

Documentos Privados, Legitimación de firmas y Documentos públicos

Por: JUAN VALLET DE GOYTIZOLO *

Resumen: Es un estudio acerca del documento público y del privado, estableciendo sus diferencias. También estudia el documento con relación a la reproducción directa de imágenes, sin necesidad de escritura reproductora.

La representatividad del documento constituye el estudio central de este trabajo, con la finalidad de señalar sus caracteres propios. Así establece la diferencia en materia de documentación de contratos que separa el sistema latino del practicado en los Estados Unidos de América.

La legitimación de firmas plantea graves problemas que se estudian con detenimiento, teniendo en cuenta su importancia para la seguridad jurídica

En su concepción clásica, el documento, como ya expuso el maestro Rafael Núñez Lagos se compone de una *materia* que recoge un dictum de un determinado *actum*.

La *materia* adecuada ha variado históricamente, en el espacio y en el tiempo; ladrillos, lápidas, tablillas, pergamino, papel. El *contenido*, es decir, el dictum, es una narración escrita, sea ideográfica, simbólica o alfabética.

El *dictum* narra algo, que puede ser el propio pensamiento del autor o bien algo exterior a él, que puede consistir en la repetición de un pensamiento ajeno, ya sea leído u oído, que se reproduce, sea de modo literal, o bien abreviado, glosado o comentado; o, también, en expresar, plasmándolo en la narración, un hecho natural ocurrido o propiamente un acto humano.

El *actum*, objeto del *dictum* documentado, puede consistir en una gesta guerrera, en actos de la vida cotidiana, en una realización artística, en el desarrollo de una actividad profesional, de una prueba deportiva, etc., etc.

* El Dr. Vallet de Goytizolo es Presidente del Consejo Permanente de la Unión Internacional del Notariado Latino; Académico-Secretario General de la Real Academia de Jurisprudencia y representa a la Academia en el Instituto de España. Ha publicado: *Derecho de las Cosas*; *Garantías Reales*; *Sociedad de Masas y Derecho e Ideología*, *Praxis y Derecho*.

Estos actos pueden carecer de trascendencia jurídica o bien tenerla, ya sea directa o bien indirectamente, ya sea de modo general o bien individualizadamente.

Acto con trascendencia jurídica directa general es, por ejemplo, la promulgación de una ley.

Actos con trascendencia jurídica directa *individualizada* son todos aquellos que crean, declaran, modifican o extinguen una situación jurídica determinada.

Estos *actos* pueden consistir en el ejercicio de una *potestas* o de una *auctoritas*, administrativa o judicial, que resolverá en este segundo caso una contienda en torno a una situación jurídica discutida por ser dudosa o bien por haber sido objeto de transgresión.

Pero, también, puede consistir en el acto de un particular o de varios, lícito o ilícito, que produzca un efecto jurídico, aunque directamente no sea su autor quien configure ese efecto, sino que resulte de su valoración por una norma jurídica (*acto jurídico* en sentido restringido), o bien su configuración sea moldeada directamente por la voluntad de sus autores (*negocio jurídico*).

Estamos, pues, en el campo de los documentos con contenido jurídico, bien sea simplemente *narrativo* o bien, coincidiendo los autores del *dictum* y los del *actum*, éstos lo plasman activamente en aquél. En este último caso nos hallamos ante documentos que son expresión directa de un negocio jurídico.

Hace unos años se planteó una cuestión nueva afectante al concepto de documento, originada por los descubrimientos científicos y técnicos de ciertos procedimientos de reproducción directa, sin necesidad de escritura reproductora (aunque también ésta pueda ser reproducida por esos medios). Esos nuevos medios permiten reproducir imágenes por procedimientos fotográficos, litográficos, xerográficos y sonidos en discos, bandas sonoras, cerebros electrónicos, e incluso a unas y a otros conjuntamente, cinematografía, televisión.

Tales descubrimientos no pudieron dejar de poner en cuestión el concepto de documento e incluso llegaron a plantear si, como testimonio directo, estos nuevos documentos, calificados de documentos directos, eran incluso superiores a la que tienen los documentos escritos, que, como tales, solamente se consideraron como documentos representativos.

Sin embargo esas reproducciones directas pueden ser muy fácilmente objeto de combinaciones, de manipulaciones y de trucajes que ponen totalmente en entredicho su valor de documen-

tos de la realidad; aparte de que en sí mismas, aun sin manipulación alguna, tanto pueden reflejar, unas veces, imágenes o episodios de la vida real como, en otras, por ejemplo, imágenes preparadas de la vida teatral.

Por eso, hoy día, más que de su agudeza y claridad, el valor documental de estos llamados documentos directos depende de su complementaria documentación escrita que afirme su identidad con la realidad reflejada. Así resulta que el valor testimonial de esos documentos directos queda subordinado al del documento escrito que asegura su identidad y de cuyo aseguramiento depende verdaderamente su carácter documental.

En otro caso no parece que pasen de ser únicamente algo así como meros documentos privados carentes de firmas, es decir, de los que nadie responde de su veracidad.

Por otra parte, la calificación de los documentos escritos como *representativos*, fue discutida primero y finalmente rechazada por los autores más caracterizados, incluso tratándose de documentos negociales en los que la redacción es obra de un tercero, y aunque este tercero sea un notario en el ejercicio de sus funciones. Se dice que el valor de estos documentos no se halla en la *representación*, sino en la *presentación*, por usar una terminología expresiva. Así Cámara sólo admite esa teoría para las actas, en tanto éstas recojan "declaraciones del Notario que describen los hechos", pero no la acepta respecto de las declaraciones o manifestaciones que se hacen en las actas, ni tampoco de las que se formulan en las escrituras. La declaración escrita no tiene por fin representar o reproducir una declaración previamente manifestada de forma oral (que muchas veces no existe), sino que constituye la declaración misma. Incluso cuando la declaración escrita se remite a una declaración anterior (hablada o escrita) y tiene por objeto reconocer su existencia (declaración confesoria, pues), el documento presenta la declaración confesoria pero no representa la confesada, aunque ésta constituye el objeto del reconocimiento o de la confesión. Es decir la declaración confesoria escrita no representa una previa declaración confesoria oral, únicamente *expresa* la declaración confesada, y el documento no *representa* sino que *presenta* la declaración.

En adelante en esta exposición nos ceñimos al examen de los documentos escritos con fines de trascendencia jurídica. Esos podemos dividirlos:

En puramente *narrativos*, en que el *dictum* se reduce a narrar al *actum*;

Y en *expresivos o presentativos* de un negocio jurídico que se documenta inmediatamente, en los cuales *actum* y *dictum* son vividos simultáneamente en una interacción en la que quienes actúan como protagonistas del primero también lo son del segundo, aun cuando en este además intervenga un narrador y uno o varios testigos imparciales y más o menos cualificados.

Cuando el actor del *actum* y del *dictum* es el mismo y único nos hallamos ante el documento ológrafo.

Si los autores del *actum*, es decir del negocio documentado, son varios no es posible que cada uno de los dos lo redacten y escriban exclusiva y totalmente. Esto origina principalmente el riesgo de que en la redacción del documento prevalezca el interés del más avisado o cauto, del más fuerte, en el sentido más lato de la palabra de los contratantes.

La solución de este problema implica la introducción en el *actum* y la asunción de la redacción del *dictum* por uno o varios terceros imparciales, especializados o no, que pueden ser: ya sea un narrador no cualificado o un narrador profesional, ya sean testigos no cualificados o un testigo cualificado y profesional que garanticen bien sea, sólo la firma que los protagonistas del acto documentado estampan en el documento, o bien, incluso, la narración contenida en éste. Nos hallamos, pues, ante narradores, en un caso, o ante testimoniantes en el otro.

Estas variantes nos llevan a establecer escalonadamente las distinciones siguientes:

a) En un nivel mínimo, documentos redactados por un no profesional sin testigos o con testigos no cualificados que no aseguren ni su regularidad, ni su redacción, ni doten de autenticidad a las firmas de los sujetos activos del negocio documentado, aunque testimonien su otorgamiento;

b) Un paso más allá en el aspecto testimonial, documentos de iguales características a las expresadas con la sola particularidad, variante, de que un testigo cualificado, con una función pública autentique las firmas de los negociantes;

c) O, en el aspecto de su redacción, con la variante de que su redactor sea un profesional reconocido para la función redactora pero sin función pública autenticadora;

d) O con esos pasos más en ambos aspectos, testimonial y de redacción, documentos redactados por un profesional cualifi-

cado reconocido para la función redactora y con autenticación de las firmas de los contratantes por otro profesional con función pública autenticadora.

e) Con el paso más en el ámbito testimonial autenticante, de que ese segundo profesional autentique no sólo las firmas sino el otorgamiento del propio documento;

f) Y, finalmente, integrando estos avances, tenemos el supuesto en que la documentación y la autenticación las realice un solo profesional con funciones a la par redactoras y autenticadoras.

En los cuatro primeros supuestos nos hallamos ante documentos privados, aunque en el cuarto caso sus firmas sean legitimadas.

En los dos últimos supuestos los documentos son públicos, pero como luego veremos sólo el último corresponde plena y totalmente al sistema notarial latino.

Con esta perspectiva tenemos base suficiente para comprender la diferencia fundamental que, en materia de documentación de contratos separa el sistema latino, en su pureza originaria, y el practicado en U.S.A. que radica:

En la formalización en escritura notarial, en los países de sistema latino;

Y en la legitimación de las firmas puestas en documentos privados, en U.S.A.

Es decir, mientras el notario en Estados Unidos no es sino un legitimador de firmas, y no se requieren de él conocimientos jurídicos, pues no redacta el documento, ni emite juicio alguno con referencia a la capacidad y legitimación de las partes, ni al ajustamiento a Derecho del contrato u acto dispositivo, en cambio el Notario de tipo latino asume unas funciones mucho más amplias y totalmente distintas.

La tarea social del Notariado de tipo latino lo dibuja en dos aspectos inescindibles que lo definen con rasgos vigorosos; por:

Su *profesionalidad* jurídica; y por

Su *ejercicio privado* (aunque corporativamente disciplinado y fiscalizado) de la *función pública* de dar forma legal *auténtica*.

Ambos aspectos integran las siguientes tareas o funciones, que culminan con la autorización de la escritura pública.

a) La labor de *consejo y asesoramiento* acerca de las *normas de derecho (respondere)* que rigen la materia objeto del ne-

gocio que se pretende efectuar, y de los medios jurídicos hábiles para llevar a buen término el resultado prácticamente querido (pudiendo a veces, ocurrir que, por resultar más adecuado a la finalidad práctica pretendida, se formalice un negocio jurídico distinto del que pensaban querer sus otorgantes, cuando llegaron al estudio del notario);

b) La de *interpretar* la voluntad empírica o práctica de éstos; y

c) La complementaria de *traducir jurídicamente* esa voluntad, *adaptándola a las formalidades jurídicas necesarias para su eficacia*.

Estas tareas de *interpretación* y *traducción* comienzan por el *alumbramiento más lúcido* de la voluntad de los otorgantes a fin de completarla y dejarla esclarecida, pues de primeras el notario, como ha observado Rodríguez Adrados; "se encuentra las más de las veces con una voluntad pobre, dirigida sólo al efecto práctico fundamental".

Por tanto, "esa voluntad ha de ser completada, por medio de la actividad notarial, antes de plasmarse en el documento, verdadera mayéutica en sentido socrático, alumbramiento de la voluntad real"; y, para ello, el notario "no sólo les informa de los puntos sobre los que no habían recapacitado, sino que les indica, incluso, lo que, a su parecer, quieren y hasta lo que deben querer".

Así la traducción de *empírica* a jurídica de la voluntad de los comparecientes no se detiene en las palabras con las que éstos la expresan, sino que penetra críticamente en su examen, enjuiciándolas y calificándolas jurídicamente;

d) La consecuente de *prever* y *prevenir* prudentemente (*cavere*) "los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos", que quienes reclaman su ministerio *se proponen alcanzar*;

e) La de redactar el instrumento público "conforme a las leyes", empleando, según precisa el artículo 148 R. N. *español*, "estilo claro, puro, preciso, ~~sin frases ni términos~~ *ni términos* alguno oscuros ~~ni ambiguos y observando~~ *de acuerdo con la Ley, como reglas imprescindibles, la verdad en el concepto, la propiedad en el lenguaje y la severidad en la forma*". Cuidando, según añade el artículo 176 del mismo reglamento al redactar los pactos y convenios de *reflejar con la debida claridad y separadamente los que se refieran a cada uno de los derechos creados, transmitidos, modificados o extinguidos, como asimismo el alcance de las facultades,*

determinaciones y obligaciones de cada uno de los otorgantes o terceros a quienes pueda afectar el documento, las reservas y limitaciones, las condiciones, modalidades, plazos y pactos o compromisos anteriores;

f) La de *calificar* la legalidad del negocio jurídico documentado, invistiéndolo así de una *presunción de legitimidad y validez*, sólo impugnable ante los Tribunales de Justicia, incluyendo ese control, además de *licitud y legalidad* del negocio, el conocimiento o identificación de los comparecientes, el juicio de capacidad en relación con la calificación del negocio jurídico de que se trate, la acreditación de las representaciones, el examen de los títulos de adquisición de quienes transmitan, modifiquen, graven o liberen, con conocimiento, en su caso, de lo que conste en el Registro de la Propiedad, y el cumplimiento de los requisitos precisos para la validez y eficacia del negocio; y

g) La de *autenticar*, es decir de dar "*autenticidad y fuerza probatoria a las declaraciones de voluntad de las partes en el instrumento público redactado conforme a las leyes*".

En estas dos últimas funciones se entrelazan: la *función profesional de artesanía jurídica* (de asesoramiento, traducción, previsión y conformación de la redacción de los negocios jurídicos) y la *función pública de control de legalidad y autenticación*, que se reúnen en el notario de tipo latino; y que imponen, como requisito, su *imparcialidad* (que no se exige a profesionales redactores de documentos sin función autenticadora, como los *solicitors ingleses*);

Investido de esa imparcialidad, a veces el notario actúa de hecho, con su experiencia práctica y saber jurídico, como un árbitro que, según advierte Rodríguez Adrados, "necesita ser libremente aceptado, tanto en su tácito nombramiento como en sus dictámenes que nunca impone, sino que sólo propone o, a veces, meramente expone, señala las respectivas ventajas e inconvenientes para una y otra parte, de las distintas soluciones, sin llegar a proponer ninguna".

Así, la intervención notarial resulta dotada de la mayor eficacia en orden a la *seguridad jurídica*, en cuanto implica la garantía de *estar aunados el ajustamiento al derecho y la autenticidad*.

La función notarial garantiza también la seguridad jurídica mediante la guarda y conservación de las escrituras públicas en el *protocolo*.

Así la *redacción autenticada* del negocio jurídico con la *calificación* de su ajustamiento a derecho, que es efectuada por un profesional competente en el ejercicio de sus funciones, lo presume consumado conforme a Derecho, asegura la prueba fehaciente del negocio jurídico, y tiene, además, la garantía de su conservación en su *protocolización* y en la custodia del protocolo.

Fruto de esta obra del notario de tipo latino, es el documento público, que en primerísimo término, implica una relación de autoría cualificada, de configuración jurídica, redacción y autenticación, entre determinado autor y determinado tipo de documento. Así: "Son documentos públicos los autorizados por un Notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley".

Determinación que implica tres requisitos:

- 1º *Autor cualificado;*
- 2º *Competente en la materia* de que se trate y en el lugar en el que actúe; y
- 3º que efectivamente actúe, como tal, *con las solemnidades requeridas por la Ley.*

La fina percepción de Cernelutti supo iluminar esas características, que son *diferenciales*, es decir, sirven para distinguir el documento público y el privado, al explicar que esa distinción "se funda no tanto sobre la cualidad cuanto sobre la posición del documentador respecto al documento mismo; sólo cuando el documento se forma en el ejercicio de una pública actividad pertenece a la categoría de los documentos públicos; es, por tanto, privado, no sólo el documento cuyo autor no está investido de alguna pública función ni encargado de algún servicio público sino también aquel que, aunque su autor tenga la cualidad de oficial público o de encargado de servicio público, no esté formado en el ejercicio del uno o del otro".

En suma, esa competencia consiste en la *legitimación* para *dar forma*; y los notarios la tienen, por *razón del lugar*, en su respectivo distrito notarial y, *por razón de la materia*, en "los contratos y demás actos extrajudiciales", "en cuantas relaciones de derecho privado traten de establecerse o declararse sin *con*tienda judicial".

Tanto un documento público como un documento privado pueden contener, "documentándola", la formalización de un negocio jurídico y, ¡cómo no!, de un negocio jurídico de transmisión de uno o varios bienes inmuebles. Sin embargo, no puede decirse

hablando jurídicamente que, ni aún en esos supuestos, su contenido sea el mismo. Debemos afirmar, sin vacilación, que el contenido de la relación es distinto en uno y otro tipo de documento, aun cuando se dé el supuesto casual de que, en la expresión de ambos, se hayan empleado las mismas palabras.

Los documentos privados carecen totalmente de autoría, aunque estén firmados, mientras no hayan sido reconocidos legalmente y, aun en este caso, esta autoría no tiene valor sino solamente "*entre los que lo hubiesen suscrito y sus causahabientes*", como precisa, por ejemplo, el artículo 1,225 del Código civil español.

En cambio, los documentos públicos se caracterizan por tener inherente la *autoría* que les dota de autenticidad y de la presunción de legitimidad, que hace de ellos instrumentos muy cualificados de la seguridad jurídica.

Para precisar esta diferencia resulta indispensable aclarar la autoría del documento notarial. Esta cuestión queda formulada con esta pregunta: *¿quién es el autor del documento notarial?*

A juicio de Manuel de la Cámara, para ver claro en este problema hay que establecer una *distinción* entre el *autor material* del documento como cosa (es decir quien materialmente lo escribe), el *autor de la redacción* o *responsable* del texto del documento y el autor o *autores de las declaraciones* documentadas.

"*Autor de la declaración*", dice Cámara, es quien asume como propia la que el documento público contiene, *Autor de la redacción* es la persona que establece el texto con arreglo al cual el documento debe ser escrito. *La autoría de la declaración* es fundamental pues la declaración sólo puede valer como tal en tanto es imputable a alguien". Pero es de destacar que: "*El autor de la redacción asume la responsabilidad de que el documento refleje exactamente la voluntad del autor de la declaración*". Esta responsabilidad es especialmente clara cuando el autor de la redacción lleva a cabo esta tarea *en cumplimiento de un deber profesional, como es el caso del Notario*".

En los documentos notariales "hay siempre una o más *declaraciones* del notario, y puede haber, además, una o más *declaraciones de otras personas*".

En las actas notariales no hay nada más que *declaraciones testimoniales*, en la terminología de Carnelutti, del propio notario que consigna lo que él mismo "*ve, oye o percibe por sus sentidos*" y, a veces, del requirente o de un requerido que pueden ser, a su vez, autores de propias declaraciones testimoniales, que el

notario recoge y testimonia, pero sin enjuiciarlas aunque sí autenticando, como verdad, que las ha oído de su autor o que éste se las ha entregado escritas tal como las transcribe en el acta.

En las *escrituras públicas* hay bastante más. En ellas:

a) La *autoría de la redacción que asume el notario*, incluye:

1º Ante todo, la *narración de los hechos* que, ante él, ocurren y que percibe *visu et auditu sui sensibus*, tales como: que comparecen ciertas personas a quienes identifica, y que asumen las declaraciones (de voluntad, normalmente, pero que también pueden ser sólo de verdad en caso de ser meramente confesorias), con la adición de una *afirmación del notario*, esencial en todos los documentos notariales, expresiva de que *el documento público nace a la vida jurídica como instrumento público*, y consistente en la *aseveración plasmada en la frase sacramental "doy fe"*, de que la narración a que se refieren sus declaraciones es exacta y veraz.

2º Y, además, como característica específica de las escrituras públicas, la *redacción de las declaraciones de los comparecientes*, redacción que *debe ser hecha por el notario*, o que por lo menos éste debe enjuiciar si se le propone ya hecha y rechazarla si no le parece adecuada. Esto es algo que, en los sistemas de tipo latino, está ligado indisolublemente a la actividad documental del notario, que penetra en la elaboración del negocio documentado, pues, como advierte Rodríguez Adrados: "El pensamiento ajeno contenido en el documento notarial es pensamiento y declaración real de las partes, pero es formalmente también pensamiento del notario y esto basta para que el notario pueda ser considerado autor exclusivo del documento notarial sin desviación de los principios generales de la autoría del documento".

b) La *autoría de las declaraciones documentadas* corresponde a aquel o aquellos de los otorgantes que *asume o asumen como propia la que el documento contiene*; que, se verifica mediante la prestación del *consentimiento a la forma documental* que revisten las declaraciones, corroborada por la firma o del modo supletorio previsto para el caso de que alguno de los otorgantes no sepa o no pueda firmar.

Notemos una sustancial diferencia entre las actas notariales y las escrituras públicas. En las actas la *autoría de la narración* y la *autoría de las declaraciones* de otra persona que el notario

narra son totalmente separables, pues el notario no participa con autoría alguna en tales declaraciones. Por el contrario, en las escrituras públicas, la autoría de las declaraciones de voluntad o las confesorias de verdad, de los otorgantes, y la autoría de su narración documentada, por el notario, son *inseparables* en el instrumento, porque según explica Rodríguez Adrados: "El pensamiento ajeno contenido en el documento notarial es pensamiento y declaración real de las partes, pero formalmente es también pensamiento del notario y esto basta para que el notario pueda ser considerado autor exclusivo del documento notarial sin desviación de los principios generales de la autoría del documento".

Y esta *autoría del notario*, en ejercicio de sus funciones conlleva también inseparablemente, el ejercicio de su poderes, *calificador* del negocio documentado y *enjuiciador* de su licitud y su legalidad.

Ahí radica la sustancial diferencia entre el documento público y el documento privado.

Como contrapartida de la mayor jerarquía de valor del documento notarial respecto de los documentos privados, se exige en la formalización de aquél un mayor rigor, en virtud del cual, en principio y por razones de principio, en lo sustantivo, no es admitida en el documento público la exteriorización de voluntades defectuosas, y, en lo formal, está reglamentado el formato del instrumento, su extensión en papel sellado, su inclusión numerada en el protocolo y las formalidades de su otorgamiento y su autorización, lectura, testigos en su caso, firma o modo de suplir la imposibilidad, por no saber o no poder, estamparla.

Nos hallamos ante la reglamentación de la intervención de un tercero imparcial, especializado en la redacción de contratos, conocedor del derecho en su teoría y en su práctica, con este conocimiento probado a juicio de la corporación a que pertenece, al prestigio de la cual depende del que sus miembros obtengan en el buen ejercicio de su función; y *supervisado* con su actuación por el poder público que hoy detenta el Estado. Aquella corporación o colegio debe también cuidar de la disciplina y fiel ejercicio de esta delicadísima función que llena un servicio público, ejercido privadamente, con esas garantías, con una específica responsabilidad civil y penal y, naturalmente, también con la fiscalización y vigilancia del Estado.

En resumen, para valorar la diferente eficacia que media entre el documento público y los documentos privados, conviene que repasemos las características que acumulativamente deben darse en el documento público, en toda la pureza, del tipo notarial latino.

- a) En cuanto al *autor*:
 - ser un tercero imparcial;
 - jurista, con conocimientos teóricos y prácticos, probado y especializado en la redacción de negocios jurídicos;
 - encuadrado en un colegio o corporación, que vela por el honesto ejercicio de la función y por la correcta prestación del servicio público que deben prestar sus colegiados;
 - investido, por estas circunstancias, del poder de dar fe y dotar de forma pública las relaciones jurídicas negociales en su normal funcionamiento, o sea, sin contienda; y
 - sujeto, consecuentemente, en el ejercicio de su función, a una específica y más severa responsabilidad tanto penal, administrativa y colegial como civil.
- b) En cuanto al *documento autorizado*:
 - estar sometido a determinados y específicos requisitos formales;
 - quedar su matriz incorporada al protocolo *correspondiente*, en su fecha y con su número correlativo; y
 - reseñada en el índice que ha de remitirse en el plazo requerido al Colegio notarial correspondiente.

Todas estas circunstancias, reunidas, permiten valorar el documento público de un modo muy distinto que los documentos carentes de ellos.

Frente a esta complejidad de funciones, la legitimación de firmas puesta al pie de documentos privados es mucho más simple.

Puede referirse, según los sistemas y los supuestos, bien sea a la *autenticación* de firma o a la *identificación* de firma, según ésta haya sido puesta o reconocida por el firmante ante el fedatario, o bien este testimonio que conoce la firma o que la considera idéntica a otra indubitada del mismo firmante.

Las legitimaciones de firmas no son algo extraño al sistema notarial latino. Pero en el mismo en toda su pureza institucional debe tener circunscrito su ámbito de aplicación.

Por ello, es conveniente que comencemos por analizar este punto.

En el sistema notarial latino se producen fundamentalmente tres tipos de actuaciones notariales, según se trate de:

Escrituras públicas,

Actas, o

Testimonios.

Estos últimos se diferencian de escrituras públicas y actas, además de otros importantísimos extremos, porque no se incorporan al protocolo; y se asemejan a las actas por referirse la fe notarial a la constatación de meros hechos.

Así podemos sintetizar, en líneas muy generales:

Que en los testimonios el notario da fé de hechos que él percibe por sus sentidos; sea sólo por la vista si se trata, por ejemplo, de testimonios en los que se reproducen otros documentos, o de identificaciones de firmas por el conocimiento de éstas o por considerarlas idénticas a otras indubitadas; *con la vista y el oído*, como ocurre en los testimonios de existencia de una persona o de autenticación de firmas puestas o reconocidas a su presencia por el firmante que identifique su persona, aunque esta identificación vaya acompañada de la presentación de documentos.

Que en las *actas* el notario actúa en la esfera de los hechos para dar fé de lo que ve, oye o percibe por sus sentidos, y las incorpora al protocolo (a diferencia de los testimonios, de los que, en algunos sistemas, sólo se toma razón con una breve referencia en un *libro indicador*).

Y que en las *escrituras públicas*, el notario actúa en la esfera del derecho, dando forma auténtica a las manifestaciones de voluntad que a su presencia, expresan las partes y que el notario redacta conforme a las leyes e incorpora a su protocolo.

Entre los *testimonios*, tenemos los de *legitimidad de firmas*, bien sea por su *identificación* o por su *autenticación*.

Notemos que la *autenticación* de las firmas es algo que el notario efectúa tanto en las escrituras como en las actas; pero en estos dos casos lo hace en el cuerpo de la escritura o acta como parte integrante de la propia escritura o acta, aunque esa legitimación se refiere a firmas puestas en documentos incorporados a ellas. Pero, aquí, de lo que tratamos es de delimitar en que consisten aquellas legitimaciones de firmas cuando constituyen por si solas un testimonio de su legitimación independiente de otro documento principal (escritura o acta).

Estas legitimaciones de firmas tienen viejos antecedentes. En España eran conocidas antes de la Ley Orgánica del Notariado

de 1861. En el informe emitido por el Secretario Técnico de la Junta de Decanos, el Dr. Jerónimo López el 19 de octubre de 1977, se rastrean precedentes, anteriores a la referida Ley, en los siglos XVIII y XIX.

Pero la ley del Notariado de 28 de mayo de 1862 guardó silencio acerca de las legitimaciones de firmas, que la Circular de 10 de febrero de 1863 admitió.

El Reglamento Notarial español vigente regula el *testimonio de legitimidad de firmas* que, como todo testimonio, no se integra en el protocolo refiriéndose a las puestas en documentos oficiales por los funcionarios autorizantes en el ejercicio de su cargo (art. 256); por personas particulares y razones sociales, al pie de documentos privados o de certificaciones de sociedades o de consejos de familia (art. 257); en simples recibos (art. 262); en letras de cambio y demás instrumentos de giro, pólizas de seguro y de reaseguro, talones de ferrocarril y, en general, en los documentos utilizados en la práctica comercial regidos por disposiciones especiales (artículo 263); en expediciones de telegramas (art. 264).

Sin embargo, se excluyen expresamente de la posibilidad de esta legitimación de firmas:

Los documentos no extendidos en el papel sellado correspondiente a no debidamente reintegrados (arts. 257 y 262);

Los documentos que contengan algo contrario a las leyes, a la moral o a las buenas costumbres (art. 258); y

Los comprendidos en el artículo 1.280 del Código civil (artículo 257 *in fine*), entre los cuales en el número 1º, se incluyen:

Los actos y contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles.

Subrayamos expresamente, esta exclusión.

La legitimación de firmas nos plantea, fundamentalmente, tres cuestiones de real interés para el tema más general, que aquí abordamos:

¿Qué significado tiene la legitimación de firmas en la función notarial?

¿Puede el notario legitimar firmas en toda clase de documentos privados?; y

¿Qué valor confiere la legitimación de sus firmas al documento privado que las contenga?

La legitimidad de las firmas se halla implícita en toda autorización notarial de un instrumento público, comprendida en la

dación de fe tanto del hecho del otorgamiento de las escrituras como del hecho del requerimiento y de la contestación, en su caso, de las actas. La dación de fe del *hecho* de la legitimidad de las firmas de los otorgantes de una escritura está conectada, en una relación de integración, con la del negocio o acto jurídico autorizado, y la de los requirentes y contestantes con la del hecho del requerimiento o de la contestación consignados en el acta. La autorización de la escritura, que documente el *negocio o el acto* jurídico de que se trate, y la del acta, que recoge el requerimiento o la contestación, incluyen la del *hecho* de haberse estampado las firmas. En esos casos, el testimonio notarial del hecho *no se refiere al mismo en abstracto, sino causalmente conectado con el negocio, acto o requerimiento de que se trate.*

En cambio, el llamado *testimonio de legitimidad de firmas*, consiste en la dación de fe de un hecho, la legitimidad de una firma, desconectado de su causa y con abstracción de ésta. Hecho que puede consistir: en la comprobación de que una persona, a la que se identifica, ha estampado una firma en tal documento; o bien en la emisión por el propio notario de un juicio de conocimiento directo o de identidad de firmas. Subrayamos otra vez que, como ninguno de los testimonios notariales, tampoco estos de legitimidad de firmas se incluyen en el protocolo del testimoniante.

¿Qué valor y seguridad añade a un documento privado la legitimación notarial de sus firmas?

El valor de los testimonios de legitimidad de firmas, debe determinarse, partiendo de distinguir:

a) El *hecho de la firma*, es decir, el *testimonio* notarial de su identidad, que no tiene siempre el mismo contenido testimonial, sino que debemos subdistinguir:

1º Firmas *puestas en presencia* del notario testimoniante. La afirmación, por parte de éste, de ese hecho implica el testimonio notarial de que el firmante estuvo ante él y de que, en este acto puso su firma en el documento, y además, lleva implícito, aunque no se exprese en la redacción del testimonio, el conocimiento o la identificación del firmante por la documentación presentada o por otro medio. Testimonio que equivale a una *declaración de verdad de un hecho percibido sensorialmente por el notario, que así queda, a su vez autenticado;*

2º Firmas, ya *puestas, reconocidas ante el Notario como propias.* El hecho del reconocimiento es dotado también de

autenticidad por el notario, al testimoniar de *visu et auditu* que, a su presencia, la firma ha sido reconocida como suya por quien ha dicho ser su autor. Afirmación notarial que lleva también implícita el conocimiento del declarante, o su identificación por el notario, aunque en el testimonio no lo exprese. Pero la autenticidad de ese reconocimiento *se circunscribe sólo a la firma puesta en el documento y no al contenido de éste*, que queda fuera del objeto del testimonio de legitimidad de firmas; y

3º Firmas *conocidas o identificadas* por el notario, es decir que éste considera como auténticas, por conocimientos directo o identidad con otras indubitadas. En este caso lo que el notario autentica es *hecho de la emisión de su propio juicio* del conocimiento o de la identidad de la firma, aunque, también puede extenderse *al hecho en que lo ha basado*, sea el del cotejo o el de la exhibición del documento identificador; si es narrado por el notario.

b) En cuanto al *carácter con que se ha puesto la firma* legitimada puede y, a veces debe, incluirse en el testimonio de su legitimación. Así:

Se incluye implícitamente, como *mero juicio del notario*, en sus legitimaciones de documentos oficiales, la "*consideración*" de que los funcionarios autorizantes se hallan "*según sus noticias en el ejercicio de sus cargos a la fecha del documento*" (como v. gr. dice el artículo 256 R.N. español);

Debe entenderse incluido, y puede expresarse, en las legitimaciones de firmas puestas en letras de cambio, el concepto en que se haya estampada, es decir, si como *librador, aceptante, endosante, avalista*;

Puede también el notario incluir en su testimonio de legitimidad de firmas, como hecho complementario por él oído al firmante, el concepto en que éste dice firmar como representante de una persona jurídica o de otra física; y

Tampoco vemos impedimento en que, junto al testimonio de legitimidad de firmas, se adicione un testimonio, literal, parcial o en relación, de los documentos de los que resulte la representación que el firmante ha dicho que ostenta. Es un testimonio por exhibición de documentos, añadido al de legitimidad de firmas.

c) El *contenido del documento*, en el que se halla estampada la firma objeto de la legitimación, es ajeno a la actuación notarial testimoniante, excepto con respecto de:

1º Que el documento no contiene nada contrario a las leyes, a la moral o a las buenas costumbres. Pero, ese *juicio de no ilicitud, no tiene más valor ni efecto sino únicamente el de permitirle testimoniar la legitimidad de las firmas estampadas*, pues en otro caso debe denegarla; y

2º Que los documentos "utilizados en la práctica comercial o regidos por disposiciones especiales, reúnan las condiciones legales". Es decir, que las letras de cambio, pólizas de seguro, talones de ferrocarril, se hallen extendidos en los correspondientes impresos legalmente reglamentados. Lo cual tiene un valor meramente presuntivo, pero *nada más*.

Por el contrario, el notario *no ha de formar juicio acerca de la legalidad*, ajustamiento a derecho, del contenido del documento. *No debe ni puede hacerlo dada la normativa delimitadora de las diversas modalidades de su actuación profesional*, establecidas de acuerdo con los principios básicos característicos del sistema de tipo latino.

¿Qué directrices son las más convenientes de "iure condendo", en aras a la seguridad jurídica, en materia de legitimación de firmas estampadas en documentos privados?

Debemos consignar aquí, ante todo, que incluso se ha expuesto la opinión tan caracterizada como la del Secretario Técnico de la Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, el fino jurista Jerónimo López López, en informe emitido con fecha 10 de febrero de 1976, respecto de estas legitimaciones de firmas, de que no es aconsejable que éstas tengan "un carácter abstracto, que se comprende difícilmente, sobre todo si se compara el tratamiento jurídico del espontáneo con el del provocado. Parece preferible considerar siempre la actuación de la persona y el requerimiento de prestación de funciones, que sea su consecuencia, como unidos a la actuación del requirente y del notario, que no actúa nunca como un autómata independiente, sino que da fé a un tiempo del acto y de los hechos implicados por esa actuación de la persona y matizados por ella".

Esto debiera comportar el rechazo de las legitimaciones de firmas efectuadas por mero testimonio de legitimación, excepto tratándose de documentos oficiales, certificaciones de sociedades o de consejos de familia, u otros certificados semejantes.

Con este criterio, se cortaría de raíz toda penetración del sistema notarial anglosajón en el latino y, especialmente, se evitaría la formación de un sistema híbrido, en el cual el notario se

hallara con negocios ya redactados, o en el que la redacción fuera hecha sin la asunción por parte del mismo notario de su autoría y del control de la regularidad de la formación de la verdadera y lícita voluntad de los otorgantes, pues no sería equivalente a esa autoría y a ese control que luego su texto fuera asumido por el autor o autores del negocio al legitimarse sus firmas sin las formalidades de la escritura pública, ni siquiera con el hecho de la incorporación y la conservación del documento originario en el protocolo notarial. Todo ello produciría una merma de la seguridad jurídica negocial, pues tan sólo la actuación notarial *plasmada en la redacción cualificada y autenticada de la escritura pública* alcanza su logro en el máximo grado posible.

Creemos que esta solución debe aplicarse a rajatabla a todos los documentos privados que contengan negocios jurídicos, excepto tratándose de simples recibos, siempre que, como exige v. gr. el artículo 262 R.N. español, éstos no incluyan "ninguna clase de declaraciones o estipulaciones", ni produzcan "otra eficacia que ser justificantes de los pagos a que se refieran"; o de letras de cambio u otros documentos utilizados en la práctica mercantil de un formato tipificado y legalmente regulado, plasmado en impresos oficiales, en especial, siempre y cuando no se extienda en forma alguna a negocios jurídicos dispositivos referentes a la transmisión o gravamen de cualquier clase de bienes.

Nuestra normativa notarial aplica este criterio, al menos tratándose de los actos y contratos que para la seguridad del tráfico jurídico deben o deberían figurar en escritura pública.

No obstante lo que acabamos de exponer, es lo cierto que en diversos países de Notariado latino se admiten y practican formas híbridas de nuestro sistema y del anglo-americano. Tales son, entre otros, los siguientes supuestos:

a) Documentos privados en que se formalizan contratos, las firmas de los cuales son después autenticadas notarialmente.

Entre estos supuestos se observan diversas variantes como son:

Aquellas en que el propio notario ha redactado el documento privado; autoría de redacción de la cual, sin embargo, no hay constancia auténtica, aparte de que tampoco queda en el protocolo del notario la matriz del documento;

Aquellas en que el notario lee a los firmantes el documento para que reconozcan su firma y expresen su conocimiento de lo que ya habían firmado; con lo cual se introduce como práctica

habitual la de "apuntar después de haber disparado", además de adolecer de los otros defectos que hemos indicado en el supuesto anterior.

b) Documentos privados con las firmas legitimadas conforme acabamos de indicar y que, además, se protocolizan notarialmente. Esta protocolización puede tener alguna de estas dos finalidades:

Que "*alguno de los contratantes desee evitar su extravío*"; y,
Que pretenda "*dar autenticidad a la fecha*".

Estas protocolizaciones, sin embargo, pueden dar lugar a que alguna de las partes sufra engaño respecto del valor de lo que se hace; y es preciso dejar las cosas claras.

Esas protocolizaciones no surten *ninguno de los efectos de la escritura pública*, lo cual debe entenderse partiendo de distinguir dos aspectos distintos:

1º *Los efectos propios del acta notarial mediante la que se protocoliza el documento privado* son los de todas las actas notariales que sólo dan autenticidad al hecho relatado por el notario, que, en las actas de protocolización, consiste específicamente en la autenticidad del hecho de la protocolización. Pero nada más.

2º *El documento privado protocolizado* continúa siendo *tan privado como antes*; sólo gana fe haciencia *en cuanto a la fecha*, pero la actuación notarial *no le añade ningún otro efecto específico con la protocolización*.

Cierto que el notario deberá examinar el documento privado para *juzgar la licitud* de su contenido, pues, en caso de no ser éste lícito, debe negar su protocolización.

Pero no juzga, ni tiene por qué juzgar, la legalidad o *ajustamiento a derecho* del contrato ni debe emitir ningún juicio al respecto. Consiguientemente, por no ser trámite adecuado de las actas de protocolización, no examinará la capacidad de los firmantes, ni los identificará, ni comprobará la concurrencia de los elementos y requisitos exigidos por el ordenamiento legal para la producción de los efectos perseguidos con el negocio documentado por los firmantes, etc.

c) Es evidente, pues, la diferencia de la simple protocolización de un documento privado, cuyo contenido sea materia de contrato, con respecto a la *elevación a público* en escritura notarial de un documento de tal contenido negocial. Este último es el caso de la *renovatio contractus* tan discutida por Rafael Nú-

ñez Lagos y José González Palomino, que no es aquí nuestro tema. En cambio, nos interesa precisar qué valor añade al negocio contenido en un documento privado la elevación de éste a escritura pública.

Uniendo materialmente el documento al protocolo, acompañando a la escritura que deberá contener la declaración de los otorgantes de asumir la paternidad de dicho documento privado y de su contenido;

O bien *reseñándolo como un mero antecedente de la escritura sin unirlo materialmente, pero produciendo una unión ideal o sustantiva, aunque no física.*

En cualquiera de estos casos, el notario autorizante de la escritura de elevación a público, deberá cumplir todos los requisitos previstos para la forma notarial y si, en el examen del documento privado, obsérvese algún vicio, defecto, etc., que puedan enervar o limitar la producción de los efectos previstos, por no darse todos los requisitos exigidos en derecho, deberá de hacerlos suplir, requiriendo los precisos complementos de la voluntad negocial, recogida en la redacción del documento privado, para que resulten subsanados sus defectos de modo tal que no reste ninguno de aquéllos de que inicialmente adoleciese el documento privado; y, al redactar la escritura de elevación, la autoría de cuya narración asume, deberá procurar que quede aclarada en ella toda posible imprecisión o duda que observase en la redacción del documento privado.

El negocio contenido en el documento privado queda así investido de forma notarial y de la misma fecha cierta con respecto de terceros que la escritura pública de elevación, si ya no la tuviere anteriormente por otra de las causas previstas legalmente.

Pero la inferior seguridad de un negocio jurídico documentado privadamente y elevado después a escritura pública, respecto del negocio directamente configurado con intervención notarial, desde su génesis hasta su formalización directa en escritura pública, radica precisamente en esto mismo, en que el notario en el primer caso no ha podido advertir y guiar a las partes, ni iluminar a tiempo sus faltas de previsión, ni traducir **jurídicamente** desde el principio, sin **el estorbo de previas redacciones incorrectas, las voluntades empíricas** de los contratantes, midiendo bien **sus puntos de coincidencia y sus discrepancias subconscientes**, dotando a unas y otras de plena lucidez antes de que hayan firmado nada que pueda dejar en situación de inferioridad a la

parte menos avisada, o que impida, ante el ulterior egoismo o tozudez de una u otra, aclarar debidamente lo dudoso que pueda favorecerle.

d) Documentos públicos no redactados por el notario sino obligatoriamente extendidos con minuta redactada por un abogado. En este caso no nos hallamos ante documentos privados sino ante documentos públicos, pero en los cuales la labor de redacción y la de autenticación aparecen disociadas, como también ocurre de hecho en U.S.A. Aunque es cierto, que existe entre ambos supuestos la diferencia indudable, frente al sistema angloamericano, de las mayores garantías de autenticidad, no sólo de las firmas sino también de todo el documento, y de la seguridad que constituye la custodia en el protocolo notarial. Pero esta diferencia no obsta a que igualmente se produzca una *escisión en la autoría de redacción y en la consecuente fisura entre ésta y la autenticación*.

Con ello, la dación de forma auténtica no tiene un único responsable imparcial que abarque desde la función de traducción jurídica de voluntad empírica de los otorgantes hasta la de redacción conforme a derecho y a la autenticación del otorgamiento y la autorización.

Cuanto hemos dicho respecto del supuesto anterior, acerca de la conveniencia de que el notario guíe, como jurista experto, el negocio desde su génesis hasta su otorgamiento y autenticación, sin duda tiene aplicación en este supuesto que, ciertamente, presenta el inconveniente de que la redacción se disocia al ser efectuada por otro profesional, que, además, puede ser el abogado de sólo una de las partes sin que ni siquiera haya oído a la otra.

Puede plantearse aún si la inscripción en un registro público, especialmente en un registro inmobiliario, de un documento privado, con sus firmas legitimadas o no, salva su menor valor intrínseco con respecto a las escrituras públicas y le añade la seguridad jurídica que a aquéllos falta para equipararse a éstos.

Evidentemente que la inscripción de un documento privado dota a éste de una *publicidad* (en el sentido de público conocimiento) que no tenía y le confiere la *fecha cierta* del día y hora en que "hubiere sido incorporado o inscrito", si no la tuviera ya anterior por otra razón, y, en su caso, la dota de la correspondiente *prioridad* por aplicaciones del principio *prior tempore potior iure*.

Pero no es lo mismo dotar de publicidad que elevar a documento público. La publicidad es algo *extrínseco* al documento, que se le añade sin cambiar su naturaleza. El carácter de documento público es algo *intrínseco*, constitutivo, que requiere la consiguiente tramitación (comparecencia ante notario, exposición, asesoramiento en cuanto sea preciso, examen de antecedentes, elaboración, redacción, lectura, otorgamiento y autorización con sus peculiares elementos y requisitos); y un procedimiento semejante requiere la elevación a público de un documento privado.

Por consiguiente, la inscripción de un documento en un Registro público: *publica* su contenido narrado, total, si es transcrito, o parcialmente, si la inscripción no lo recoge íntegramente, con el mismo valor intrínseco que a la narración confiere su documentación, con todas sus verdades y todas sus falsedades e inexactitudes en caso de que las sufra, con su validez o su invalidez, con su eficacia, sus impugnabilidades, con su claridad y sus ambigüedades e imprecisiones.

Naturalmente, en caso de permitirse, la inscripción de cualquier documento privado, no cambia su naturaleza, sino que *intrínsecamente* sigue siéndolo, aunque se le dote además, *extrínsecamente de publicidad, o sea de público conocimiento*.

La calificación del encargado del Registro Público no puede superar estos defectos.

En efecto, esa calificación no se efectúa directamente, sino en relación con los datos que constan en el documento y con los que debieran constar en él y faltan; más, en ese caso, los resultantes de los documentos que los completan. Por ello, no puede revisar toda la actuación notarial, puesto que el registrador no tiene en su presencia a las partes ni está facultado para juzgar su consentimiento desde su formación hasta su prestación y su contenido consciente y subconsciente, ya que se trata de hechos pasados que quedaron plasmados en el negocio formalizado y documentado previamente a su presentación para ser inscrito. Es decir, la calificación del funcionario encargado del Registro no ahonda, ni puede ahondar, *todo lo que abarca, pero si puede y debe contemplar y profundizar la calificación del notario autorizante, que vive la conformación del negocio hasta su plasmación en el documento y el otorgamiento de éste*.

Esto implica la fundamental importancia que tiene, para que la apariencia registral no engañe a los terceros, ni tampoco violenta una realidad extraregistral, que el Registro se nutra

de documentos públicos que tengan al menos tantas garantías de ajustamiento a derecho como las implícitas, desde su elaboración a su autorización, en las escrituras públicas notariales de los sistemas de tipo latino.

Sólo así se evitará, o se limitará a casos muy excepcionales, tanto que la publicidad resulte un engaño para terceros, como, a la inversa, que la protección registral de éstos, es decir, la seguridad dinámica, produzca inseguridad estática y perjudique a otras personas ya sean partes de un negocio jurídico que no puedan impugnarlo frente a terceros extraregistrales, o bien titulares que no han negociado y que incluso pueden tener su titularidad dotada de publicidad posesoria.

La inscripción de documentos privados, además de atentar contra la seguridad jurídica estática, debilitaría en términos generales la seguridad jurídica negocial, al permitir el acceso al Registro de la Propiedad de documentos sin las debidas garantías de ajustamiento, y así, perjudicaría su credibilidad y dejaría sin justificar los extraordinarios efectos de las adquisiciones derivadas de un no dueño.

