

# El documento notarial

Tomado de la *Memoria* de la Junta Directiva del Colegio Notarial de la Habana.)

SEÑORES COLEGIADOS :

Cumplimos un deber reglamentario redactando la Memoria correspondiente al año que hoy termina, quincuagésimo segundo de la organización notarial como función independiente y separada de la que se ejerce por los Secretarios en las actuaciones de los Juzgados a que están adscriptos.

Teníamos el propósito de completar el tema que sirvió de objeto a la Memoria del anterior año, refiriéndonos en la presente a la competencia notarial por razón de la materia, como en aquellas discurremos sobre la jurisdicción notarial por razón del territorio o sea la denominada demarcación notarial de antiguo disputada, objeto de ensayos de distintas clases en España y aún no fijada definitivamente de modo satisfactorio ni en la antigua Metrópoli ni en nuestra propia República. Tal era nuestro propósito, cuando el ilustre catedrático de Derecho Procesal en nuestra Universidad, Dr. Ricardo Dolz, anunciando su conferencia pronunciada en el Círculo de Abogados de la Habana bajo el sugestivo título de «Documentos vivos», nos hizo pensar que nada más natural que referirnos nosotros a los Documentos públicos, como antítesis de los «Documentos vivos» toda vez que dentro de esa denominación se encuentran los documentos notariales, de tan gran importancia, que por autonomía son llamados públicos.

Nos limitaremos a tratar del documento notarial ya que nos dirigimos concretamente a los funcionarios encargados especialmente de redactarlos y autorizarlos.

Se emplea la expresión «actos entre vivos» y «actos de última voluntad» para indicar el hecho jurídico determinante de obligaciones, las cuales hayan de surtir efecto en el primer caso, entre vivos, y en el segundo por la muerte del otorgante; pero también se denominan «actos auténticos» a los documentos que dan testimonio fehaciente del hecho jurídico, es decir, al documento público, a diferencia del documento privado que toma tal nombre, porque está privado de la intervención del Poder público que es el que presta por medio de los funcionarios especialmente designados al efecto, la condición o garantía de autenticidad que se obtiene siempre que se hayan cumplido las formalidades y solemnidades prescritas por las leyes.

No resulta precisa en nuestro Derecho la expresión de acto auténtico como sinónima de documento público, dado que difiere el concepto gramatical del que jurídicamente se le da—aun éste un tanto imprecisamente—, lo que ha dado motivo a las encontradas opiniones de los juristas, entre ellos Covarrubias, Hevia, Viso, Sánchez Román, etc. Más bien cabría el uso dentro del Derecho italiano, puesto que se denomina al instrumento público «l'atto pubblico», pero en modo alguno es recomendable entre nosotros la expresión, ya que, a más de la indicada imprecisión del concepto de autenticidad, existe la confusión entre el «acto» que significa «otorgamiento» y el que constituye el hecho jurídico determinante, modificativo o extintivo de la relación jurídica.

Más racional parece el empleo de la palabra «instrumento» cuando se hace referencia al documento público, pero tampoco es aconsejable ya que comprende también el privado, como se observa en el Código civil cuando hace referencia a las pruebas (artículo 1.215) que menciona los instrumentos abarcando en ellos los documentos públicos y los privados.

En cuanto a los documentos notariales, la legislación especial los denomina indistintamente escrituras e instrumentos públicos, aunque a nuestro juicio fuera preferible la denominación última, toda vez que con arreglo a nuestro Derecho notarial los documentos se dividen en escrituras públicas y actas notariales y ambas clases de documentos quedan comprendidos en el concepto genérico de instrumentos públicos.

Es verdad que dentro del concepto de documentos notariales

están comprendidos los testimonios por exhibición y que por ello se pudiera estimar que son también instrumentos públicos, pero con un valor probatorio muy inferior a las escrituras y actas notariales y a sus copias expedidas con las formalidades legales.

Suele también hacerse uso, como sinónimas, de las palabras «título» e «instrumento», no obstante tener un significado bien distinto. El título es la causa del derecho que constituye la relación jurídica que se crea, modifica, extingue, etc., como el arrendamiento, la compraventa, etc.; mientras que el instrumento es el testimonio escrito del acto jurídico.

El Código civil se ocupa especialmente del documento público en el capítulo destinado a la prueba de las obligaciones y no como forma obligatoria de determinados contratos, dado el principio de espiritualidad imperante en nuestras instituciones privadas, que estima perfeccionado y existente el contrato cualquiera que sea la forma en que conste la concurrencia de los tres elementos esenciales: consentimiento, causa y objeto; puesto que existe desde que una o varias personas consienten en obligarse respecto de otra u otras a dar alguna cosa o prestar algún servicio (artículo 1.254), y por tanto la escritura que lo contiene, como no esencial para su existencia, sólo la regularon los legisladores del 89 como elemento probatorio al igual que los Códigos francés, belga, portugués, italiano y chileno, entre otros, lo que en cierto modo resulta anormal, porque en ese concepto más que materia de derecho sustantivo es propia del derecho procesal como así lo considera el Código mejicano, pero en este caso como en muchos, la línea divisoria entre uno y otro Derecho se debilita y hasta se rompe.

El Código civil demanda, si bien no para la validez sí para poder exigir las prestaciones debidas, determinadas formalidades en el capítulo referente a la eficacia de los contratos. Deberán constar en documento público, dice el artículo 1.280, los actos y contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles; los arrendamientos de estos mismos bienes por seis o más años, siempre que deban perjudicar a tercero (los que se celebren anticipándose la renta de tres o más años—ley Hipotecaria, artículo 2.º, número 5.º modificado por la ley sobre Colonato y Refacción agrí-

cola de 2 de Marzo de 1922 en el sentido de comprender los arrendamientos que excedan de un año); las capitulaciones matrimoniales y la constitución y aumento de la dote, siempre que se intente hacerlo valer contra terceras personas; la cesión, repudiación y renuncia de los derechos hereditarios o de los de la sociedad conyugal; el poder para contraer matrimonio, el general para pleitos y los especiales que deban presentarse en juicio; el poder para administrar bienes y cualquier otro que tenga por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública, o haya de perjudicar a tercero; y la cesión de acciones o derechos procedentes de un acto consignado en escritura pública.

Teniendo en cuenta los preceptos de la legislación notarial sobre escrituras públicas y actas notariales y algunas leyes especiales como la de Colonato y Refacción agrícola, es deber inexcusable del notario no intervenir en los otorgamientos en que se requiera escritura pública, sino cumpliendo los requisitos y formalidades legales y abstenerse de autenticar las firmas de los documentos privados que, o bien contengan contratos que deban constar en documento público, o bien su autenticidad haya de ser sometida a la apreciación y fallo de los funcionarios del Poder judicial, toda vez que únicamente pueden reputarse auténticos ante los Tribunales de Justicia cuando ha intervenido el Notario ajustándose a las prescripciones del Derecho notarial, como lo requiere el Código civil en su artículo 1.217 y lo exigió la Base 19 de la ley de 11 de Mayo de 1888 y dando observancia asimismo a las modificaciones ulteriores de esa legislación que le sean aplicables.

Con motivo de iniciarse el uso de autenticar toda clase de documentos privados, debido a la influencia de la costumbre existente en los Estados Unidos de Norteamérica, tuvo esta Junta directiva que acordar que por el Decano se procediera a dirigir una circular a los señores Notarios, como se les dirigió en 23 de Octubre de 1922, recordándoles que si es posible en la vecina nación tal práctica por ser en ella los Notarios meros autenticadores, y sin facultad de formar ni custodiar archivos de instrumentos públicos, entre nosotros pudiera ser fuente de errores determinando daños y perjuicios de consideración y por otra parte resulta el acto del Notario en tales intervenciones contrario a la reglamentación y organización de la función notarial otorgando la fe extra-

judicial en forma ilegal, ya que el Notario para ejercerla tiene que cumplir los requisitos formales que exigen las leyes como necesarios para la autenticidad del acto, pues si el documento público se distingue del privado en que aquél produce por sí mismo la certeza y autenticidad por ministerio de la ley, produce esos efectos únicamente mediante el cumplimiento de los requisitos formales, sin los cuales no es cierto, ni auténtico, ni indubitable; en una palabra, no es documento público.

La Audiencia de la Habana, en sentencia número 371 de fecha 24 de Mayo último, ha reconocido la bondad de esta tesis, sin reserva ni limitación alguna.

El Notario no puede sustituir al Juez en la apreciación del documento privado. La mera autenticidad o legitimación notarial de las firmas no lo convierte en documento público y, por tanto, no es posible sustraer de la autoridad judicial el conocimiento de las pruebas relativas a su certeza, como son: el reconocimiento de la parte a quien ha de perjudicar, el cotejo de letra, declaración de testigos; en suma, la apreciación del resultado general de las pruebas que al imperio exclusivo de la autoridad judicial se halla sometido mediante el cumplimiento de las reglas procesales.

No merma este criterio la función del Notario; por el contrario, es útil para robustecer la fe a él encomendada, y, por ende, para aumentar su prestigio y autoridad, porque no permite que su fe se preste en forma ilegal, que nazca endeble y desmedrada para en su día ser desconocida y desautorizada.

El documento notarial como la prueba del hecho jurídico realizado mediante su otorgamiento, es de un valor privilegiado, dicho sea no como equivalente de prueba plena que ya el Código civil ha hecho desaparecer y que aun antes, sin temores ni recelos había borrado con su doctrina el Tribunal Supremo de España, entre otras por las sentencias de fecha 2 de Octubre de 1861 y 12 de Junio de 1878 que declararon que la prueba documental pública podía ser enervada por la de otros documentos, aunque sean privados y aun por la de testigos.

Desde antiguo, el criterio jurisprudencial de los Tribunales de Justicia se ha declarado en favor del principio muy humano de que a la arbitrariedad apriorística de la ley establecida en beneficio de determinado elemento probatorio, prevalezca el arbitrio

judicial induciendo del conjunto general de ellos el decisivo para resolver la cuestión controvertida.

Aunque no tenga el documento público el privilegio que parecía derivarse de la circunstancia de ser la prueba con motivo de la cual se da recurso de casación por error de hecho cuando el Tribunal de instancia no admite como probado un hecho evidentemente justificado con un instrumento público o declara probado un hecho manifiestamente antagónico al que resulta de documento público llevado al juicio con las formalidades legales, es indiscutible la importancia del documento público como medio probatorio.

Al par que elemento de prueba, es el documento notarial la forma obligatoria de determinados contratos, siendo éste, desde luego, en lo que a nuestra función respecta, el aspecto más interesante.

Nació bajo el imperio formalista y estricto del Derecho romano, la necesidad de adoptar las fórmulas terminantes prescritas por el Derecho civil «secundum notræ civatatis jura» para obtener eficacia legal en las convenciones.

Templándose fué en el propio Derecho de Roma el rigor de los primeros tiempos y así pasó al Derecho civil de España, permitiéndonos ver en las leyes de Partida, no obstante la influencia romana que en ellas se observa, mitigado un tanto el exagerado civilismo de las Instituciones de Justiniano, cuando dicen que la obligación es «ligamento que es hecho segund ley e segund natura», Ley 5.<sup>a</sup>, título 12, Partida V. Pero lo que constituyó un paso marcado de avance en la independencia de la forma para la validez de las relaciones jurídicas en el Derecho privado, fué la ley única, título XVI, del Ordenamiento de Alcalá, que pasó a ser la ley primera, título I del Libro X de la Nov. Recopilación y que determinó nuestro artículo 1.254 del Código civil, que proclama el imperio del principio de espiritualidad en los contratos: «El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse respecto de otra u otras a dar alguna cosa o prestar algún servicio».

No siempre hubo, desde el Ordenamiento de Alcalá, un criterio fijo, pues se recordará la ley 14, título XII, libro X de la Novísima Recopilación, que exigía para la validez y eficacia del con-

trato de venta de bienes raíces que se hubiera otorgado ante escribano de número o público, y ya sea por el propósito fiscal, que fué sin duda causa de esa disposición, o por la repugnancia que tal demanda producía en el pueblo español, como obligada forma que restringía su libre voluntad, es lo cierto que no se cumplía realmente.

Aun después de regir el Código y dado lo dispuesto en los artículos 1.279 y 1.280, hemos visto el paso inseguro de la jurisprudencia, pues la sentencia de 17 de Abril de 1897 exigió con una interpretación estilo justiniano la necesidad del ejercicio de la acción para obtener el otorgamiento de la escritura de venta como condición que ha de preceder al de la acción derivada del contrato. Criterio que no ha seguido el Tribunal Nacional ni tampoco el de España, como indican las sentencias posteriores de 4 de Julio de 1899, 1.<sup>o</sup> de Octubre de 1901 y 21 de Diciembre de 1925, que definitivamente establecen la doctrina acorde con los principios que inspiraron los preceptos del Código civil.

Debemos aprovechar esta oportunidad para declarar que los Notarios no cumplen su ministerio cuando solamente se limitan a dar fe de lo que ante ellos sucede o de lo que manifiestan las partes. Su misión quedaría incompleta, limitada a su menos importante función.

Precisamente para procurar dar mayor fuerza al documento notarial, para que éste figure cada vez con mayor eficacia entre los demás medios probatorios, es indispensable que responda a las exigencias capitales, que son: fiel expresión de la voluntad de las partes; que esté redactado en forma clara y explícita, y que las estipulaciones produzcan los efectos jurídicos acordes con la intención de los contratantes. Y es, en estos respectos, donde ha de influir la competencia jurídica del Notario.

Dada la complejidad de las relaciones jurídicas, tanto entre dos personas como entre una persona y una cosa, es labor delicada y difícil la del profesional encargado de redactar el documento que contenga las convenciones determinantes de los efectos que se desean. Las leyes son preceptos abstractos, casi siempre verdaderas reglas hipotéticas que presuponen la existencia de determinadas circunstancias para derivar de ellas las consecuencias jurídicas que prescriben y reglamentan. La especificación de esas

circunstancias respetando la voluntad de las partes y ajustándolas a las reglas o preceptos del Derecho, es labor que no está exenta de dificultades, agravadas a veces por las manifestaciones tropo-sas de los propios interesados. Y mientras más felizmente se realiza esa labor, más fácil será en su día y más justa la del Juez, que, a la postre, no es otra cosa que traducir el precepto general en norma concreta que resuelva el caso especial. La verdadera dificultad está, ya para una u otra función, en que pocas veces el *caso práctico* se ajusta al supuesto legal: ajustarlo en todo lo posible guardando sagrado respeto a la voluntad de las partes es la misión más alta del funcionario notarial, y a nadie se oculta que para ello se requiere inteligencia, cultura jurídica y honradez profesional.

La parte más fácil de la actuación notarial es la referente a los requisitos extrínsecos o formales del documento público, para el cual rigen especialmente la ley del Notariado y su Reglamento orgánico, modificados por multitud de Ordenes militares, leyes y Decretos y por la Instrucción General para la redacción de Instrumentos públicos sujetos a Registro.

En nuestro Derecho notarial hay dos grupos de instrumentos: los denominados escrituras públicas y las actas notariales, como antes hemos indicado, que se distinguen entre sí, no sólo por lo que constituyen objetos especiales de unas y otras, sino también en cuanto algunos requisitos formales, esenciales en las primeras y no requeridos en las segundas.

También es preciso tener en cuenta, en cuanto a requisitos internos, los preceptos de leyes especiales, como el Código de Comercio en lo referente a sociedades, protestos, protestas, etcétera; la ley Hipotecaria y su Reglamento en lo referente a bienes inmuebles y derechos reales, etc., el Código civil en materia de testamentos, etc.

Mas donde es mayor la responsabilidad del funcionario notarial es en lo referente a la especificación de las convenciones y determinación consiguiente de los derechos y deberes de las relaciones jurídicas que aquéllas crean.

En nuestro Derecho cabe la clasificación de los preceptos legales en prescriptivos, prohibitivos y permisivos, que nos sirve para guiarlos en la redacción de los documentos.

En todo contrato, las convenciones, varias y múltiples, a consecuencia de nuestra actividad multiforme, deben ser especificadas en forma que no se opongan o caigan dentro de la órbita de las reglas imperativas del Derecho, o sean las preceptivas y prohibitivas, ya que ellas constituyen una limitación de la facultad creadora de derechos por parte del individuo, establecida por la sociedad en beneficio de todos. Este criterio es el que se ajusta a la terminante prescripción del artículo 4.º, título preliminar del Código civil, que indudablemente contiene una trascendental disposición respecto a la validez de los actos jurídicos y marcó un derrotero nuevo en la tradición jurídica del Derecho civil español.

La ignorancia del Derecho es inexcusable en todos como principio *sine qua non* para el mantenimiento del orden jurídico en las relaciones privadas desde que cesaron el privilegio a ese respecto reconocido por el Derecho romano y las leyes de Partida en favor de algunos militares, pastores, etc., pero ello no significa que el conocimiento del Derecho esté al alcance de todos, y por eso es deber de los Notarios el vigilar atentamente que los términos de los contratos contenidos en las escrituras públicas no violen los preceptos legales imperativos y cuiden de ilustrar a los contratantes sobre los extremos que quedan bajo el imperio de su *poder jurídico*.

El incumplimiento de esa obligación por parte del Notario, le hace incurrir en una responsabilidad que en muchos casos determinan expresamente las leyes; ejemplos de ellos son los artículos 32 y 39 de la ley Notarial, 132, 705, 712 y 1.223 del Código civil, 4.º, 20, 24 y 68 de la Instrucción General sobre documentos públicos sujetos a Registro, y 3.º y 22 de la ley Hipotecaria. En otros es una consecuencia precisa de la ignorancia o negligencia que la inobservancia de ciertos preceptos supone. Una de las infracciones más frecuentes en los testamentos es la designación de uno de los herederos para contador partidor, que prohíbe terminantemente el artículo 1.057 del Código civil, y que la sentencia del Tribunal Supremo de España, de 13 de Junio de 1897, hace extensiva al cónyuge sobreviviente como heredero forzoso por el artículo 807; y también es corriente estipular en las sociedades mercantiles que continúe la sociedad aunque se declare la incapacidad

ciudad de uno de los socios, contraviniendo el artículo 222 del Código de Comercio.

La responsabilidad del Notario por incumplimiento de sus deberes ha sido hasta ahora una fuente inexplotada de resarcimiento de daños y perjuicios por las partes perjudicadas, pero ello no significa que lo será en el futuro. Seamos previsores, y no sólo en provecho de los intereses sometidos a nuestro cuidado y dirección, sino también por nuestro propio prestigio y hasta por nuestro interés material. Siempre ha sido una de las más altas funciones sociales la administración de justicia, y en cierto modo en ella participa el funcionario notarial, aportando con los documentos públicos una de las pruebas más importantes para que se administre rectamente.

Contribuyamos en la medida de nuestro alcance a que cada vez sea mayor el crédito que se otorgue al documento notarial, en la seguridad de que con ello aumentamos también el prestigio de nuestra Institución.