

LECCIÓN CUARTA: El documento público

I. Concepto

A) Concepto de documento

El Código Civil español, al que voy a seguir en esta parte puesto que lo que yo puedo explicarles a ustedes fundamentalmente es el Derecho español, aun cuando pienso que en gran parte sus explicaciones son susceptibles de ser trasladadas a su Derecho, y en el coloquio podemos aclarar aquellos puntos que no queden suficientemente explícitos, el Código Civil español, repito no define el documento en general sino que dando por conocido el concepto define directamente el documento público. Pero la verdad es que el Código, cuya fecha es 1889, pertenece a una época en la que los medios de conservación del pensamiento se limitaban a la grafía o escritura puesto que aún no se habían producido los grandes inventos de la actualidad que van del fonógrafo al ordenador. Hoy, puede ser importante detenerse un momento en la determinación de qué se entiende por documento en general, y de forma concreta en si se puede englobar dentro del concepto de documento e incluso alcanzar a él la fe pública, que es inherente al documento público a alguno de los modernos medios de conservación de la palabra o la imagen.

Documento (de docere, enseñar) es aquella cosa mueble a la que se ha incorporado artificialmente una grafía, en principio escrita, expresiva del pensamiento, jurídicamente relevante de su autor.

Tiene, pues, el documento una corporalidad, es una cosa corporal, mueble en los términos de la definición del Código Civil y por lo tanto es susceptible de ser propiedad de alguien.

En principio la grafía que forma el documento es la escritura.

Esto es indudable en el Código Civil que con frecuencia viene a confundir documento con escritura utilizando indistintamente ambos términos. Pero hoy han aparecido otros medios de reproducción como son, en primer lugar la fotografía, y luego la cinta magnetoscópica y más recientemente el video, laser disc y más recientemente las cintas u otros soportes del lenguaje informático. ¿Pueden considerarse estos modernos elementos, documentos? En el aspecto jurídico legal no de momento, al no estar reconocidos por el Código, pero otro tema es el de si debe ampliarse el concepto de documento para incluirlos.

De hecho en las escrituras o actas notariales es frecuente incluir como anexos, siendo discutible si forman parte o no del documento, planos, fotografías o fotocopias. Pero, como dice R. Adrados es dudoso si estos denominados documentos no escritos constituyen verdaderos documentos o son más bien otros medios de prueba que quedan a merced de la decisión del Tribunal. En estos documentos, aparte de las facilidades de sustitución o falsificación, no existe la posibilidad de firma que es el medio a través del cual el otorgante o autor del documento asume la autoría del mismo y acepta como suyo lo en él incluido.

Es interesante detenerse un momento en el denominado documento informático que fue

objeto de cuidadosa atención en el reciente Congreso Internacional celebrado en la bella ciudad colombiana de Cartagena de Indias, en sus conclusiones tras destacar la difusión del documento informático en el mundo moderno y ponderar sus riesgos el Congreso en sus conclusiones acordó mantener que "en el estado actual del avance tecnológico deben mantenerse las exigencias del papel escrito y de la firma, aunque propone estimular la utilización de nuevas tecnologías como medio auxiliar del notario y la creación por la Unión de un grupo de trabajo sobre el documento informático y el documento notarial que tenga por objeto adaptar el notariado a las nuevas tecnologías y armonizar entre los países miembros las normas fundamentales de seguridad en esta materia.

Consideramos, pues, que el documento, al menos por ahora es fundamentalmente un medio gráfico de incorporación del pensamiento humano. En definitiva un escrito que contiene un pensamiento jurídicamente relevante.

B) Concepto de documento público

Determinado ya el concepto de documento en general estamos en condiciones de definir el documento público.

Dice el artículo 1216 del Código Civil español que "Son documentos públicos los autorizados por un notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la Ley".

La doctrina suele ver en esta definición tres requisitos para considerar a un documento como público: El que su autor sea funcionario público, que sea competente y que se ajuste a las solemnidades legales. R. Adrados dice que en realidad los tres se reducen a uno, el carácter público de su autor, ya que el funcionario público solo es funcionario público cuando actúa dentro de los límites de su competencia y conforme a las reglas que gobiernan su función. Aunque esto indudablemente es cierto, sin embargo, consideramos preferible detenemos un momento en cada uno de los requisitos recogidos en el artículo citado:

-Notario o empleado público. Cita expresamente el Código al notario como autor normal del documento público y añade empleado público para diferenciar al notario que, aunque funcionario no es en realidad empleado público como hemos recalcado suficientemente.

- Competente. La competencia abarca un doble contenido.

En primer lugar la competencia territorial. Como es sabido el notario lo es de un lugar concreto y la delegación que le permite ejercer la fe pública se limita al territorio para el que ha sido nombrado. Al igual que la ley española el artículo 3 de su ley establece que "el notario desempeñará su cargo.... dentro de los límites territoriales municipales de su adscripción" y el artículo 4 puntualiza que 11 el notario deberá actuar en su oficina notarial o en los lugares dentro de su adscripción, en donde resulte necesaria su presencia".

Junto a la competencia territorial está la funcional. En este sentido el notario es depositario de la fe pública para todos los actos extrajudiciales. Así lo determina la ley orgánica del notariado español. También su ley en su artículo 1 habla de 11 actos,

negocios y hechos jurídicos" expresión suficientemente elocuente de toda la actuación extrajudicial.

Quedan fuera, en principio de la competencia notarial las actuaciones judiciales así como las administrativas.

Aunque está claro que el notario no puede actuar en el campo del proceso ya no está tan claro que todas las actuaciones a la sazón atribuidas a los jueces son propiamente judiciales o si algunas de ellas no podrían e incluso debían ser atribuidas a los notarios. Se plantea en este supuesto la problemática de la llamada jurisdicción voluntaria, que ha sido objeto de un importante tema del reciente y varias veces nombrado Congreso de Cartagena de Indias. En principio nadie discute que la jurisdicción contenciosa es exclusiva del juez, aun cuando el notario esté capacitado y en muchos países tiene una gran intervención en los arbitrajes de derecho privado que tienden a extenderse en un intento de aliviar los ahogos que padece a justicia en casi todos los países. Incluso en algún lugar, como en Alsacia hay una costumbre que exige, y así suele pactarse en las escrituras que cuando se trate de iniciar un procedimiento judicial con base en una escritura con carácter previo deben acudir ambas partes al notario que intentará conciliarlas. Se trata de una especie de acto de conciliación notarial previo al proceso.

Pero los jueces, muchas veces por arrastre histórico y sin ninguna justificación ejercen también una serie de actividades que son reunidas cual auténtico cajón de sastre dentro de la llamada jurisdicción voluntaria. Los autores que se han ocupado del tema comienzan diciendo que ésta mal llamada jurisdicción voluntaria no es propiamente una jurisdicción ya que en ella el juez no juzga ni resuelve un litigio sino que se limita a declarar derechos, y que muchos de los actos hoy realizados por los jueces podrían e incluso entran de forma más exacta en las competencias de los notarios a los que deberían estar atribuidos. Así lo entendió el Congreso de Cartagena, si bien en estos actos de jurisdicción voluntaria hay que distinguir aquellos en que la intervención del juez tiene por finalidad proteger intereses que están huérfanos de protección como son por ejemplo las autorizaciones preceptivas para la enajenación de bienes de menores o ausentes, y aquellos otros que se limitan a la mera declaración de derechos, que son los propiamente atribuibles al notariado. En España, y algunos otros países ha adquirido este tema una especial actualidad ante el agobio por el que pasan los tribunales y se han levantado voces que han reclamado la atribución a los notarios de estos actos, e incluso una reciente ley de 1992 ha abierto el camino, que esperamos será seguido pronto, al atribuir a los notarios las declaraciones de herederos. Junto a estas se reclama como susceptibles de atribución notarial los deslindes, consignación de deudas con efectos liberatorios, apertura de testamentos cerrados, adveración de los ológrafos y de los restantes hechos sin intervención notarial, expedientes de dominio para la inmatriculación de fincas, expedientes para liberación de gravámenes del Registro, etc. Incluso determinados actos del Registro Civil son susceptibles de atribuirse, como ocurre, por ejemplo, en Colombia al notariado, entre ellos los divorcios por mutuo consentimiento cuando no existen hijos, etc. En todos estos supuestos la intervención judicial no tiene una justificación suficiente y al amparo de los aires de desjudicialización que hay en algunos países esperamos puedan ser atraídos a la esfera notarial.

- Con las solemnidades establecidas en la Ley. Este es el último requisito que apenas merece comentario. Por supuesto que toda la actuación notarial debe circunscribirse a lo

establecido en la Ley. Si el notario no se ajusta a la legalidad el documento es nulo y por tanto no reúne la cualidad de público.

C) Requisitos del documento público

Suele la doctrina separar los requisitos de fondo y forma de los documentos públicos.

En cuanto a los requisitos de fondo suelen señalarse la autoría, la intermediación, la legalidad, la adecuación, la redacción, con la misión de asesoramiento previo. Todos ellos los hemos estudiado en la lección anterior al tratar los principios del Notariado Latino.

Los requisitos de forma son los destinados a garantizar la existencia, legibilidad y conservación del documento público. Suelen variar de unos países a otros. Yo me voy a limitar a señalar brevemente los requisitos más importantes que recoge la legislación española, sin perjuicio de que en el coloquio podamos comentar sus particularidades y observar las posibles diferencias con la legislación mexicana.

1.- La materia sobre la que se redacta el documento es el papel. En España los documentos deben realizarse en papel timbrado expedido por el Estado y puesto por éste a disposición de los notarios. Recientemente y debido en parte a la mala calidad del papel fabricado por el Estado y a la existencia de falsificaciones debido a que el papel se vendía en los estancos y podía comprarlo cualquiera, el Consejo General del notariado solicitó y obtuvo del Ministerio de Hacienda la expedición de un papel especial destinado exclusivamente a uso notarial, lo que se refleja en el propio papel, de una calidad superior, lo que implicó el pago de un costo suplementario por los notarios y que se entrega exclusivamente a los notarios.

2.- En cuanto a la corporalidad de la grafía el artículo 25-1 de la Ley Notarial exige "letra clara, sin abreviaturas y sin blancos. Tampoco podrán usarse en ellos guarismos en la expresión de fechas y cantidades". Esta exigencia la he visto recogida, casi literalmente, en el artículo 82 de su Ley que también dice que todo "instrumento se redactará con letra clara, sin abreviaturas, y expresando las fechas y cantidades en letra".

Nuestro Reglamento Notarial vigente ha matizado un poco lo dicho por la ley cuando dice que los caracteres deben ser "perfectamente legibles" y marcados en el papel en "forma indeleble". En cuanto a las abreviaturas y blancos, precisa que no se refieren a las iniciales, abreviaturas y frases reconocidas comúnmente por tratamiento, títulos de honor, expresiones de cortesía, de respeto o buena memoria, ni se reputarán blancos los espacios que resulten al final de una línea cuando la siguiente empiece formando cláusula distinta. Pero en este último caso deberá cubrirse el blanco con una línea de tinta. También sigue diciendo que no podrán usarse guarismos en ningún caso y concepto sin que hubieren sido puestos previamente en letra. Pero se exceptúan aquellos que impliquen la expresión de cantidades que no afecten al valor o precio del contrato, o que no constituyan referencia numérica de las fechas y datos de otros documentos o notas de inscripción en los Registros o del pago del impuesto.

3.- Más complejo es el problema del idioma. Con gran rigidez nuestro Reglamento vigente dice que los documentos deberán redactarse en idioma español, es decir en

castellano.

Permite la redacción en otros idiomas o dialectos hablados en España -recuérdese que en España hay lenguas distintas del castellano- pero exigiendo una serie de requisitos y siempre en doble columna. También permite la redacción en doble columna cuando el otorgante sea un extranjero que no entienda el idioma español.

Este requisito hay que entenderlo modificado por la Constitución española y los Estatutos de Autonomía que reconocen la cooficialidad de los restantes idiomas hablados en España lo que implica la posibilidad de redactar documentos en las regiones autónomas en catalán, vasco o gallego, por ejemplo, sin necesidad de su traducción al castellano ni el requisito de la doble columna. Persiste, sin embargo, esta prohibición y requisito para los idiomas extranjeros lo que plantea no pocos problemas respecto de documentos cuyos efectos se prevea han de producirse en un país extranjero y respecto de los cuales, siempre que el notario conozca el idioma, o intervenga intérprete adecuado, debería autorizarse la redacción directa en el idioma extranjero.

4.- El lugar y la fecha son requisitos formales esenciales a todo documento e imprescindible para estudiar su compatibilidad con otros documentos así como la competencia del propio notario autorizante.

5.- El autor de documento es requisito imprescindible del documento exigido por la Ley Notarial y el Reglamento.

6.- La autorización es el último requisito formal del documento exigido por ambos textos legales. La autorización consiste en la imposición del signo, y rúbrica del notario así como el sello que utilice. En su Ley veo que se ha suprimido el requisito del signo, residuo tradicional del pasado mantenido por la legislación española. Así resulta del artículo 95 de su ley que solo habla de firma y sello.

D) Efectos del instrumento público

Veamos sintéticamente los efectos del instrumento público.

a) La fe pública

El primero y más importante es la fe pública. La recoge el artículo 1218 del Código Civil español que dice "los documentos públicos hacen prueba, aun contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste. También harán prueba contra los contratantes y sus causahabientes, en cuanto a las declaraciones que en ellos hubiesen hecho los primeros".

Dentro de su aparente simplicidad no deja de plantear algunas cuestiones el precepto. Respecto de la fecha está claro que resulta amparada por la fe pública, tanto si se limita a expresar el día o si añade también la hora, como es preceptivo en algunos documentos, como los testamentos.

En cuanto al "hecho que motiva su otorgamiento" incluye,

Según Núñez Lagos los siguientes puntos:

- La presencia misma del notario, que afirma " ante mí".
- La presencia de las partes, "comparecen".
- Lo que Núñez Lagos denomina ---con fuerte reminiscencia procesal- la "audiencia notarial", o sea el hecho de la lectura del documento, la realización por el notario de las advertencias o reservas legales, la afirmación del otorgante u otorgantes de aceptar el contenido del documento.
- El hecho de que se exhiben al notario los documentos de los que resulta la existencia de sociedades o la representación de los que intervienen en el documento en nombre de otros. - La comprobación por el notario de los títulos que las partes le presentan y el hecho de poner en ellos la nota de haber sido enajenada la finca.
- La entrega, ante el notario, de cosas, como llaves o documentos relativos al negocio realizado, o dinero o signos que lo representan.
- Por último el hecho de las manifestaciones que hacen las partes.

Todos estos "hechos" que el notario refleja en el documento componen el llamado "hecho que motiva el otorgamiento" al que se refiere el Código y están amparados por la fe pública.

Una mención especial merecen las " declaraciones realizadas por las partes". Respecto de éstas dice el citado artículo 1218 que "también harán prueba contra los contratantes y sus causahabientes". Quiere esto decir que en sí estas declaraciones no están amparadas por el fe pública. No obstante es conveniente precisar un poco esta cuestión, que ha tenido importante reflejo en la doctrina jurisprudencial española. Respecto a las declaraciones de las partes hay que separar" el hecho en sí de haber sido realizadas" que es un hecho comprendido en el otorgamiento y que queda amparado por la fe pública y la veracidad intrínseca de esas declaraciones que hacen prueba contra el que las hace y sus causahabientes pero que no gozan de la presunción legal de veracidad que implica la fe pública. Con un ejemplo clarificaremos la cuestión. En una escritura de compraventa el comprador manifiesta que ha pagado el precio X y el vendedor que lo ha recibido. En el futuro ni uno podrá negar haber dicho que ha pagado el precio ni el otro que ha dicho que lo ha recibido. Pero esto no quiere decir ni que lo dicho sea verdad, ya que el notario no puede comprobarlo, ni siquiera que el precio sea cierto. En un pleito ulterior éstas son cuestiones susceptibles de prueba y cabe que se termine probando que pese a haber afirmado que ha recibido el precio la simpática viejecita que vendió, en realidad se dejó convencer por su sobrina y firmó el documento sin haber recibido el precio y sin voluntad real de exigirlo. En este supuesto la fe pública permanece incólume pero la veracidad de lo dicho por las partes queda demostrada como falso con las consecuencias que en derecho sean pertinentes.

b) Concede a los juicios del notario una presunción de veracidad

El notario hace en el documento afirmaciones que no se corresponden a "hechos" que percibe y que por tanto no están amparados por la fe pública. Son los llamados juicios del notario. Estos no están, como he dicho amparados por la fe pública, pero gozan de una presunción de legalidad. Así ocurre con los llamados juicios de conocimiento y

capacidad que realiza el notario así como el nombre dado por el notario al negocio. El notario afirma que conoce a D. X. La afirmación hecha por el notario de que ante él está una persona que él conoce o ha comprobado por los medios de identificación permitidos que es D. X está amparado por la fe pública, pero el hecho de que X es efectivamente X y no ha habido una suplantación de personalidad escapa indudablemente a la percepción del notario y se convierte no en la constatación de un hecho sino en la emisión de un juicio que emite el notario basado ya en su conocimiento directo de la persona identificada ya en la prueba de ella a través de los documentos de identidad o testigos de conocimiento. Este juicio del notario está amparado por una presunción jurídica que produce prima Jade su efecto en juicio pero que puede destruirse con otras pruebas sin que con ello padezca la prueba legal o tasada que es la fe pública.

Una situación semejante se produce en el juicio de capacidad que emite el notario al decir "le juzgo capaz" que puede también dejarse sin efecto demostrando que la persona no reunía capacidad, bien por actuar sometida a coacciones externas no perceptibles por el notario (amenazas hechas antes de la firma), bien por estados anímicos de difícil percepción. Recientemente una sentencia del Tribunal Supremo español declaró nulo un testamento porque en el juicio se probó suficientemente, a juicio del Tribunal, que el testador padecía una enfermedad que le privaba de capacidad aunque esto, dice el Tribunal, no fuera susceptible de apreciación por el notario y los testigos que asistían al acto.

De igual manera es un juicio del notario la afirmación del contrato que las partes otorgan y a este nombre debe sujetarse la interpretación tanto de las cláusulas del contrato como llenarse las lagunas del mismo. Esto no obstante si del contenido del propio documento pudiera deducirse con suficiente claridad que el contrato en realidad no es el calificado por el notario sino otro distinto, el juicio notarial cedería a la realidad otorgada por las partes. Por ejemplo el notario califica el contrato de compraventa pero luego resulta que el precio se ve sustituido por otra cosa lo que convertiría el contrato en permuta.

c) Eficacia negocial del documento

El negocio contenido en el documento despliega todos sus efectos. No obstante y en este punto hay que distinguir dos supuestos completamente distintos. El documento, en terminología de González Palomino puede ser exigido como forma de ser del negocio o simplemente como forma de valer, dando lugar a la distinción de documentos constitutivos o declarativos.

Son negocios declarativos aquellos en que la forma añade al mismo los efectos que estamos estudiando pero no es precisa para la existencia misma del negocio que puede existir y desplegar todo su valor sin necesidad de la escritura pública. En Derecho español esta es la regla general. El artículo 1278 del C. C. Dice que "los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez". La escritura no es pues imprescindible para que el negocio surja. No obstante y como la forma es útil y así lo considera el legislador añade en su artículo siguiente que "Si la ley exigiere el otorgamiento de escritura pública u otra forma especial para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato, los contratantes podrán compelerse recíprocamente a llenar aquella desde que hubiese intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios

para su validez". Y completa esta regulación con la enumeración que hace el artículo 1280 de los negocios que deben constar en documento público, entre los que incluye en primer lugar "los actos y contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación y extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles".

Pero existen negocios que bien por su especial trascendencia, la perduración de sus efectos o la repercusión que pueden tener respecto de terceros considera el legislador que es conveniente que se realicen en escritura pública y que en el supuesto de no hacerse así les priva de todo efecto jurídico siendo nulos de pleno derecho. Son los llamados negocios con forma constitutiva. En Derecho español, por citar alguno se encuentran, los reconocimientos de hijos, emancipación, capítulos matrimoniales, donación de bienes inmuebles, constitución de sociedades, de ciertos tipos de fundaciones, hipotecas, etc. En todos ellos considera el legislador que la presencia notarial sirve para evitar precipitaciones en la prestación del consentimiento, asegura un asesoramiento a las partes sobre la trascendencia del acto a realizar, garantiza la claridad de lo pactado así como la conservación de su contenido, características de la intervención notarial que tiene en cuenta el legislador al exigir, con carácter obligatorio y pena de nulidad en caso de su ausencia, la escritura pública.

d) Tradición instrumental

El código civil español sigue en la transmisión de bienes la teoría tradicional del título y el modo en virtud de la cual para que se adquiera la propiedad es precisa la entrega de la cosa basada en ciertos contratos (artículo 609 del c.c.) Pues bien la escritura por sí misma y sin ningún otro requisito (salvo lógicamente que el que la otorga tenga la posesión de la cosa) sirve como entrega produciendo la llamada tradición instrumental regulada en el artículo 1462 que establece que "cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario". Quiere esto decir que al otorgarse la escritura por ejemplo de compraventa el comprador adquiere en virtud de ella directamente la propiedad de la cosa comprada.

e) Efectos ejecutivos

Es esta una importante consecuencia de la fe pública que tiene especial relevancia en los préstamos. El juicio ejecutivo es un procedimiento especial de ejecución ligado a las sentencias y ciertos títulos como la escritura en virtud de lo cual se va directamente a la fase de embargo de bienes y su venta ulterior para satisfacer lo debido sin necesidad de una fase previa de cognición y sin aceptar más que una oposición fuertemente tasada. Ya se comprende la importancia que con estos efectos adquiere la escritura.

f) Protección de terceros

El EE. español establece en su artículo 1230 que "los documentos privados, hechos para alterar lo pactado en escritura pública no producen efectos contra tercero". Sin embargo y en este punto los efectos de la escritura vienen disminuidos por la mayor energía de los efectos ligados al Registro de la Propiedad. No obstante en los supuestos de propiedad no inscrita estos efectos son importantes.

g) Prelación de créditos

Tanto el Código Civil como el de Comercio conceden en los procedimientos concursales carácter privilegiado a los créditos recogidos en escritura pública.

h) Inscripción en el registro

Según el artículo 3 de la Ley Hipotecaria los títulos que deban inscribirse en el Registro deben estar en escritura pública.

Hemos señalado los efectos más importantes de la escritura pública entre los que destacan los procesales que dotan al documento público importantes ventajas, sin embargo la mayoría de las escrituras, gracias a Dios y la eficacia de la intervención notarial, no visitan nunca un juzgado, de aquí que pueda afirmarse que el principal efecto de la escritura es anti procesal, por cuanto evita la necesidad de un pleito, y como consecuencia extraprocesal al servir de título para acreditar el negocio que contiene en las relaciones entre particulares. La experiencia dice que son muchas las veces que utilizamos la escritura de propiedad de nuestra casa para acreditar que somos los dueños en las relaciones civiles, comerciales o administrativas, desde su exhibición para solicitar un crédito hasta su utilización para impugnar el impuesto sobre inmuebles que consideramos excesivo o solicitar un teléfono, actividades todas extraprocesales en las que la escritura tiene un importante efecto legitimador.