

NUÑEZ LAGOS, Rafael: "Hechos y derechos en el documento público".

A partir de la obra de José María Sanahuja Soler, *Tratado de Derecho notarial* (1), y de las conferencias pronunciadas en la Academia Matritense del Notariado, los años 1943 y 1944 (2), se ha producido un verdadero renacimiento en el estudio del Derecho Notarial examinándolo a través de la técnica jurídica más moderna. Y paralelamente se puede observar una nueva orientación histórica—científicamente histórica—de los estudios notariales, desarrollada principalmente en las publicaciones anuales del Colegio Notarial de Barcelona bajo el título *Estudios históricos y documentos en los Archivos de Protocolos*, hoy independizados de la revista *La Notaría*, a la que inicialmente estuvieron unidos (3).

Se intenta iluminar, histórica y científicamente, los escasos preceptos positivos que se ocupan del valor del documento notarial. Labor de gran importancia, pues, por desgracia (4), ni siquiera entre los profesionales suele tenerse una idea clara de la eficacia del mismo, ni de su contenido narrado por el Notario.

Especialmente, de esta palpitante cuestión se ha ocupado, abarcando todos sus aspectos—histórico, científico, legal y jurisprudencial—, en la forma magistral a que nos tiene acostumbrados, nuestro compañero, Notario de Madrid, Rafael Núñez Lagos (5).

(1) Barcelona. Ed. Bosch, 1945. Obra premiada por el Ilustre Colegio Notarial de Barcelona (Premio Falguera) en 1942.

(2) Recogidos en los volúmenes I y II (1945 y 1946) de los Anales de la Academia Matritense del Notariado. Entre estas conferencias, por orden cronológico, señalaremos: NAVARRO AZPEITIA: *Actos de notoriedad*; NÚÑEZ LAGOS: *Estudios sobre el valor del documento notarial*; DE LA PLAZA NAVARRO: *Apuntes para el estudio de los errores de hecho y de derecho a casación; el documento auténtico*; GÓMEZ ORBANEJA: *La prueba preconstituida*, y CASTÁN TOBEÑAS: *En torno a la función notarial*, trabajo desarrollado en una monografía del mismo maestro: *Función notarial y elaboración notarial del Documento* (Madrid, 1946).

(3) Precursores de los estudios científicamente históricos sobre el Notariado, podemos considerar a los trabajos de FÉLIX MARÍA DE FALGUERA sobre ROLANDINO y sus obras, y especialmente el dedicado a la Constitución del emperador León "el Filósofo", ordenando las formalidades de ingreso en el Colegio de Tabularios, publicados en "La Notaría" y editados en "Estudios histórico-filosóficos sobre el Notariado" (Barcelona, librería de Penella y Bosch, 1894). En la sección de archivos de protocolos de la Notaría, hoy independizada de esta revista y dirigida por Raimundo Noguera de Guzmán, destacan dos documentados trabajos sobre historia del Notariado, debidos a HONORIO GARCÍA, notario de Vich: *Contribución al estudio histórico del Notariado español. El Notariado en Vich durante la Edad Media* ("La Notaría", año LXXXII, primer trimestre 1947) y *Notas para unos prolegómenos a la historia del Notariado español* (tiempos anteriores a la Reconquista), en "Estudios históricos y documentos de los archivos de protocolos", t. II (Colegio Notarial de Barcelona, 1950).

(4) Buena parte de culpa de ello han tenido los programas de oposiciones a Notarías, en los que se relega el Derecho notarial al antepenúltimo lugar de exposición material. Posponiéndolo, incluso, al Derecho hipotecario, lo que equivale a anteponer un efecto (la inscripción) a su causa (el título).

(5) Entre las numerosas publicaciones de RAFAEL NÚÑEZ LAGOS, sólo citamos aquí las relativas a Derecho notarial: *Estudios sobre el valor del documento notarial* conferencia desarrollada en la Academia Matritense del Notariado el 5 de mayo de 1943, recogida en el tomo I de sus Anales; su comentario crítico publicado en la "Revista de

Ya en su primera monografía sobre esta materia, *Estudios sobre el valor del documento público notarial*, otro ilustre compañero, de los que ocupan la vanguardia de este renacimiento, José González Palomino (6), opinó que: "No hay ninguna obra que la supere ni siquiera que se le asemeje en valor sistemático, técnico y lógico, ni por la riqueza de materiales que contiene... Es un libro que tanto vale por lo que enseña como por lo que sugiere, provocando reacciones favorables o discrepantes. Varias de sus conclusiones han sido recibidas inmediatamente por el Tribunal Supremo de Justicia... Todo el esfuerzo que se emplee en su estudio será, no obstante, recompensado largamente."

Pues bien, este trabajo de Rafael Núñez Lagos ha sido superado en valor sistemático, lógico y técnico, y en riqueza de los materiales contenidos... ¡por el mismo Rafael Núñez Lagos!, en la monografía de que nos estamos ocupando: *Hechos y derechos en el documento público*.

Como gran honor consideramos hacer la recensión de esta obra. Y mucha responsabilidad querer concretar en estas pocas líneas la serie de valores contenidos en la misma. Procuraremos hacerlo con la mayor claridad posible y conservando, cuando el resumen lo permita, las mismas palabras de su autor. Y tomándonos la libertad de intentar sintetizar algunas de sus ideas en unos cuadros sinópticos, que creemos pueden facilitar la visión de conjunto de la obra.

* * *

Como dice el propio Núñez Lagos: "La eficacia de los documentos notariales, vista por los autores españoles de los últimos cien años, es una eficacia colectiva y en bloque, una teoría de brocha gorda."

Por eso hay que comenzar por distinguir, como él hace. Entre actas y escrituras, el consentir y lo consentido, o sea el hecho y su resultado; la existencia y la validez del contrato, unidad de tiempo y unidad de consentimiento, hechos y formas, forma y prueba, ser y valer, intervención y narración y su respectivo valor, las estimativas nulidad y falsedad, valoración legal y estimación de la prueba, el valor de los hechos contenidos

Legislación y Jurisprudencia" (1948) a la conferencia de NEGRI, acerca de *La evolución del Notariado argentino: Documento público y autenticidad de fondo*, en "Revista del Notariado de Buenos Aires", mayo 1947, y reproducida en "La Notaría", primero y segundo trimestre 1948; *Perfiles de fe pública*, en "Anuario de Derecho civil", t. II, fascículo I: *La firmeza de las relaciones jurídicas constituidas en escritura pública*, conferencia pronunciada en el Colegio Notarial de Valencia el 15 de mayo de 1948, publicada en el tomo correspondiente a las conferencias de dicho curso y traducida al francés y al italiano; *La estipulación en las Partidas y el Ordenamiento de Alcalá*, discurso leído en 15 de junio de 1950 en su recepción pública como Académico de número en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación; más la traducción—con el P. VELA—a la *Aurora* de ROLANDINO, y el extenso prólogo—exclusivamente de NÚÑEZ LAGOS—, en el que expone la historia del documento notarial en Italia desde el siglo VIII al XIII, único trabajo de conjunto publicado, examinando la evolución de cada uno de los capítulos o secciones de la escritura pública (trabajo del que tengo intención de ocuparme más adelante con toda la extensión que la obra y su autor merecen).

(6) *Instituciones de Derecho notarial*. Madrid. Ed. Reus, 1948. T. I (único publicado hasta ahora).

en los documentos públicos según sean evidencias directas o indirectas (juicios) del Notario, y declaraciones de voluntad o de verdad de las partes, las escrituras de constitución, especificación o renovación de las escrituras reconocitivas y de la elevación a públicos de documentos privados y de la protocolización de éstos. Y por igual razón divide su obra en dos partes: la primera relativa al valor de los hechos a través de su narración por el Notario en el documento público, y la segunda referente a los derechos surgidos de las convenciones otorgadas en escritura pública.

ACTAS Y ESCRITURAS.—En las actas, el Notario narra el *hecho* patente para sus sentidos y le deja ser lo que es y como es.

En la escritura, el *hecho* es más complejo: una convención o contrato, un negocio jurídico, una declaración de voluntad; esencialmente, una prestación de consentimiento. En este caso, el hecho patente, en su elemental sustancia, consiste en una presencia de las partes ante el Notario y en una cierta actividad de esas mismas partes; a su vez, el Notario ha de desempeñar un papel activo en cumplimiento de su deber legal de *redactar* el acto o contrato conforme a la Ley de fondo y a la voluntad de las partes.

HECHOS Y NORMAS.—El mundo jurídico está dividido en dos campos: normas y hechos... El hecho es el reactivo de la norma. La eficacia *en potencia* de la norma se convierte *in actu* gracias al hecho... La eficacia abstracta de la norma incorporada al hecho—hecho jurídico—és lo que produce efectos jurídicos.

Del hecho jurídico interesa al Derecho: 1) la existencia; 2) la persistencia o prueba; 3) la valoración o eficacia, bien de la existencia o bien de la prueba. En correlación con cada una de esas fases del hecho se produce la *forma*. Es decir, para que cada uno de estos momentos tenga vida, a veces la Ley exige una forma (forma *ad substantiam*, forma *ad probationem*, etc.).

EXISTENCIA Y FORMA.—I. *Existencia*.—Hay hechos *materiales*, ostensibles... *patentes*. No habría problema respecto de su existencia, acreditable *de visu*, si al Derecho no le preocuparan dos categorías lógicas fundamentales: el tiempo y el espacio... para fijar no solamente su existencia, sino las circunstancias de lugar y tiempo, sin perjuicio y además de las relaciones del hecho con otros hechos concomitantes o con determinadas personas.

Hay otros hechos *inmateriales*, internos, imperceptibles directamente por los sentidos, pertenecientes al mundo del espíritu—ideas, resoluciones, prestaciones de consentimiento, etc.— que tienen que hacerse sensibles no sólo al mundo físico exterior, sino al mundo jurídico. *De internis nemo indicat*.

II. *Formas*.—En una acepción amplia, a la exteriorización o expresión del hecho se le puede llamar *forma*. Es la figura, contorno o perfil con que el hecho se hace perceptible en el mundo jurídico.

En un sentido más restringido, la forma es fórmula mágica indispensable para que un acto nazca jurídicamente.

Varias clasificaciones pueden hacerse de las formas.

A) *Formas obligatorias* (formas del ser, principio: "Forma *dat esse rei*"), sean exigidas por la ley o por las partes, y *formas libres*.

B) *Formas de ser y formas de valer*.—El hecho para existir pertenece al ámbito de las formas libres: pero, para valer, para alcanzar ciertos grados de eficacia, necesita acogerse a formas obligatorias de valer.

C) *Formas litúrgicas o ceremoniales* (la forma es el rito, la fórmula) y *formas funcionaristas o de autoridad* (la forma la da la intervención de un funcionario "ad hoc").

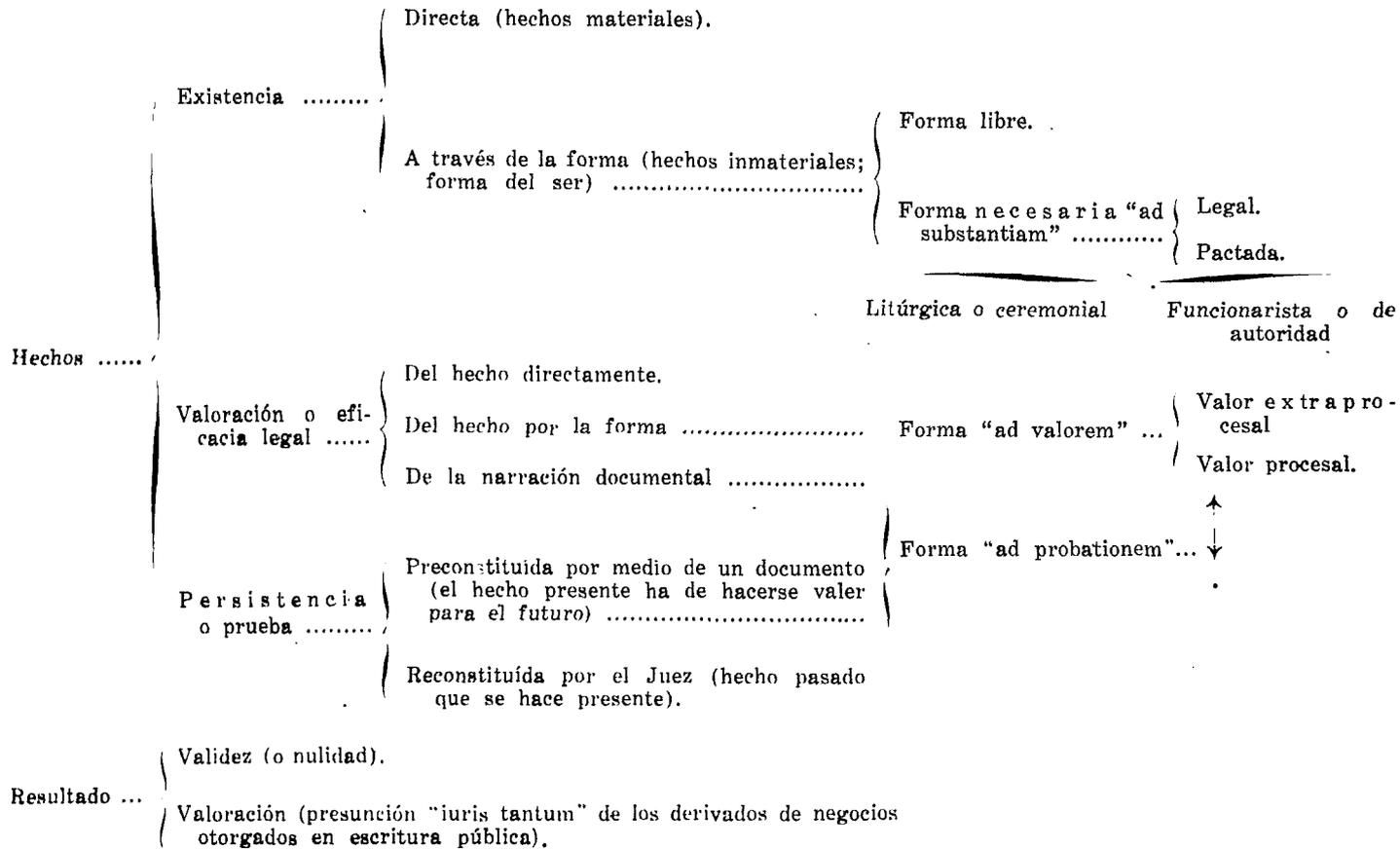
PROYECCIÓN DE LA FORMA SOBRE LA PRUEBA, INTERVENCIÓN Y NARRACIÓN. La forma y la prueba son dos planos paralelos y superpuestos en estratos (existir y persistir). El mismo hecho jurídico en dimensión de tiempo. Pero entre ambos planos hay filtraciones conceptuales e históricas, calcos y traslados que denuncian una constante ósmosis o capilaridad. Los fenómenos de un estrato tienen su correspondiente—en valor y fin—en el otro.

Para la forma solemne, lo básico es el hecho de la intervención del funcionario; para la prueba, el documento en el que el funcionario *narra* esa intervención. Hay, pues, entre forma y prueba una correlación de conceptos en distinto plano: en el de la forma, *intervención*; en el de la prueba, *narración*.

VALOR DE LA INTERVENCIÓN Y VALOR DE LA NARRACIÓN.—La Ley establece una escala de valores; valora la intervención del funcionario y valora su narración.

Hay que distinguir:

- A) Valoración del hecho jurídico directamente por la Ley: el grado de eficacia lo da la Ley *directamente* al hecho jurídico.
- B) Valoración del hecho por su forma: prescindiendo de aquellos casos en que la forma es exigida "ad substantiam" (donación de inmuebles, formas del ser) la intervención del funcionario va matizando los grados superiores de la jerarquía frente a los inferiores en que no interviene.
- C) Valoración de la narración documental de un hecho que depende de dos factores perfectamente enlazados: autor de la narración y naturaleza convertible o inconvertible de la narración.



NARRACIÓN VERDAD, FE PÚBLICA.—El documento es una cosa que sirve para representar otra. El hecho es fugaz. Para un momento o lugar distintos, el hecho debe ser reproducido. El hecho pasado ha de hacerse presente; este es el punto de vista de la prueba en juicio. El hecho presente ha de hacerse valer en el futuro; es el punto de vista de la prueba preconstituida. El hecho fugaz llena de incertidumbre la existencia del derecho subjetivo. Lo que partes y testigos reproducen *a posteriori* en juicio, no es el hecho pasado, sino un recuerdo personalísimo de una imagen intelectual de ese hecho pasado. Lo que el documento recoge no es tampoco el mismo hecho, sino su representación. Leyendo el documento vivimos el hecho, pero sin intermediación, en actos de segundo grado.

A la adecuación del hecho—*actum*—con su narración documental—*dictum*—se le llama verdad. *Dictum* y *actum* son dos hechos intercambiables. Cuando la Ley impide ese intereambio, cuando el *dictum* es irreversible, entonces estamos en presencia de la *fe pública*. La fe pública es un texto documental—*dictum*—de curso forzoso, sin reintegro posible por el hecho narrado—*actum*—, a no ser mediante impugnación por falsedad.

ESTIMACIÓN DE LA PRUEBA Y VALORACIÓN LEGAL DEL DOCUMENTO.—La fe pública da valor al documento; esto es: el documento con fe pública tiene un grado de eficacia señalado por la ley en una jerarquía de valores.

Hay que distinguir entre estimación de prueba y valoración de documento... el valor jurídico es objetivo y externo al juez. Lo impone la Ley. Lo jurídico, en la libre apreciación de la prueba, es el resultado, los hechos declarados probados en la sentencia. Los medios—la apreciación en conciencia, los celos de la sana crítica—son psicológicos. Por eso caen fuera de la escala de valores de la Ley y no son recurribles en casación. Cuando, por el contrario, la prueba no es de la libre apreciación del juzgador de instancia, porque la Ley dé anticipadamente su valoración, entonces estamos claramente fuera del campo de la prueba para situarnos en el terreno de la eficacia de las formas del valer.

En la valoración del documento hay que distinguir: el documento en sí, de un lado, y su contenido, de otro.

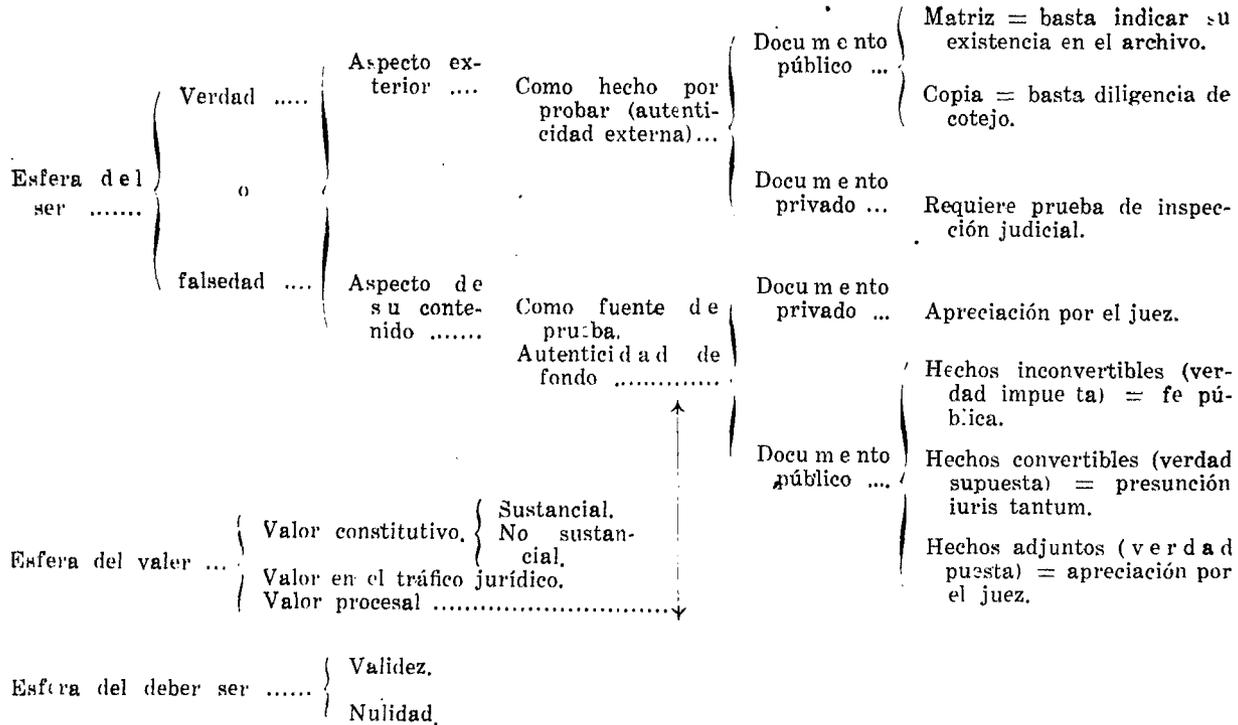
A) *El documento en sí, como "hecho por probar"*.—En los documentos públicos basta la existencia del archivo, registro o protocolo, para acreditar apodícticamente la existencia y autenticidad externa del documento, y el problema respecto de la copia queda resuelto con la diligencia del coitejo. Normalmente, el documento público, por sí, no es hecho por probar, sino sólo fuente de prueba en cuanto a su contenido. No así los documentos privados, que antes de empezar a ser fuente de prueba (en cuanto a su contenido) son en sí mismos un hecho por probar. Su existencia no basta invocarla: se han de acompañar los documentos originales, y no copias, al escrito de la demanda. Su existencia es siempre una prueba de inspección judicial.

B) *El documento como fuente de prueba: la autenticidad de fondo*.—Respecto de su contenido—el hecho jurídico relatado o narrado—, el documento es fuente de prueba... El documento pretende ser su imagen fiel, su fotografía. En el documento privado la apreciación de este contenido queda

siempre al arbitrio del Tribunal de instancia. En el documento público se impone en casación el hecho o acto auténtico.

a) *Valor del contenido del documento privado.*—El contenido del documento privado queda íntegramente a la libre apreciación del Juez. No está valorado por la ley. Tampoco lo valora el Juez. El Juez lo aprecia en conciencia o según las reglas de su sana crítica. El texto del documento privado da redacción literal al hecho, pero no autenticidad; el reconocimiento le da autenticidad externa, pero no texto literal. El documento privado no reconocido es siempre de contenido inauténtico. El reconocimiento es auténtico únicamente en cuanto a los extremos sobre que recaiga el reconocimiento judicial.

Documento



b) *Valor del contenido del documento público.*—(Hecho que motiva el otorgamiento—art. 1.218—).

- 1) Evidencias directas del Notario: son hechos incontrovertibles o con fe pública, verdad impuesta.
- 2) Opiniones o juicios del Notario: son hechos convertibles o verdad supuesta, “presunciones iuris tantum”. El negocio jurídico tiene una corteza: la declaración; y una médula: la voluntad. La corteza, para el Notario, es una verdad evidente; la voluntad, una inducción ineludible. El Notario juzga de la voluntad de las partes por sucesivas manifestaciones externas, y principal y últimamente por la prestación del consentimiento después de la lectura del documento.
- 3) Declaraciones de verdad hechas por las partes y las enunciativas: son hechos adjuntos o verdad puesta—principio de prueba por escrito—.

Actuación notarial en los instrumentos públicos

En las *actas* (se ciñen únicamente a los hechos)

Narración por el Notario de lo apreciado por el mismo de visu et auditu = fe pública.

Declaraciones de las partes reproducidas = principio de prueba por escrito.

Intervención del Notario = dación de forma
voluntaria necesaria

Constitutiva (del ser).

Ad valorem (del valer).

En las *escrituras* (contienen, por la intervención notarial, hechos y relaciones jurídica)

Narración....

Evidencia directas del Notario = fe pública.

Evidencias indirectus (declaraciones de las partes)
De verdad = principio de prueba por escrito.
De voluntad.

Presunciones iuris tantum.

Apreciación o juicios del Notario (identidad, capacidad, consentimiento de las partes, notoriedad, etc., etc. ...)

DOCUMENTOS CONSTITUTIVOS Y DOCUMENTOS PROBATORIOS.—Comienza el autor la segunda parte de la obra definiendo estas dos especies de documentos.

Documento constitutivo es aquel que, como tal documento, se perfecciona simultáneamente con el negocio jurídico que contiene. Un mismo consentimiento perfecciona negocio y documento "in continenti".

El *documento probatorio*, por el contrario, se perfecciona con posterioridad al acto o contrato que contiene; "perfección ex intervalo".

No obstante, observa a esta clasificación:

- 1) Que el documento constitutivo es también medio de prueba.
- 2) Documento constitutivo no quiere decir documento formal "ad solemnitatem", basta que el acto o contrato se constituya en el documento, aunque su nacimiento no requiera esencialmente dicha forma.
- 3) El documento constitutivo no pertenece al capítulo de las "formas obligatorias". Se da igualmente entre las formas libres.

EJERCICIO DE LOS DERECHOS.—La vida del tráfico jurídico no sólo ha exigido que el documento ampare la existencia del negocio jurídico, sino que provea a su rápida e indiscutida ejecución.

La historia del Derecho nos demuestra cómo el documento alcanzó su carácter constitutivo a través de la evolución de la "stipulatio", de la "traditio chartae", de la "traditio per chartem" y de la "vacua possessio". Y que al mismo tiempo el documento notarial se hacía título ejecutivo con el mecanismo técnico de la "guarentigia".

LA "STIPULATIO" Y EL DOCUMENTO NOTARIAL.—La "stipulatio" tiene dos manifestaciones históricas: la "traditio chartae", que, según Brunner y su escuela, es la misma "stipulatio", y la "stipulatio" propiamente dicha.

De la "stipulatio" propiamente dicha se ocupa Núñez Lagos en los capítulos II, V, VI y VII de la segunda parte, estudiándola en su evolución a través del Derecho romano clásico, justiniano y común, así como en los trabajos de los juristas del pasado siglo, que significaron una vuelta al auténtico Derecho grecorromano, y de un modo especial y personalísimo a través de las fuentes españolas.

Recogiendo las conclusiones más trascendentales de Riccobono y otros autores, destaca la transformación que la "stipulatio" sufrió a lo largo del Derecho romano. He aquí su triple evolución:

1. Pasa de oral a escrita y se funde con la "Litteris obligatio".
2. Absorbe a la "conventio", a los pactos preliminares que valen íntegramente como "stipulatio" al incluirse en el mismo escrito.
3. De ser mera fuente de obligaciones adviene eficaz en la creación y transmisión de derechos reales, y con la teoría de la "vacua possessio" asume a la "traditio" ("traditio" instrumental).

El primer paso—oral a escrita—ofrece tres fases. En la primera, el acto precede al escrito. En la segunda, el escrito precede al acto. Y en la tercera—la "completio tabellionis" de Justiniano—, si las partes convienen en formalizar la "stipulatio" por escrito, o si acuden con el mismo fin al Notario, negocio y documento se perfeccionan, no "ex intervalo", sino "in continenti". El documento es constitutivo.

Examinando las formas medievales de la "stipulatio", recoge las opiniones de Brunner Patsch, Freund, Bethmann-Hollweg, Wetzel, y estudia la sustitución de los "verba solemnia et directa" clásicos por los "verba obliqua" (narración indirecta, abreviada, objetiva e impersonal); la aparición de la "stipulatio specialis" añadida al "prefatio" y que daba eficacia al todo, embrión de nuestros otorgamientos; la "stipulatio poenae" y la "stipulatio elíptica", por la que se sobrentiende la pregunta, centrando la "narratio" solamente en la respuesta.

Recoge la opinión de Leicht al considerar como más verosímil "que los "verba" no fueran efectivamente pronunciados y que los contrayentes románicos atribuyeran la fuerza obligatoria de la estipulación a la simple mención de ella hecha en la "chartule" misma por el Notario y aprobado por las partes con las fórmulas consagradas por el uso".

Examina la concepción formulista en los Derechos romano y germánico y su revisión por la teología moral católica, con su influjo en canonistas en la escuela de Bolonia y en los glosadores Placentino, Azón y Acurcio. De la nueva concepción del "consensus" y del purismo legalista derivó un doble movimiento hacia la escritura pública. De un lado, se mezclan legalidad y "consensus", forma y fondo; la escena de la *stipulatio* y los *verba (actum)* quedaron reducidos a la expresión notarial del consentimiento de los otorgantes. De otro, la escritura, que empezó como medio de prueba, se identifica con la misma *stipulatio*. *Stipulatio* y *scriptio* son simultáneas y obedecen al mismo "consensus". El momento de la perfección del contrato y el de la perfección del documento coinciden y obedecen a idéntico consentimiento. Con los postglosadores la doctrina es unánime. La escritura pública vale como "stipulatio" sin prueba en contrario y salvo querrela de falsedad. Es una *stipulatio ficta*, construida *verbis*.

Alude al movimiento que inicia Greist en 1845, al publicar su trascendental obra sobre el contrato formal, que significa una vuelta al auténtico Derecho grecorromano, aprovechando los descubrimientos de la escuela histórica, y observa Núñez Lagos que si bien alumbró un Derecho grecorromano de acuerdo con la verdad histórica, se verifica al margen de la formación de los dogmas del Derecho actual; pues con los errores históricos de glosadores y comentaristas en la interpretación del "Corpus Iuris" fué elaborando el Derecho moderno, en cuyo proceso ha tenido mayor eficacia práctica el pensamiento de Bartolo que el de Justiniano.

Se ocupa también de las teorías de los investigadores que siguieron esta dirección, después de clasificarlos dogmáticamente en la siguiente forma:

a) Teoría del contrato *litteris*, con las variantes de Bärh, Mitteis y Riccobono; y b) Teoría de los *verborum obligatio*, que inició Gneist y desarrollan Freund y Brandileone.

Profundizando en las fuentes españolas estudia la "stipulatio" a través de las fórmulas visigóticorromanas transcritas por Ambrosio de Morales y publicadas por Manrique y Marichelar, en las colecciones diplomáticas de Hinojosa y en las del Padre Benedicto Luciano Serrano.

Las Siete Partidas, que a la "stipulatio" llaman *promission*, recogen

dos construcciones de la misma: una erudita y arcaica y otra popular y actual. La primera fué la única conocida por nuestros tratadistas del pasado siglo. La segunda ha estado totalmente olvidada como tal teoría de la "stipulatio" y es Núñez Lagos quien la ha vuelto a la luz, extrayéndola de la Partida tercera, distinta de la "sedis materiae" de la "stipulatio": Partida quinta. Características de esta "stipulatio" popular son: consagración de la "stipulatio specialis" y la "stipulatio poenae", con olvido de los "verba directa e solemnia" de la Partida quinta, contratación entre ausentes "per epistolam" (Ley 119, Tit. IX, Partida quinta) y representación voluntaria directa.

En el Ordenamiento de Alcalá, por su principio espiritualista de libertad de forma, la "stipulatio" perdió su monopolio, pero no su eficacia. La "stipulatio" notarial mantiene todo su valor después de aquel Cuerpo legal. Al efecto, Núñez Lagos trae a colación la opinión de nuestros clásicos Antonio Gómez, Luis de Molina, Covarrubias, Juan de Ayllón, Laynez, etcétera. Y concluye que: A través de toda la historia antes expuesta, hemos visto trasladarse la eficacia constitutiva o dispositiva desde la "stipulatio" a la escritura. La firma de la escritura constituye válidamente la relación jurídica de fondo. La escritura al absorber la "stipulatio" y la "traditio per chartam", ha suplantado al viejo formulismo romano en el primer momento de la vida de una relación jurídica: en el instante de nacer.

"TRADITIO CHARTAE" Y "CONSTITUTUM POSSESSORIUM" EN EL DOCUMENTO NOTARIAL.—Con el sistema documental germánico, estudia la *Auflassung*, la *Gewere*, los "Wadie" y la "traditio chartae"; y la polémica entre Brunner y Freund sobre el entronque del sistema documental germánico con sistema romano-bizantino, así como las posteriores investigaciones de Schultze von Lasaulx, Ferrari, Partsd y Steinacker. De ella resulta evidente la fusión de la práctica de la "traditio chartae" con el simbolismo de la "Wadie", le festuca o el terrón mágico, aun cuando en la Edad Media se quisiese explicar su significación con textos romano-bizantinos, que erróneamente interpretados por los juristas medievales hicieron ("error communis facit ius") el Derecho moderno.

La "traditio chartae" no es como la "traditio corporis", la consumación de un contrato consensual, sino su perfección. Podría decirse que, durante la Alta Edad Media, la compraventa y toda la contratación se ha retrotraído a una etapa de contratos reales, obligaciones "ex re". La entrega de la "Wadie"—el mismo pergamino escrito—perfeccionaba el contrato. La "stipulatio" es la "Wadie" traducida al lenguaje legal de la población no germánica. La pregunta verbal y la respuesta, también verbal, han sido sustituidas por la entrega y aceptación de la "chartae". La escritura notarial sustituye de tal manera a la "stipulatio" que aun cuando se demuestre con cien testigos que los contratantes no han pronunciado preguntas o respuestas, se admite siempre una "verborum obligatio". Sin embargo, hace notar que esa tendencia germánica choca con una corriente contraria que se refleja en los documentos notariales placentinos, que recogen no sólo la "stipulatio" romana, sino a veces la "mancipatio".

Significación histórica distinta de la "traditio chartae" tienen las fra-

ses "traditio per chartam" y "traditio per epistolam". Esas sólo significan una espiritualización de la "traditio corporis", como consumación de un contrato posterior a su perfección, a través de las formas más o menos simbólicas. La "traditio" romana, pasando por la "traditio brevi manu" y el "constitutum possessorium", llega a desembocar a la "vacua possessio", que califica de última enfermedad de la "traditio" antes de morir en Francia e Italia. La "traditio chartae" la vemos en el artículo 1.464, "el hecho de poner en poder del comprador los títulos de pertenencia". La "traditio per chartam" del artículo 1.462, respecto de la escritura pública.

SENTENCIA Y DOCUMENTO: "ACTIO IUDICATI".—La sentencia del Juez fué primitivamente oral. Más tarde, el uso de la escritura convirtió la sentencia en documento público: fué el primer documento de Derecho privado. La posible ejecución de la sentencia se conceptuó fuerza ejecutiva de su documento. La imitación y el contagio fueron inevitables en vista de las necesidades del tráfico y las costumbres germánicas. La fuerza ejecutiva de la sentencia advino el vestido romano que cubrió con decoro rudas costumbres germánicas, contribuyendo al desarrollo jurídico del documento público.

Así, la eficacia germánica de la "chartae" y la romana de la "stipulatio" y del contrato "litteris" confluyen con un producto elaborado en Bolonia, con la "autoridad jurisdiccional de la que está parcialmente investido el Notario".

La energía ejecutiva de las sentencias se logra a través de las "cautelae", el "obstadium" y los juicios fingidos.

Pronto fué simplificándose el juicio fingido. Se empezó suprimiendo la sentencia: si el demandado, antes de contestar a la demanda, reconocía "apud iudicem" el derecho del actor, bastaba que el Juez dictase un simple "praeceptum de solvendo", con idénticos efectos que la sentencia en cuanto a la "actio iudicati".

Segunda etapa fué suprimir la necesidad de la demanda.

Aparece después en la práctica otra cautela notarial: el "pactum de recipiendo praefecto", por la cual se incluía en el texto de la escritura notarial una estipulación por la que se obligaban las partes a concurrir ante el Juez para recibir el "praeceptum".

Más adelante, la multiplicación del tráfico dinerario a las ciudades italianas llevó a la necesidad de que se dictase rápidamente un "precepto de solvendo", por el mismo Notario, a cuyo efecto se le consideró como "iudex cartularius". Al instrumento se le llamó "instrumente guarentigia". También los autores españoles repiten, sin discutirlo, el principio de *instrumenta publica de iure Regio sententia aequiparantur*. Antonio Gómez, cuya opinión siguieron los Tribunales Supremos del Rey, se inclinó a considerar que en las escrituras públicas no era necesario expresar la cláusula guarentigia, porque "ex pictione legis, praedicta clausula apposita".

En resumen, a través de toda esta evolución histórica, se constata cómo la escritura pública notarial logra, en cuanto la relación jurídica de fondo, tener la misma eficacia constitutiva de la "stipulatio romana", e igual valor firme y ejecutivo de una sentencia. Como ella producía la "actio iudicati".

ESCRITURA CONSTITUTIVA.—En el Derecho Moderno, la escritura puede ser constitutiva, tanto en los negocios jurídicos formales (“ad solemnitatem”), como en los consensuales. Tratándose de negocios formales, la situación jurídica anterior a la forma—*vetus*—es inexistente (“forma dat esse rei”). La escritura es siempre constitutiva.

En los negocios consensuales, puede ocurrir que las partes firmen directamente ante Notario, sin que exista un previo acuerdo vinculante, en cuyo caso es, desde luego, constitutiva. Pero puede acontecer que, con cierta antelación, las partes hayan celebrado con carácter provisional o definitivo, acuedos con fuerza de obligar entre ellos. De estos segundos supuestos nos interesan los que reúnen estas circunstancias: 1.º Que haya nacido una situación vinculante inter partes antes de acudir al Notario, y 2.º Que en el texto de la escritura no se recoja, en todo ni en parte, el posible acuerdo preliminar

La doctrina extranjera ha explicado esta situación a través de las figuras de la “*renovatio contractus*” (Degenkolb, Candian, Segré), y el “contrato de fijación jurídica” (Siegel, Rümelin y Pagenstecher). Y nuestro Tribunal Supremo, en Sentencia de 28-X-44, de la que fué ponente D. Manuel de la Plaza—recogiendo la tesis que el propio Núñez Lagos había defendido en su conferencia “Valor del Documento Público”—, declaró que “Cuando el acuerdo primario y la escritura coinciden, ésta no hace otra cosa que dar forma a lo ya preexistente, a manera de “*specificatio*”: en eventos de manifiesta discordancia como el de autos, no es posible hacer prevalecer, contra los términos categóricos y claros del documento notarial, una posible convención anterior”.

El consentimiento de las partes es nuevo, distinto e independiente del que hubieren prestado al acuerdo preliminar (art. 179, párrafo 2.º del Reglamento). El consentimiento recae sobre todo el texto leído y perfecciona simultáneamente el negocio jurídico y el documento, esto es, el tenor literal del acto o contrato.

Hay una “*renovatio contractus*” en el mejor sentido de la construcción de Degenkolb. Pero es una “*renovatio*”, no por mera voluntad de las partes, sino por imperio y aborción de unas normas de carácter adjetivo formal de la legislación sobre el instrumento público.

ESCRITURA DE RECONOCIMIENTO DE RELACIONES JURÍDICAS.—Por recogerse brevemente el elemento *vetus* se diferencia la escritura de reconocimiento de la de constitución, pues en ésta jamás se recoge en modo alguno el elemento *vetus*. El *vetus* de la escritura de constitución vive pre-otorgamiento, sin la debida forma o figura. La escritura de constitución es alumbramiento y es forma, pero no recoge nada del pasado; nada sobrevive. El *vetus* muere. En la escritura de reconocimiento se recoge el alcaloide del pasado y se regula lo que sobrevive.

El autor estudia históricamente la repetición de pacto y la reiteración del “*consensus*” “*duplex vinculum*”—, examinando las siguientes figuras: “*stipulatio de eadem re*”, “*pactum de constitutum*”, “*pactus geminatum*”, con sus variedades, y “la *confirmatio*”, en sus diversos ámbitos. Distinguiendo la “*confirmatio communis*” o reconocimiento asertorio—que reco-

ge el art. 1.224 C. c., y la “*confirmatio specialis*” o reconocimiento decisorio o dispositivo, con valor novatorio y sanatorio—, confirmación de los artículos 1.310 y ss., C. civil.

También disecciona ciertamente el reconocimiento de relaciones jurídicas de la confesión extrajudicial. La confesión se refiere exclusivamente a un *hecho*, según ponen de manifiesto los arts. 1.231 y 1.234 del Código civil, y el artículo 549 de la LEC. El reconocimiento propio se refiere sólo a relaciones jurídicas, tan independiente de su hecho constitutivo primario, que algunos autores alemanes hablan del reconocimiento como declaración abstracta, sin causa, o del reconocimiento como causa (Bähr, Brut, Rümelin).

La escritura de reconocimiento—sin contar la eficacia declarativa en cuanto a las relaciones jurídicas de fondo—produce, *por lo menos*, estos cuatro efectos: interrumpe la prescripción de las relaciones jurídicas reconocidas, las dota de título ejecutivo, de un título para el tráfico y de un medio de prueba privilegiado.

Dogmáticamente pueden reducirse a tres las direcciones que aplican al concepto jurídico de reconocimiento como figura independiente: a) Una, que lo encaja en el elemento causa (o relación causal) de la declaración de voluntad (Bähr, Arndts, Brut, Rümelin, Siegel); b) Otra, que lo circunscribe, no a la causa, sino a la íntegra declaración de voluntad, con efectos precisos y definitivos (Unger, Zitelmann, Aekerman y Düringer-Hachemburg); c) Y una tercera que lo circunscribe a la mera advección de hechos (Carnelutti).

De estas construcciones, que estudia detalladamente, elimina (para la hipótesis de la escritura de reconocimiento de relaciones jurídicas) la de Carnelutti, por cuanto el reconocimiento, como mera declaración testimonial, es un reconocimiento de hechos o reconocimiento impropio, que puede tener su encaje en las actas notariales llamadas de referencia (208 R. N.), verdaderas confesiones extrajudiciales, y aplicaciones parciales; a la elevación a escritura pública de documentos privados; en las protocolizaciones de documentos privados y en las legitimaciones.

Los fines procesales que perseguía Bähr están colmados en nuestro Código civil por la presunción de causa del art. 1.277. El “*accipiens*” queda relevado de toda prueba, y el deudor o “*tradens*” es el que tiene que probar el error acerca de la obligación de entregar la cosa (1.900, 1.895 y 1.277). Es el mismo resultado de Bähr, mas sin necesidad de reconocimiento alguno.

El reconocimiento no es abstracto. Toda la situación jurídica anterior le sirve de causa: causa extradocumental y expresa. El consentimiento que se otorga en el reconocimiento no cierra e incomunica el acto reconocente con lo reconocido. La escritura de reconocimiento hace una reserva de rango a las situaciones jurídicas anteriores. Entre el acto reconocente y lo reconocido ha quedado un portillo de escape, una puerta falsa.

ELEVACIÓN A ESCRITURA PÚBLICA DE DOCUMENTOS PRIVADOS.—Después de estudiar la *confirmatio communis*, hace la exégesis del art. 1.224, C. c. Observa que su supuesto requiere: 1.º Se ha de tratar de una escritura pública

de reconocimiento. 2.º Ha de haber un documento precedente, que contenga el acto o contrato que se confirme. 3.º Se trata de un reconocimiento, pero no un reconocimiento de documento, ni de firma, que por ser hechos darían lugar a un reconocimiento impropio o confección extrajudicial, sino que es un "reconocimiento de un acto o contrato", o reconocimiento propio. La escritura pública tiene un contenido: el acto o contrato que lleva el documento privado, y una finalidad: la asunción íntegra y literal de ese contenido, a no ser que conste su novación, en cuyo caso estamos dentro de otra figura jurídica. 4.º El art. 1.224 del C. c. establece que nada prueba el acto confirmante si por exceso u omisión se apartaren del documento confirmado. La "confirmatio communis" sólo es eficaz "praeter dispositionem, non autem contra", porque "confirmatio nihil de novo dat, sed datum confirmat".

Los efectos de esta confirmación común o elevación a escritura pública de documentos privados se derivan de una regla de accesoriadad o de acesión: el acto—y no el documento—reconocido es lo principal, y el documento confirmante, el accesorio: "Confirmatio non est actum per se sufficiens, sed quid adhaeret actui confirmatio". Sin embargo, si bien el acto reconocido es lo principal, el documento privado desaparece por su conversión en público. En el proceso juega con el mismo régimen de copias y cotejos que todos los documentos públicos. El Tribunal Supremo confirma este criterio.

Dogmáticamente examina las construcciones jurídicas de Mayer, Mossa, Combian y Carnelutti.

PROTOCOLIZACIÓN DE DOCUMENTOS PRIVADOS.—En la protocolización de documentos privados, el Notario asegura para el futuro la identidad del documento que le entregan e incorpora al protocolo, y como el acta que levanta, haciendo constar este hecho, es documento público, le comunica *ex iure* su fecha fehaciente al documento archivado. No hay fe de conocimiento, ni juicio de capacidad, basta la capacidad mínima para comparecer ante Notario, en quien entregue el documento, que puede ser un extraño. El documento protocolizado sigue siendo tan privado como antes de entrar en la Notaría, y su régimen en la LEC. es el del documento privado no reconocido. No tiene otro valor que el que corresponde a su naturaleza (Sentencias de 3 de diciembre de 1894 y 26 de enero de 1922).

Sólo el documento privado reconocido *judicialmente* tiene valor de escritura pública, y aun así, su valor es, según el mismo art. 1.225, entre los que lo hubiesen suscrito y sus causahabientes, o sea el valor señalado en la escritura pública por el párrafo 2.º del art. 1.218, pero nunca el valor asignado al documento público en el párrafo 1.º del mismo art. 1.218. Es verdad que tal documento privado toma fecha auténtica por el reconocimiento judicial, según el art. 1.227. Mas este artículo no da fehacencia sino a la fecha. Y "el hecho que motiva el otorgamiento", esto es, el contrato, queda sin presenciar por ningún funcionario público, pues es anterior en el tiempo a la intervención del Juez, quien sólo controla el hecho de la confesión judicial autenticada por el Secretario. Por eso, el documento privado es un hecho por probar siempre, pero nunca una fuente de prueba,

pues su contenido inauténtico no está amparado por ningún precepto de eficacia semejante al párrafo 1.º del art. 1.218 del C. c., que vincule al Juez. Y como quiera que la confesión judicial se refiere a hechos, es personalísima y únicamente perjudica al confesante, la ecuación entre reconocimiento legal del art. 1.225 y confesión judicial nos ha dado una Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de enero de 1936, muy interesante.

La materia se relaciona con la llamada "exceptio schaedulae non lectae", excepción de documento no leído. Cabe confesar en juicio la autenticidad de la firma, pero alegar ignorancia del documento privado. Lo que no es posible, salvo querrela de falsedad, cuando un funcionario en el ejercicio de actividad propia y en cumplimiento de concretos deberes legales, dice, como en las fórmulas del otorgamiento, "a todos leo en alta voz... y enterados de su contenido, lo ratifican y firman".

LEGITIMACIONES.—Examina su enlace histórico con el "ius sigili" y sus tres posteriores derivaciones: el "dee", la selladura eclesiástica y el papel sellado. Lo que aprovecha para trazar los caracteres del notariado anglosajón y del notariado latino. En aquél, la función notarial se limita a recibir el juramento de las partes sobre el contenido del documento, después de asegurarse de su capacidad e identidad, haciéndolo constar en una pequeña diligencia a continuación de la firma de los contratantes. Frente al contenido del documento, el Notario es un extraño. Su actuación es posterior y superpuesta. Por el contrario, el notariado latino redacta los documentos públicos con arreglo a las leyes, y éstos tienen eficacia en la esfera de los hechos y en la del Derecho. Lo hecho por el Notario es válido, mientras una sentencia judicial no lo anule. Su función es endógena, no superpuesta, la actividad del Notario se desenvuelve dentro del texto documental y desde su interior se generan toda clase de efectos.

* * *

En síntesis, Núñez Lagos, cuya figura cimera no necesita apologías, pues sus obras bastan para reflejar su relevante personalidad, ha escrito otra monografía que lleva su inconfundible sello. En su fondo—completo en todos sus aspectos: histórico, dogmático-jurídico o positivo—y en su forma, a través de la cual nos ofrece un nuevo testimonio de que el Derecho no está reñido con la máxima elegancia y galanura en el decir, ni con la riqueza de imágenes y figuras.

Y la Ciencia del Derecho Notarial ha recibido una aportación generosa, espléndida y prometedora, que seguramente abrirá los ojos a muchos—profanos y no profanos—que, o bien la tenían totalmente olvidada o que sólo veían en ella un arte de practicones sin substantividad propia o sin valor científico.

Núñez Lagos ha realizado una labor seriamente científica y positivamente sólida de cimientos. Con rigurosa técnica. Y sin fuegos de mero artificio. Por eso, pudo y no ha intentado hablar de principios notariales, como por importación germánica hablan los tratadistas de Derecho Inmobiliario con discutida y dudosa corrección de principios hipotecarios. Con cuyo criterio podría notarialmente hablarse—con igual exactitud o inexacti-

tud—de principios de legalidad (arts. 145 y 147 R. N.), consentimiento, autorización constitutiva (S. 28 octubre 1944), fe pública: inter partes (artículo 1.218, párrafo 2.º) y erga omnes (art. 1.218, párrafo 1.º), publicidad en su aspecto negativo (arts. 1.219 y 1.230 del C. c.), legitimación, presunciones iuris tantum de los juicios del Notario y de las disposiciones de las partes (Ss. 25 octubre 1928 y 23 mayo 1935), ejecutoriedad (artículo 1.429, LEC.) e incluso, limitadamente, de prioridad (art. 1.924, número 3 del C. c.) y tracto sucesivo (art. 174 R. N.), y en algún caso de convalidación a favor de tercero (en el sentido de que se habla de la fe pública registral); v. gr.: en los supuestos de simulación (S. 23 mayo 1935).

Juan VALLET DE GOYTISOLO
Notario de Madrid.

REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

El Instituto de Estudios Políticos ha comenzado a publicar recientemente una *Revista de Administración Pública*, cuyo primer número, correspondiente a enero-abril de 1950, ha visto ya la luz.

Se anuncia en la presentación de esta *Revista* que la plenitud y madurez a que ha llegado la de *Estudios Políticos* aconsejaba desglosar de sus páginas los temas referentes a la Administración del Estado, por lo que cobran autonomía en la *Revista* que ahora aparece las cuestiones de Administración pública, bajo cuya rúbrica la nueva publicación se propone abarcar también la Administración financiera y fiscal, dividiendo el contenido permanente de los números que ha de aparecer en cuatro secciones, dedicadas respectivamente a estudios, jurisprudencia, crónica e información bibliográfica y subrayando los editores la importancia que dentro de estas secciones tienen las que se dedican al estudio sistemático de la amplia jurisprudencia administrativa y la crónica administrativa en que se recogen, contrastándolas y valorándolas, las más recientes e importantes experiencias y proyectos de la vida administrativa de todos los países.

Una buena coyuntura de ánimo para hacer examen de conciencia sobre lo que nosotros y nuestros afines hemos hecho en cualquier rama jurídica es esta en que llega a nuestras manos el primer número de una publicación periódica, siempre tan lleno de empuje, de vivacidad y de alegría de existir, en contraste frecuente con las tristes realidades que impone la pervivencia ulterior de la publicación. No sería ocioso, por lo tanto, que con motivo de la aparición de ésta, ya desde un punto de vista exterior, brillantísima *Revista de Administración Pública*, intentemos reflexionar sobre lo que es y lo que significa hoy en España el intento de proporcionar a la comunidad un instrumento de revisión periódica de las normas de uno de los sectores más importantes por los que se rige. Y el ANUARIO DE DERECHO CIVIL, colocado quizá en el término extremo de la concepción jurídica general a la que el propio derecho administrativo pertenece, no es el que menos necesita encararse con el nuevo fenómeno que