (56)— tendría la significación de una proclamación de paternidad —del negocio y del instrumento— de los otorgantes; de igual forma que la autorización (57) sería la asunción de la paternidad del instrumento por parte del notario.

#### D) LA COMPARENCIA.

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

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

(55) Recuérdese la conocida definición de la obligación: “Otorgamiento que hacen los omnes unos con otros por palabras, e con intención de obligarse”. Ley I, tít. XI. Quinta Partida. “En tres maneras se pueden otorgar las obligaciones y ser válidas”. Ros, I, pág. 30; II, pág. 226.

(56) Véase después núm. 99.

(57) 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.

física de personas individuales ante notario. En este sentido "compareciente" es vocable de mayor rigor técnico que "presente", 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; inmediatamente entre compareciente y notario; simultáneamente 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 público 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 (58).

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").

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 legítimable.

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.

(58) Cfr. en cuanto a intervención del notario y su narración. Núñez Lagos: *Hechos y derechos cit.*, pág. 34.

**Posición jurídica de parte y de compareciente.** Hay, pues, una diferencia entre **sujeto del acto (59)** 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 “autenticidades”, el valor oficial (60) 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.

### **Clases de pre-ligación**

Partes y comparecientes pueden estar preligados de varios modos:

(59) “Acto” en el sentido de “hecho del otorgamiento”, no en el de negocio jurídico.

(60) Ver más adelante núm. 132.

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 del 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 (60 bis) 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.

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.—2) 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

(60 bis) Contractual, extracontractual, y en último término **incontrahendo**.

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 de albaceazgo (seis días); contestación a requerimientos (dos días); ejercicio extrajudicial de los derechos de tanteo y retrato, etc., 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 (61) 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 (62):

#### 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.

(61) De ahí que unos instrumentos las exijan todas y otros se contenten con un mínimo; por ejemplo: en ciertos requerimientos, es suficiente en cuanto al requerido: "el que dijo ser y llamarse Fulano de 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.

(62) Cfr. las memorias presentadas al Congreso sobre la materia, volumen 3, de: Arata, págs. 3 a 10; Díez Pastor, págs. 133-157; Giulliani, págs. 159 a 163; Lassaga, págs. 201 a 225; Martínez Segovia, págs. 359 a 363; Negri, págs. 364 a 411.

b) **Legal.**—De igual manera no puede comparecer quien no alcanzó la aptitud legal (incapaces) o quien después de haberla alcanzado, la perdió (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 (63) 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.—b) La "intervención" es objeto del capítulo siguiente. Como integrante de la forma documental de la comparecencia, aquí, para no anticipar concepto, 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

(63) Cfr.: las memorias sobre el tema presentadas al II Congreso, en esta obra, vol. 3, Giuliani, págs. 163 a 165; Lassaga, págs. 225 a 318.

práctica, a no ser la 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 fehacientes, 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.).

## VII.—F) LA INTERVENCION EN EL INSTRUMENTO PUBLICO

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

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, el 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

---

(64) 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..."

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) 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 (65) 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 (66). Toda otra intervención es extemporánea y deberá producirse necesariamente en distinto contexto, ya fuere en la misma fecha y notario, ya en otra posterior (67), sometiéndose en todo caso a las normas de fondo de la contratación entre ausentes. Véase más adelante, intervención adhesiva, núm. 55).

(65) "Les actes des notaires seront écrits en un seul et même contexte". Art. 13, ley 25, Ventoso año XII.

(66) Comparecencia, presencia conjunta o contemporánea.

(67) No veo el problema con claridad en la legislación francesa. Clere et Maguet, *Téorie du notariat. Manuel des examens de 1er. clerc et de notaire*. Paris, 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". 5584. 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, parece 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 des dates s'appuie sur une pratique constante et n'est contradictoire 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

54.—2) Intervención principal. Los comparecientes intervienen —desde luego todos— en el texto que contiene completo el acto o contrato. Se 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 tutor, mandatario, etc. —y tampoco son ausentes (68).

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 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.—Se non fu data lettura dell'atto alle parti, in presenza del testimoni, quando quaesti siano intervenuti". "Dopo che l'atto é stato scritto, deve essere letto alle parti. Se nell'atto sono intervenuti i testimoni, l'atto deve essere letto alle parti in presenza del testi e cio contestualmente in modo che sentano contemporaneamente la parti e i testi. Se l'atto invece di menzionare che il notaio ha dato lettura alle parti in presenza del testi menziona che il notaio ne ha dato lettura "alle parti e ai testi" si dovrebbe affermare, in conformita alla interpretazione che si puo quali ficare pacifica, che l'instrumento notariile é nullo". Gazzilli: *Manuale del Notaio*, Roma, 1950, página 154. "I contraenti devono essere presenti alla lettura e alla sottoscrizione dell'atto che deve essere perfetto fin del nascere. Il dovere professionale e la piu elementare prodienza 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 notario 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 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*.

- (68) Presencia y ausencia se toman aquí en el mismo sentido substantivo de la "teoría de la contratación entre ausentes" (contratación por correspondencia, por telégrafo, etc.). Las partes contratantes no presentes crean un

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.

### 3) Intervención adhesiva (69).

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 (70) y posteriores al instrumento principal. O en el mismo instrumento

problema en cuanto a la perfección contractual y, por tanto, en cuanto a la necesidad de las notificaciones. (Teoría de la declaración, de la emisión por el aceptante; de la recepción y cognición por el oferente.) Cfr. Durma (Mircea): "La notificación de la voluntad". 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.

(69) 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 de la 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).

(70) 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 consiente, 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 (por se). "Rolandino: "Aurora", trad. esp., pág. 263.

principal, pero en acto y contexto (diligencia) sucesivos, posteriores y diferenciados.

Un mismo negocio puede estar constituido por diversos instrumentos (71); 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 (72).

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 del acto de la "audiencia", núm. 79).

(71) Cfr. en esta misma obra, las Memorias presentadas al II Congreso Internacional del Notariado Latino, correspondientes al tema: "La unidad de acto y el otorgamiento sucesivo". Vol. IV. Cfr. después nota 110.

(72) 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 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, Giuffrè, 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*.

### 57.—Unidad del acto del "negotium".

En los códigos civiles modernos la unidad del acto como elemento esencial de la forma del negocio jurídico, no ha substituido 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 parte 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 cadem 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.

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 (73)— 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) obra 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 efimeros. 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 ex-

(73) Recuérdese, por ejemplo, la contratación a favor de tercero.

traño —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 (74), 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 exige 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.

### c) Requisito 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*”, “*cuáles*” 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.

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

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 (75) 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 personal, 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 2o.; 1.714, 1.292 del Código Civil en relación con el art. 178 del Reglamento notarial vigente).

(75) 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.

## I) INSTRUMENTO ADHESIVO.

### Requisito.

64.—**Elemento personal.** Es de rigor que concurra 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 (76).

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 ver-

(76) 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 realzada, 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 Uunzola, en Adición a "Aurora", de Rolandino, trad. esp., pág. 265, a propósito de un consentimiento ex intervalo, de un ausente. (Véase antes, nota 1. núm. 55, que reproduce el texto de Rolandino al que se refiere esta Adición).

dad 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.