

La forma de los actos jurídicos privados y la seguridad jurídica

José María de Prada González

Notario de Madrid, España

1. Introducción

La seguridad jurídica, a la que dedicamos este curso es indudable que está de moda, sobre todo, desde que se ha descubierto hasta qué punto es necesaria para una adecuada convivencia ciudadana.

Para que las relaciones jurídicas sean seguras no es suficiente que las leyes sean claras, que ahora no lo son, ni que exista una justicia rápida, barata y eficaz, que ahora tampoco lo es, sino que es fundamental, como ya dije en la sesión de apertura, que las relaciones jurídicas estén de tal forma constituidas que eviten la necesidad de acudir a un pleito. Es indudable que quien compra un piso, hereda una finca o concierta un préstamo deseará que si tiene que acudir al juzgado éste funcione de forma que pueda conseguir rápidamente una solución al conflicto, pero es mucho más probable que lo que desee es no tener que acudir nunca al pleito porque los contratos estén de tal forma redactados que reúnan todos los requisitos previstos por la ley y sean tan claros que hagan desistir a las partes de acudir al juzgado. E incluso en el supuesto de tener que acudir al juzgado, por obcecación de una de las partes, es también de desear que la claridad de los mismos y los efectos previstos por el ordenamiento para el documento en que se recogen sean de tal suerte que permitan un triunfo más seguro en el pleito.

Al servicio de estas aspiraciones, que están en la mente de todos, se encuentra la forma en general de los negocios jurídicos y en especial la forma notarial, inserta en la que hoy ha dado en llamarse derecho cautelar. Lora Tamayo (ponencia presentada al XVI Congreso Internacional del Notariado Latino) apuntaba certeramente que si el Derecho tiene la misión de resolver a posteriori, mediante el proceso aquellas incertidumbres jurídicas ya producidas en el pasado, o potencialmente producibles en el presente, también tiene la de evitar a priori, preventivamente, el riesgo de las incertidumbres futuras a través de instrumentos adecuados que fundamenten o potencien la certeza.

Al servicio de esta misión de dotar de certeza a las relaciones jurídicas y en consecuencia dentro de lo que Mezquita del Cacho (en su recientemente publicada tesis doctoral titulada Sistema Español de Derecho Cautelar) llama sistema cautelar, se incluyen las garantías y efectos ligados a la intervención notarial en particular y a los requisitos de forma en general.

A estudiar cuáles son esos requisitos y cuáles son los efectos derivados de la intervención notarial es a lo que está dirigida la conferencia de hoy.

11. Las exigencias de forma en el Derecho español

Por forma, en un sentido muy amplio, se entiende el vehículo o medio de expresión de que se sirven las partes para emitir sus declaraciones de voluntad (Díez-Picazo), En este

sentido y como decía ya Huber en una obra sobre la forma de los negocios jurídicos publicada en 1907 y que devino clásica, un mínimo de forma es imprescindible. Resulta indudable que el mero pensamiento no puede producir efectos jurídicos y que para ello debe expresarse utilizando una forma.

En principio, en nuestro Derecho, campea el criterio de libertad de forma que proclamó, con ciertas dudas, el ORDENAMIENTO DE ALCALÁ, modificando la doctrina romana que recibimos a través de las PARTIDAS. Aceptando el principio de libertad de forma el problema se traslada a la prueba. Para poder hacer valer una voluntad es preciso probar su existencia y no sólo en el proceso, sino incluso y fundamentalmente en el mundo extraprocesal.

Dada la importancia que tiene la prueba pronto la ley fue primando como privilegiados, determinados medios de prueba, concediendo efectos especiales a aquellos que eran cubiertos por la actuación de un profesional especialmente encargado de ello por el ordenamiento.

Paralelamente el Derecho consideró la necesidad de exigir una forma especial para determinados negocios jurídicos que bien por su especial importancia, bien por la dificultad de su prueba, por la posibilidad de coacciones en la formación de voluntad o por los efectos que producen para tercero hacían precisa una tutela especial.

Así surgió la distinción entre las llamadas formas de valer -recogidas en el artículo 1.280 del c.c.- y, las formas de ser (terminología popularizada por González Palomino) exigidas como requisito esencial de los negocios en numerosos artículos del Código Civil, de Comercio y leyes especiales.

Estas formas de siempre fueron encomendadas por la legislación al notario, cuyo origen se pierde en los tiempos pero que desde su peculiar organización y prestigio en las ciudades italianas del medievo ha ido adquiriendo una singular presencia en todos los ordenamientos de corte latino y, por tanto, en el nuestro.

Desde el punto de vista que nos ocupa hoy, que es el de la seguridad jurídica, mi misión no es tanto estudiar el tema de las formas en general cuanto estudiarlas desde el prisma de esa seguridad y para ello, vamos a ver en qué consiste la intervención notarial, cuáles son los requisitos de la misma y qué efectos están ligados a su cumplimiento.

Para que mi exposición sea lo más clara posible, voy a dejar de lado toda erudición para centrarme, en los puntos claves del tema a exponer.

IIT. Principios que rigen la función notarial

Antes de estudiar cuáles son los efectos que la legislación liga al documento público y, por lo tanto, de qué manera se preserva la seguridad jurídica en ellos, me parece importante hacer un breve excursus sobre los requisitos o modo de actuar que debe cumplir el notario para llevar a cabo los documentos públicos, y esto por la razón de que la eficacia y la seguridad jurídica están ligadas a los requisitos cumplidos en la preparación de estos documentos.

En efecto, como veremos, la seguridad jurídica que resulta del documento notarial no se

limita a los efectos privilegiados que el ordenamiento jurídico le concede y que, como veremos, están hoy disminuidos, sino que derivan, principalmente, de la rigurosa preparación de los negocios como consecuencia de la intervención notarial, de la seriedad que imprime ésta y del prestigio social de que está rodeada aquélla.

Voy a resumir estos requisitos de la legislación en cinco principios, que son:

- El primero el principio de autoría, al que va ligado la responsabilidad del notario por aquello que realiza. - El segundo el control de legalidad.
- El tercero el principio de imparcialidad.
- El cuarto de intermediación, y
- El quinto el que podríamos denominar principio del protocolo o efectos del protocolo.

A lo largo de estos requisitos iremos viendo cómo la actuación notarial va dotando al documento que realiza de una serie de garantías que son las que explican los efectos que la legislación liga luego al resultado de su actuación: el documento público.

1. El principio de autoría y la responsabilidad del notario

La primera característica de la escritura notarial es que tiene como autor al notario. Esto arranca de la propia definición de documento público del artículo 1.216 del Código civil, cuando dice que son documentos públicos los autorizados por un notario o empleado público competente con las solemnidades requeridas por la ley. Dejando a un lado los otros posibles documentos públicos y concretándonos en el notarial, que es el que nos ocupa hoy en cuanto es el documento que recoge el tráfico jurídico -no se olvide que el artículo primero de la Ley del notariado dice que en todo el reino no habrá más que una sola clase de notarios- tenemos que poner de manifiesto algo que, en principio, parece obvio y sin embargo es de trascendental importancia. El documento público es un documento que hace el notario, que redacta éste y en el cual narra una serie de hechos.

Es cierto que, como señala Núñez Lagos, dentro del documento notarial hay que distinguir dos clases de declaraciones (conferencia "Concepto y clases de documentos" Estudios de Derecho Notarial, Tomo I, página 289) las que formula el notario funcionario público y las que formula la persona particular. Pero el hecho de que en el documento haya declaraciones del notario y declaraciones de las partes no oscurece la circunstancia de que el autor del documento completo es el notario. Esta es una característica esencial del notariado latino y, por lo tanto, del notariado español, que lo diferencia radicalmente de los notariados de carácter anglosajón e incluso de ciertas actuaciones de carácter notarial o de fe pública que permite nuestro Código de Comercio o Agentes de Cambio y Bolsa. La escritura, tal y como la realiza el notario, es pública y es documento público, con todos los efectos del documento público, por el hecho de que es redactada por un funcionario público competente y con las solemnidades establecidas en la ley, es decir, los requisitos que hemos visto establece el

Código.

En el derecho anglosajón, los documentos son siempre privados y la intervención del notario es una intervención externa al documento, que tiene como único fin garantizar la identidad de la persona que firma el documento y el hecho de que esta persona lo ha firmado. Pero el notario anglosajón, es decir el notario público por ejemplo inglés o norteamericano, queda ajeno por completo al documento, del que sigue siendo autor la persona privada que lo ha realizado, lo cual lo diferencia fundamentalmente de la escritura pública realizada por notario español. Una cosa parecida ocurre en nuestro Derecho con las pólizas intervenidas por Corredor de Comercio, pólizas que en sí son documentos privados y siguen siéndolo, incluso después de la intervención del agente ya que están redactadas por las partes sin que en ese momento haya intervención pública alguna. Adquieren los caracteres de la fe pública mediante la intervención del Corredor de Comercio a los terminados efectos previstos por la Ley.

El hecho de que el notario sea el autor del documento, impone al notario una serie de obligaciones que redundan en la seguridad jurídica.

En primer lugar es obligación del notario asesorar a las partes que acuden a reclamar su ministerio, así lo expresa el artículo 10. del Reglamento Notarial cuando dice: "Los notarios son a la vez profesionales del Derecho y funcionarios públicos ... Como profesionales del Derecho tienen la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquéllos se proponen alcanzar". Esta obligación de asesoramiento es garantía de la autenticidad de fondo.

En segundo lugar es derecho y obligación del notario redactar el documento, como establece el artículo 147 del vigente Reglamento Notarial, que refleja la tesis defendida por Rodríguez Agradados en España y D'Orazi en Italia cuando dice "El notario redactará el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes, la cual deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico, e informará a aquéllos del valor y alcance de redacción". Esta facultad y obligación del notario existe incluso en los casos en que se pretenda el otorgamiento según minuta o bien se trate de la mera elevación a escritura pública de un documento privado. En el supuesto del documento redactado conforme a minuta el notario puede y debe negarse a la autorización del documento si la minuta no se adapta al Ordenamiento Jurídico, principio que, veremos a continuación, es fundamental en la actuación notarial. En el supuesto de actuar según minuta el último párrafo del artículo 147 dice que el notario consignará en su caso que aquél ha sido redactado conforme a minuta y, si le constare, la parte de quien proceda ésta y si la misma obedece a condiciones generales de su contratación. No obstante los términos imperativos en que se pronuncia el precepto, lo cierto es que si el notario, una vez revisada la minuta, la considera conforme a derecho la puede hacer suya y no hacer constar la existencia previa de la minuta. Sólo en aquellos supuestos en que el notario, aun considerando conforme a derecho la minuta crea que para mejor reflejar la realidad de los pactos debería redactarse de alguna otra manera podría autorizar el instrumento por insistencia de las partes y descargando su responsabilidad mediante la referencia a que se realiza conforme a minuta. No obstante y en la práctica, los notarios prefieren dialogar con las partes y llegar a un acuerdo en cuanto a la redacción del instrumento antes que tener que acudir al criterio final de hacer constar esta nota, que en cierto modo deja translucir una desconfianza del notario respecto al contenido del documento que

puede reflejarse y producir efectos sobre el mismo.

El hecho de que el notario sea el redactor del instrumento, aparte de implicar una garantía por las especiales cualidades del notario derivadas de su rigurosa formación y método de selección que hace que, en general, los documentos realizados por notario sean ajustados a derecho y, por lo tanto, tengan la garantía de producir todos los efectos jurídicos pertinentes, produce también una segunda consecuencia de gran importancia, y es el hecho de que el notario autor del documento es responsable del mismo. Así lo establece el artículo 146 del Reglamento Notarial cuando dice que el notario responde civilmente de los daños y perjuicios ocasionados con su actuación cuando sean debidos a dolo, culpa o ignorancia inexcusable, y es indudable que, según la doctrina notarial, la ignorancia del notario, cuando se refiere a los requisitos legales, es siempre inexcusable. El propio Reglamento puntualiza que si se pudiera reparar en todo o en parte, autorizando una nueva escritura, el notario debe hacerlo a su costa y no vendría, en este caso, obligado a indemnizar más que los demás daños y perjuicios que se puedan ocasionar.

Autoría y responsabilidad son dos elementos fundamentales en cuanto a la garantía del documento público y tradicionalmente han estado ligados entre sí.

2. El principio de control de legalidad

La intervención notarial en este tema tiene dos aspectos distintos. El primero deriva del propio artículo 1.216, cuando reputa documentos públicos los autorizados por notario con las solemnidades requeridas por la ley. El notario tiene, pues, obligación de cumplir las diversas solemnidades establecidas en la legislación notarial a la que se remite el artículo 1.217 del Código civil,

bien entendido que sólo es documento público aquél que reúna estas solemnidades requeridas por la Ley.

Pero el principio de legalidad tiene otro aspecto en la intervención notarial, que se recoge en el artículo primero del Reglamento y es que el notario, cuando asesora a las partes, debe aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquéllos se proponen alcanzar. Y éste es el aspecto del principio de legalidad que queremos destacar. Hemos visto que el artículo 147 del Reglamento, igualmente, decía que es función del notario adecuar la voluntad de las partes al Ordenamiento Jurídico. Quiere esto decir que el notario, al autorizar el documento público, debe procurar que éste cumpla todos los requisitos que la legislación exige para la producción de los efectos consiguientes. Este es un punto de la intervención notarial que ha adquirido una gran importancia en tiempos modernos como consecuencia de los problemas derivados de la existencia de fraudes inmobiliarios, hasta el punto de que la Junta de Decanos de Colegios Notariales ha pedido de las autoridades la posibilidad de que se le conceda una mayor beligerancia al notario en la exigencia de determinados requisitos, como son, por ejemplo, una serie de ellos que hoy no puede exigir, en torno a la realidad de la existencia de construcciones y de que éstas cuentan con las licencias precisas

para llevarlas a cabo.

Un ejemplo de la importancia de este punto puede verse en la legislación del suelo y la de inversiones extranjeras. En ambas se establece la necesidad de que el notario exija, previamente a la autorización del documento la justificación por parte de los otorgantes de que se cuenta con las autorizaciones o se han cumplido los requisitos exigidos por la ley para las divisiones de fincas, en un caso, y las inversiones extranjeras en el otro.

Esta acentuación de la función notarial para ejercer un control de los actos que se realizan ante él es una tendencia moderna de la que tenemos un ejemplo reciente en la Ley de reforma de la legislación en materia de sociedades recientemente publicada, y que entrará en vigor el 1 de enero próximo y en la que se encomienda al notario el control de la realidad de las aportaciones realizadas a las sociedades anónimas.

Esta función de control de legalidad cumple una doble misión. Para el Estado se consigue a través de la colaboración notarial la: obtención de determinados fines de interés público. Para las partes es la seguridad de que en el acto que realizan están cumplidos todos los requisitos precisos para que desarrollen la plenitud de sus efectos.

3. Principio de imparcialidad

En ésta una de las características típicas del notariado español, que lo separan del notariado de otros países cercanos incluso de origen latino, como el francés o belga, y que tiene una gran importancia práctica a la hora de dotar de seguridad jurídica a los documentos en que interviene. Es frecuente, en efecto, en la práctica hablar de "mi notario", como reflejo de la confianza y simpatía que el cliente siente respecto del notario que conoce. Es importante saber, sin embargo, que el notario español es un funcionario público que debe prestar su función en igualdad de condiciones para todas las partes que intervienen en el documento. Una de las funciones del notario, en efecto, es conseguir que los otorgantes del documento tengan un conocimiento completo de aquellas obligaciones que contraen en virtud del mismo. De aquí que el notario tenga obligación de asesorar a ambas partes, y no sólo a una de ellas, sobre el contenido del documento. y es más, la reforma del Reglamento de 1984 introdujo un precepto, el párrafo tercero del ya citado artículo 147, donde establece que, sin mengua de su imparcialidad, el notario insistirá en informar a una de las partes respecto de las cláusulas propuestas por la otra y prestará asistencia especial al otorgante necesitado de ella.

No basta, en efecto, para cumplir con la función notarial, que el notario lea la escritura a las partes, por cuanto, como es sabido, muchas veces el contenido de la escritura es de difícil

Comprensión para personas legas en Derecho, sino que su obligación va más allá y la ley le impone la de asesorar así como la de hacer lo preciso para que los que firman el documento lo hagan con pleno conocimiento y comprensión de su contenido aclarándoles el contenido de cada una de las cláusulas del documento, única manera de garantizar que éste es querido por el que consiente y fruto de su voluntad. Y esta obligación adquiere una relevancia especial en el supuesto, hoy tan frecuente, en que el contrato venga predispuesto por uno de los intervinientes, normalmente una gran empresa, que trata de hacer firmar a la otra parte el documento por ella preparado. En este supuesto es obligación del notario informar a la otra parte de las consecuencias que tiene la firma del documento para que ésta pueda tomar la decisión de firmarlo o no o

bien discutir el contenido del contrato.

Esto nos hace deplorar que con frecuencia los contratos que realizan los notarios se limiten a ser la reproducción o elevación a público de documentos privados firmados previamente sin adecuado asesoramiento de las partes. De aquí que, una vez más, al tratar el tema de los fraudes inmobiliarios el Consejo General del notariado aconsejó que se hiciera lo posible para hacer desaparecer las trabas que impiden que el documento notarial se firme en el mismo momento del pacto entre las partes, trabas que normalmente son de carácter fiscal.

Esta labor de imparcialidad del notario es especialmente importante en la actividad que éste realiza en las actas, documento que, como es sabido, ha adquirido hoy una gran trascendencia, resultado del prestigio de la intervención del notario y no sólo de los efectos ligados a las mismas por la legislación. Como es sabido, hoy todo el mundo quiere ampararse en la fe notarial para garantizar la veracidad de los hechos que tienen alguna importancia. Desde la ONCE, que requiere todas las noches la presencia de un notario para dar fe del sorteo que realiza, hasta los anuncios que con frecuencia vemos en televisión o los propios programas televisivos, como el popular del Precio Justo que establece a través de acta notarial los concursantes que han de ser llamados a intervenir en el mismo. En todos estos supuestos ya se comprende que lo que buscan las partes no es tanto la eficacia del documento público cuanto la confianza que la intervención del notario, precisamente por su imparcialidad, suscita en el público en general ya que estos documentos sólo en momentos muy raros tienen que ser presentados en un pleito y agotan su contenido en el mero anuncio de que ha estado presente el notario.

Esta confianza en el notario lleva a que con frecuencia y en lenguaje coloquial todo el mundo se quiera presentar como notario. Baste como ejemplo recordar cuántas veces un periodista para acentuar la veracidad de lo que relata dice "doy fe de ello" o se atribuya el ser "notario de la actualidad", afirmaciones que no por exageradas dejan de halagar a los notarios porque en definitiva ven en ellas un reconocimiento de la importancia que tiene su función.

4. El principio de intermediación

Son dos los aspectos que comprende este principio. Uno es el de rogación en virtud del cual el notario, salvo casos excepcionales, nunca actúa de oficio sino que a la prestación de sus servicios debe preceder la rogación de parte. Así lo establece el artículo 3 del Reglamento Notarial.

El segundo aspecto o intermediación propiamente dicha implica que el notario solo da fe de aquello que ocurre en su presencia y que, por lo tanto, ve, oye o percibe por sus sentidos.

Como señala Núñez-Lagos la percepción sensible se verifica de dos maneras por la vista y por el oído. Esto no excluye el alguna importancia. Desde la ONCE, que requiere todas las noches la presencia de un notario para dar fe del sorteo que realiza, hasta los anuncios que con frecuencia vemos en televisión o los propios programas televisivos, como el popular del Precio Justo que establece a través de acta notarial los concursantes que han de ser llamados a intervenir en el mismo. En todos estos supuestos ya se comprende que lo que buscan las partes no es tanto la eficacia del documento público

cuanto la confianza que la intervención del notario, precisamente por su imparcialidad, suscita en el público en general ya que estos documentos sólo en momentos muy raros tienen que ser presentados en un pleito y agotan su contenido en el mero anuncio de que ha estado presente el notario.

Esta confianza en el notario lleva a que con frecuencia y en lenguaje coloquial todo el mundo se quiera presentar como notario. Baste como ejemplo recordar cuántas veces un periodista para acentuar la veracidad de lo que relata dice "doy fe de ello" o se atribuya el ser "notario de la actualidad", afirmaciones que no por exageradas dejan de halagar a los notarios porque en definitiva ven en ellas un reconocimiento de la importancia que tiene su función.

4. El principio de inmediación

Son dos los aspectos que comprende este principio. Uno es el de rogación en virtud del cual el notario, salvo casos excepcionales, nunca actúa de oficio sino que a la prestación de sus servicios debe preceder la rogación de parte. Así lo establece el artículo 3 del Reglamento Notarial.

El segundo aspecto o inmediación propiamente dicha implica que el notario solo da fe de aquello que ocurre en su presencia y que, por lo tanto, ve, oye o percibe por sus sentidos.

Como señala Núñez-Lagos la percepción sensible se verifica de dos maneras por la vista y por el oído. Esto no excluye el empleo accesorio por el funcionario de otros medios, como tacto u olfato, pero como parte integrante de una percepción sensible principal por medio de la vista y del oído. Incluso respecto del oído, no habiendo una percepción sensible por la vista, tal vez por un residuo de lo estipulado, romana, no basta con oír, hay además que ver hablar. Los demás sentidos tienen un valor de cotejo, de acompañante de los actos de vista y oído, que son los verdaderos protagonistas. Núñez Lagos (en la propia conferencia "Clasificación y efectos de los documentos" publicada bajo el número 10 en sus Estudios de Derecho Notarial, tomo 1, página 321) señala que en su opinión el notario no puede recibir una declaración por teléfono, ya que no puede trasladar al papel un simple acto de oído, que no es acto de vista a la vez y el mero aparato telefónico no basta. Sin embargo y en mi opinión el notario, incluso en este caso, podría realizar el acta y lo que recogería en ella es exclusivamente el hecho de que teniendo el teléfono en la mano escucha unas determinadas palabras por el mismo, pero naturalmente sin poder comprobar ni decir quién es la persona que habla al otro lado, aunque puede dar una opinión o bien tener algunos datos convenidos con la misma para poder recoger su declaración.

Este aspecto tiene gran importancia porque delimita los efectos de la fe pública, tal y como lo recoge el artículo 1.218, que veremos más tarde. El hecho que motiva el otorgamiento es el que presencia el notario y que percibe a través de sus sentidos. De aquí que el notario no pueda dar fe, bajo pena de falsedad, de hechos que no presencia o que no sean perceptibles por los sentidos. Así ocurre con los pensamientos, ideas o hechos relatados por alguien. En estos supuestos de lo que el notario da fe es ya de la expresión de la idea o pensamiento y del relato que hace alguien de aquel hecho.

5. El principio de conservación del documento

El notario no sólo redacta y autoriza documentos, sino que, utilizando la expresión de la Ley Notarial, forma protocolos. La formación de protocolos es la expresión actual de un viejo principio (el principio de matricidad) que ha acompañado siempre a la función notarial desde su mismo nacimiento en la Alta Edad Media. El notario siempre ha conservado nota de las escrituras en las que intervenía, notas que podían exhibirse y producir efectos en juicio.

La conservación de los documentos notariales en ese peculiar archivo que es el protocolo notarial, tiene la clara finalidad de proteger la seguridad jurídica. La permanencia del documento en poder del notario garantiza, en primer término, la existencia del propio documento en el futuro, evitando desapariciones u ocultaciones maliciosas e interesadas. Garantiza también la propia integridad del documento, en el que no podrán hacerse alteraciones, supresiones o interpolaciones que desvirtúen su contenido. Existencia e integridad del documento, necesaria consecuencia de la propia naturaleza del documento notarial y de las virtudes de que le dota su proceso de formación, que quedarían totalmente desvirtuadas si no se protegiera al propio tiempo el documento como cosa corporal. El principio de conservación del documento es una manifestación más de la naturaleza del documento notarial y de la seguridad que él mismo dota a las relaciones jurídicas que recoge.

La peculiaridad del archivo notarial es doble. Por un lado el mismo se formaliza en el libro protocolo. Todas las escrituras notariales lo son tales en cuanto forman parte del protocolo y protocolo, a su vez, es la encuadernación anual de todos los instrumentos notariales. En realidad el protocolo históricamente era un libro donde se escribían las escrituras, libro que en la actualidad se forma a posteriori por razones de orden práctica. Lo importante es que el documento se inmoviliza, se incorpora al libro protocolo y no puede desglosarse de él (salvo casos excepcionalísimos de que el propio documento pueda considerarse cuerpo de un delito) y lo que produce efectos en el tráfico jurídico son las copias que, bajo su fe, expide el notario. Así queda perfilada la actividad notarial tal y como resulta con precisión del artículo 17 de la Ley del Notariado: "El notario redactará escrituras matrices, expedirá copias y formará protocolos".

Pero la peculiaridad del protocolo notarial a que nos referimos es de orden jurídico y tiene más trascendencia. Según dice el artículo 36 de la citada Ley "los protocolos pertenecen al Estado". Pero como ha precisado mi hermano Joaquín de Prada en una reciente conferencia, hay que distinguir claramente en el protocolo dos aspectos diferentes: el protocolo como cosa corporal, que es el que pertenece al dominio público, y las declaraciones de voluntad comprendidas en los documentos protocolizados, que se refieren a la esfera privada de los individuos y son expresión de su libertad personal y de su autonomía de la voluntad. Estos contenidos no pertenecen al Estado, sino que son privados, pertenecen a sus autores y a las personas con derecho legítimo a tener acceso a los mismos. Como dice acertadamente el autor citado en una sintética frase: el protocolo es un archivo privado en manos públicas.

Las consecuencias de esa conceptualización del protocolo son importantes: los protocolos son secretos, los particulares tienen derecho al carácter reservado de sus declaraciones y sólo pueden tener acceso a ellas los propios interesados o personas con derecho legítimo a ello. La articulación legal de estos principios se desdobra, por un lado, en normas que protegen la custodia de los protocolos de los notarios, que los protocolos no pueden sacarse de sus archivos, que nadie tenga derecho a examinarlos en su totalidad, etc. El

carácter reservado de las determinaciones se articula en la regulación del derecho a obtener copias, que es muy limitado y queda bajo el control del notario archivero.

Este carácter especial del protocolo, como archivo privado pero bajo la protección oficial, y de su carácter reservado, pero al que pueden acceder personas con derecho específico a conocer determinados documentos, lo hace especialmente idóneo para acoger en su seno determinados documentos que, por su propia naturaleza, tienen una vocación de permanencia, de producir efectos en un tiempo futuro dilatado, de documentos que interesan a sus autores pero también a terceras personas. Pienso concretamente en las sociedades y toda clase de personas jurídicas. En estos supuestos el acceso al protocolo notarial da una fijeza a los actos constitutivos o modificativos importantes, garantizando su conservación inalterada en un futuro lejano y permitiendo, al mismo tiempo, la natural reserva y el posible acceso de terceros interesados a su conocimiento.

111. Los efectos cautelares de la forma notarial

Hemos visto, hasta ahora, las precauciones que la legislación impone y el notario toma para garantizar la seriedad de los documentos realizados notarialmente. Estas precauciones son las que justifican los efectos que la legislación concede al documento notarial, y que vamos a estudiar en esta segunda parte, siempre desde el prisma y punto de vista de la seguridad jurídica.

En la escritura pública, que es el documento notarial más típico y en el que nos vamos a centrar fundamentalmente, hay que distinguir el documento y el negocio. Núñez-Lagos, padre del Derecho notarial moderno, en sus "Esquemas conceptuales del instrumento público" (Estudios de Derecho Notarial, Tomo n página 16) nos dice, con su peculiar forma de plantear los temas que hay que partir de una diferenciación de dos planos horizontales y paralelos, el plano del negocio y el plano del instrumento. El plano del negocio, sigue diciendo, pertenece al Derecho notarial material o sustantivo, civil o comercial, y el plano del instrumento pertenece al Derecho Notarial, que es un Derecho no sustantivo sino formal. La escritura y el negocio que contiene son dos cosas diferentes, pero sin embargo existe entre ellas una interrelación. De aquí que al estudiar las garantías del instrumento público podamos verlo desde dos prismas distintos. De una parte podemos estudiar lo que se llama: autenticidad interna del documento, es decir, garantías que la intervención notarial y la escritura pública implican para el negocio jurídico incluido en ella, o podemos también limitarnos a lo que se puede llamar autenticidad externa del documento, es decir, garantías que el documento en sí mismo tiene con independencia del negocio en él contenido. Me limitaré exclusivamente, a este segundo aspecto, el de la autenticidad externa del documento, porque sobre la primera e indudablemente muy importante función del documento, la de dotar de autenticidad interna al negocio que contiene, se ha ocupado, con mucha más competencia que yo, mi compañero Rodríguez Adrados. Veamos pues los efectos que en sí mismo produce el documento.

1. El efecto de fe pública

El primero de los efectos que produce el documento público es el llamado de fe pública que está recogido en los artículos 1.218, 1.219 Y 1.230 del Código civil. El primero de estos preceptos dice que "Los documentos públicos hacen prueba, aun contra tercero,

del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste", y en su segundo párrafo continúa que "También hará prueba contra los contratantes y sus causahabientes, en cuanto a las declaraciones que en ellos hubiesen hecho los primeros".

Rodríguez Adrados, en su reciente estudio sobre los documentos en el Código, recuerda cómo el Código se ha separado de los proyectos anteriores así como sus antecedentes extranjeros que empleaban la palabra tradicional de "hacen fe", por eso se denominaba "fe pública", empleando un término tradicional, que es el "hace prueba". También señala cómo, probablemente por un error, suprimió la palabra plena, que estaba en todos los anteproyectos anteriores al Código civil, que algunas veces hablaban de prueba plena y otras de prueba completa, lo que implicaba ya una superación de la llamada prueba tasada que existía en el Derecho histórico. Esta prueba que hace el documento público, como dice el artículo 1.218 es aun contra tercero, lo cual implica que el documento público es oponible a los terceros, entendiendo por terceros a los penitus extraneus, es decir, a cualquier tercero no al tercero restringido del que habla la Ley Hipotecaria. Destaca Rodríguez Adrados que el Código emplea un hábil giro idiomático, ya que no dice hacen prueba contra tercero sino que al decir que hacen prueba aun contra tercero está queriendo decir que no sólo hacen prueba en contra del tercero sino también a su favor y que, por lo tanto, tiene un efecto de utilizar en provecho de los terceros del contenido del documento público. En cuanto al contenido de la fe que deriva del documento público, el artículo 1.218 la refiere a dos aspectos, que son a la fecha y al hecho que motiva su otorgamiento. Dejando fuera la fecha, cuyo sentido es claro, veamos qué ha querido decir el Código con la frase "hecho que motiva su otorgamiento".

Rodríguez Adrados, en su citada conferencia dice que con la frase el hecho que motiva su otorgamiento, que carece por cierto de antecedentes en nuestro proceso codificador y que según él responde al deseo del Código de dar cabida en una fórmula genérica a todos los documentos públicos, lo que está queriendo decir el Código es que cada tipo de documento público hace fe del hecho para el que está destinado y en manera alguna de otras circunstancias que han de ser objeto de otros documentos públicos de la misma o de distinta clase. Esto es 1 que quiere decir cuando habla del hecho que motiva su otorgamiento, que en realidad debería decir, según técnica moderna su autorización.

Refiriéndose por tanto a las escrituras públicas el hecho que motiva su otorgamiento y su autorización no es otro que los negocios jurídicos que contienen, lo cual quiere decir que la escritura prueba, aun contra terceros, el convenio que se ha realizado en ella. Es decir, una escritura de venta probará aun contra tercero que la venta se celebró y que ésta se llevó a cabo en los términos a que se refiere la escritura, pero esto se limita al hecho del otorgamiento y no a las manifestaciones que hagan las partes en el documento, respecto de las cuales el segundo apartado puntualiza que sólo producirá efectos entre los contratantes y sus causahabientes.

El hecho que motiva el otorgamiento no es, sin embargo, tan simple como a primera vista puede parecer. Así Núñez-Lagos manifiesta cómo este hecho es un hecho complejo y puede comprender los siguientes hechos distintos:

El primer hecho es la presencia del notario, en el ejercicio de sus funciones; lo cual viene reflejado en la palabra ante mí con que empieza. El segundo hecho es la presencia de las partes. El notario dice comparecen y expresa que están presentes físicamente

delante de él unas personas determinadas. Luego veremos los efectos que tiene la identificación de estas partes. En tercer lugar es la presencia posible de otras personas, como son testigos, personas que intervienen para completar la capacidad de alguien, etc. El cuarto hecho son manifestaciones de realidad, es decir, narraciones que el documento contiene de lo que el notario presencia, escucha o ve, pero también son algo más que declaraciones de verdad porque son realidades actuales o coetáneas, es decir, son circunstancias que se producen en ese momento y que pueden ser de muy diversa materia. Así Núñez-Lagos distingue:

1. Notificaciones intimaciones o requerimientos que hace el notario acompañados de un hecho real, como es la entrega de una cédula o la intimación para realizar una cosa o la manifestación verbal de algo.
2. Reseña de documentos. El notario manifiesta que tiene a la vista y da fe de que se le han exhibido determinados documentos o títulos previos.
3. Entregas de dinero por precios o pagos.
4. Entregas de cosas, como ocurre cuando hay consignaciones o depósitos.
5. La lectura del documento por parte del notario o por las partes y la manifestación por éstas de que se han enterado de su contenido.
6. La prestación del consentimiento por las partes, ya vaya acompañada de la firma, ya la firma no se realice o bien venga sustituida en la forma que el Código establece (puede verse este estudio en los "Estudios jurídicos del documento notarial", Núñez-Lagos, recogidos en los Estudios de Derecho Notarial. Tomo 11, página 143 y siguientes).

En el principio de la fe pública los artículos 1.219 y 1.230 regulan los que se han dado en llamar *contre-Iettres*, que en castellano llamaríamos *contradocumentos*. El artículo 1.219 dice, en este sentido, que "Las escrituras hechas para desvirtuar otra escritura anterior entre los mismos interesados, sólo producirán efecto contra terceros cuando el contenido de aquéllas hubiese sido anotado en el registro público competente o al margen de la escritura matriz y del traslado o copia en cuya virtud hubiera procedido el tercero". Y el artículo 1.230 establece que "Los documentos privados hechos para alterar lo pactado en escritura pública, no producen efecto contra tercero".

En este punto el Código no se preocupa de los efectos entre las partes, que serán los normales derivados de la eficacia de los documentos o contratos realizados, pero sí de los efectos contra tercero que se amparen en un documento primordial como es la escritura pública y niega todo efecto contra el mismo al *contra-documento* privado o a la escritura posterior cuando no reúna los requisitos de publicidad del artículo 1.219 (para poder profundizar sobre este tema puede estudiarse el completo trabajo de Rodríguez Adrados "Escrituras, contraescrituras y terceros", publicado en el Tomo 22 de los Anales de la Academia Matritense del Notariado).

Conviene que, siguiendo a Rodríguez Adrados, recordemos brevemente cuáles son las características del efecto de la fe pública. En primer lugar es una prueba real y objetiva, es decir, es una cosa y no una persona lo que sirve de prueba. Incluso en los supuestos en los que el contenido del documento sea un testimonio, esto es una prueba subjetiva,

como ocurre, por ejemplo, en las llamadas actas de referencia o de manifestaciones, lo que sirve de prueba es una cosa, es el documento realizado, es el instrumento realizado por el notario.

En segundo lugar es una prueba preconstituida, no solamente en el sentido de que se ha formado antes del proceso, sino también en el sentido de que se produce o se establece precisamente para que produzca los efectos de prueba, de aquí las características de previa rogación que hemos visto exige el Reglamento Notarial.

y en tercer lugar es una prueba que no sólo produce efectos en el proceso sino también fuera de él. Este aspecto último es especialmente importante. Conviene detenerse un momento en este punto. Establecido el principio general del artículo 1.278 que proclama la libertad de forma -la cual, y como ya hemos dicho, no es absoluta al haber numerosas excepciones- el problema de la existencia del consentimiento se traslada a un problema de prueba. Los procesalistas se apoderaron de la cuestión y lo estudiaron exclusivamente dentro del proceso y en sede de prueba procesal. Esto ha hecho que la doctrina sobre el documento público haya estado excesivamente influida por los aspectos procesales del mismo, olvidando con frecuencia que, en realidad, y afortunadamente, sólo una muy pequeña parte de los documentos públicos están llamados a surtir su efecto en un pleito, mientras que la mayoría de ellos sirven para probar los hechos que recogen, precisamente, fuera del proceso judicial. Es más, Rodríguez Adrados puntualiza que la eficacia probatoria del documento notarial es más importante extraprocésalmente que en el proceso, por cuanto en el proceso no es más que un medio más de prueba, con las limitaciones que veremos a continuación ha producido la doctrina del Tribunal Supremo, mientras que extrajudicialmente es la única prueba que se utiliza, por regla general, para demostrar la existencia de los negocios jurídicos.

Así lo expresó, por ejemplo, la Orden Ministerial de 31 de agosto de 1963 que dijo que la fuerza del instrumento público estriba cabalmente en la privilegiada virtud de la fe notarial, cuyas declaraciones son incontrovertibles, cuando dice que las escrituras hechas para desvirtuar otra escritura anterior entre los mismos interesados sólo producirán efecto contra terceros cuando el contenido de aquéllas hubiere sido anotado en el Registro Público competente o al margen de la escritura matriz y del traslado o copia en cuya virtud hubiera procedido el tercero. El artículo 1.230 completa esta doctrina al establecer que los documentos privados hechos para alterar lo pactado en escritura pública no producen efecto contra tercero.

La eficacia judicial de la prueba documental, sin embargo, en cierto modo ha venido afectada, por la apreciación en conjunto de la prueba por parte de los tribunales de instancia, práctica admitida sistemáticamente por el Tribunal Supremo. Aunque es cierto que si se examinan detalladamente las sentencias del Tribunal Supremo es muy raro que la apreciación conjunta de la prueba lleve consigo la desvalorización de la prueba documental notarial en aquellos puntos que están verdaderamente acogidos a la fe pública, es decir, en la fecha y el hecho que motiva el otorgamiento y que con frecuencia en la valoración conjunta de la prueba cuando se deja de tener en cuenta lo dicho en el documento notarial, es más bien en lo relativo a las manifestaciones o pactos de las partes que han podido ser modificadas por otros elementos distintos de la escritura de los que haya podido llegar a tener noticia el juez por otros medios de prueba. No obstante la verdad es que la doctrina del Tribunal Supremo en esta materia

es muy amplia y acepta la libertad total del juzgador para, a la vista de la totalidad de las pruebas presentadas, llevar a cabo su propio juicio y como consecuencia de lo cual no está obligado a aceptar, al menos según la doctrina del Tribunal Supremo, la existencia de unas pruebas plenas que sólo puedan dejarse sin efecto mediante el ataque a través del juicio de falsedad.

Este tema indudablemente, lleva, como dice Gómez Orbaneja y recuerda Rodríguez Adrados, quiérase o no, a una desvalorización de los efectos como prueba legal y a un debilitamiento de la seguridad jurídica. En la práctica, sin embargo, no es tan importante porque la realidad es que los tribunales, en la mayoría de los casos, aceptan, si no porque se sientan vinculados por ellos sí por el especial prestigio que la intervención notarial da al documento en cuestión, por regla general, repito, aceptan lo dicho por el notario y suelen basar en ellos, con relativa frecuencia, sus decisiones, lo que hace que en la práctica siga siendo especialmente apreciada, en orden a la seguridad jurídica, la intervención notarial.

2. El efecto de las presunciones ligadas al documento

Junto al relato de hechos amparados por la fe pública, el notario realiza una serie de afirmaciones que tienen su sede en la esfera del Derecho y que según la clasificación que seguimos de Núñez-Lagos se dividen en calificaciones y advertencias.

A) Calificaciones. Son juicios emitidos por el notario, como funcionario perito en Derecho. No pertenecen, pues, a la fe pública en su aspecto de *justa verum dictum* sino en el aspecto del principio de legalidad. Estas presunciones son, por tanto, presunciones de Derecho *iuris tantum*. Las más usuales son:

1. La capacidad jurídica de las partes. Así lo establece el artículo 156 del Reglamento, que exige que el notario dé fe de la capacidad jurídica de las personas que ante él contratan. Igual lo establece en los testamentos el artículo 663 del Código civil. Esta presunción alcanza a la capacidad física o natural de la persona para actuar y además a la legitimación o capacidad jurídica para realizar el acto o contrato que se contiene en la escritura. Está recogida siempre en la escritura cuando el notario dice *le juzgo capaz*.

2. El segundo juicio del notario es sobre la identidad de las partes, a través del cual el notario manifiesta conocer a los otorgantes o bien haberse asegurado de su identidad a través de los medios permitidos por la legislación notarial. Es indudable, como dice Núñez-Lagos, que la afirmación de conocer a la parte o de que una persona es aquella que dice ser, nunca es una evidencia de *visu ex auditu*, por cuanto para ello sería preciso que el notario presenciara el hecho del parto y la identidad permanente del nacido desde el alumbramiento hasta la comparecencia. Se trata de un problema de notoriedad. Lo que manifiesta el notario es que una persona determinada ostenta públicamente un status determinado y, por lo tanto, produce una presunción *iuris tantum*, que puede naturalmente ser dejada sin efecto en el supuesto de que se hubiera provocado una falsa identidad.

3. Es también calificación del notario el llamado *nomen iuris* del acto o calificación de cuál es la naturaleza del contrato que se va a realizar. Es importante esta presunción, que indudablemente también es *iuris tantum*, por cuanto puede servir como base para la interpretación de los términos del contrato o para la integración de las lagunas que en el

mismo se pueden producir.

4. También es manifestación del notario la que realiza en tomo a la legalidad del acto, entre las cuales es un ejemplo la exigida en el artículo 699 del Código civil para los testamentos abiertos, en donde se exige que el notario debe afirmar en el otorgamiento que se han guardado los requisitos exigidos en el Código para aquella clase de testamentos. En las escrituras públicas se expresa de modo más breve y sencillo, cuando el notario dice de todo lo contenido en este instrumento público, etc. Se trata de una calificación sobre la verdad y legalidad del acto en cuestión.

B) Advertencias. Junto a las calificaciones, que hemos visto hace el notario, también existen en el documento público advertencias, que son aquellas instrucciones o amonestaciones que el notario hace a las partes para que tengan conocimiento de sus deberes, de su situación o responsabilidades. Se trata de un asesoramiento exigido por la Ley y del cual, en ocasiones, hay que dejar reflejo en el documento público. Un ejemplo de esto es el que acaba de imponer a los notarios la reciente Ley de Tasas y otros de carácter fiscal, en virtud de las cuales los notarios tienen obligación no sólo de advertir a las partes de las consecuencias fiscales de los actos que realizan sino también de reflejar en el documento que han hecho esta advertencia.

3. La tradición instrumental

Otro efecto de la escritura pública en orden a la eficacia del negocio jurídico y a la seguridad del mismo, es la tradición instrumental que recoge el artículo 1.462 párrafo segundo del Código civil, cuando 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".

Como es sabido nuestro Código, separándose de algunos de sus ejemplos extranjeros más inmediatos (los Códigos francés e italiano) mantiene la teoría del título y el modo, estableciendo, en el artículo 609, que la propiedad y los derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición. La entrega, según dice el artículo 1.462, consiste en la puesta en poder y posesión de la cosa vendida y lo establecido en el párrafo segundo implica que el mero hecho del otorgamiento de la escritura sirve como tradición, como consecuencia de lo cual la escritura en sí produce la transmisión de la cosa en cuestión. Este efecto es tanto más importante cuanto que sólo se deriva de la escritura pública y en ningún momento del documento privado y es dudoso, en mi opinión, y pese a alguna sentencia en contra que sea posible realizar la tradición por el mero convenio de las partes si se trata de bienes inmuebles, a diferencia de lo que ocurre cuando se trata de bienes muebles dado lo establecido en el artículo 1.463. En el supuesto, pues, de no mediar escritura pública para que se entienda transmitida la propiedad, con los importantes efectos que esto produce, es preciso que exista un acto concreto de puesta en poder y posesión, no bastando el mero otorgamiento del documento privado aunque así se pacte en el mismo.

4. Fuerza ejecutiva

Otro efecto típico de la escritura pública en orden a la seguridad del tráfico, son los efectos ejecutivos que el artículo 1.429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil liga a la escritura notarial.

Esta fuerza ejecutiva tiene ligada a la escritura pública desde los tiempos más remotos mediante la cláusula guarenticia, que parece introducirse entre nosotros por influencia italiana y de la que se encuentran ya ejemplos a fines del s. XIV y principios del XV. Es de destacar que en el artículo 1.429 del Código civil, en el que se equipara la escritura pública a las sentencias judiciales, la escritura pública es el único título, junto con dichas sentencias, que por sí mismo y sin necesidad de ningún otro requisito posterior tiene ligada la función ejecutiva. La importancia de este efecto de la escritura pública es la de que la impugnación de los documentos notariales sólo se puede realizar, en principio, en juicio declarativo, pues en el juicio ejecutivo habrá que atenerse a las específicas y limitadas causas de oposición recogidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

- . Prelación ligada a la escritura

Otro efecto en orden a la seguridad derivada de la existencia de la escritura pública y, en cierto modo, consecuencia también de la fe pública establecida en el artículo 1.218 del Código, es la prelación concedida a los créditos que sin privilegio especial consten en escritura pública en el artículo 1.924 del Código civil, créditos a los que se les concede preferencia entre sí por orden de la antigüedad de las fechas de las escrituras en que estuvieren recogidos.

6. Inscripción en los Registros de la Propiedad

El Registro de la Propiedad, como diría Antonio Pau, es una institución fundamental en orden a la seguridad jurídica y tiene como misión proteger al tercero que contrata confiando en lo que el Registro contiene.

En principio la inscripción, como dice su artículo 33, no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes. No obstante lo anterior, los enérgicos efectos del Registro hacen necesario que los títulos inscritos en el mismo sean, en la medida de lo posible, títulos que reúnan los mayores requisitos de eficacia y seguridad. Si no fuera así y el Registro acogiera títulos endebles o respecto de los cuales no hubiera garantía sobre la veracidad del consentimiento en los mismos contenidos, el Registro se convertiría en una trampa, tanto mayor cuando mayores son sus efectos. De aquí que el artículo 3 de la Ley Hipotecaria establezca que para que puedan ser inscritos los títulos expresados en el artículo anterior deberán estar consignados en escritura pública, ejecutoria o documento auténtico expedido por la autoridad judicial o por el Gobierno o sus agentes en la forma que prescriban los Reglamentos.

El Registro de la Propiedad y la institución notarial son, pues, complementarios entre sí, porque la institución notarial, como consecuencia de la fe pública y de los restantes efectos que hemos visto así como por la autenticidad de fondo que deriva de la intervención notarial, dota a los documentos notariales de unas garantías en orden a la existencia del consentimiento y la legalidad del mismo que justifican el que se exija su existencia para la inscripción en el Registro.

7. Los efectos negociales de la escritura

Bajo el título de la eficacia de los contratos recoge el Código, en el Capítulo III del importante Título II del Libro N, lo que Rodríguez Adrados, con mejor precisión, ha denominado sistema documental del Código civil.

Tres son los únicos artículos que recoge el Código. En el primero se establece que los contratos serán obligatorios cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que reúnan los requisitos esenciales para su validez, principio que recoge el famoso principio del Ordenamiento de Alcalá. Este principio había recibido gran cantidad de alabanzas a lo largo de la historia, pero junto a estas alabanzas, como señala Rodríguez Adrados, se había ido desarrollando una fuerte crítica que llevó al proyecto de 1851 a omitirlo pero que hemos visto reaparece en el Código civil.

Junto a este artículo 1.278 está el 1.280 en donde se enumeran una serie de excepciones al principio de libertad de forma, enumeración que no es exhaustiva porque, indudablemente, existen otras, como veremos, a lo largo del Código civil. No es éste el momento de enumerar cuáles son estos actos o contratos, que son generalmente conocidos.

Por último, el artículo 1.279 viene a definir cuál es la exigencia de forma de los artículos 1.280 y concordantes, al establecer que "Si la ley exigiere el otorgamiento de escritura u otra forma especial para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato, los contratantes podrán compelerse recíprocamente a llenar aquella forma desde que hubiese intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez". La doctrina notarialista se ha fijado especialmente en la segunda parte del precepto y ha discutido con ardor cuál es el efecto que tiene la escritura pública respecto de los pactos previos no recogidos en la misma. Aquí la doctrina está dividida. De una parte Núñez-Lagos entiende que el otorgamiento de la escritura exige un nuevo consentimiento sustantivo y produce una renovada contracción, a no ser que estemos ante una escritura de mero reconocimiento de un acto o contrato anterior, en el sentido de lo establecido en el artículo 1.224 del Código civil. Núñez-Lagos sienta esta opinión en base de lo que llama la insularidad de la escritura pública, que la aísla de los pactos previos y que hace que éstos queden modificados por la escritura salvo que en la propia escritura se diga lo contrario. Esta tesis tiene gran importancia porque si en el documento privado previo hubiera pactos que no se hubiesen recogido en la escritura, éstos quedarían automáticamente sin efecto al firmar la escritura posterior.

Por el contrario González Palomino entiende que cuando hay un consentimiento previo las partes no pueden ni tienen por qué compelerse a prestar un nuevo consentimiento, sino que lo único que se pueden compeler, como dice el propio artículo citado, es a llenar la forma y que, por lo tanto, al firmar una escritura, si hay un documento privado previo, las partes no prestan un consentimiento nuevo y el primero seguirá produciendo todos sus efectos y los pactos previos serán válidos en tanto cuanto no hayan sido expresamente modificados en la escritura en cuestión.

En definitiva, ambas tesis, como reconoce sensatamente Rodríguez Adrados, tienden a acercarse más de lo que pudiera suponerse, si se tiene en cuenta que todos están de acuerdo en que respecto de terceros y en virtud de la integridad de la fe pública que, hemos visto, proclaman los artículos 1.218, 1.219 Y 1.230 del Código civil, todos los acuerdos primigenios no recogidos en la escritura son inoponibles a este tercero.

Creo además que de todas maneras, hay que tener en cuenta que, en principio, habrá que partir de lo pactado en la escritura, en la cual normalmente no se limitan las partes a llevar a cabo el cumplimiento de unos requisitos formales, salvo los supuestos de elevación a escritura pública de documentos privados o de ratificación de lo pactado con

anterioridad, sino que se presta un nuevo consentimiento y habrá que entender, por el mismo principio de integridad de la escritura, que ésta es completa y ha modificado los pactos anteriores, salvo que se pueda probar, lo cual siempre será posible por otros medios, que efectivamente entre las partes, nunca frente a terceros, se quisieron dejar vigentes algunos de los pactos del documento anterior.

Sin embargo y junto a este artículo 1.279 y 1.280 que regula lo que González Palomino llamó, con acierto, formas de valer, es decir, aquellos requisitos exigidos por la Ley pero que no implican ni disminuyen el valor de los consentimientos prestados con anterioridad existen en el Código civil una serie de supuestos en los cuales la forma notarial es exigida como requisito imprescindible para que surjan los efectos del negocio jurídico, es decir, lo que el propio González Palomino denominó formas de ser. En estos supuestos la intervención notarial es imprescindible para la existencia del negocio jurídico. La voluntad sólo puede expresarse en y a través del documento notarial siendo nulo el consentimiento que no haya empleado este medio de expresarse. Así lo tiene reiteradamente declarado nuestro Tribunal Supremo.

Como supuestos en que nuestra legislación exige la forma de ser señalamos los siguientes:

- El reconocimiento de la filiación no matrimonial (artículo 120.1 del Código civil).
- La emancipación (artículo 316 del Código civil).
- La donación de inmuebles (artículo 633 del Código civil).
- El testamento común abierto o cerrado (artículo 694 y 707 del Código civil).
- Las capitulaciones matrimoniales (artículo 1.327 del Código civil).
- Censo enfiteútico (artículo 1.628 del Código civil).
- La sociedad a la que se aportan inmuebles (artículo 1.667).
- La hipoteca (artículo 1.875 del Código civil y 146 de la Ley Hipotecaria).
- La hipoteca mobiliaria (artículo 3 de la Ley de 16 de diciembre de 1954).
- Diversas notificaciones contenidas en la Ley de Arrendamientos Urbanos en los casos de subrogación y traspaso de local de negocio o convenio o contrato para el traspaso (artículo, entre otros, 32 de la Ley de Arrendamientos Urbanos).
- Las sociedades anónima y de responsabilidad limitada, en virtud de lo dispuesto en sus correspondientes Leyes.

La justificación de por qué el Código exige en estos supuestos la escritura como requisito esencial para el contrato, con clara modificación del principio de libertad de pacto que hemos visto en el artículo 1.278, tiene una explicación plural. De una parte el principio del Ordenamiento del Alcalá no tuvo en nuestro Derecho histórico una aplicación general, habiendo numerosas excepciones. De otra en la época codificadora y como he apuntado antes, siguiendo a Rodríguez Adrados, había una poderosa corriente doctrinal contraria al principio. Esto explica la existencia de estas excepciones que se deben a motivos diversos. En unas ocasiones está exigida la forma para protección de las propias partes, ya que la importancia del compromiso que adquieren implica la conveniencia del asesoramiento previo notarial y la importancia que tiene la obligación del notario de redactar el documento en orden o garantizar que éste reúne los requisitos necesarios para cumplir sus efectos. Tampoco es de desdeñar la importancia de la presencia notarial en orden a evitar coacciones sobre la persona que contrata o bien la de protección de aquel contratante de carácter débil. Esto explica, por ejemplo, la exigencia de la escritura pública en supuestos como la donación.

En otros casos la importancia o la razón de la exigencia del requisito es que son contratos que están llamados a producir efectos frente a terceros, ya sea a favor o en contra de los mismos. Así ocurre, por ejemplo, con la escritura de hipoteca, a la que no basta, por desarrollar todos sus efectos, la intervención notarial, sino que es preciso la inscripción en el Registro, precisamente para proteger al tercero que pueda quedar perjudicado por el mismo. Lo mismo ocurre con las escrituras de sociedad que van a producir sus efectos no sólo entre las partes sino respecto de las personas que contraten con ellas o con los testamentos, en los cuales la forma solemne se exige por una doble causa. Por una parte porque el testamento es un documento que cuando deba desplegar su eficacia no es posible, por definición, acudir a quien lo ha realizado para preguntar cuál es su voluntad, ni siquiera para comprobar si existen situaciones de coacción sobre el mismo. Y en segundo lugar porque en torno al testamento hay una serie de intereses de terceros, como son los legitimarios, que merecen la protección derivada de la forma pública y solemne en que consiste la intervención notarial.

Consideraciones (males)

Para terminar queremos recordar las palabras con que concluía una intervención parecida de nuestro compañero Rodríguez Adrados, que subrayaba dos aspectos:

El primero es que, aunque la función notarial tiene una importante eficacia en orden a la seguridad de las relaciones jurídicas que contiene, la importancia de la misma es más amplia y tiene carácter sustantivo y está ínsita en los valores superiores de libertad y justicia del Ordenamiento Jurídico. El notario se desarrolla en un clima de libertad y la fomenta, de aquí la libre elección de notario como presupuesto del libre ejercicio de los derechos, especialmente de los derechos civiles, que el instrumento público potencia e incluso prolonga en el espacio, con los poderes, o en el tiempo, con los testamentos. Esta colaboración del notario en orden a la justicia es especialmente importante, ya que explica que las eficacias del documento no sólo responden a razones de seguridad, por importante que ésta sea, cuanto a razones de justicia.

En segundo lugar que los efectos del instrumento público, que están en la base de la seguridad jurídica, no son una concesión graciosa del legislador ni un resultado taumatúrgico de la intervención notarial, sino que son el fruto combinado de la

capacitación del notario que interviene, de su formación jurídica, de las funciones que realiza en orden al asesoramiento y protección de las partes que intervienen en el documento y, al final, de la seriedad, contrastada durante siglos, en el ejercicio de la profesión. De aquí la trascendencia que tiene la conservación de la institución notarial de acuerdo a las características que hemos heredado del pasado, aun cuando se trate de adaptarlas a las circunstancias de la actualidad.