

El instrumento público en los negocios jurídicos formales y en los negocios jurídicos consensuales

(DOS TEMAS DE OPOSICION)

INTRODUCCION NECESARIA

No es propio de una revista destinada al estudio de temas monográficos recoger cuestiones que vengan a ser "contestación" a temas de los programas oficiales. Por eso vacilé antes de decidirme a publicar estas cuartillas. Me decidí, al fin, a confiarlas a las hospitalarias páginas de REVISTA CRÍTICA, porque aunque no tengan un gran valor constructivo, pueden ser útiles a la sufrida clase de los opositores.

Los temas 23 y 24 de Legislación Notarial del Programa de Notarías vigentes, *comprimidos* en los temas 3 y 4 del de Registros, suscitan serias dudas a los opositores. Claro que estas dudas se acabarían con la lectura y resumen de los "Estudios sobre el valor jurídico del documento notarial", magnífica conferencia pronunciada por Núñez Lagos en 1943 en la Academia Matritense del Notariado, consignada en los *Anales*, de la misma Academia, y de la que hay edición por separado. Al resumen de esta conferencia basta añadirle una *copita* de González Palomino, tema segundo, apartado IV, de la magnífica *bodega* de sus *Instituciones*. Luego, si se quiere que el "combinado" tenga más ingredientes, unas gotas de Sanahuja y hasta de mi *Introducción al Derecho notarial*.

Pero (siempre hay un *pero!*) es preciso *agitar* la mezcla, es decir, diluir y fundir las ideas para que el resultado tenga homogeneidad, sabor uniforme. Y el opositor no dispone de *tanto* tiempo para

dedicar a un tema de Notarial que, al fin y al cabo, es *materia especial*, tradicional eufemismo con que se quiere significar que se trata de una disciplina que hay que estudiar *para cubrir el expediente*.

Para colaborar con los estudiantes, para ahorrarles tiempo, hice la mezcla y la agité. Amablemente la va a servir REVISTA CRÍTICA: deseamos ella y el que esto escribe contribuir a que si se quiere *salir del paso*, se haga con un mínimo decoro científico.

1. INSTRUMENTO PÚBLICO EN LOS NEGOCIOS JURÍDICOS FORMALES.

1. *Sentidos diversos de la forma del negocio jurídico*.—Toda declaración de voluntad exige una forma; y en este sentido todos los negocios jurídicos son formales. Pero una acepción más restringida se llama negocio formal a aquel en que se exige una forma determinada, ya para considerar existente el negocio mismo, ya para limitar—generalmente a efectos probatorios—la libertad de elección de forma, ya para producir efectos secundarios (por ejemplo, efectos en cuanto a terceros). Una tercera acepción, aún más estricta, aplica el concepto "negocio formal" solamente a aquel en que la forma determinada es esencial: sin ella, el acto se reputa inexistente. Sólo en estas condiciones, dice Ihering (1), se da la noción de *acto jurídico formal*: "El acto formal—dice—puede definirse así: acto en el cual la inobservancia de la forma jurídicamente prescrita para la manifestación de la voluntad encuentra su sanción en el acto mismo."

2. *Clases de forma*.—Este último significado no ha tenido aceptación por la doctrina posterior que mantuvo la tradicional dicotomía distinguiendo la forma *ad solemnitatem* (llamada también constitutiva) y la forma *ad probationem*. Con lo cual no se quiere significar que la primera carezca de fuerza probatoria, porque, como he dicho en otra ocasión (2), si la prueba puede ser ajena a la solemnidad, no hay solemnidad que no tenga un cierto valor probatorio. "Prueba y forma, dice Sanahuja (3), en cierto modo coinciden." Pero la coincidencia no se da siempre, conceptual e históricamente, de una manera absoluta. En confirmación con ello, González Palomí-

(1) *Espíritu del Der. romano*, III, 182, ed. esp.

(2) *Introducción al Der. notarial*, pág. 218.

(3) *Tratado*, I, pág. 97.

no (4), cita el caso de la *stipulatio* romana "inidónea para la prueba" y el supuesto del protocolo reconstruido.

Hoy se rechaza la clasificación bimembre y se hace un tanto ambiguo el término *forma constitutiva* o documento constitutivo, como más adelante se verá. Los trabajos de los procesalistas modernos, principalmente Degenkolb y Siegel en Alemania y Carnelutti en Italia, y la aportación hecha en España por Núñez Lagos sobre el valor del documento notarial, obligan a establecer las siguientes categorías de forma, todas con valor probatorio:

a) Forma obligatoria *ad solemnitatem* (acto formal en sentido menos lato) de expresión de un negocio primario, al que en la técnica precedente se llamó (y sigue llamándose por la mayoría) forma constitutiva por antonomasia.

b) Forma obligatoria como acto o negocio de cumplimiento (artículo 1.279 del Código civil).

c) Forma voluntaria *declarativa* o *recognoscitiva*, cuando el documento tiene la misión de fijación jurídica de que nos habla Núñez Lagos (5) de reconocimiento o confirmación del acto primigenio aformal.

d) Forma voluntaria *constitutiva* o *dispositiva*, que se produce en los casos de *renovatio contractus*: el acto aformal (por mejor decir, no documental) se renueva con *valor constitutivo* en su posterior versión formal.

e) Forma voluntaria *convenida* por las partes para un acuerdo o contrato posterior. La admisión de esta categoría no ofrece duda para la doctrina. Pero es preciso, afirma Lessona (6), que resulte *con toda claridad* que las partes han querido condicionar a la existencia de la forma pactada la existencia misma del contrato.

3. *La forma y el documento notarial.*—Para aplicarla a cualquiera de los miembros de la clasificación expuesta destaca la superioridad lógica de la forma pública en general y de la notarial en particular sobre la forma privada. La autenticidad no es la única razón de esa superioridad: tanto como ella pesa la competencia legal y técnica del funcionario que ejerce un acto jurisdiccional de *calificación* sobre todos los elementos personales, reales, causales y formales que

(4) *Instituciones de Der. not.*, I, pág. 11.

(5) *Estudios...*, pág. 28.

(6) *Teoría general de la prueba en Der. civ.*, ed esp., III, 179

integran el acto. Por eso, especialmente cuando la forma se impone por vía legal *ad solemnitatem*, como condición de la existencia del acto, que diría Ihering, suele preferirse la forma notarial. No es, sin embargo, forma única a veces se recurre a la intervención judicial, especialmente en los actos relativos al derecho de familia, como reconocimiento de hijos naturales, emancipación, celebración del matrimonio civil, o se admite la forma privada de lo que es ejemplo típico la letra de cambio.

4. *Negocios jurídicos formales en derecho español.*—Los negocios jurídicos con forma notarial *ad solemnitatem* no son en nuestro Derecho la regla general ni tampoco los comprendidos en el artículo 1.280: a éstos se les aplica el artículo 1.279, cuyo estudio, desde el punto de vista del instrumento público, se hará más adelante. Los casos—comúnmente aceptados por la doctrina—en que es necesario documento público generalmente notarial, son:

El reconocimiento de hijo natural (art. 131 del Código civil).

La adopción (art. 179).

La emancipación (art. 316).

Las capitulaciones matrimoniales (art. 1.321).

La donación de inmuebles (art. 633).

El testamento común abierto o cerrado (arts. 694 y 707).

El censo enfiteútico (art. 1.628).

La sociedad civil a que se aporten bienes inmuebles (art. 1.667).

La hipoteca (arts. 1.875 del Código civil y 145 de la Ley Hipotecaria).

El compromiso en árbitros (art. 792 de la Ley de Enjuiciamiento civil) y la amigable composición (art. 828 ídem).

La sociedad mercantil (art. 119 del Código de Comercio), aunque con relación a este contrato y al valor de la forma en el mismo el Tribunal Supremo ha distinguido entre partes y terceros, admitiendo así las llamadas *sociedades irregulares*.

II. EL PRINCIPIO "FORMA DAT ESSE REI".

En todos los actos que se acaba de enumerar, con excepción del caso de la sociedad mercantil, la falta de forma produce la inexistencia del acto. Los pactos preliminares tendrán la consideración de un acto preparatorio o de un precontrato. Será generalmente obligatoria, como

dimana del *pacto de contrahendo*, la conclusión futura del negocio principal; mas éste no existe hasta que se haya cumplido el requisito de la forma impuesto *ad substantiam*. La inexistencia del acto en que no se ha cumplido el requisito de la forma impuesto con ese carácter se formula en el brocardo tradicional *forma dat esse rei*: la forma da el ser a la cosa.

En el Derecho romano, para los contratos formales, las consecuencias del *forma dat esse rei* eran inflexibles: los convenios preliminares a la forma, si estaban faltos de la formalidad exigida, se consideraban afectados de una inexistencia jurídica total. Las formas residuales que subsistieron en toda la evolución del Derecho romano no son—dice Jörs-Kunkel (7)—“una creación artificial del legislador; no es algo que se injerta en el negocio, sino expresión necesaria del negocio mismo. En un estudio de éstos no es posible un obrar jurídico de otra manera que mediante formas”.

En este sentido no ha pasado la regla al derecho patrio arraigadamente vinculado al consensualismo contractual que, recogiendo la tradición indígena y el espíritu del Derecho canónico, proclamó el Ordenamiento de Alcalá y que ha tenido su reflejo en el artículo 1.279 de nuestro Código. Si la Ley exige escritura pública, las partes podrán compelerse recíprocamente para el cumplimiento de esa obligación legal siempre que el contrato tenga las condiciones esenciales de validez del artículo 1.261 (consentimiento, objeto y causa). Lo mismo habría que decir si la forma notarial de un convenio posterior o futuro ha sido impuesta por voluntad de las partes en un contrato preparatorio o preliminar.

Pero todavía se conserva la eficacia del aforismo cuando se trata no de actos formales con forma *ad meram probationem* del artículo 1.280 del Código, sino de aquellos otros en que la forma es sustancial o constitutiva para la existencia del negocio. En tales casos la doctrina sostiene unánimemente, apoyada y respaldada por el criterio de nuestro Tribunal Supremo, que el negocio que carece de la forma adecuada es inexistente. Aun así será preciso distinguir entre negocios principales, en los que se haya cumplido el requisito de forma, y negocios preparatorios—pactos de *contrahendo*, precontratos—de un negocio formal solemne. Si a estos actos preliminares se exigiera tam-

(7). *Dir. priv romano*, ed. esp., pág. 129.

bién la forma como requisito esencial, perdería gran interés y eficacia práctica la figura del precontrato.

III. LA UNIDAD DE ACTO.

1 *Concepto y evolución.*—Si el otorgamiento y la autorización del documento notarial fueran un hecho simple no cabría hablar de unidad de acto, pues la cosa indivisible y no susceptible de producirse sucesivamente no admite ninguna solución de continuidad. Se produce o no se produce, pero no puede interrumpirse.

Pero, dejando ahora aparte la cuestión de si otorgamiento y autorización son una sola y misma cosa o bien son dos momentos diferentes en el proceso de elaboración de la escritura, parece indudable que el otorgamiento de una escritura está integrado por varios hechos sucesivos, aunque el artículo 1.218 del Código civil hable de "el hecho de otorgamiento". "Lo mismo da, dice Núñez Lagos (8), que se diga que el otorgamiento contiene un hecho o que contiene varios. Porque si es un hecho único—sistema de la unidad de acto—habrá que reconocer que es un hecho complejo", compuesto de varios hechos simples, sucesivos o continuados.

La unidad de acto se ha reservado históricamente para las formas más solemnes. Así nace en el Derecho romano como consecuencia del carácter público que tuvieron las primitivas formas de testar y, principalmente, dice Castán, el testamento *in calatis comitiis*. Comprendía la unidad de asunto, de tiempo y de lugar; se aplicaba solamente al testamento. En España se acogió a través del Derecho de Partidas que, según la Jurisprudencia, fué derogado en este extremo por el Ordenamiento de Alcalá. El Código francés se limitó a exigir la unidad de acto en el testamento cerrado o *místico* (art. 976), y el italiano siguió sus huellas, pues tampoco para el abierto hace falta y, en cambio, se requiere en el llamado testamento *segreto* (art. 783). El español se separó de sus modelos, y volviendo al puro criterio romano, impone la unidad de acto (art. 699) también para el testamento abierto.

En las escrituras relativas a actos inter vivos, la Ley del Notariado no exigió la unidad de acto, aunque de su contexto, dice Fer-

(8) *Estudios*, pág. 66.

nández Casado (9), parece desprenderse la necesidad de ella. Sin embargo, no se encuentra referencia a la unidad de acto en el *Diccionario*, de José Gonzalo de las Casas. Lo cierto es que, a partir del Reglamento de 30 de diciembre de 1862, la unidad de acto ha venido considerándose como requisito de la escritura hasta que fué atenuado, ya que no totalmente suprimido, por el Reglamento de 1944. El de 1935 dispuso en su artículo 197 que no sería necesaria la unidad de acto en las actas notariales, de donde podía inferirse que, a pesar de no exigirse expresamente, subsistía este requisito para las escrituras. El Reglamento vigente conserva el precepto contenido en el artículo 197, pero quebranta fuertemente el sistema de unidad de acto en las escrituras al admitir los otorgamientos sucesivos (art. 178) siempre que "la Ley no exigiera expresamente el requisito de la unidad de acto".

2. *Cuándo empieza y cuándo acaba.*—Equivale a preguntar qué hechos simples, dentro del complejo hecho del otorgamiento, han de realizarse sin solución de continuidad.

Según relata Fernández Casado (10), la Academia Matritense del Notariado puso a discusión este punto en relación con el testamento abierto y aprobó por unanimidad la siguiente conclusión: "La unidad de acto que exige el artículo 699 del Código civil consiste en que en un solo acto, y sin más interrupción que la que pueda ser motivada por algún accidente pasajero, estando presente el testador, el Notario y los testigos, se verifiquen la lectura del testamento en alta voz, la expresión de la voluntad del testador, mediante su conformidad con el documento leído, la firma por el repetido testador, si sabe y puede, y por los testigos."

Un ruidoso pleito llevó al Supremo esta cuestión. Y la Sentencia de 5 de junio de 1894, que le puso fin, casó la Sentencia de la Audiencia y aceptó, casi literalmente, la conclusión de la Academia. En realidad venía a aplicarse a la unidad de acto en el testamento abierto el mismo sentido que para la escritura en general había aceptado el artículo 72 del Reglamento Notarial de 9 de noviembre de 1874: "La presencia de los testigos, así instrumentales como de conocimiento en su caso, se requiere solamente para la lectura, consentimiento y firma de la escritura matriz, que tendrá lugar *en un solo acto*."

(9) *Tratado de Notaría*, I, pág. 503.

(10) *Tratado de Notaría*, I, pág. 504.

El mismo criterio sustenta Sanahuja (11), que afirma que la unidad de acto está constituida por la concurrencia simultánea de los siguientes requisitos: presencia del Notario, presencia de los otorgantes, fe de conocimiento, presencia de los testigos (cuando sea precisa su concurrencia, después de la Ley de 1º de abril de 1939), lectura del instrumento, otorgamiento y firma.

3. *Crítica.*—Es evidente que la unidad de acto añade una cierta garantía a la intervención notarial, pero esta garantía es innecesaria. Inútil además, caso de mala fe del Notario que, decidido a falsear lo más, no dudaría en imaginar una supuesta unidad. Doctrinalmente carece de justificación el requisito de la unidad de acto, especialmente en los negocios bilaterales. Refiriéndose al documento privado niega Lessona (12) que sea necesaria la simultaneidad de las firmas, y no hay razón para no aplicar el mismo criterio al documento notarial. Por eso merece elogios la autorización que el vigente Reglamento ha establecido para otorgamientos sucesivos, primer paso hacia la supresión del requisito de la unidad de acto.

IV. EL INSTRUMENTO PÚBLICO EN LOS NEGOCIOS JURÍDICOS CONSENSUALES.

1. *Diferencias con los negocios formales.*—Cuando las leyes establecen una forma especial del negocio para que éste se considere jurídicamente existente, estamos frente a un típico negocio formal con forma esencial *ad solemnitatem* o con forma constitutiva. Los negocios de este grupo han sido estudiados en los apartados I y II. No siendo precisa una forma especial para la existencia del acto, el negocio será o bien *real* (que se perfecciona por la entrega de la cosa o realización inmediata de la prestación) o bien *consensual*, si se produce su eficacia jurídica por la mera concurrencia de la declaración de voluntad del interesado o del consentimiento de las partes, según se trate de negocio unilateral o bilateral.

Los negocios reales y consensuales no necesitan, en principio, ningún requisito de forma documental; son válidos una vez que concurren el consentimiento, el objeto, la causa y, en su caso, la entrega de la cosa. El obligado por esta clase de contratos puede ser compelido

(11) *Tratado*, I, pág. 438.

(12) *Ob. cit.*, III, págs. 126-127.

de modo forzoso a la realización del *dare* o del *facere* prometido una vez que se pruebe que la obligación se contrajo. Hay aquí una diferencia fundamental con los negocios formales de forma solemne que se manifiesta con especial relieve en caso de incumplimiento. Cuando voluntariamente se cumple lo prometido, el contrato, formal o aformal, surte sus efectos y las traslaciones patrimoniales consiguientes quedan firmes y no pueden ser afectadas ni revocadas so pretexto de falta de forma en el negocio que originó las prestaciones cumplidas. Caso de cumplimiento voluntario *bona fidei* no existe diferencia. Esta destaca en caso de cumplimiento forzoso o involuntario: el obligado en un contrato para el que se requiere forma solemne puede excusarse de cumplir alegando la inexistencia por defecto de forma; el obligado en un contrato consensual, para excusar el cumplimiento, tiene que negar la existencia del acuerdo o destruir las pruebas de su existencia que, *de contrario*, se hayan equivocado. Solamente tendrá que cumplir cuando se pruebe que existió el negocio.

2. *Ventajas de la escritura en los contratos consensuales.*—La posibilidad de tener que recurrir al cumplimiento forzoso justifica el interés que para los contratantes tiene solemnizar aquellos actos en que la forma no es requisito que afecte a su existencia: una forma auténtica facilitará la realización de los efectos cuando el obligado se resista a cumplir.

Por ello hay casos en que las leyes, para facilitar la prueba, imponen una forma determinada, generalmente pública y notarial, aunque este requisito no tenga valor sustancial o constitutivo. Pero no es solamente por razones probatorias por lo que se imponen estas formas no sustanciales; puede perseguirse también (13) "asegurar la publicidad de ciertas relaciones jurídicas (como en el derecho registral o inmobiliario), aumentar la capacidad circulatoria de ciertos derechos de crédito (tal es el caso de los valores) o, finalmente, excluir defectos psicológicos en ciertos negocios cuya celebración impremeditada puede llevar anexas consecuencias especialmente perjudiciales para el contratante (fianza, compra de inmuebles, promesa de donación)". Aunque pueda considerarse comprendida en la genérica expresión de "publicidad", la forma se impone también, en muchas ocasiones, para que el contenido del negocio pueda afectar a terceros; así en nuestro

(13) Sörs-Kunkel: Ob. cit., pág. 129.

derecho la prenda, contrato real (art. 1.863 del Código civil), se perfecciona con la entrega de la cosa al acreedor; pero no surtirá efecto contra tercero "si no consta por instrumento público" la certeza de su fecha (art. 1.865).

A estas varias razones responden los actos formales a que se refiere el artículo 1.280 del Código civil, compraventa de inmuebles, constitución y modificación de derechos reales sobre inmuebles, arrendamientos en las condiciones que el texto fija, capitulaciones matrimoniales y dotes, cesión, repudiación y renuncia de derechos hereditarios y de la sociedad conyugal, poderes en general y cesión de derechos y acciones procedentes de un acto consignado en escritura pública. Tal como el Supremo ha interpretado este artículo, ninguno de los casos en él comprendidos, salvo el de la capitulación matrimonial, es de forma *ad solemnitatem*.

3. *Clases de instrumentos en relación con los contratos consensuales.*—De lo expuesto se infiere que en los contratos consensuales se puede distinguir dos categorías en relación con la forma:

a) *Rigurosamente consensuales.* En ellos la forma no es exigida por la Ley, y si se consigna en escritura pública, ésta es total y absolutamente potestativa.

b) *Simplemente consensuales.* La forma es obligatoria, pero no es constitutiva.

¿Cuáles son los efectos de la forma en ambos casos? La respuesta a este interrogante supone dividir la cuestión en dos apartados:

1.º La escritura se otorga voluntariamente, sea o no exigida como requisito *ad probationem*, o como necesario para producir algún efecto en relación a terceras personas. Surge entonces lo que la técnica más reciente llama escrituras *constitutivas*.

2.º La escritura se otorga por exigencia judicial accediendo a la demanda de una de las partes (aplicación del art. 1.279).

V. ESCRITURAS CONSTITUTIVAS.

Si la escritura se otorga con carácter potestativo o en cumplimiento del deber de guardar una determinada forma, pero sin que preceda coacción judicial, la doctrina procesal moderna se plantea el problema de cuál será el valor del instrumento en relación con el pacto primigenio, verbal o escrito.

Para Degenkolb (14) existe en estos casos una *renovatio contractus* integral, en la que se produce la fusión de los materiales del primer acuerdo, una nueva prestación de consentimiento que refunde las declaraciones de voluntad. Si el acuerdo es meramente *reproductivo* o si es novatario o *constitutivo*, es una *quaestio facti*, cuya apreciación depende, en definitiva, de la voluntad de las partes.

Carnelutti (15) resuelve el problema recurriendo a la conocida distinción entre documentos dispositivos (*Dispositivurkunden* en la técnica germana) y documentos testimoniales (*Zeugnissurkunden*) o, en otros términos, entre *declaración de voluntad* y *declaración de verdad*. Puede ser lo uno o lo otro. Si son las partes las que han redactado el segundo documento, tiene idéntico contenido que el primero y equivale a adopción de una nueva forma, salvo que está clara la intención de modificar el contenido. En cambio, si interviene Notario, no pudiendo distinguirse cronológicamente entre consentimiento y documentación, el documento tiene carácter *dispositivo* (16).

Por su parte, Siegel arranca de la distinción ya establecida desde Stampe entre *negocio causal* (*Grundgeschäft*) y *negocio de ayuda* (*Hillsgeschäft* o *Vertellungsvertrag*) o de fijación jurídica—según Núñez Lagos—, el primero de los cuales constituye el acuerdo primario; el segundo es un subrogado del cumplimiento. Si se modifican las estipulaciones del contrato causal, sostiene este autor—lo que es muy discutible—que el acto posterior carece de causa, y en consecuencia podrá ser detenido en sus efectos ejercitando una *condictio*.

En la doctrina española, Núñez Lagos se inclina a considerar el documento notarial, en estos casos, como una *renovatio contractus*, que da a la escritura carácter dispositivo o constitutivo. Así parece deducirse de los artículos 1.218 y 1.219: de este último resulta la clara preferencia del documento posterior sobre el anterior, aunque la prescripción legal se refiere a escrituras de diferentes fechas. Si entre dos escrituras prevalece la posterior, con mayor razón debe prevalecer la escritura notarial sobre el documento privado anterior.

En resumen, la escritura tendrá valor constitutivo en los contratos consensuales documentados que previamente se hubieren concluido de manera a formal.

(14) Vide N. Lagos, *Estudios*, págs. 16 y sigs.

(15) *Documento e negozio giuridico*, págs. 21 y sigs

(16) Vide mi *Intr. al Der. notarial*, págs. 241 y 242.

a) Cuando la segunda declaración se hace de *modo* diferente o con *diversa eficacia*.

b) Cuando la segunda declaración hace una mutación en el estado jurídico preexistente; y

c) Cuando la finalidad de las partes sea la fijación declarativa de su recíproca situación.

Estas tres categorías de documentos constitutivos admitidas por Carnelutti son innecesarias a juicio de Núñez Lagos; basta con la tercera (17), pues toda escritura, dice, contiene siempre esta fijación declarativa. Y esta tesis del autor español aparece ya recogida en la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1944.

Si se admite, pues, por la doctrina esta nueva categoría de escrituras constitutivas o dispositivas podrán ser definidas como aquellas que dan forma pública a negocios en que tal requisito no es necesario, o en que siéndolo, la escritura notarial modifica el contenido o el alcance de un acuerdo primigenio (18).

VI. EL ARTÍCULO 1.279.

El segundo supuesto que queda por examinar se refiere a que la escritura sea otorgada de modo imperativo en virtud del ejercicio de la pretensión de una de las partes al amparo del artículo 1.279 del Código civil que permite a los contratantes "compelerse recíprocamente a llenar aquella forma (el otorgamiento de la escritura u otra forma especial) desde que hubiesen intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez".

El otorgamiento de la escritura es cumplimiento de una obligación de hacer impuesta por la Ley o por un acuerdo preliminar obligatorio, pues ya se ha dicho que este pacto es perfectamente válido y eficaz. Las obligaciones de hacer se sustituyen, caso de incumplimiento, por la indemnización de daños y perjuicios; pero el principio *nemo potest praecise cogi ad factum* quiebra aquí aunque sea de ma-

(17) *Estudios*, pág. 24.

(18) El documento notarial—dice Plaza en su conferencia sobre «Errores de hecho y de derecho en casación», en *Anales de la Ac. Matr. del Notariado*, año I, pág. 587—contiene frecuentemente una *decisión de voluntad* que tiene triple eficacia: la *declarativa* (es decir, la revelación *ad extra* del concierto de voluntades), la *constitutiva* (fijación de una situación negocial a ulteriores efectos) y la *ejecutiva* (posibilidad de hacerla valer, por la fuerza del documento en que la voluntad se hizo constar).

nera indirecta, pues nuestra Jurisprudencia tiene declarado que puede pedirse y deberá cumplirse lo convenido aun antes de que se exija el otorgamiento de escritura y que puede ejercitarse simultáneamente la acción para el otorgamiento de escritura y la acción para el cumplimiento del contrato.

Cumplida esta obligación por mandato judicial, se plantea el mismo problema, ya examinado, sobre el valor constitutivo o novatorio del instrumento público, y si se admite la posición indicada de Núñez Lagos, la escritura que se otorgue será siempre dispositiva o constitutiva, salvo que se trate de meros reconocimientos a los que se refiere el artículo 1.224 del Código. El acuerdo primigenio o primario operará como causa del acuerdo escriturario.

VII. LA ELEVACIÓN A PÚBLICOS DE DOCUMENTOS PRIVADOS Y LA PROTOCOLIZACIÓN DE DOCUMENTOS PRIVADOS.

1. *El documento privado se eleva a público.*—Todos los supuestos hasta aquí examinados de otorgamiento de escritura se refieren a la "elevación" a públicos de contratos realizados en forma privada. Si en lugar de atender al contenido (contrato) se atiende al continente (documento) el mismo fenómeno de transformación se produce y con idénticas consecuencias cuando el documento privado se transforma en público. Los mismos problemas sobre el valor novatorio o constitutivo habrán de ser examinados, lo que se reputaría repetición innecesaria.

Baste, pues, añadir que esta transformación o elevación a documento público requiere el otorgamiento de una nueva escritura, es decir, la prestación del consentimiento de los interesados, según el artículo 193 del Reglamento Notarial (párrafo segundo), texto en el que Núñez Lagos ve confirmada su tesis del valor dispositivo de la escritura con la salvedad apuntada de que haya de aplicarse el artículo 1.224 del Código, según el cual "las escrituras de reconocimiento de un acto o contrato nada prueban contra el documento en que éstos hubiesen sido consignados si por exceso u omisión se apartaren de él a menos que conste expresamente la novación del primero".

2. *Protocolización de documento privado*—Cosa distinta es la protocolización del documento privado. Está clara y expresamente

admitida en los artículos 211 y siguientes del Reglamento Notarial que permiten su incorporación a un protocolo notarial en forma de acta.

Este carácter de acta que se atribuye a la protocolización del documento privado es el punto de partida de todas las diferencias con la elevación a públicos de documentos privados. Aquella no es una escritura y en consecuencia,

a) Por ser acta no hay en ella prestación de consentimiento (otorgamiento).

b) Por no ser escritura, la protocolización de un documento privado no debe considerarse bastante para dar por cumplida la obligación de hacer escritura impuesta por el artículo 1.279.

c) Por idéntica razón no se plantea problema alguno respecto al valor novatorio o constitutivo del acta de protocolización.

d) Tampoco tiene valor constitutivo la protocolización de expedientes judiciales cuyos resultados se producen por el carácter público de estos expedientes. El acta notarial, en estos casos, es *formalidad complementaria*, imperativa, pero no dispositiva o constitutiva en sus efectos, cuya finalidad genérica es la conservación a efectos de tráfico jurídico y de expedición de copias del expediente de que se trate.

e) Finalmente, el documento privado que se incorpora al protocolo no pierde por ello su carácter de forma privada documental ni se convierte en instrumento público. Con acierto señala este aspecto el Reglamento cuando dice en el artículo 215 que la protocolización se efectuará "sin ninguno de los efectos de la escritura pública y sólo a los efectos del artículo 1.227 del Código civil" (certeza de la fecha de un documento privado).

E. GIMÉNEZ-ARNAU.

Registrador de la Propiedad