

testigos instrumentales, ó de otros dos que las conozcan, y que se llamarán por tanto, testigos de conocimiento. También darán fé de la vecindad y profesion de los otorgantes. En los casos graves y extraordinarios en que no sea posible consignar por completo estas circunstancias, espresarán cuanto sobre ello les conste de propia ciencia y manifiesten los testigos instrumentales y de conocimiento, art. 23 de la ley. En los casos en que á un notario le sea imposible dar fé del conocimiento de los otorgantes, ni puedan éstos presentar testigos de conocimiento, lo espresará así, designando los documentos que le presentaren como prueba de su nombre, estado, vecindad y procedencia, refiriendo además el motivo del caso grave ó extraordinario á que se refiere el artículo de la ley; art. 78 del reglamento. La fé del conocimiento de la profesion y vecindad de los otorgantes que el notario ha de dar, con arreglo al párrafo 2.º del art. 23 de la ley, bastará que sea con relacion al dicho de los mismos otorgantes; artículo 84 del reglamento. Serán nulos los instrumentos en que el notario no de fé del conocimiento de los otorgantes, ó no supla esta diligencia en la forma establecida en el art. 23 de la ley, ó en que no aparezcan las firmas de las partes y testigos, cuando deban hacerlo, y la firma, rúbrica y signo del notario: art. 27 de la ley, párrafo 3.º

Acerca de la necesidad que indica M. Bonnier en el núm. 486, de que se guarde por el escribano la escritura original que se otorgó ante él, segun nuestras leyes de Partida y recopiladas, están obligados los notarios públicos á conservar en su poder la escritura original firmada por los otorgantes y el escribano, con las solemnidades que prescribe el derecho, la cual se llama *matriz* porque es la fuente y origen de donde se sacan las copias, *protocolo* y *registro*, porque es la primera y principal, y porque queda en el libro llamado así, que cada año forma el notario para estender los documentos que ha de autorizar en el discurso del mismo, y para que con ella puedan cotejarse en caso de duda las copias. (V. las leyes 8 y 9, tit. 19, Part. 3, y 1, tit. 23, lib. 10, Nov. Recop.). De esta escritura matriz, protocolo ó registro, están obligados los notarios á entregar á los interesados copia literal y solemne sacada por los mismos, la cual se llama *primordial* y tambien original, aunque impropia, porque en rigor original es solo la escritura matriz. Tambien deben dar, cuando sea necesario, *segunda* ó mas copias sacadas del protocolo, y asimismo *traslados* ó *testimonios*, sacados, no del registro ó protocolo, sino de la primera ó segunda copia del instrumento, los que pueden darse en relacion, ó literalmente. Pueden sin embargo darse testimonios de los mismos protocolos en referencia ó extracto, cuando así lo pretendan los otorgantes, como sucede comunmente con los poderes para litigar y otros instrumentos de poca importancia. Entre nosotros se llama *minutario* el cuadernillo de papel comun en que el escribano ó notario pone las minutas ó borradores de las escrituras que se otorgan ante él, firmando las partes, ó á su ruego uno de los testigos y el notario. Llámase *minutario* porque en él se ponen las cosas sin la esplicacion con que se estienden despues en el protocolo. Como esta minuta se estiende en presencia de los interesados en los términos que éstos quieren, ha parecido natural, segun dice el Sr. Escriche en su *Diccionario*, que se le diera fé, y á veces mas que al protocolo, en caso de discordancia entre los dos; mas, sin embargo, el *minutario* ha sido poco atendido y respetado por las enmiendas y correcciones en él contenidas sin salvarse, y no se le ha considerado como auténtico.

Segun la nueva ley del notariado de 20 de junio de 1862, el notario redactará escrituras matrices, espedirá copias y formará protocolos.

Es escritura matriz la original que el notario ha de redactar sobre el contrato sometido á su autorizacion, firmada por los otorgantes, por los testigos instrumentales ó de conocimiento en su caso, y firmada y signada por el mismo notario. Es primera copia el traslado de la escritura matriz que tiene derecho á obtener por primera vez cada uno de los otorgantes. Se entiende por protocolo, la coleccion ordenada de las escrituras matrices autorizadas durante un año, y se formará en uno ó mas tomos encuadernados y foliados, en letra y con los demás requisitos que se determinen en las instrucciones del caso: art. 17.

No podrán espedirse segundas ó posteriores copias de la escritura matriz, sino en virtud de mandato judicial y con citacion de los interesados ó del promotor fiscal, cuando se ignoren estos ó estén ausentes del pueblo en que esté la notaría. Será innecesaria dicha citacion en los actos unilaterales, y aun en los demás cuando pidan la copia todos los interesados: artículo 18.

Solo el notario á cuyo cargo esté legalmente el protocolo, podrá dar copias de él: art. 31.

Ni la escritura matriz ni el libro del protocolo podrán ser estraidos del edificio en que se custodien, ni aun por decreto judicial ú orden superior, salvo para su traslacion al archivo correspondiente, y en los casos de fuerza mayor. Podrá, sin embargo, ser desglosada del protocolo la escritura matriz, contra la cual aparezcan indicios ó méritos bastantes para considerarla cuerpo de un delito, procediendo al efecto providencia del juzgado que conozca de él y dejando en todo caso testimonio literal de aquella con intervencion del ministerio fiscal. Los notarios no permitirán tampoco sacar de su archivo ningun documento que se halle bajo su custodia, por razon de su oficio, ni dejen examinarlo en todo ni en parte, como ni tampoco el protocolo, no precediendo decreto judicial, sino á las partes interesadas con derecho adquirido y sus herederos ó causa-habientes. En los casos, sin embargo, determinados por las leyes y en virtud de mandamiento judicial, pondrán de manifiesto en sus archivos el protocolo ó protocolos, á fin de estender en su virtud las diligencias que se hallen acordadas: art. 32 de la ley (V. tambien el art. 33 y los 34 y 35 sobre los libros ó protocolos reservados que deberán llevar los notarios sobre disposiciones testamentarias y sobre las escrituras matrices de reconocimiento de hijos naturales, cuando no quieran los interesados que consten en el registro general).

La nueva ley sobre el notariado, declara en su artículo 26, relativamente á lo contenido en los números 487 y 488, de la obra de M. Bonnier, que serán nulas las adiciones, apostillas, enterrrenglonaduras, raspaduras y testados en las escrituras matrices, siempre que no se salven al fin de estas con aprobacion espresa de las partes, y firmas de los que deban suscribir el instrumento. Y en el artículo 25 dispone, que los instrumentos públicos se redactarán en lengua castellana, y se escribirán con letra clara, sin abreviaturas y sin blancos; tampoco podrán usarse en ellos guarismos en la espresion de fechas ó cantidades. En el art. 71 del reglamento para la ejecucion de esta ley, se previene, que las escrituras matrices se redactarán con arreglo al art. 25 de la ley, usando de estilo claro, puro, preciso, sin frases ó término alguno oscuro ni susceptible de ambigüedad. Cuando se hubiere de insertar documento, párrafo, frase ó palabra de otro idioma ó dialecto, se estenderá inmediatamente su traduccion ó se explicará lo que el otorgante ú otorgantes entienden por la frase, palabra ó nombre exótico. En el caso del párrafo 3.º del art. 25 de la ley, los notarios es-

plicarán en su dialecto particular á los otorgantes y testigos la escritura estendida en castellano, si hubiere alguno que no entendiere este idioma. Las abreviaturas y blancos de que trata el artículo 25 de la ley, no se refieren á las iniciales, abreviaturas ó frases reconocidas comunmente para tratamientos, títulos de honor, expresiones de cortesía, de respeto ó de buena memoria; ni se reputarán blancos los espacios que resultasen al fin de una línea, cuando la siguiente empiece formando cláusula; pero en este último caso, deberá cubrirse el blanco con una raya, de la misma tinta que se use para estender el documento.

Lo dispuesto en los artículos precedentes (hasta el 28 inclusive de la ley) relativamente á la forma de los instrumentos, al número y cualidades de los testigos, y á la capacidad de adquirir lo dejado ó mandado por el testador, no es aplicable á los testamentos y demás disposiciones *mortis causa*, en las cuales regirá la ley ó leyes especiales del caso: art. 29 de la ley. — (A. del T.)

§. II. Efecto de la falta de condiciones esenciales para la validez de las actas ó escrituras autorizadas por notario.

SUMARIO.

489. Origen de la doctrina que atribuye á las escrituras nulas el valor subsidiario de escrituras privadas.
 490. Necesidad de que las firmen las partes.
 491. ¿La escritura debe reunir las condiciones exigidas por los artículos 1325 y 1326?
 492. Casos en que la escritura no tiene apariencia de autenticidad.
 493. Casos en que el notario tiene un interés personal.
 494. Resúmen.

489. La falta de alguna de las condiciones necesarias para que haya autenticidad basta para quitar todo efecto á la escritura, cuando el contrato, á causa de su naturaleza especial, debia estar revestido de formas auténticas bajo pena de nulidad, segun lo ha decidido el tribunal de Bourges el 27 de marzo de 1859, relativamente á un contrato de matrimonio al cual faltaba la firma del notario segundo (1). Pero cuando la autenticidad no se requiere, como sucede de ordinario, sino por vía de prueba, el efecto de la nulidad no es ya absoluto necesariamente. Entonces debe verse si la voluntad de las partes ha sido subordinar su consentimiento á la

(1) El tribunal hace notar, que segun un abuso no previsto por la ley y que no carece de ejemplo en la práctica, el segundo notario hubiera podido en rigor firmar despues del acto; por desgracia, despues en 1834, fecha del contrato, habia dejado de ejercer sus funciones.

existencia de una escritura autorizada por notario, ó bien si han entendido tratar á todo evento. En el primer caso, es como si nada se hubiera hecho. En el segundo, por el contrario, no solamente existe la convencion y puede probarse por todos los medios legales, independientemente de la escritura, sino que puede invocarse la escritura misma, si se encuentra en ella el elemento esencial para que pueda valer al menos como escritura privada, á saber, la firma de las partes. «La escritura que no es auténtica,» dice el art. 1318 del Código Napoleon, que no hace mas que reproducir el art. 18 de la ley de Ventoso, «por la incompetencia ó la incapacidad del oficial,» ó por falta de formalidad, vale como escritura privada, si se firmó por las partes. Ya hemos explicado mas arriba (núm. 474) que no es necesario entender aquí por *incapacidad* la que se refiera á un vicio que no hubieran podido sospechar las partes, y que en este caso debe la escritura conservar toda su fuerza.

Esta doctrina tan racional, que no quiere que la falta de ciertas formalidades pueda invalidar la convencion, cuando las partes no han considerado estas formas sino como una preparacion complementaria, es muy antigua en jurisprudencia. Los jurisconsultos romanos habian ya resuelto por la afirmativa (l. 8, D, *de acceptil.*) la cuestion de *an inutilis acceptilatio utile habeat pactum*, pero siempre suponiendo que habia en esto acuerdo de voluntades para pagar la deuda á todo evento. En el siglo XVI se aplicaba ya esta doctrina á las actas ó escrituras autorizadas por notario afectas de alguna nulidad, como nos lo refiere Boiseau (*Prueba por testigos*, lib. III, capítulo IV). «*Nunquid ex tali scripto,*» dice, «*tanquam ex chirographo privato, creditor, uti poterit, in debitorem, hoc modo: Peto á Titio, ut signum suum agnoscat, tali instrumento appositum, quo factus est, se mihi debere centum, eique hoc nomine subscripsit, ut agnitione facta solvere compellatur? Puto quod hæc actio inepta non esset, non quidem virtute et autoritate notariorum sed virtute solius subscriptionis factæ per debitorem quam denegare viro probo indignum erit.*»

Y esta teoría habia sido formulada de esta suerte por Dumoulin (*ad leg. l., §. 2, D. de verb. oblig.*, núm. 34): *si actus non valeat ut agitur, valeat ut valere potest, concurrente voluntate.*

490. Para que el acta pueda tener de esta suerte subsidiariamente el valor de un escrito privado, es preciso que se firme por las partes, y aun segun el art. 68 de la ley de Ventoso, *por todas*

las partes contratantes. No quiere decir esto que el acta que consigna un contrato unilateral, tal como un préstamo, debe haberse firmado por el acreedor, así como por el deudor. Se trata aquí, según dice Boiceau, de la *subscriptio facta per debitorem*. Si la ley sobre el notariado habla de todas las partes, es porque tiene á la vista los contratos sinalagmáticos, para cuya prueba conviene que haya firmado cada una de las partes, puesto que los empeños de ambas son causa uno de otro. Mas duda se ofrece en el caso en que obligándose solidariamente muchas personas por una misma acta, haya firmado tan solo una de ellas. Graves autores creen que el acreedor puede apoderarse de esta firma aislada, sosteniendo que la accesion de los codeudores solidarios no se exigía sino en beneficio suyo, beneficio al cual puede renunciar. Pero la posición del codeudor que se encuentra empeñado él solo, y privado del recurso con que debia contar respecto de los codeudores que han desaparecido ¿no se agrava singularmente? Debe, pues, decidirse con una sentencia denegatoria de 26 de julio de 1832, que, salvo la prueba en contrario que resulta de las circunstancias, y especialmente de la de que los codeudores, cuyas firmas faltan, no serian mas que cauciones, la falta de firma de parte de uno de los codeudores desnaturaliza enteramente la convencion, y por consiguiente hace nula la acta ó escritura.

491. Antes que la jurisprudencia del último siglo hubiera introducido la teoría de los duplicados y la necesidad del *visto bueno ó aprobado* para la prueba de ciertos empeños ú obligaciones, decidir que el acta ó escritura auténtica firmada por las partes valia como escritura privada, era sencillamente decir, que, salvo el caso en que las partes no hubieran tenido intención de tratar sino en forma auténtica, quedaba siempre una acta que tenia las condiciones requeridas para valer como escrito privado: *Ex tali scripto, tamquam ex chirographo privato*, dice Boiceau (loc. cit.) *creditor uti poterit in debitorem*. Pero desde que se han exigido condiciones especiales, según veremos (Cód. Napoleon, art. 1525 y 1526), para la prueba de los contratos sinalagmáticos y de ciertos contratos unilaterales, preguntase si es preciso que estas condiciones especiales se encuentren en el acta que carece de autenticidad.

Exigir siempre la observancia de estas condiciones, seria quitar con una mano lo que se concede con la otra; porque es evidente que las partes que se han dirigido á un notario para consignar sus

convenciones, no han podido sujetarse á formas que no se requieren en las actas públicas. No hay dificultad grave en lo relativo al *visto bueno ó aprobado*; la presencia de un oficial público, á pesar de la regularidad del acta, es una garantía suficiente contra las sorpresas, en vista de las cuales se ha introducido esta formalidad. En cuanto á la redaccion por duplicado, Tronchet dijo en el Consejo de Estado (sesion de 2 de Frimario, año XIII): «Cuando la acta ó escritura se halla detenida en un depósito público, no hay razon para exigir que esté duplicada, puesto que no se halla á disposicion de una sola de las partes.» Adhiriéndose á esta idea, que es muy justa, se llegaria á decidir que el acta auténtica irregular, si consigna convenciones sinalagmáticas, no está dispensada de la redaccion por duplicado, sino en cuanto ha quedado en minuta. Pero la ley sobre el notariado, á la cual se hizo referencia en la discusion en el Consejo de Estado (1), menciona precisamente (arts. 20 y 68) los casos en que se hubiera espedido en título una acta que hubiera debido redactarse en minuta, entre aquellos en que el acta revestida de la firma de las partes vale como escritura privada. Y puesto que en las demás hipótesis, el acta se halla dispensada de la observancia de las formalidades particulares á las actas ó escrituras privadas, creemos en definitiva, que no es permitido introducir en el texto una distincion en que no pensó el legislador.

492. Mas para decidir de esta suerte, debe suponerse que el acta se halla revestida, por lo menos con las apariencias de autenticidad. Pues bien: la incapacidad del oficial puede ser tal, que las partes no puedan ignorarla sin incurrir en un error craso, como si por ejemplo, encargaran á un hombre extraño al notariado, á un *ugier* ó alguacil, que estendiera una escritura pública (2). No hay duda que el acta otorgada por ante este *ugier* ó alguacil puede valer como escrito privado, en el sentido de que me hallaría autorizado para prevalerme de ella, si el que trató conmigo tuvo intención de obligarse independientemente de las formalidades de las escrituras

(1) M. Regnard de Saint Jean d'Angely, dice (sesion citada) que la cuestion se halla decidida por el art. 68 de la ley de 25 de Ventoso, año XI sobre el notariado.

(2) En un caso juzgado por el tribunal de Caen en 9 de mayo de 1844, la escritura se habia otorgado por ante el escribiente del notario, en vez de serlo por el notario mismo.

públicas ó autorizadas por notario: pero como el oficial á quien se han dirigido los contratantes no ofrece las garantías que podían dispensar de la observancia de las reglas sobre las escrituras privadas, sería preciso volver á estas reglas y exigir que se estienda el escrito por duplicado cuando lo exige la ley, así como también deberá comprobarse la firma de los contratantes. No debería decirse lo mismo en el caso de faltar la firma del notario, pues no hay nada que se asimile á la autenticidad, á falta de esta formalidad esencial, que es la única que prueba la presencia del oficial público y que empeña su responsabilidad. Así, pues, según ha juzgado el tribunal de Reims, el 15 de junio de 1855, la escepcion que hace la ley de Ventoso y el Código, á los principios generales, no podría proteger el acta, cuando no se ha firmado por notario, que hubiera podido ser incompetente ó incapaz para autorizarla, pero cuya firma no dejaría de presentar la garantía de un hombre público, confidente de las partes y testigo de sus empeños.

493. Finalmente, ¿no debe considerarse como radicalmente nula, al menos en lo concerniente al oficial público, el acta ó escritura en que éste tiene un interés personal, y que, en su consecuencia, esta afecta de nulidad (núm. 474) según la interpretación generalmente admitida por el artículo 8.º de la ley sobre el notariado? Háse declarado la negativa por sentencia del tribunal de Orleans, de 10 de febrero de 1854, que creyó deber aplicar á esta hipótesis, como á cualquier otra, las disposiciones de los artículos 8 y 68 combinados, y validar en su consecuencia, como acta ó escritura privada, el acta revestida con las firmas de todas las partes, salvo tener en consideración el interés personal del notario, si llega á impugnarse el acta por causa de dolo ó de fraude. Pero el tribunal de casación ha consagrado la doctrina contraria por dos sentencias de casación, ambas del 15 de junio de 1855, fundándose en esta grave consideración que si «el acta pública, nula por la incompetencia ó la incapacidad del oficial público, vale como escritura privada, si está firmada por las partes contratantes, estas disposiciones, establecidas en favor de las partes que no deben ser víctimas de la falta del notario, no pueden invocarse sino por ellas y nunca por el notario, cuya ley violada por él, no ha podido querer amparar los intereses creados por el acta misma en que ha tenido lugar esta violación.» Es, pues, necesario reconocer, que el acta autorizada por notario que consigna una convención en la cual tiene interés el

oficial público, es sospechosa de fraude, y en su consecuencia, no puede valer ni aun como escritura privada (1).

494. Pueden distinguirse cuatro hipotecas muy diferentes:

1.ª La escritura es autorizada por un oficial capaz y competente, y se halla revestida con todas las formalidades intrínsecas que requiere la ley; en cuyo caso hace plena fé ó merece entero crédito.

2.ª Se halla firmada por las partes, pero ha sido autorizada por un notario destituido ó incompetente, ó bien carece de una formalidad importante, pero no constitutiva de la autenticidad, tal como la inserción de los nombres de los testigos; y entonces, necesita comprobarse, pero como tiene la apariencia de la autenticidad, se halla dispensada de las reglas especiales á los escritos privados, y especialmente de las garantías del duplicado.

3.ª Háse firmado el acta por las partes, pero ha sido autorizada por un oficial radicalmente incompetente, ó bien carece de la firma del notario; y entonces, no teniendo ni aun la apariencia de autenticidad, no puede valer sino como escrito puramente privado, sometido á todas las reglas aplicables á esta clase de escritos.

4.ª El acta viciosa no está ni aun firmada por las partes; y entonces no puede valer evidentemente ni como acta ó escritura pública, ni como acta privada, salvo acreditar, si es posible, por otras vías, la existencia de la convención. Lo mismo debe decidirse, al menos respecto del oficial, cuando se trata de una acta en que éste tiene interés personal.

Respecto de la cuestión que examina aquí M. Bonnier, sobre si el documento ó escritura que no tiene validez como instrumento público, puede valer como escritura privada, es adaptable al espíritu y aun á la letra de nuestras leyes pátrias, la doctrina que sienta en general por la afirmativa, y asimismo las escepciones que indica. La ley 7, tít. 23, libro 10 de la Novísima Recopilación, después de establecer que no hagan fé ni prueba completa las escrituras hechas por escribanos, que no sean numerarios, permite sin embargo que su contenido se pueda justificar por otra clase de prueba, *aunque bien permitimos que se puedan probar por*

(1) Según una de las sentencias dadas el 15 de junio de 1855 por la Sala civil, el acta sería de tal suerte nula que no podría ni aun servir de principio de prueba por escrito. Pero nos parece que esta es una exageración, puesto que el legislador de Ventoso no anula la convención entre el notario y su cliente, y los términos del acta pueden ser de naturaleza propia para hacerla verosímil.

otro género de probanza. Y como entre los medios de probanza, debe comprenderse la misma escritura del escribano, considerada como instrumento privado, deducen nuestros intérpretes que los instrumentos que dejan de ser auténticos, especialmente por razón de la incompetencia ó incapacidad del escribano, pueden valer como instrumentos privados, si se hallan firmados por los otorgantes y los actos ó negocios que en ellos se tratan no exigen precisamente autorización de escribano público; por que siendo indiferente en los documentos de esta especie la persona que los escribe, cuando llevan la firma de las partes, importa poco en este caso que el escribano que los extiende se halle privado de su carácter de funcionario.

En cuanto á la doctrina que sienta M. Bonnier en el núm. 493, sobre que no debe ser válida, como escritura privada la que es nula como pública, cuando esta contiene alguna disposición á favor del escribano (V. el art. 27, núm. 1.º de la ley del Notariado de 28 de mayo de 1862) es también adaptable á nuestro derecho, puesto que milita respecto de la escritura privada la razón que tiene la ley para declarar nula en este caso la escritura pública, á saber, como se deducía de la ley 9, tít. 19, Part. 3.ª que «siendo los escribanos como testigos públicos en los pleitos, en las posturas que los homes hacen entre sí,» no deben ni pueden asistir con este carácter á los actos ó negocios en que puedan tener interés: y además la de que podrian con su influencia en la redaccion y autorizacion de la escritura, influir en el ánimo de las partes y coartar su libertad V. Escriche Diccionario (A. del T)

§. 3. Formalidades estrinsecas de las actas ó escrituras otorgadas por ante notario.

SUMARIO.

- 495. Formalidades necesarias para la ejecucion.
- 496. Firma del notario en toda copia.
- 497. Formas especiales para las copias ejecutivas.
- 498. Origen de la *ejecucion aparejada*.
- 499. Sello: su importancia en otro tiempo.
- 500. Fórmula ejecutoria. Variaciones de la legislacion sobre este punto. La observancia de los decretos de 1852 y de 1860 está prescrita bajo pena de nulidad.
- 501. Legislacion.
- 502. Registro.

495. Las formalidades de que nos resta que hablar tienen mucha importancia, puesto que no se refieren á la fuerza ó fé del acta en sí misma, sino solamente á su fuerza esterna. Las formalidades intrinsecas bastan, en efecto, para la validez de la minuta, que es el original al que se debe recurrir en caso de controversia. Sola-

mente cuando se quiera proceder á ejecutar, es necesario hacerse librar una copia revestida con ciertas formalidades adicionales, quedando la minuta en poder del escribano. Esta regla es comun por otra parte á las sentencias, las cuales no se ejecutan por el original, sino en virtud de una copia literal librada por el escribano. El texto del Código de procedimientos (art. 814) no exceptúa de esta regla sino las ordenanzas de informacion, cuya ejecucion por la minuta puede autorizar el juez, en caso de absoluta necesidad. Muchas decisiones de la jurisprudencia (1.º de abril de 1853) autorizan á las jurisdicciones ordinarias á proceder de esta suerte, en caso de urgencia manifiesta, y debe confesarse que el negarse á acelerar de esta suerte la accion de la justicia, cuando la necesidad lo requiere, seria sacrificar el fondo á la forma. Pero esta decision no debe estenderse á las actas autorizadas por notario cuya ejecucion es por su naturaleza difícil que exija celeridad. No se ejecutan estas actas sino en virtud de la copia (*la grosse*), llamada así en oposicion á la *minuta* ú original porque se escribe en caracteres gruesos (1).

496. Una formalidad esencial á toda copia, hállese ó no destinada á ejecutarse, es la firma del notario, sin la cual no habria nada que acreditase que el escrito emana del depositario legal del original.

497. Veamos cuáles son las formas que se exigen especialmente para las copias ejecutivas.

498. Las escrituras que traen *aparejada ejecucion*, espresiones que provienen segun Loyseau de las que emplea el Digesto (ley 40 pr. D. *De minorib.*): *pacta ex causa judicati persecutio*, que se han convertido por corrupcion en las de *persecutio* ó *executio parata*, no se referian en un principio mas que á las sentencias. Siendo primitivamente los escribanos, segun ya hemos visto, delegados de la autoridad judicial, se imaginó hacerse condenar anticipadamente por ellos, confesando la deuda, lo cual daba á la acta voluntaria, la autoridad de una sentencia. Al suprimir la Ordenanza de 1559 (art. 63) estos rodeos inútiles, dispuso que las letras obligatorias autorizadas con el sello real se ejecutasen en todos los bienes mue-

(1) Primitivamente los escribanos estaban obligados á estender ellos mismos sus copias; solo por letras patentes de 1.º de setiembre de 1544 fueron autorizados para valerse de escribientes.

bles é inmuebles de los obligados (V. Loyseau, *De la garantía de las rentas*, cap. XII). Sin embargo, aun cuando las escrituras autorizadas por notario dejaron de tener un carácter judicial, se dejó subsistir el título primitivo, que llegó á ser comun á las sentencias y á las escrituras. Además, la ordenanza de 1539 no se ejecutaba en toda la Francia. Solamente la ley de 6 de octubre de 1791 (libro II, secc. II, arts. 15 y 15) fué la que hizo ejecutivas en toda la estension del territorio nacional las escrituras revestidas con la misma fórmula que las sentencias y las leyes.

499. Según la Ordenanza de 1539, el sello que en un principio era lo mas importante de las solemnidades intrínsecas, puesto que reemplazaba, según hemos visto (núm. 483) á la firma del escribano, habia llegado á ser una formalidad puramente estrínseca, pero necesaria para la ejecucion. En lo sucesivo, no se consideró ya la necesidad del sello sino como una exigencia puramente fiscal, limitándose todo al pago de ciertos derechos. «No se usa ya en el día», dice Pothier (*Tratado del procedimiento civil*, part. IV, capítulo II, secc. II, art. 1.º, §. 4) poner ningun sello á las sentencias ó actas autorizadas por notario, bastando para poder ejecutar en virtud de estas actas, que se haya pagado el derecho del sello, y que se haya hecho mencion de él en la expedicion ó copia del acta en virtud de la cual se procede á la ejecucion. «Los derechos del sello se han abolido por la ley de 19 de diciembre de 1790. El sello de que habla la ley de Ventoso (art. 27) no es actualmente mas que un signo de reconocimiento ó exámen, útil en verdad para dificultar mas la falsificacion (1) pero cuya falta no puede poner obstáculo á la ejecucion de una acta ó escritura no sospechosa. Por eso, el tribunal de Lyon ha declarado válido el 7 de mayo de 1823 una detencion efectuada en vista de la expedicion ó copia de una sentencia que no estaba revestida con el sello del tribunal. Solamente, respecto de las actas del gobierno, tiene importancia el sello como marca de la autoridad pública, y por eso se castiga la falsificacion del sello del Estado con trabajos forzosos perpétuos. (Cód. pen. art. 159).

500. Por el contrario, la cláusula que lleva el nombre del so-

(1) Ofrece importancia sobre todo, en las relaciones internacionales donde la comprobacion del sello de un tribunal ó de un notario extranjero, acredita *prima facie* la sinceridad del acta (M. Greenleaf, tomo 1.º, página 7).

berano con que principia el acta, y el mandamiento á los oficiales de justicia que la termina, se exigen bajo pena de nulidad de la ejecucion por el Código de procedimiento civil. «Ninguna sentencia ni acta, dice el art. 545 de este Código, podrán ponerse en ejecución, sino llevan el mismo encabezamiento que las leyes, y no se terminan con su mandamiento á los oficiales de justicia.» La ley de 16 de octubre de 1791 (tít. 1, secc. II, art. 14) habia establecido una fórmula ejecutoria, enteramente análoga á la que está en vigor en el día. Pero esta fórmula no sobrevivió á la abolicion de la monarquía pronunciada por la ley de 22 de setiembre de 1793, y en el intervalo que transcurrió entre esta ley y la de 25 Ventoso, año XI, que prescribió de nuevo el uso de la fórmula ejecutiva (art. 23), pudo procederse válidamente á la ejecucion (cas. 25 de mayo de 1807 y de 8 de agosto de 1808) á falta del encabezamiento y del mandamiento. En el día, esta fórmula es por decirlo así, el sello de la autoridad pública y la falta de toda fórmula ejecutiva, seria un obstáculo para la fuerza estrínseca del acta. Según los términos del decreto de 2 de diciembre de 1852, la forma que se requiere actualmente principia con esta cabeza: «Napoleón por la gracia de Dios y la voluntad nacional, *emperador de los franceses*, á todos los presentes y venideros, salud;» y termina con el «*Mandamos y ordenamos*, etc.»

La fórmula ejecutiva se ha modificado necesariamente, cada vez que se ha cambiado la forma de gobierno. Pero, ¿era preciso rectificar, despues de hechas, las copias libradas bajo otro régimen, para introducir en ellas otro encabezamiento en armonía con el nuevo régimen? Una ordenanza de 30 de agosto de 1815, contraria á un dictámen del Consejo de Estado de 2 de frimario año XII, á la cual se ha conformado la práctica anterior, prescribió la rectificacion de las copias libradas en nombre de autoridades que se consideraban entonces como usurpadoras, y no permitió su ejecucion sino en cuanto se restableciera el encabezamiento en nombre del soberano actual. Cuando la revolucion de julio, aunque se estableció por ordenanza de 16 de agosto de 1830, una nueva fórmula ejecutiva, se volvió por una circular del guardasellos de 20 de diciembre de 1830, á la primer práctica mucho mas equitativa, que respetaba el carácter de los hechos consumados, dejando subsistir la fórmula ejecutiva con que se hallaban revestidas las copias que se libraban anteriormente. Pero los gobiernos provenientes de la revolucion de 1848, aunque

fundándose en el principio de la voluntad nacional, y no en el de la legitimidad (1), no se han mostrado menos exclusivos que el de la restauracion. Una resolucion de 13 de marzo de 1848, reproducida por el decreto de 2 de diciembre de 1852 (arts. 3 y 4), prescribe á los portadores de copias y expediciones libradas antes del nuevo régimen, que las presenten, antes de hacerlas poner en ejecucion, á los escribanos y notarios, los cuales, añaden, sin llevar derechos, la fórmula nueva á la de que se hallaba revestida la acta anteriormente. La misma medida se prescribió en los países recientemente reunidos á la Francia (decreto de 12 de junio de 1860, artículo 3). Debe notarse, sin embargo, que á diferencia de la Ordenanza de 1815, el acuerdo de 1848, y en el día los decretos de 1852 y de 1860, no declaran dictar estas disposiciones bajo pena de nulidad. ¿Debe suplirse esta nulidad? El tribunal de París ha juzgado una vez afirmativamente, el 20 de enero de 1849, fundándose en que la fórmula ejecutiva dá solamente potestad legal á los oficiales ministeriales. Pero es fácil responder, que el uso de tal ó cual fórmula no equivale en manera alguna, á la falta de toda fórmula. Creemos, pues, que el tribunal de París ha vuelto á entrar en los verdaderos principios, al decidir, al contrario, el 3 de enero de 1852, que á falta de toda penalidad, se debe considerar la falta de renovacion de la fórmula como una simple infraccion disciplinal, que no puede viciar las actas de ejecucion.

501. Como en otro tiempo habia tantas autoridades supremas judiciales distintas cuantos parlamentos, cuando se queria ejecutar una acta fuera del distrito jurisdiccional en que se habia autorizado, era necesario obtener una carta auxiliatoria (*pareatis*) del gran guardasellos de la cancillería real, ó por lo menos una carta auxiliatoria especial de la cancillería del Parlamento en cuya jurisdiccion se queria ejecutar. Si esta ejecucion debia limitarse á cierta localidad, bastaba el *visto bueno* del juez del lugar, puesto al pié de la instancia ó peticion. La Asamblea constituyente, estableciendo la unidad judicial, lo mismo que la unidad administrativa, debió suprimir estos últimos vestigios de autoridad suprema, judicial local, y declaró por la ley de 16 de octubre de 1791 (tít. I, secc. II,

(1) Debe observarse, sin embargo, que el emperador actual lleva el título de Napoleon III, mientras que la república de 1848 no se referia á la de 1792.

artículos 13 y 15) que las actas ó escrituras de los notarios, serian ejecutivas en todo el reino sin ningun *visto bueno* ni sello, lo cual repitió formalmente el art. 847 del Código de procedimiento.

Sin embargo, segun esta misma ley de 1791 (*ibid.*, artículo 18), y segun el art. 28 de la ley actual del notariado, la legalizacion (1), es decir, la atestacion por el presidente del tribunal del distrito ó por el juez de paz del canton (2) donde se libró la copia, de que la firma del escribano es realmente la suya propia, es necesaria siempre que se quiere usar de la escritura mas allá de ciertos límites. Estos límites son la jurisdiccion del tribunal imperial respecto de los notarios establecidos en el lugar cabeza de partido y la estension del departamento, respecto de todos los demás notarios. No debe confundirse la legalizacion con el *pareatis*, puesto que existia ya en otro tiempo, independiente de esta formalidad que no podia tener lugar. En efecto, la legalizacion se daba como en el día, por el juez del lugar donde se habia otorgado el acta, mientras que el *pareatis* se libraba por el poder central ó por el magistrado del lugar de la ejecucion. El *pareatis* no se exigia sino para las copias. La legislacion que se refiere á la veracidad del acta era y es aún requerida para toda copia, aunque no fuese ejecutiva, de que se quiere hacer uso mas allá de los límites determinados por la ley. Finalmente, en cuanto á estos límites, no se exige la legalizacion (ley de Vent., art. 28), aun en lo relativo á los notarios de distrito y de canton, sino en cuanto se trata de hacer uso del acta, fuera, no ya del distrito ó del canton, sino del departamento; prueba evidente de que se trata, en esta institucion, de la mayor ó menor notoriedad de la firma del notario, y de ninguna manera de la fuerza ejecutiva. Así, la falta de legalizacion no puede poner obstáculo á la ejecucion, sino cuando la parte demandada suscita dudas sobre la firma y exige una copia legalizada. Pero una vez ve-

(1) Formalidad muy antigua, puesto que se encuentra en el *Tesoro de las cartas* una copia de los estatutos de los sastres de Montpellier, con fecha de 1323, firmada por dos notarios reales, cuyas firmas están legalizadas por un juez real y por un oficial (juez eclesiástico).

(2) Segun la ley de 20 de abril de 1861, puede darse la legalizacion, no ya solamente por el presidente del tribunal civil, sino por el juez de paz; esta innovacion no hace por otra parte mas que volver á poner en vigor la antigua práctica que autorizaba la legalizacion por los oficiales municipales del lugar (Merlin, *Repert.* V. *Legalizacion*, núm. 1.)

rificado, por ejemplo, el embargo, sin reclamacion, no se puede anular, por razon de este vicio de forma. Con fundamento, pues, no se ha considerado por sentencia de 10 de julio de 1817, el obstáculo que resulta de este vicio, sino como puramente prohibitivo.

En cuanto á las actas autorizadas por oficiales extranjeros, aunque legalizadas debidamente, segun las formas del país y revestidas con la firma del agente diplomático francés, no puede tener lugar su ejecucion en Francia sin que la autorice una sentencia (la de proced., art. 547). Entonces se aplica de nacion á nacion lo que se aplicaba en otro tiempo de provincia á provincia (1).

502. Finalmente, hay una formalidad postrera, completamente estrinseca, que no tiene en el dia la importancia que en otro tiempo. La comprobacion que correspondia á nuestro registro, establecido para las escrituras ó actas autorizadas por notario desde 1381, tenia entonces por objeto asegurar la fecha. Así, era incontestable que no se podia ejecutar en virtud de una copia no comprobada. La ley de 19 de diciembre de 1790, creando el registro, habia hecho de él una condicion de validez *intrinseca*, á falta de la cual (artículo 9) «el acta otorgada por ante notario no podia valer sino como acta privada.» Pero esta regla estaba poco en armonia con la fé de que gozan los notarios, fé que no puede subordinarse fundadamente en el complemento posterior de una formalidad fiscal. Así la ley de 22 de Frimario, año VIII, no reprodujo este rigor. Resulta, pues, de la combinacion de los artículos 53 y 54 de esta ley, que la falta de registro de una acta autorizada por notario no puede ocasionar mas que la imposicion de una multa (sent. deng. de 25 de enero de 1810; Bastra, 26 de diciembre de 1849).

Segun la legislacion española, traen aparejada ejecucion, ó son ejecutivas, las escrituras públicas que sean primeras copias, sin mas solemnidades esternas que las requeridas por las leyes para su autenticidad y fuerza como tales escrituras y que hemos espuesto en la adiccion inserta á continuacion del número 488 de esta obra. Solamente es necesario respecto de las segundas copias, para que sean ejecutivas, que se hayan dado en virtud

(1) No obstante, se ha juzgado por el Tribunal de Aix en 8 de julio de 1840 que un poder otorgado por ante un oficial extranjero, no produciendo obligacion, no necesita que se le declare ejecutorio.

de mandamiento judicial y con citacion de la persona á quien deban perjudicar ó de su causa-habiente, lo cual deberá constar en dichas copias. Antiguamente era necesario para que el instrumento público trajera aparejada ejecucion, que contuviera cláusula *guarentigia*, esto es, cláusula en que los contrayentes daban facultad á los jueces para que hicieran ejecucion en fuerza de la escritura contra el que no la cumplia, como si así se hubiera pactado, juzgado y transigido; pero esta cláusula es inútil en el dia por ser ejecutivo sin este requisito, como decia ya Hévía Bolaños en su *Curia Filipica*, 2.^a parte, §. 7, núm. 1.^o, con estas espresiones: «Por derecho real del reyno, en el dia trae aparejada ejecucion (la escritura) sin ella (sin dicha cláusula) como consta de una ley Enriqueña y otra Toledana de la Nueva Recopilacion (1.^a y 2.^a, tit. 21, lib. 4, Recopilacion, que son las 3 y 1, tit. 28, lib. 14 de la Novísima), sino que obste que otra ley Carola de ella, dé á entender que ha de ser *guarentigia*, pues la duda que podia causar está quitada por otra ley Filipica de la Nueva Recopilacion (ley 19, tit. 21, lib. 4, Recop., que es la 12, tit. 28 de la Nov.).»

Respecto al signo que debe poner el escribano en las escrituras, está mandado por nuestras leyes que el escribano haga su signo en todas las copias, primordiales, segundas y demás que por él se dieren, por ser este el sello y carácter público que las reviste de autenticidad y fuerza. Así lo prescriben las leyes 1.^a y 6, tit. 23, lib. 10, Nov. Recop., y el art. 49 de la nueva ley sobre el notariado, segun el cual, los notarios autorizarán todos los instrumentos públicos con su firma y con la rúbrica y signo que pongan, y se les dé al espedirles los títulos de ejercicio; siendo nullos los instrumentos públicos en que aquellos no aparecieren, segun se dispone en el artículo 27, párrafo 9.^o de dicha ley.

Debe tenerse presente tambien, respecto á las solemnidades esternas que han de concurrir en los documentos públicos y solemnes, para que puedan producir efecto en juicio, lo prevenido en el art. 281 de la ley de Enjuiciamiento civil de 5 de octubre de 1855, inserto al tratar de los medios de prueba en el juicio ordinario, esto es: 1.^o Que los que hayan venido al pleito sin citacion, se cotejen con los originales prévia dicha citacion, á no ser que la persona á quien perjudiquen haya prestado á ellos asentimiento espreso: 2.^o Que los que hubieren de traerse de nuevo vengan en virtud de mandamiento compulsorio, que se espida al efecto, prévia citacion de la parte á quien hayan de perjudicar: 3.^o Que si el testimonio que se pida fuere de parte de un documento solamente, se adicione á él lo que el colitigante señale, si lo cree conveniente: 4.^o Que los testimonios ó certificaciones sean dados por el encargado del archivo, oficina ó registro en que se hallen los documentos, por el escribano en cuyo oficio radiquen los autos ó por el del pleito. Estos testimonios y certificaciones se espedirán bajo la responsabilidad de los funcionarios encargados de la custodia de los originales, y la intervencion de los interesados se limitará á señalar lo que haya de testimoniarse ó certificarse.

Además de las solemnidades y circunstancias que llevamos espuestas como debiendo concurrir en los instrumentos públicos, es necesario para que éstos sean admitidos, tanto en los juzgados y tribunales ordinarios y especiales, como en los consejos y oficinas del gobierno, que se tome razon en el registro de la propiedad de los documentos ó escrituras otorgadas con posterioridad á la publicacion de la ley Hipotecaria (que lo fué en 8 de febrero de 1861) y de los que habiéndolo sido anteriormente no se hubiere tomado razon en el oficio de hipotecas, cuando por ellos se constituyeren, trasmitiesen, reconocieren, modificaren ó adquirieren derechos