

## LECCIÓN QUINTA.- Esquema general del instrumento público

### I. Introducción

En todo instrumento público hemos de distinguir de un lado el negocio jurídico que en el mismo se contiene y cuya regulación corresponde al Derecho civil o mercantil, y de otra el instrumento público que dota de forma auténtica al negocio que contiene. Esta distinción es similar a la que podríamos hacer entre el cuerpo humano y los vestidos con que los cubrimos. El cuerpo permanece idéntico pero la consideración que recibimos no es igual si nos presentamos cubiertos de harapos o vestidos con smoking o traje de noche. Igual ocurre con el negocio jurídico que recibe, como hemos visto, un tratamiento especial cuando está recogido en una escritura pública.

Entre el negocio y el instrumento hay una serie de relaciones que vamos a tener en cuenta al hacer un recorrido panorámico a través de la forma de redactar el documento.

Ya dentro de la propia esfera del documento público hemos de separar una serie de actividades y formalidades que ha de cumplir el notario y el reflejo del cumplimiento de las mismas en el documento. Es lo que Núñez Lagos llamaba muy gráficamente dimensión acto, por una parte, y dimensión papel, por otra. El notario, por ejemplo, y como veremos debe identificar a las partes y la ley dice los medios con que cuenta para hacerlo, esto es la llamada dimensión acto, es una obligación que debe cumplir el notario y que está llamada a producir importantes efectos jurídicos, pero luego el notario debe decir en el documento cómo ha verificado esta identificación y afirmar que efectivamente la persona identificada es ella misma, esta es la llamada dimensión papel.

Por último en el instrumento público cabe distinguir, al igual que en el negocio jurídico, elementos personales que son el notario y los comparecientes, elementos reales, que es el negocio que se instrumenta y el objeto sobre el que éste recae; y elementos formales que son el conjunto de solemnidades que deben cumplirse y se reflejan en el documento.

En esta lección me voy a limitar a recorrer el esquema general de una escritura pública, dejando para la lección siguiente un género documental, muy extendido en España, que es el acta y cuyo esquema es completamente distinto.

En realidad ni la ley ni el reglamento obligan a redactar de una forma determinada la escritura. De hecho y a lo largo de la historia se han utilizado diversos sistemas que no parece oportuno estudiar en este momento, sin embargo y en la práctica se suele utilizar un esquema sistemático y generalizado que tiene la gran ventaja que permite al que tiene que consultar el documento encontrar rápidamente el dato que busca. La escritura tiene una importante misión docente o demostrativa de lo que contiene y esto viene enormemente facilitado por la claridad que se ha conseguido en la exposición de su contenido y por el mantenimiento a lo largo de muchos años de la misma forma de componer el instrumento.

### 11. Partes del instrumento público

En nuestra exposición el orden normalmente utilizado que viene en cierto modo consagrado por el Reglamento Notarial es el siguiente.

La escritura se puede separar en cinco partes:

A) La comparecencia, dentro de la cual se suelen separar tres partes distintas:

- La comparecencia propiamente dicha,

-la intervención,

-y los juicios de capacidad, conocimiento y calificación del acto.

B) La explosión.

C) Las estipulaciones.

D) El otorgamiento.

E) La autorización.

m. La comparecencia propiamente dicha

1.- Número de protocolo.- El notario tiene, al menos en España, obligación de iniciar cada instrumento con un número correlativo. La numeración es anual comenzando con el número uno cada año.

2.- Lugar donde se actúa.- Hay que tener en cuenta que el notario es competente dentro de un territorio determinado. La expresión del lugar donde se actúa sirve para determinar la competencia del notario y por tanto la validez del instrumento.

3.- Fecha.- Hay que expresar el día, mes y año. La hora es obligatoria en los testamentos y en aquellos supuestos en que pueda tener trascendencia.

4.- Funcionario autorizante.- Debe expresarse el cargo de notario. También la justificación en virtud de la cual se actúa si lo es fuera del propio territorio, en razón de sustitución.

5.- Suele a continuación ponerse la palabra "Comparecen" que separa la indicación de la escritura de la expresión de las personas que intervienen en el documento.

6.- Expresión de las personas que comparecen.- En esta parte se reseñan los comparecientes dando sus datos personales, entre los que están la edad, estado civil, profesión u oficio, vecindad y domicilio así como el documento nacional de identidad seguido de una letra que compone la identificación fiscal.

En cuanto a la edad basta decir mayor de edad, salvo que la edad sea determinante para el negocio documentado, como ocurre en la emancipación.

El estado civil se hace constar por manifestación de las partes o acreditándolo mediante los documentos que prueben la separación o divorcio.

#### IV. La intervención

Hemos señalado al principio la diferencia que hay entre el documento y el negocio que contiene. La intervención sirve para poner en relación las partes del documento - comparecientes- y las del negocio -otorgantes-

La intervención puede ser, en primer lugar por sí mismo. En este supuesto coinciden compareciente del documento y otorgante del negocio.

Pero cabe que la intervención sea por otro. En este supuesto la intervención tiene que expresar por quién se interviene y la justificación de dicha intervención.

Hay dos supuestos distintos: -Apoderados

Deben presentar al notario la copia autorizada del poder. La posesión de esta copia es lo que garantiza que el poder existe y permanece vigente. Es por ello por lo que el notario, al menos en España, debe exigir la exhibición de la copia autorizada del poder no conformándose con la presentación de fotocopias, fax, etcétera.

El notario debe comprobar no solo la existencia del poder sino comprobar que las facultades contenidas en el mismo son las precisas para el negocio jurídico que desea realizar.

El notario comprobado el poder, debe reflejar en el documento que se le ha exhibido el poder y cuál es su contenido o bien incorporar la copia que se le ha exhibido a la matriz.

- Sociedades o personas jurídicas en general

Más compleja es la situación cuando se trata de personas que comparecen en nombre de personas jurídicas. En este supuesto debe acreditarse, en primer lugar, la constitución de la persona jurídica lo cual, en el supuesto de la sociedad, se hace bien exhibiendo la copia de constitución en que conste el cumplimiento del requisito de inscripción en el Registro Mercantil o bien Una certificación de éste de la que resulten los datos de constitución de la misma.

En segundo lugar deben acreditarse las facultades de la persona que actúa en nombre de la sociedad y que estas son suficientes para el acto o negocio que intenta celebrar.

- Un supuesto distinto es la actuación sin poder

En principio el reglamento notarial veta la posibilidad de intervenir en nombre de alguien en la escritura sin estar facultado para ello. No obstante la rapidez con que nos movemos hace que en algunas ocasiones el notario acepte la intervención de un representante sin poder. En este supuesto, no obstante, el notario debe advertir claramente a las partes previamente las consecuencias de la falta de justificación de la representación separando el caso de existencia de la misma, aunque no se acredite, del de inexistencia de ella lo que nos lleva al cuasi contrato de gestión de negocios ajenos sin mandato. Solo si las partes con conocimiento de las consecuencias y por existir razones que los justifiquen insisten en realizar el negocio el notario podrá autorizar el documento si bien reflejando claramente las circunstancias de la intervención sin poder

en el seno del mismo.

#### - Complementos de capacidad

Hay supuestos en que una persona que interviene necesita que su capacidad sea completada. Bien por tratarse de un menor emancipado que para ciertos actos precisa la autorización del padre o tutor, bien por ser el padre o tutor que necesita la autorización del juez para ciertos actos o, incluso en España el cónyuge que enajena la vivienda familiar para lo que precisa, aunque sea suya, el consentimiento del otro cónyuge. La determinación de en qué supuestos son precisos estos complementos de capacidad es función del notario en su calidad de jurista. En el documento lo que es preciso es hacer constar bien por la comparecencia de la persona que debe prestar el consentimiento, bien por la exhibición, y en su caso incorporación al documento, de la autorización del juez o de tercero. Cabe también la posibilidad de que se otorgue el documento sin contar con la autorización o consentimiento necesario. El notario, en caso de urgencia, podrá autorizar incluso en ese supuesto el documento, pero deberá hacer constar en el mismo la necesidad del consentimiento o autorización que falta y las consecuencias que su falta produce sobre el documento.

### V. Los juicios de capacidad y conocimiento

#### A) El juicio de capacidad

Dentro del juicio de capacidad el notario debe apreciar tres aspectos distintos:

- El primero la capacidad física para la prestación del consentimiento que abarca a su vez el juicio sobre la consciencia de la persona que lo presta, el hecho de que se encuentra en su sano juicio y está en condiciones de comprender la naturaleza del acto y sus consecuencias y efectos. Dentro de este juicio se incluye también la libertad para llevar a cabo el acto, consistente en la ausencia de coacción tanto física como psíquica.

En caso de duda el notario puede acudir a los medios precisos para comprobar este tipo de capacidad y, en último término, abstenerse de autorizar el documento. En el supuesto del testamento el Código Civil permite acudir a facultativos que ayuden al notario a formar su juicio de capacidad.

- Un segundo aspecto de la capacidad es la llamada capacidad legal, es decir, que legalmente la persona que otorga el documento tiene las condiciones que se precisan para el mismo o, en su caso, se dan los complementos de capacidad a los que antes hemos hecho referencia.

El notario en este punto deberá, por ejemplo, comprobar la edad de la persona, si se halla, en su caso, emancipado y si cuenta con los consentimientos o autorizaciones precisos. En el supuesto de ser extranjero hay que tener en cuenta que estas cuestiones afectan a su estatuto personal que, al menos con arreglo a la legislación española, se rige por su ley personal que el notario debe conocer o hacer que le acrediten.

- Por último y siempre dentro del juicio de capacidad debe el notario comprobar la llamada legitimación o capacidad para el acto concreto de que se trata. En este punto el notario tendrá que comprobar si sobre el objeto del negocio el compareciente está

dotado de los poderes precisos para actuar. Por ejemplo si se trata de enajenar un bien si éste es propiedad de la persona que desea enajenarlo.

#### B) Juicio de conocimiento

En Derecho español está regulado en el artículo 23 de la Ley del Notariado. Dice este precepto que "los notarios darán fe en las escrituras públicas y en aquellas actas que por su índole especial lo requieran de que conocen a las partes o de haberse asegurado de su identidad por los medios supletorios.

Estos medios supletorios son:

- La afirmación de dos personas con capacidad civil, que conozcan al otorgante y sean conocidos del notario, siendo responsables de la identificación.
- La identificación de una de las partes contratantes por la otra, siempre que de esta última dé fe de conocimiento el notario.
- La referencia a carnets o documentos de identidad con retrato y firma expedidos por las autoridades públicas, cuyo objeto sea identificar a las personas.

El notario en este caso responderá de la concordancia de los datos personales, fotografía y firma estampados en el documento de identidad exhibido, con las del compareciente.

- El cotejo de firma con la indubitada de un instrumento público anterior en que se hubiere dado por el notario fe de conocimiento del firmante.

#### C) Calificación del acto

Este apartado cierra la comparecencia y en él, el notario refleja cuál es la figura jurídica que las partes desean realizar. Tiene una cierta importancia esta calificación notarial ya que sirve en principio para interpretar la voluntad de las partes y llenar las posibles lagunas del documento, pero como ya indicamos antes, si del contenido del documento se dedujera claramente que no coincide con lo verdaderamente querido por las partes prevalecerá esta voluntad sobre la calificación del notario.

#### VI. La exposición

Es la parte de la escritura dedicada a recoger el objeto del negocio y en su caso sus fines o causas así como aquellas circunstancias que deban tenerse en cuenta para la validez del mismo.

El Reglamento Notarial español dicta algunas normas entre las que destacaremos las siguientes:

- La descripción de los bienes ha de hacerse con los requisitos que sean precisos para su inscripción en el Registro.
- El notario debe comprobar el título de propiedad del transmitente, y dejar constancia en el mismo de la transmisión realizada en la escritura. La razón de esta nota es evitar

que el transmitente utilice este título para verificar una ulterior transmisión engañando al futuro comprador.

- Debe en la escritura hacerse constar el estado posesorio de la finca, que debe tener repercusión al ser frecuente en el supuesto de arrendamientos, tanto rústicos como urbanos la existencia de retractos.

## VII. Estipulaciones

Esta parte de la escritura contiene el conjunto de cláusulas que componen el negocio jurídico contenido en ella. El notario debe redactar esta parte con claridad, separando los distintos conceptos y limitaciones, interpretando para ello la voluntad de las partes y adaptándola a las exigencias del ordenamiento jurídico para su eficacia e informando a los otorgantes del valor y alcance de lo que consienten.

De acuerdo con la Ley -dice con gran elegancia el Reglamento-, y como reglas imprescindibles el notario deberá observar la verdad en el concepto, la propiedad en el lenguaje y la severidad en la forma.

Cabe la posibilidad de que las partes proporcionen minutas ya redactas al notario. En este supuesto el notario puede utilizarlas siempre que no sean contrarias a la Ley. Tiene también obligación de advertir a las partes de los defectos que en ellas encuentre recomendando la que le parezca mejor redacción, no obstante, si las partes insisten y no violan ninguna ley podrá expresar que el documento se ha redactado conforme a minuta.

La última reforma del Reglamento Notarial introdujo alguna norma para protección del consumidor. Así, dice el artículo 147 que el notario, sin mengua de su imparcialidad, deberá insistir en informar a una de las partes respecto de las cláusulas propuestas por la otra y prestará asistencia especial al otorgante necesitado de ella.

## VIII. Del otorgamiento y la autorización

Si quisiéramos comparar, como hace Núñez Lagos, la actuación con la judicial; diríamos que esta parte de la escritura equivale a lo que en el proceso es el juicio oral o audiencia. En ella el notario debe cumplir una serie de requisitos y paralelamente reflejar en el documento que los ha cumplido. Veamos por separado estas dos partes del documento.

### A) El otorgamiento

Recoge la actividad del notario en este momento y consta de los siguientes requisitos:

- La lectura del documento. Esta ha sido un requisito esencial de la escritura por cuanto garantiza el conocimiento por los otorgantes de lo que firman y evita la posibilidad de oponer la vieja excepción medieval llamada de *schaedula non lecta*. Sin embargo la multiplicación de otorgamientos y su cada día mayor complejidad ha traído en una de las últimas reformas del R. Notarial español una aligeración del requisito de la lectura al decir que el notario puede leer por sí mismo la escritura o permitir que la lean por sí las partes. De esta norma se exceptúan los testamentos en los que siempre es obligatoria por el notario.

Si es el notario quien lee debe hacerlo por sí mismo, en alta voz y de forma íntegra, y presencia de todas las partes y en el supuesto de ser preciso de los testigos. Siempre debe advertir y permitir si lo desean usar, a las partes el derecho que tienen a leerla por sí mismos.

En el documento suele recogerse el cumplimiento de este requisito de forma muy breve. "Leo yo el notario esta escritura a los otorgantes, advirtiéndoles del derecho que tienen a leerla por sí mismos, que no usan".

Tanto si el notario lee por sí mismo como si permite la lectura a las partes debe comprobar que éstas entienden el contenido del negocio y sus efectos asesorándolas y explicándoles aquellos puntos que les sean dudosos.

Como es lógico hay supuestos más complejos. Por ejemplo en el caso de otorgante completamente sordo debe leer por sí el documento.

El Reglamento regula también meticulosamente el supuesto de que el otorgante no conozca el idioma permitiendo que el notario le traduzca el documento o bien intervenga un intérprete que realice esta labor.

Realizada la lectura el Reglamento dice que el notario hará las llamadas advertencias y reservas legales establecidas bien el C.Civil bien el de comercio o la legislación hipotecaria. Igualmente advertirá de las obligaciones de carácter fiscal.

Las partes deben expresar su consentimiento y que el objeto de la lectura es el contenido de su voluntad. En la práctica el notario cumple este requisito con una breve interrogación, pero en realidad la firma del documento por las partes sirve como expresión de su conformidad.

Las partes deben firmar a continuación en su forma habitual.

Si han sido identificadas por documentos de identidad el notario debe procurar que su firma coincida con la del documento.

Si alguna de las partes no sabe o no puede firmar es preciso que asistan a la firma dos testigos instrumentales que firmen a su petición por el otorgante que no sabe hacerlo. Todo ello debe reflejarse en el documento.

## B) Autorización

Es la fórmula sacramental que pone fin al documento y que lo convierte en instrumento público. En España normalmente el documento suele terminarse con la fórmula ritual "doy fe".

## IX. Conclusión

Nos hemos demorado un poco en el esquema de cómo se realiza una escritura para poner de manifiesto los requisitos que las normas notariales exigen para la redacción de los documentos; que por los documentos que he tenido ocasión de manejar y que creo son similares entre ustedes, no son requisitos formales carentes de sentido ni arcaicos

residuos" de épocas pasadas totalmente innecesarios en los tiempos modernos marcados por la rapidez y la supresión de formalidades sino que están al servicio de conseguir que el documento sea seguro, garantice quienes lo otorgan, que representan a quien dicen que representan, son propietarios de los bienes que transmiten, las cláusulas son claras y las partes las conocen y todo ello porque los enérgicos efectos que la legislación suele conceder al documento público sólo tienen sentido si éste es seguro y esta seguridad se la da el notario con su intervención y con el cumplimiento de los requisitos exigidos por la legislación. De otra forma el documento sería una trampa para los que lo firman y no merecería la protección que le concede el ordenamiento.