

«La forma del negocio jurídico»

JOSE LUIS DE LOS MOZOS
Catedrático de Derecho Civil

PLANTEAMIENTO

SUMARIO: Planteamiento.—1: Concepto de forma y sus diversos sentidos. 2. Formalismo primitivo y libertad de forma en el Derecho moderno como principio general.—3. Negocios a los que se exige una forma determinada (negocios formales).—4. La exigencia de forma a efectos especiales. Recapitulación.

El negocio jurídico para que tenga eficacia requiere una forma adecuada. Desde este punto de vista se puede decir, con CARNELUTTI, y como conclusión tomada casi *a priori* de una larga exposición sobre la forma, a propósito de los actos procesales, que todos los actos jurídicos son formales (1). Pero esto, que constituye más una evidencia que un principio, se expresaba lisa y llanamente entre los autores del

(1) *Sistema del Diritto procesuale civile*, II, *Atti del processo*, Padova, 1938, nn. 453 y ss., págs. 159 y ss. La referencia a CARNELUTTI, metodológicamente, viene justificada por muchas razones, no sólo porque al tratar del tema se refiere a la forma del acto jurídico, en general, o porque las construcciones de este ilustre autor, pese a su ropaje arquitectónico, trascienden del campo de la especialización y penetran en la Teoría General del Derecho, como unánimemente se ha admitido, sino porque, metodológicamente, plantear el tema de la forma, en relación con lo que se ha dicho en un *Derecho formalista*, como es en cierto modo especialmente el Derecho procesal, será siempre provechoso, ya que cada día es más evidente que el Derecho civil ha de ser también comprendido y estudiado en su dintorno, fuera de su tradicional aislamiento, del que afortunadamente va saliendo en nuestros días con un perfil renovado. Sea como fuere, para CARNELUTTI, "Un acto es un movimiento, esto es, la alteración de un estado; por ello también es una mutación del mundo exterior; movimiento y mutación son indisolubles. La forma del acto no es otra cosa que este movimiento y esta mutación. Sin que provenga primero el movimiento o la mutación, no puede haber más que *mera cogitatio*, la cual por sí sola es indiferente para el Derecho" (*Ibid.*, pág. 159). Más adelante añadirá que cuando el hombre muda el mundo exterior, esto tiene lugar como un efecto de su voluntad, diciendo que "voluntad es el pensamiento en cuanto se traduce en el movimiento, es decir, la fuerza psíquica en cuanto se transforma en fuerza física; en suma, el espíritu que se encarna. Bajo este aspecto se aclara el significado de la palabra: forma quiere decir la parte externa de un ente, es como el recipiente o el molde dentro del cual se contiene la esencia; esta esencia es la voluntad" (*Ibid.*, pág. 160). Para otras apreciaciones respecto del punto de vista de CARNELUTTI, téngase en cuenta lo que diremos más adelante y, ante todo, la referencia de E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, 2.^a ed., 3.^a reimp., Torino, 1960, págs. 125-126, especialmente nota 3.

Pandectismo que, como es sabido, han contribuido a la construcción de una de las grandes figuras conceptuales de la ciencia jurídica moderna, la *Teoría general del negocio jurídico* (2).

Esta sencillez en la formulación resulta explicable, aunque un poco paradójica, si se tiene en cuenta que el propio Pandectismo que recoge en este punto, según F. WIEACKER ha señalado certeramente, la tradición iusnaturalista (3) se fundamenta en el principio de la *libertad de forma*, como expresión particular del principio superior de la *autonomía privada*, una de las bases teóricas de su propia especulación dogmática.

También es explicable, porque desde un punto de vista conceptual, que es el predominante del Pandectismo, la construcción teórica de la forma, en general, en relación con el negocio jurídico parece sumamente sencilla, al menos a primera vista. Ahora bien, aunque fundamentalmente prevalece este punto de vista en la actualidad y el principio general sigue siendo la libertad de forma, esto contrasta con un cierto renacimiento del formalismo en el Derecho moderno, debido, como veremos más adelante, a las más diversas causas, a lo que debe añadirse el indudable incremento de la utilización de ciertas formalidades "voluntarias" con finalidades de seguridad, de certeza o de prueba. Por estas razones, contrasta la sencillez de exposición usual de esta materia en la "Parte General" del Derecho civil, con la reiteración con que le sale a uno al paso la consideración de la forma en los negocios singulares, o con el fenómeno de éste invocado renacimiento o creciente utilización de la forma en el segundo de los sentidos indicados.

Esto justifica el que queramos ahora, y desde el punto de vista de un planteamiento general, tratar de profundizar en el concepto de forma del negocio jurídico y en las distintas proyecciones del mismo.

Pero queda un cuestión previa que anticipar y necesaria en una reflexión aislada sobre la forma del negocio jurídico. Si el tema de la forma del negocio jurídico fuera abordado en un trabajo de contenido más amplio, la propia sistemática externa del mismo nos pondría de relieve el significado de esta temática, pero no siendo así hay que decir que la forma se refiere, de una parte, a los elementos del negocio jurídico, y de otra a su fundamentación como tal, o cuando menos a la determinación de sus efectos, en el caso de las formalidades que hemos llamado "voluntarias" (4).

(2) Según recuerda F. CALASSO, *Il negozio giuridico. Lezioni di storia del Diritto italiano*, 2.^a ed., Milano, 1959, 340, la categoría del *actus iuridicus* o *negotium iuridicum*, encuentra su primera formulación doctrinal en la obra de NETTELBLADT, publicada en 1742, titulada *Systema elementare universae iurisprudentiae positivae*. Bien es verdad que, como el mismo F. CALASSO reconoce, sólo se desarrolla plenamente su formulación teórica a través de la Escuela histórica y mediante la obra de SAVIGNY.

(3) *Historia del Derecho privado de la Edad Moderna*, trad. esp., Madrid, 1957, 341 y ss.

(4) El profesor E. BETTI, aunque se sitúe en la línea de superación del Pan-

I.—CONCEPTO DE FORMA Y SUS DIVERSOS SENTIDOS

Ya hemos dicho inicialmente que no se concibe un acto jurídico sin una forma adecuada. O, dicho con las palabras de B. WINDSCHEID, “la validez de la declaración de voluntad requiere que tenga la conveniente conformación exterior” (5). En el mismo sentido, E. BETTI relaciona la forma con lo que denomina *estructura* del negocio. De este modo, la forma es uno de sus elementos *constitutivos*. Así, dice este ilustre autor que “la estructura del negocio comprende tanto la forma como el contenido”. Forma es el *modo* como es el negocio, como se presenta ante los demás en la vida de relación: su *figura exterior*. Contenido es *lo que* el negocio es, intrínsecamente considerado, su supuesto de hecho interior, que representan conjuntamente, fórmula e idea, palabra y significado; términos éstos cuya conexión es tarea de interpretación. En la vida de relación un acto no es *recognoscible a los otros*, sino a través de su forma (6). O, como diría R. VON IHERING, la forma es el tránsito de la intimidad subjetiva a la exteriorización objetiva. Por eso, cuando se habla de negocios for-

ductismo, aparece todavía, en nuestros días, como heredero y continuador de aquella poderosa arquitectura dogmática, ofreciéndonos en su *Teoría general del negocio jurídico* un planteamiento del tema de la forma, que responde a una construcción conceptual, lógicamente trabada, de la figura del negocio jurídico, lo que le hace llevar el tema al *capítulo II* de su obra citada, que trata de la “*Struttura del negozio giuridico*” (*Op. cit.*, 125 y ss.). Por mi parte, yo prefiero hablar en este caso de *elementos* del negocio jurídico. De modo parecido plantea la cuestión W. FLUME en su reciente monografía sobre el negocio jurídico *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, II, *Das Rechtsgeschäft*, Berlin-Heidelberg-New York, 1965, 244 y ss., tratando de la forma en el *capítulo III*, al ocuparse de los “presupuestos del negocio jurídico”. Esta manera tradicional de tratar la cuestión, que igualmente podríamos encontrar en otros autores, contrasta con el criterio seguido por el profesor DE CASTRO, que estudia la materia bajo el prisma de la fundamentación del negocio jurídico en su reciente libro sobre *El negocio jurídico*, Madrid, 1967, 277 y ss. y en la parte IV de su obra, bajo el título “La causa y la relación negocial”. Perspectiva muy interesante y de cuyo agudo planteamiento pueden extraerse notables consecuencias para comprender el significado de la forma del negocio jurídico. En cualquier caso, ambas actitudes, la que podemos considerar tradicional en la dogmática del negocio jurídico y la original del profesor DE CASTRO, han de tomarse por igual en cuenta, con lo que el resultado puede quedar notablemente enriquecido. Si hay que notar de antemano que la obra del maestro DE CASTRO sobre el negocio jurídico se halla concebida de tal manera que lo que parece que pierde el tratamiento del tema en cuanto a la construcción lógica de esta figura conceptual del negocio jurídico, lo gana en vivacidad y en hondura respecto al planteamiento de las cuestiones fundamentales del tema, lo que es congruente con su concepción realista, o mejor aún, principal, del Derecho.

(5) *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9.^a ed. (revisada por T. KIPP), I, Frankfurt a. M., 1906, § 72, 333. *Comp.*, ed. it. a cargo de C. FADDA y B. BENSÀ, *Diritto delle Pandette*, I, Torino, 1925, 214 y allí referencias, en relación con la doctrina pandectística precedente.

(6) *Op. cit.*, 125.

males y no formales, no debe creerse que existen negocios en los que se puede prescindir de la forma (7).

Tomada así la forma, como elemento del negocio, puede ser considerada como uno de los *naturalia negotii* (8), referida esta categoría no al tipo de negocio, sino al negocio como tipo, ya que todos los negocios en general, y cada negocio en particular, deben tener una forma adecuada. Ahora bien, en el Derecho moderno, el principio general viene constituido por la *libertad de forma*, sólo a determinados negocios se les exige una forma predeterminada por el ordenamiento jurídico, en estos casos, la forma puede ser considerada como uno de los *essentialia negotii*, porque de su concurrencia depende la propia eficacia del negocio jurídico de que se trate. Por eso en el orden de la formación de las categorías jurídicas podemos decir, siguiendo a LARENZ, cuando habla de “tipos abiertos” y “cerrados”, que los preceptos de forma, dentro de un mismo concepto (contrato, por ejemplo) han contribuido a configurar, donde generalmente se dan, como sucede en Derecho de obligaciones, los “tipos abiertos”, una cantidad considerable, modernamente, de “tipos cerrados”, que contribuyen a limitar de este modo la *autonomía privada* (9). Como se ve, el distinto carácter de la forma, en uno y otro caso, no es solamente estructural, sino que depende también de una disposición concreta del ordenamiento; pero es que, como decía E. HUBER (10) y reitera después A. VON THUR (11), en pocas materias goza el legislador de un poder tan arbitrario como en los preceptos de forma.

El conocido tópico “*forma dat esse rei*”, supuesta esta doble perspectiva, hay que reconducirle, necesariamente, a una concepción *formalista* del negocio jurídico. Concepción que en el Derecho romano clásico se encuentra ya en franca descomposición. Según F. SCHULZ, en la *stipulatio* se distinguía perfectamente la forma del acto, de la práctica de otras formalidades accesorias que usualmente le acompañaban y sin las cuales era perfectamente válida, en tales casos se decía, *non ius deficit sed probatio* (12). Por otra parte, teniendo presente la necesaria relación entre Lenguaje y Derecho, forma por contraposición a sustancia o materia, es lo que configura el ser de las

(7) *El espíritu del Derecho romano*, trad. esp., Madrid, s/d. (ed. Bailly-Bailliére), II, n.º 27, 9 y ss.

(8) La clasificación de los diversos elementos del negocio jurídico, a saber, *substantiaria, naturalia, accidentalia, negotii*, según F. CALASSO, *Op. cit.*, pág. 341, texto y nota 33, procede, también, de NETELBLADT.

(9) *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. esp., Barcelona, 1966, 354 y ss.

(10) *Los preceptos de forma en el Derecho privado suizo*, en la colección *Estudios sobre la publicidad en el Derecho privado*, trad. esp., Madrid, 1919, I, 61 y ss.

(11) *Derecho civil. Teoría General del Derecho Civil alemán*, trad. cast., Buenos Aires, 1947, II-2, 176.

(12) *Derecho romano clásico*, trad. esp., Barcelona, 1960, n. 805, 452 y ss.; también G. DULCKEIT, *Zur Lehre vom Rechtsgeschäft im klassischen Recht*, en *Festschrift F. Schulz*, I, Weimar, 1951, 160 y ss.

cosas. En cambio, ya hemos visto que cuando hablamos de forma como *elemento estructural* del negocio, nos limitamos a decir que la forma es la *figura externa* del mismo. En este sentido, no solamente se expresa E. BETTI (13), sino también CARIOTA FERRARA (14), K. LARENZ (15), W. FLUME (16) y, antiguamente, los grandes maestros del Pandectismo (17). Y es que la figura de una cosa, incluso desde antes de ARISTÓTELES, tiene igualmente en la Metafísica y en la Lógica un significado propio, distinto del significado de la forma (18). En esto se contraponen dos concepciones jurídicas distintas: el *formalismo* y el *espiritualismo*, concepciones que se corresponden con los sistemas jurídicos primitivos o con los sistemas jurídicos evolucionados. Pero en el Derecho moderno, la concepción formalista reaparece o se mantiene en aquellos casos en que el ordenamiento exige una forma especial; entonces tiene pleno sentido el aforismo *forma dat esse rei*, al menos en sentido positivo. Porque, en tales casos, la forma es esencial, o como se dice constituye un requisito *ad substantiam* (19). Puede

(13) *Ibid.*

(14) *El negocio jurídico*, trad. esp., Madrid, 1956, 362 y ss.

(15) *Derecho de obligaciones*, I, trad. esp., Madrid, 1958, I, 91 y ss.

(16) *Op. cit.*, 244 y ss.

(17) Un amplio y selecto elenco de referencias puede encontrarse en los autores citados en último lugar, en las cuatro notas precedentes. En todo caso, puede tenerse en cuenta, igualmente, B. WINDSCHEID, *Lehrbuch*, cit., I, § 72, 333 y ss.

(18) No es cuestión de hacer aquí un largo desenvolvimiento sobre este tema; una información sucinta para una referencia de este tipo puede encontrarse en el inmejorable elenco que ofrece J. FERRATER MORA, *Diccionario de Filosofía*, 4.^a ed., Buenos Aires, 1958, voces "forma" y "formalismo", págs. 557 y ss. En relación con esto, también el excelente trabajo de U. ALVAREZ SUÁREZ, *Los orígenes de la contratación escrita*, en AAMN, IV (1948), 11 y ss.

(19) El profesor DE CASTRO distingue, conforme al valor de las formalidades, los siguientes tipos: "a) *Valor constitutivo* ("ad substantiam"). La forma da lugar al negocio y basta la forma para que exista sin necesidad de ningún otro requisito ("forma dat esse rei"). En el Derecho primitivo se basaba, se nos dice, en el significado sagrado o mágico de ciertos dichos y actos. En el moderno, en conveniencias del tráfico (dinero amonedado o cartáceo). Este valor se debilita al hacerse posible las excepciones o acciones de nulidad (p. ej., respecto a capacidad y voluntad, en el cheque y letra de cambio) en el "contract onder seal", el Derecho inglés permite su impugnación por contenido inmoral o prohibido. b) *Valor integrativo* ("ad solemnitatem"), la forma es un requisito que se exige al lado de los demás esenciales del negocio; si ella falta, el negocio será nulo o ineficaz ("maior est enim defectus formae ac solemnitatis, quam substantiam"). c) *Valor de publicidad*, que implica su eficacia general o respecto de terceros (no cabe alegar ignorancia). d) *Mayor valor relativo*, o respecto de los negocios carentes de solemnidad (así, en la clasificación de créditos). e) *Valor probatorio* ("ad probationem"), se puede manifestar positivamente (único medio de prueba admitido) o negativamente (excluyendo ciertos medios)" (*Op. cit.*, 278-279). A mi juicio, no obstante la autorizada opinión transcrita, me parece difícil de establecer una distinción precisa, desde un punto de vista práctico, entre las dos primeras categorías, sobre todo estimada la forma en sentido positivo (como requisito de eficacia); sin embargo, la distinción es muy interesante desde el punto de vista negativo (sólo la forma crea el negocio y se prescinde de los restantes requisitos).

decirse entonces que está a punto de coincidir el concepto de forma que, en uno y otro caso, se trata de fundamentar el reconocimiento, en el plano metafísico con el concepto de forma en el plano jurídico.

Según L. MITTEIS, a través de los *bonae fidei iudicia*, aparece, en el proceso de espiritualización acometido por el *Derecho honorario*, junto a la *forma externa*, la forma *en sentido interno* (20). Pues bien, esta *innere Form* es lo que constituye la sustancia del negocio, lo que modernamente denominamos su *contenido*. Este, como hemos visto, es ajeno a la forma, únicamente guarda cierta relación, en cuanto a su valoración para la determinación del negocio en concreto, o sea, en cuanto a la fijación del tipo, que se corresponde con la exigencia de una forma especial en determinados negocios, en cuanto que, en uno y otro caso se trata de fundamentar el reconocimiento, por el ordenamiento, de la eficacia del negocio mismo. Pero no sólo para su validez, sino también para su fundamentación. Por eso la *forma* cumple, en el Derecho antiguo especialmente, una función semejante a la *causa*, aunque esta implicación no deje de ser interesante también en el Derecho moderno.

No es forma, en ninguno de los dos sentidos indicados, aquello que añaden las partes a un negocio porque les conviene; así, dice G. DULCKEIT que en el Derecho antiguo la forma "era auténtica forma de validez y no meramente una forma de protección sólo destinada a los fines externos de garantizar la prueba, la capacidad para el tráfico o la seguridad jurídica" (21). Estructuralmente, se diferencia de la anterior porque viene a resultar como *algo añadido* al negocio, no como la exteriorización del mismo. Bien es verdad que, como decía IHERING, en el Derecho antiguo una y otra adquirirían una mayor *plasticidad* que en el Derecho moderno, donde los actos jurídicos se producen de un modo mecánico al estar toda la vida social impregnada de juridicidad (22). Pero, en cualquier caso, la forma tomada en este *segundo sentido*, cuando no es requerida para la validez del negocio, sólo puede implicarse con la *prueba*, o a lo sumo con la *legitimación*, nunca con la fundamentación del negocio. En estos casos, la forma es un *elemento accidental*.

Por último, y con independencia de que el ordenamiento o la propia naturaleza de las cosas permitan, en vez de una declaración *expresa*, una manifestación *tácita* o *presunta* de la voluntad negocial, lo que se halla íntimamente relacionado con la forma, cuando hablamos aquí de forma nos referimos al negocio jurídico en sentido estricto, a lo que con una redundante terminología llamaba MANIGK "*Willensgeschäft*", al delinear por vez primera y con indiscutible rigor, según E. BETTI, en cambio, la separación entre los "actos de realización" y el negocio jurídico (23).

(20) Citado por W. FLUME, *Op. cit.*, 244.

(21) *Op. cit.*, en *Festchr. F. Schulz*, I (1951), 163.

(22) *Op. cit.*, II, n. 27, 16 y ss.

(23) *Op. cit.*, 127, n. 1.

2.—FORMALISMO PRIMITIVO Y LIBERTAD DE FORMA EN EL DERECHO MODERNO COMO PRINCIPIO GENERAL

Ya hemos dicho que en el Derecho moderno rige el principio de libertad de forma, pero esto no aconteció siempre así. “En estadios anteriores de la evolución jurídica —dice K. LARENZ— era imprescindible para alcanzar la vinculación jurídica de las partes el uso de palabras y de símbolos concretos, la presencia de testigos, la realización del acto en lugar determinado. Esto pudo obedecer a arcaicas representaciones del significado mágico de la palabra o responder (como en el antiguo Derecho germánico) a la exigencia de sentido, claridad y, con ello, de notoriedad de los procesos esenciales de la vida jurídica, no sólo un medio de difusión de la voluntad de las partes, sino más bien el fundamento de validez de la consecuencia jurídica” (24). Por eso es interesante acudir a un planteamiento histórico, ya que, en cierta manera, veremos hasta qué punto podremos hallar una coincidencia entre el fundamento del antiguo formalismo y la subsistencia, en el Derecho moderno, de los llamados negocios formales.

Así, F. C. VON SAVIGNY, con referencia al Derecho actual, y de acuerdo con su conocida terminología, dirá que “las manifestaciones formales (es decir, los negocios formales) son aquellas cuya eficacia procede de la observancia de ciertas formas determinadas, admitidas exclusivamente como expresión de la voluntad. Se las llama formales porque sus accidentes están invariablemente determinados por el Derecho positivo, en tanto que para las manifestaciones no formales dichos accidentes o formas quedan abandonados al arbitrio de las partes” (25). Y el mismo SAVIGNY, con ese genial sentido de relación entre lo histórico y lo actual, con referencia al Derecho romano, donde los negocios formales ocupan un lugar muy importante, reconoce, por un lado, en el formalismo, siguiendo a su discípulo J. GRIMM, la intervención de la poesía en el Derecho, pero también advierte que “este lado estético no debe hacernos perder de vista el lado positivo y práctico, como es el evitar una decisión repentina, o la seguridad que implica el utilizar formas que en el tráfico se convierten en el signo cierto de una voluntad perfecta” (26). En el fondo, pues, el planteamiento es el mismo en el Derecho antiguo que en el Derecho moderno, en relación con los negocios formales, si salvamos que éstos —todavía en algunas zonas del Derecho privado— son una

(24) *Derecho de obligaciones*, I, 92.

(25) *Sistema de Derecho romano actual*, trad. esp., 2.^a ed. II, Madrid, s/d., cap. III, § CXXX, 289.

(26) *Ibid.*

(26) M. KASER, *Zum römischen Fremdbesitz*, en ZSS, *rom. abt.*, 64 (1944), 391 y ss.; también en *recensión* a A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, Torino, 1949, en ZSS, *rom. abt.*, 67 (1950), 562 y ss., en contra del criterio de BURDESE. Igualmente en *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*, 2.^a ed., Köln-Graz, 1956, 296 y ss., y en *Das römische Privatrecht*, I, München, 1955, 127.

excepción. Las razones de interés práctico son, poco más o menos, las mismas, únicamente hemos de sustituir, si cabe, el pensamiento mágico del mundo antiguo por el pensamiento técnico del mundo moderno.

Ahora bien, esto puede ser válido si no confundimos Derecho antiguo con Derecho primitivo. La sociedad primitiva es una sociedad aprisionada por el formalismo; en relación con este planteamiento es tan profunda la evolución jurídica que no cabe paralelismo alguno. Por otra parte, el Derecho primitivo es tan pobre en formas jurídicas que en nada recuerda al Derecho actual, de tal modo que el *acto* formal, único existente, por otro lado, cumplía funciones prácticas diversas. Pensemos, por ejemplo, en el *nexum* del Derecho romano arcaico, o en la *Gewere* o *vestidura* del Derecho germánico. Este fenómeno es siempre una constante en los Derechos primitivos, que vuelve a reaparecer en los procesos de retroceso o de vulgarización. Así, ha puesto de relieve M. KASER que en los Derechos primitivos no aparece diferenciada la propiedad de los demás derechos reales, sobre todo en cuanto a las formas de su transmisión. Por eso cabe la transmisión plena y la menos plena, que puede cubrir necesidades y funciones diferentes (preferencias, garantías, etc.) (26), cuestión que se halla tan íntimamente vinculada al problema de la *propiedad fiduciaria* (27) y que ofrece, en el Derecho medieval, un planteamiento paralelo en torno al discutido tema del *ius ad rem* (28). Precisamente, además, en otro plano, en la evolución jurídica, la superación de las formas primitivas produce paralelamente, junto al abandono del formalismo, la multiplicación de nuevas categorías jurídicas. El resultado es evidente; con la evolución, las diversas funciones prácticas, a medida que van alcanzando gradualmente madurez van logrando su propia sustantividad, mientras la forma se debilita. Este es el camino que siguen en el Derecho romano, primero los contratos consensuales, después los contratos reales y, con el tiempo, ya en la época del Derecho común, los *pacta nuda*, mientras iban decayendo la *mancipatio*, la *in iure cessio* y, más adelante, la *stipulatio*.

Por otra parte, el paralelismo entre los sistemas primitivos es evidente. Así, los pueblos germánicos, lo mismo que los primitivos romanos (29), utilizaban también una especie de contrato formal (*Formalvertrag*) equivalente al *nexum*, del que se conocen las variedades del *voto de fidelidad* (entre los sajones y germanos del Norte) y de la

(27) Para esta cuestión, y desde el punto de vista del Derecho actual, la brillante aportación crítica del negocio fiduciario del profesor DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., 379 y ss.

(28) También aquí existe una distinción paralela entre investidura *propia* e investidura *abusiva*; por todos, P. KOSCHAKER, *Eheschliessung und Kaufnachim alten Rechten, mit besonderer Berücksichtigung der älteren Keilschriftrechte*, en *Symbolae Hrosny*, IV (1951), 210 y ss. = *Archiv. Orientalni*, XVIII-3 (1951), 270-271, nota 59.

(29) Vid. M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I, págs. 145 y ss. y allí referencias; también en *Eigentum*, cit., 148 y ss.

Wadiatio (entre los longobardos, alemanes y francos) (30). Las semejanzas con el *nexum* son extraordinarias; así, lo mismo que se dice, según J. IMBERT, *venire in fidem* a propósito del poder sobre el deudor que confiere la *actio noxalis* (31), O. v. GIERKE y otros germanistas llaman *fides facta* a una especie de pignoración de la persona del deudor (32). Esto tendrá mucho interés después al implicarse una de las formas de la *Wadiatio* con la utilización del documento en el Derecho longobardo. Documento o carta que remonta sus orígenes a los Derechos orientales, que se desarrolla extraordinariamente en el Derecho griego (33), fundamentalmente bajo las formas de los *quirografa* y los *singrafa*, y cuyo valor en el Derecho romano ha sido estudiado entre nosotros por U. ALVAREZ (34). De la confluencia de ambas tradiciones jurídicas deriva, acaso, una de las manifestaciones más importantes del formalismo medieval, dando lugar, por otra parte, en torno a la famosa tesis de RICCIBONO, a una de las cuestiones más debatidas de la Historia del Derecho privado europeo (35), al afirmarse el valor sustancial de la escritura pública.

En cualquier caso, la confluencia de ambas tradiciones en suelo longobardo será, indudablemente, un punto de arranque, aunque con un valor más ideal que real, del formalismo de la Alta Edad Media. Pero a pesar de estos brotes de formalismo, la idea de libertad que se hallaba implícita en todo el pensamiento romano, desaparecidas las trabas de ciertos tipos contractuales que difícilmente pueden suscitarse en el nuevo orden jurídico, llega a imponerse a través de la recepción. Incluso en Lombardía y en la Italia central, el mismo *fideiusor* o *notario* se encarga de suavizar la forma al intervenir en el otorgamiento de la *carta*, preocupándose más del contenido que de la forma y desentendiéndose de la tutela pública en ella implícita, se dirige a buscar otro fundamento en la *convenientia contractus*. De este modo, como

(30) H. PLANITZ, *Principios de Derecho privado germánico*, trad. esp., Barcelona, 1957, 206.

(31) "*Fides*" et "*Nexum*", en *Studi in onore di V. Arangio-Ruiz*, I, Napoli, 1953, 339 y ss. y 355 y ss. y allí referencias.

(32) *Deutsches Privatrecht*, II, Leipzig, 1905, § 155, 810, texto y nota 3. En sentido contrario, en cuanto a la valoración de la época histórica, el propio H. PLANITZ, *Op. cit.*, 207.

(33) Vid las sucintas referencias de V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di Diritto romano*, 14.ª ed., Napoli, 1966, 320 y ss., y especialmente págs. 329 y ss. y nota 1 a la pág. 330. R. TAUBENSCHLAG, *The Law of Greco-Roman Egypt in the Light of the Papyri*, Warszawa, 1955, 395 y ss.

(34) *Op. cit.*, en AAMN, IV (1948), 9 y ss. Vid. E. VOLTERRA, *Diritto romano e Diritti orientali*, Bologna, 1937, cuyo planteamiento general sigue teniendo interés, en concreto, pág. 250, texto y nota 1. M. KASER, *Das römische Privatrecht*, II, *Die nachklassischen Entwicklungen*, München, 1959, 273 y ss.

(35) No es posible aceptar del todo la vieja tesis de BRUNNER, según la cual confluye la tradición bajo-romana del uso del documento con la *Gewere* germánica (*Zur Rechtsgeschichte der römischen un german. Urkunde*, II, Berlín, 1880, 113-139), como entiende J. A. RUBIO, *Transmisión de la propiedad inmobiliaria en nuestro Derecho medieval*, en AAMN, VII (1953), 351 y ss. y 359-360, al menos por lo que respecta al Derecho visigótico y de acuerdo con

dice CALASSO, hay un *connubio* entre *convenientia* y *chartula*: el valor sustancial es el del acuerdo, el del documento es meramente probatorio. Es decir, *secundario* en relación con la validez del acto (36).

El incremento de estos efectos secundarios es típico de todo proceso de *espiritualización* de la forma, viene a ser algo así como su manifestación exterior; así sucedió en la Baja Edad Media. Pero el proceso interno de esta evolución aún es más interesante, ofreciendo precedentes más remotos. En ello influyó notablemente el Derecho canónico; ya en los *Concilios de Toledo* se reconoce valor a la *simple promesa* privada de forma, lo que luego recogerá GRACIANO en el can. "*Quicumque suffragio*" (37). Otro tanto sucede con el *juramento*, al que se le confiere un sentido distinto, como se recoge en las *Decretales*, en el can. "*Juramenti*" (38).

Pero donde verdaderamente se manifiesta la influencia canónica

la opinión de otros autores: M. KASER, *Das römische Privatrecht*, II, 199 y ss.; E. LEVY, *West Roman Vulgar Law*, 128 y ss.; A. D'ORS, *Estudios visigóticos*, II, *El Código de Eurico*, Roma-Madrid, 1960, 211 y ss.; P. MEREÁ, *Estudos de Direito visigótico*, Coimbra, 1948, 83 y ss., y ya anteriormente, M. CONRAT, *Die Entsehnung des Westgothischen Gaius*, Amsterdam, 1905, 41 y ss. Pudiendo tener tal afirmación un valor relativo para el Derecho longobardo: P. S. LEICHT, *Il Diritto privato preirmeriano*, Bologna, 1933, 136 y ss. Menos aún, como resulta de lo dicho, parece tener aceptación la tesis de S. RICCIBONO, en sus conocidos trabajos, *Traditio ficta*, en ZSS, *rom. abt.*, 33 (1912), 259 y ss. y *Stipulatio ad instrumentum nel Diritto giustiniano*, en ZSS, *rom. abt.*, 35 (1914), 214 y ss. y en ZSS, 43 (1922), 262 y ss. Esta tesis, que, ya desde un principio, no fue aceptada por los romanistas (para esto, el propio trabajo de J. A. RUBIO, *Op. cit.*, en AAMN, VII (1953), 357-358 y la referencia, anteriormente indicada, de E. VOLTERRA, *Diritto romano e Diritti orientali*, cit., pág. 250, texto y nota 1), se hace cada vez más insostenible a medida que progresan los trabajos sobre el Derecho romano vulgar, incluso no sólo para el Derecho postclásico occidental, sino también para el Derecho justiniano. No obstante, entre nosotros, el ilustre notario y académico, R. NÚÑEZ LAGOS, ha aceptado parcialmente, como punto de partida, algunas de las conclusiones de S. RICCIBONO, en relación con una teoría que vamos a llamar orgánica del documento, en una serie de profundos y cuidados trabajos, si bien se cuida de distinguir, apartándose de ella, convenientemente en algunas consecuencias prácticas de tal planteamiento (Vid., entre otros, y con diverso alcance, según la materia a que se refiere, en *Cobro de lo indebido y enriquecimiento sin causa*, en *Mucius Scaevola*, XXX-2, Madrid, 1961, 628 y ss.; *Causa de la "traditio" y causa de la "obligatio"*, en RCDI, 1961, 573 y ss.; *Contenido sustantivo de la escritura pública*, en RDN, 43 (1964), 7 y ss. y, anteriormente, *La estipulación en las Partidas y el Ordenamiento de Alcalá* (Discurso de recepción en la RAJ), Madrid, 1950; *Hechos y derechos en el documento público*, Madrid, 1950; *Estudios sobre el valor jurídico del documento notarial*, en AAMN, II (1945), 483 y ss., etc.

(36) *Il negozio giuridico*, cit., 129 y ss. y, propiamente, págs. 153 y ss., y allí, referencias; también, P. OURLIAC, *La convenientia*, en *Études d'histoire de Droit privé offertes a Pérot*, Paris, 1959, 413 y ss.

(37) c.66, Causa XII, q.2: "*Quicumque suffragio cuiuslibet aliquid ecclesiasticae utilitati providerint, et pro eo quodcumque commodum in remuneratione promiserint, promissi solutionem eos absolvere oportebit*" (Com. ed., FRIEGBERG, reimp. Graz, 1956, I, col. 708). Para esto, vid., F. CALASSO, *Op. cit.*, 261 y ss.

(38) c. 12, Causa XXII, q. 5: *Iuramenti huius causa est, quia omnis, qui iurat, ad hoc iurat, ut quod verum est loquatur. Et ideo Dominus inter iuramentum et loquelam nostram nullam vult esse distantiam, quia, sicut in iuramento nullam*

es en la doctrina de los *pacta* y de la *stipulatio* en pleno apogeo del Derecho común (39). Así, en la práctica de las curias eclesiásticas y en las construcciones teóricas de los decretalistas, para evitar, entre otras dificultades, la falta de forma, surge la doctrina del *officium iudicis* (40). Esta teoría, denominada *auxilium legis* o *auxilium civilis*, pasa a la doctrina civilista, y así, BARTOLO, aunque acudiendo a la distinción entre *ius civilis* y *ius gentium*, atribuye tres clases de *auxilium legis* en esta segunda esfera normativa: *formam et nomem* (que se aplica a los contratos *re et consensu*); *rei interventu* (que se aplica a los innominados) y *coherentia contractus*, donde el contenido o la *causa* prevalece sobre la forma (41). Por otra parte, se aplica, por influencia de la Moral, y para evitar los abusos de los desaprensivos, más que por razones dogmáticas, según ha esclarecido MEIJERS, la obligatoriedad y observancia de los simples pactos (*pacta quantumcumque nuda, servanda sunt*) (42). En épocas posteriores, esta evolución se consolida por influencia del iusnaturalismo, cuando la *coherentia contractus* acaba por descansar, en definitiva, en el mutuo *consensus* de las partes que se intuye, ya tempranamente, como el fundamento de la propia *societas iuris*. Entonces es cuando puede decirse, aplicándolo al ámbito del Derecho, lo que E. CASSIRER afirmara en relación con las Ciencias de la Cultura: que el mundo de la causalidad ha suplantado al mundo de la forma (43).

Esta misma evolución se observa en nuestro Derecho histórico. Así, en las *Partidas*, aparece también la reacción contra el primitivismo formalista de siglos más remotos. Incluso la supervivencia un tanto adulterada de la *stipulatio* en el Código alfonsino (tít. 11, P. 5.^a), como indirectamente ha puesto de relieve, recientemente, ARIAS BONET (44), no supone en este campo retroceso alguno, sino una manifestación más del proceso general de debilitación de la forma, a pesar de la pretensión erudita, propia de la "Recepción", de restaurar la *stipulatio* roma-

convenit esse perfidiam, ita quoque in verbis nostris nullum debet esse mendacium, quia utrumque, et periurium et mendacium, divini iudicii pena dampnatur, dicente scriptura, os, quod mentitur, occidit animam, Quisquis ergo verum loquitur, iurat, quia scriptum est: testis fidelis non mentietur" (Comp. ed. FRIEDBERG, I, col. 886). Vid. F. CALASSO, *Ibid.*

(39) Para esto, DE LOS MOZOS, *La causa del negocio jurídico (Notas para una reconstrucción dogmática de su concepto)*, en RDN, 33-34 (1961), 355 y ss., y allí, bibliografía, especialmente en pág. 365, nota 256.

(40) Para esta cuestión, extensamente, F. CALASSO, *Op. cit.*, 277 y ss., estudia el tema a propósito de los instrumentos típicamente canonistas de la sanción procesal de los *pacta*.

(41) Por todos, BUSSI, *La formazione dei dogmi di diritto privato nel ditto comune*, Padova, 1933, I, 239

(42) *Les théories médiévales concernant la cause de la stipulation et la causa de la donation*, en TR, XIV (1936), 378 y ss.

(43) *Las ciencias de la cultura*, trad. cast., México, 1955, 132 y ss.

(44) *Recepción de formas estipulatorias en la Baja Edad Media. Un estudio sobre las "promisiones" de las Siete Partidas*, separata del BFDC, Coimbra. 1967.

na (45), pues bien parece de la lectura de este título que los autores del Libro V de las Partidas se mueven en esa dualidad de perspectivas que es propia en el romanista medieval, ya que del conjunto de la regulación resulta que la oralidad de las *promisiones* viene establecida más que como solemnidad, como medio de exteriorizar el *consensus* de las partes (46). Otro tanto podemos encontrar en la relación entre *stipulatio* o promesa y documento, a pesar de que las *Partidas* (titu. 18, P. 3.^a) parecen que contemplan un fuerte desarrollo de la práctica documental; pero, en tales supuestos, la forma es meramente instrumental, aunque alguno de los matices del texto legal o de las glosas más comunes ofrezcan dificultades para una reconstrucción interpretativa (47). En suma, en el contexto general de las tendencias de la época parece claro que la validez y la eficacia jurídica del negocio no depende tanto de la forma como del contenido, salvo la función específica que el ordenamiento asigne, en relación con su eficacia, a una forma determinada, lo que, desde un aspecto muy interesante, parece haber sido notablemente esclarecido en un trabajo, todavía reciente, de SÖLLNER, en torno a la relación entre *stipulatio medieval* y *cautio* (48), encontrando, en las *Partidas*, el testimonio claro que, en este punto, ofrece la Ley 7.^a, tít. 13, P. 3.^a, a propósito de la *confesión extrajudicial*, a la que se concede valor de *reconocimiento de deuda*, haciendo depender su eficacia de la *causa* y no de la *forma* (49), como ya en otra ocasión hemos puesto de relieve (50).

(45) El propio ARIAS BONET nos dice que “la erudición de la Partida 5.^a es sólo relativa—y eso aun poniéndola en relación con la 3.^a, que tiene fama de recoger más el Derecho popular que el Derecho culto—. No se olvide—añade el ilustre romanista—que el elemento primordial que subyace en el tratamiento alfonsino de la promisión está constituido por el Derecho justinianeo, en el cual la *stipulatio* es poco más que una mera sombra del viejo negocio de los tiempos clásicos” (*Op. cit.*, 18). Tampoco hay que olvidar el juicio que anteriormente hemos transcrito de F. SCHULZ sobre la propia *stipulatio* clásica como *negocio formal* (n. 12 *supra*).

(46) Así resulta del hecho de admitirse la *promission* entre ausentes (Ley 3.^a), o la hecha en lenguajes diferentes (Ley 1.^a), o incluso la *stipulatio alteri* (Leyes 7.^a y ss.). Por eso la identificación entre *stipulatio* y pacto parece un fenómeno evidente, lo que resalta aún más al comparar la Partida 5.^a con la 3.^a. Diferencias que, en esta materia, ha destacado expresamente NÚÑEZ LAGOS, *La estipulación en las Partidas*, cit., 51 y ss. En cambio, a juicio de ARIAS BONET, *Op. cit.*, 16 y ss., no existe la contraposición apuntada.

(47) Para esto, especialmente, los trabajos de NÚÑEZ LAGOS, anteriormente citados (n. 35 *supra*), respecto de cuya tesis, en algún punto concreto, he tenido el honor de disentir. Vid., mi trabajo, *Negocio abstracto y reconocimiento de deuda*, en ADC, XIX (1966), 369 y ss., 397 y ss.

(48) *Die causa in Konditionemund Vertragsrecht des Mittelalters beiden Glossatoren, Kommentatoren und Kanonisten*, en ZSS, rom abt., 77 (1960), 182 y s.

(49) La ley citada dice que vale la confesión extrajudicial, como reconocimiento de deuda, cuando expresa la *causa*. De este modo, el fundamento del contrato reside en la *causa* y no en la *forma*, teniendo valor el documento a efectos probatorios, al recoger tal causa, así dice la ley citada que esto tiene lugar “Como cuando alguno dize a otro: Dote o prometote de dar cien maravedis por

Pero la consagración definitiva del principio de *libertad de forma* se alcanza en la famosa ley única, tit. XVI del *Ordenamiento de Alcalá* (51). La supervivencia en la práctica, siglo y medio después, de algunas formas de *juramento*, como la revela la prohibición contenida en la ley 67.^a de las *de Toro*, no es más que un puro vestigio histórico (52).

Este espíritu de libertad es el que anima todo el Derecho europeo, a partir de la Baja Edad Media, no solamente donde tiene lugar tem-

tal obra, o por servicio que me feciste. E esta palabra que dize, porque señala la razon porque fue hecha la donación o el prometimiento".

(50) Véase mi trabajo anteriormente citado, en ADC, XIX (1966), 417 y ss. De la misma opinión, refiriéndose al Derecho medieval europeo, en general, es G. LE BRAS, y a propósito de la influencia del Derecho canónico. Lo cual tiene interés al señalar la diferente orientación entre la Partida 5.^a y la 3.^a, pues, mientras en la Partida 5.^a se acusa una influencia más romanista, aunque poco erudita y de tendencia vulgar, como dice el profesor ARIAS BONET (*Ibid.*), en la Partida 3.^a, lo mismo que en la 4.^a, debió influir más el Derecho vivo, inspirado en la tradición popular, en el Derecho canónico o en el Derecho feudal, según los casos. Diferencias de matiz que se aprecian igualmente en otros temas, así en materia de *transmisión del dominio*, poniendo en relación, la *compraventa* (regulada en el tit. 5 de la P. 5.^a) con su función o alcance traslativo o meramente obligatorio, con la regulación dispersa de la transmisión del dominio, que se encuentra, por ejemplo, en la ley 46, tit. 28. P. 3.^a; en la ley 66, tit. 18 de la misma P. 3.^a, o, incluso, en la ley 4, tit. 26, P. 4.^a. Pero volviendo al objeto de nuestro estudio, la explicación hay que hallarla, como dice LE BRAS, en que los canonistas al tratar de armonizar el Derecho romano con el nuevo fundamento del contrato, formularon un nuevo requisito para que el contrato fuera válido, "el requisito de la *causa*, que los romanos no habían percibido con claridad". Añadiendo, en relación con el tema concreto a que se alude en el texto, que: "Una promesa, sin formalidad alguna, podía ser confirmada, en muchos casos, mediante un documento escrito: *cautio*. Además, según los textos romanos relativos a la querrela *non numerata pecuniae*, se disponía que si el documento escrito que establecía el *mutuum* contenía una indicación de *causa*, tal indicación constituía una reconocimiento de su obligación por parte del que prometía algo, y así debería aceptarse por el juez, correspondiendo a ese promitente la carga de probar que era inválido si quería verse libre de su obligación". Añadiendo, en fin, que: "Si no se mencionaba la *causa*, quien debía probar su existencia era aquel que exigía el cumplimiento de lo prometido" (*Derecho canónico*, en *El legado de la Edad Media* de la Universidad de Oxford (ed. Crump y Jacob), trad. esp., Madrid, 1950, 455). En definitiva esto es lo que resulta, teniendo en cuenta el tit. 11 de la P. 5.^a, en relación con la ley citada en el texto (ley 7.^a, tit. 13, P. 3.^a), e incluso con otro texto de la Partida 5.^a (I, 9), a cuyo valor hemos aludido en el lugar citado anteriormente, en ADC, XIX (1966), 417-418.

(51) "*Paresciendo que se quiso un ome obligar a otro por promisión, o por algun contrato, o en alguna otra manera, sea temudo de aquellos a quienes se obligó, e non pueda ser puesta excepción que non fue fecha estipulación, que quiere dezir: prometimiento con ciertas solepnidades del derecho; o que...; más que sea valedera la obligación o el contracto que fueren fechos en cualquier manera que paresca que alguno se quiso obligar a otro, e facer contracto con él.*"

(52) La ley citada prohíbe bajo pena de diez mil maravedís hacer juramento en San Vicente de Avila, en el cerrojo de Santa Gadea ni sobre el altar ni cuerpo santo, ni en otra iglesia juradera, aunque el juez lo mande o la parte lo pida; manifestándose en contra de lo dispuesto en el C,4,1,12,5 y en las *Partidas* (leyes 19 y 22, tit. 11, P. 3.^a).

pranamente la recepción del Derecho romano, como en Italia (53), España o el Mediodía de Francia (54), sino también en el resto. Así, en los países de *Derecho consuetudinario* del Norte de Francia, a pesar de que ofrecen una tenaz resistencia a las corrientes romanistas, penetra bien pronto, por influencia canónica (55), el principio espiritualista, que se manifiesta en el famoso adagio, que después viene recogido por LOYSEL (*Institutes coutumières*, III, 1, 2.), y, según el cual: "*on lie les boeufs par les cornes et les hommes par les paroles; et autant vaut une simple promesse ou convenence que les stipulations du droit romain*" (56). Casi otro tanto sucede, también, en Alemania y en otros países germánicos, primero, mediante una auténtica recepción "temprana", que se manifiesta, como ya puso de relieve STINTZING (57), a través de la práctica cameralista y de las curias eclesiásticas, o por influencia, debido a la intensificación del comercio en esta época, del naciente Derecho mercantil, donde de antiguo se observara el aforismo que ya recoge BARTOLO: "*Nota quod in curia mercatorum debet iudicari de bono et aequo, omissis iuris solemnitatibus*" (58), y, ya posteriormente, por la recepción masiva del Derecho de obligaciones romanista (59) que habían ido elaborando los juristas italianos. Siendo, en definitiva, esta concepción espiritualista la que había de triunfar en la codificación (60).

(53) ASTUTI, *I contratti obbligatori nella storia del diritto italiano, Parte Generale*, I, Milano, 1952; LEICHT, *Storia del diritto italiano, Il Diritto privato*, III, *Le obbligazioni*, 2.^a ed., Milano, 1948, 37 y ss.; ROBERTI, *Svolgimento storico del Diritto privato in Italia*, I, 2.^a ed., Padova, 1935, 74 y ss.

(54) Ofrece un estudio muy interesante sobre esta materia CASTAIGN-SICARD, *Les contrats dans le très ancien droit toulousain*, Toulouse, 1959.

(55) SPIES, *De l'observation des simples conventions en droit canonique, étude suivie de quelques recherches concernat l'influence du principe canonique sur le droit coutumier français*, Nancy, 1928; también, las conclusiones de OURLIAC, *Op. cit.*, en *Etudes Pétot*, París, 1959, 413 y ss.

(56) Cit. por OLIVIER-MARTIN, *Histoire du droit français des origines à la Revolution*, 2.^a ed., París, 1951, 278, y allí también, para el sentido general del texto, así como en, por todos, OURLIAC-MALAFOSSE, *Droit romain et ancien droit*, I, *Les obligations*, París, 1961, 99 ss.

(57) *Geschichte der populären Literatur des römisch-kanonischen Rechts in Deutschland*, Leipzig, 1877, 29 y ss.

(58) *Opera Omnia*, ed. Venetis, 1590, ad D. in tit. "*mandati vel factum*", 29,1.

(59) Así, PLANITZ, *Principios de Derecho privado germánico*, cit., 212-213.

(60) Vid.: *Code civil* de 1804, que formula el principio consensualista de manera negativa, no incluyendo la forma entre los requisitos del contrato (art. 1.108). La exigencia de forma del art. 1.341 es considerada, como otras análogas, solamente a efectos de prueba. En idéntico sentido se manifiesta el art. 1.104 del *Codice civile* italiano de 1865; en cambio, el vigente de 1942, siguiendo la inspiración pandectista del BGB, sobre todo, en lo que tiene de construcción armónica, establece con toda exactitud dogmática el requisito de la forma "cuando resulta prescrita por la ley bajo pena de nulidad", en el art. 1.325. En términos casi análogos se expresa el § 125 BGB. El OR. suizo viene a establecer otro tanto, pero en un tono más respetuoso con el principio espiritualista, así comienza diciendo en el art. 11 que "la validez de los contratos no está subordinada a la observación de una forma particular más que en virtud de una prescripción especial de la ley", pero se añade en el párrafo segundo: "el

Así sucede en nuestro Derecho (61), donde el Código civil, en su artículo 1.278, proclama, con referencia a los contratos, que: “*serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones necesarias para su validez*” (62).

De este modo, en nuestro Derecho, por *regla general* y, sobre todo, por lo que atañe al Derecho de obligaciones, no es necesaria para la eficacia del negocio jurídico (notemos la influencia expansiva de la regulación de los contratos en esta materia), ninguna formalidad especial. Por *excepción*, ciertos negocios jurídicos requieren para su constitución o una *forma determinada* (los llamados *negocios formales* o *solemnes*) o, en ocasiones, *otro requisito* que depende de su especial naturaleza (aceptación en las donaciones) y que puede considerarse que cumple función de forma.

3.—NEGOCIOS A LOS QUE SE EXIGE UNA FORMA DETERMINADA (NEGOCIOS FORMALES)

En nuestro Derecho son contados los negocios patrimoniales, para los que el Código civil, o las disposiciones complementarias al mismo, exigen una forma especial; otra cosa puede decirse, en cambio, para los negocios de Derecho de familia o de Derecho sucesorio.

No obstante, se ha dicho, no sin fundamento, que en el Derecho moderno existe un constante renacimiento de la forma, porque, como decía G. RIPERT: “Se había considerado que el principio del consensualismo presentaba un valor moral y un valor económico ciertos. Al comprobarlo, la cosa había parecido dudosa” (63). Bien es verdad que la forma no siempre viene exigida como requisito constitutivo del negocio, salvo en aquellos supuestos en que se quiere proteger la posible sorpresa de los efectos jurídicos derivados del consentimiento, sino más bien para la protección de determinados intereses del tráfico, para facilitar la prueba o para el desarrollo de efectos jurídicos posteriores a la constitución del negocio. Esto parece notorio en el

contrato no es válido más que cuando esta forma ha sido observada”, salvo que la ley disponga otra cosa.

(61) Recuerda el profesor DE CASTRO cómo el *Proyecto de Código civil de 1851*, sin duda —a mi juicio— por un error técnico de su autor, “es decididamente favorable al formalismo, pues consideró la forma o solemnidad como requisito para la existencia del contrato (art. 985-5.º). La escrita para los de objeto de valor de cien o más duros (art. 1.002) y la de escritura pública para trece clases de contratos (art. 1.003). Cuya falta se sancionaba con la invalidez de las obligaciones (art. 1.001). Acentúa con ello —añade el ilustre maestro— el criterio ya formalista del Código de Comercio de 1829 (arts. 235-238), con virtiendo en requisitos del contrato lo que fueran reglas de limitación o tasa de la prueba en los Códigos francés y sardo” (*El negocio jurídico*, cit. 281).

(62) Por otra parte, el art. 1.260 C. c. rechaza el valor del juramento en los contratos. (“No se admitirá juramento en los contratos. Si se hiciera, se tendrá por no puesto.”)

(63) *Traité de Droit civil*, de PLANIOL, II, París, 1957, 20.

ordenamiento hipotecario, o aun en el Derecho mercantil, a pesar de que el C. de comercio de 1885 jugara una baza decisiva en la orientación espiritualista que iba a adoptar el propio Código civil (64), y donde, después de todo, se ha desarrollado intensamente el formalismo, aun en materia de contratos (65), no sólo en el último de los sentidos indicados, sino con carácter constitutivo para numerosos supuestos. Otro tanto sucede en materia de Derecho laboral, o en Derecho económico, lo que supone una manifestación más de lo que, de modo un poco vago, se ha llamado Derecho social para aludir a ese fenómeno, típico del Derecho moderno, que consiste en el incremento de la intervención pública en el ámbito de la vida privada. Por eso no está mal que volvamos a recordar aquí lo que siguiendo a VON THUR, dijimos anteriormente: "en materia de forma el punto de vista del legislador varía mucho según el lugar y el tiempo, constituyendo las normas pertinentes la parte más arbitraria de todo el ordenamiento jurídico" (66).

Pero, ¿qué valor tiene la exigencia de forma en los llamados *negocios formales* del Derecho moderno? La verdad es que la contestación a esta pregunta dependerá de los particulares tipos de negocios formales. No obstante, en general, y teniendo en cuenta que existen negocios insubrogables, se puede contestar diciendo que son negocios formales aquellos en que la forma requerida por el ordenamiento, en cada caso, es necesaria para que *se constituya* válidamente el negocio. Es decir, la forma se eleva a *requisito* del negocio. Descomponiendo mentalmente el negocio, puede pensarse que la forma, así concebida, no afecta a la *declaración de voluntad* en sentido estricto, pero sin que, con ello, hagamos coincidir (como en la terminología alemana), declaración de voluntad con negocio jurídico, ya que, en el *negocio formal*, el requisito de forma establecido por el ordenamiento, contribuye con los restantes elementos a configurar el *factum* del propio negocio. En este sentido se puede decir que la forma es *constitutiva*. Efectivamente, por un lado, esta forma esencial, *ad solemnitatem*, es la única, válidamente posible, para la manifestación de voluntad de todo negocio formal (67). Ahora bien, si es correcto pensar que, aún así y todo, el requisito de forma es *concurrente* a la voluntad negocial, para diferenciar de este modo, el formalismo moderno del formalismo primitivo, en el que la forma suplanta, no sólo a la propia manifestación de voluntad, sino a la voluntad misma ("*forma dat esse rei*", en sentido absoluto), no puede, en cambio, pensarse que la forma esencial es un requisito complementario, porque, entonces, no nos hallaremos ante el requisito de forma, en el sentido que venimos exponiendo, sino ante

(64) Así, DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit. 281.

(65) URÍA, *Derecho mercantil*, 6.^a ed., Madrid, 1968, 452-453.

(66) *Teoría general*, II-2, cit., 176.

(67) Vid. SAVIGNY, *loc. cit. supra*, nota 25 y también las opiniones de BETTI, CARIOTA FERRARA, LARENZ y FLUME (*supra*, nn. 13 a 16). Igualmente, FLOUR, *Quelques remarques sur l'évolution du formalisme*, en *Etudes Ripert*, I, París, 1950. 98.

otro distinto, forma a efectos secundarios, es decir, forma a efectos de legitimación y de prueba.

Por eso es acertado el examen terminológico y valorativo que hace el profesor DE CASTRO y al que, anteriormente hemos aludido (68), al considerar referidos los preceptos de forma, en los negocios formales, a la llamada forma *ad solemnitatem* a la que se concede un *valor integrativo* o concurrente, reservando la denominación de forma *ad substantiam*, a la que se concede un *valor constitutivo*, al dinero y a los negocios formales del Decreto antiguo, en los que la forma suplanta de modo absoluto al consentimiento. No obstante, no creemos haya inconveniente en calificar al requisito de la forma, en los negocios formales, como *forma constitutiva* o *ad substantiam*, al menos en un significado positivo del requisito de forma, como necesario para la eficacia y validez del negocio formal de que se trate, o de todo negocio formal, en abstracto, sin que ello nos lleve a pensar en el significado negativo o excluyente respecto de otros requisitos que el carácter formal del negocio tuviera en el Derecho primitivo, en el que la forma era capaz de suplantar al propio consentimiento, pues no se trata de sustituir un requisito por otro, sino de *añadir* al requisito del consentimiento el requisito de la forma, lo que no tiene por qué prestarse a equívocos, ya que esta manera de ver es parte de la concepción moderna del negocio jurídico, como categoría general, que ha sustituido a los particulares tipos de negocio del Derecho antiguo, como hemos visto (69). De modo que la existencia del requisito de la forma, en un negocio formal —y ésto sí es preciso que sea recalcado y a su evidencia ha contribuido el agudo análisis del profesor DE CASTRO—, no impide que pueda hacerse una valoración sobre los restantes requisitos del negocio, de manera que éste no será eficaz, aun cumpliendo el requisito de forma, si adolece de otros vicios (70).

Como vemos la forma, en los negocios formales, no se implica con los restantes requisitos del negocio para anularles, sino para añadirse a ellos, como uno de tantos. Únicamente parece darse, como ya hemos anticipado y sobre lo que más adelante hemos de volver, una implicación en este sentido entre *forma* y *causa* (71). Pero también en

(68) Vid. *supra*, n. 19. No obstante, como hacemos en el texto, es preferible equiparar la terminología para acercarnos a la forma de expresión más generalizada en la doctrina y en la jurisprudencia. Sobre esta cuestión terminológica encontramos un planteamiento muy interesante en LACRUZ, *La forma constitutiva en la hipoteca mobiliaria y en la prenda sin desplazamiento*, en AAMN, XI (1961), 349 y ss.

(69) Para el argumento, en general, D'ORS, *La formación histórica de los tipos contractuales romanos*, Madrid, 1951.

(70) Así, dice, después de dar un elenco de negocios formales, que: "Todos estos negocios pueden calificarse de formales, en el sentido de que la forma es un requisito necesario o imprescindible para la misma existencia del negocio. No tiene la forma en ellos valor constitutivo, ya que no existirá o no será plenamente eficaz el negocio que, aun teniendo la forma requerida, carezca de un requisito esencial o lo tenga viciado; tiene simple valor integrativo" (*Op. cit.*, 280).

(71) DE CASTRO, *Op. cit.*, 285, alude también a la implicación citada entre

ésto se diferencia el formalismo moderno del formalismo primitivo; de un lado, en que la forma, lo mismo que decíamos respecto del consentimiento, no suplanta a la causa, salvo lo que en este sentido se pueda llegar a construir en los *negocios abstractos* y, de otro, en que si este fenómeno parece hallarse en algunos negocios, especialmente de Derecho de familia o de Derecho sucesorio (por ejemplo, reconocimiento de hijo natural, adopción, aceptación o renuncia de la herencia, etcétera), es porque, en tales casos, la causa va ínsita en el negocio, coincidiendo con su propio *esquema negocial*, interesando entonces la forma especial, no sólo por consideraciones de tipo general ya sabidas, sino, también, por el alcance y carácter *declarativo* de tales actos de los que depende la configuración —*constitución*— de una situación jurídica o aun de un *quasi status* (72).

Por último, para comprender el significado de la forma, cuando ésta viene exigida por el ordenamiento con carácter *esencial*, hay que añadir que, en tales supuestos, el precepto de forma es de Derecho estricto, de modo que su incumplimiento no puede ser suplido por aplicación del principio de la buena fe. La inaplicabilidad del principio de la buena fe, al campo en el que actúan los preceptos de forma, con el alcance indicado, viene señalada por la doctrina alemana, certeramente (73). La razón, en cambio, de esta incompatibilidad no deja de ser un tanto sutil, porque sucede, al contrario, como veremos, de lo que ocurre en materia de forma, requerida no *ad solemnitatem*, sino meramente *ad probationem* o con finalidades equivalentes, donde la doctrina del *favor negotii* se desarrolla intensamente. Pero a pesar de que sea difícil dar con una fórmula explicativa de esta situación, la incompatibilidad existe y parece evidente, no porque tenga un fundamento material, sino porque el ordenamiento en el precepto de forma, en el sentido indicado, sustrae la materia a la aplicación de la buena fe, al proclamar una a modo de *fides concreta* que viene a cumplir de modo paralelo o equivalente una función de tutela de los intereses en juego. Por otra parte, parece claro que el proceso de desarrollo de la forma en el Derecho primitivo, aparece vinculado a esta relación entre *forma* y *fides*. Lo mismo sucede, en algún sentido, en el Derecho moderno, aunque fuera del campo estricto del negocio jurídico, cuando ciertas formas legitimantes llegan a alcanzar, en algún sentido, efectos constitutivos, como sucede en el ámbito del artículo 34 de la L.H. en relación con el derecho del tercero y en el supuesto de que sea un adquirente *a non domino*, pues la protección dispensada a la forma,

causa y forma, pero se refiere a otros supuestos distintos, a los que nos referimos más adelante en el texto, citando de este modo las capitulaciones matrimoniales y los contratos que tengan por objeto la constitución de personas jurídicas, etc.

(72) A la naturaleza y función del *acto declarativo* me refería en mi trabajo, DE LOS MOZOS, *La renuncia a la sociedad legal de gananciales*, en ADC, XIII (1960), 80 y ss.

(73) Por todos, K. LARENZ, *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, München, 1967, 411, y allí otras referencias.

mediante la publicidad, requiere de la concurrencia de la buena fe (74). En este caso, o en otros parecidos, aunque los aspectos lógicos del desarrollo de la cuestión sean equivalentes, los efectos son distintos, puesto que la buena fe y la forma no se identifican en un punto (el precepto de forma), sino que concurren. Diferenciándose, por lo mismo en esta cuestión, también, los distintos tipos de forma, bien que ésta, a pesar de sus poderosos efectos, no llegue a ser esencial.

El Código civil regula la materia de una manera que, a primera vista, parece fragmentaria, pero más que un defecto de técnica legislativa del que no hay por qué culpar al Código, responde a un criterio sistemático, al aceptar el principio general de libertad de forma, en el artículo 1.278, rectificando, conforme a la Ley de Bases (75), los errores en que había incurrido el Proyecto de 1851. Por eso, cuando el artículo 1.280 enumera una serie de supuestos en los que el negocio o contrato "*deberá constar en documento público*", se refiere, en general, no a forma en sentido constitutivo o forma esencial (*ad solemnitatem*), sino a forma para determinados efectos secundarios, así, forma *ad probationem*, referida a la facilitación de la prueba o a la desviación del *onus probandi*, pues la forma no vincula al juez, conforme al artículo 659 LEC (76), o para la constitución de otros efectos especiales (embargo preventivo, admisión a los Registros públicos, prelación de créditos, etc.), ya que el artículo 1.280, como veremos, ha de ser interpretado con sujeción a lo dispuesto en el artículo 1.279 y bajo el prisma del artículo 1.278 C. c., siendo muy acertado poner de relieve, como lo ha hecho el profesor DE CASTRO (77), que el abo-lengo de aquel precepto, cuyos precedentes legislativos se remontan al tiempo de los Reyes Católicos (78), tiene un claro significado fiscal. Vamos a ver ahora cuáles son los *negocios formales* en el Derecho civil.

Entre los negocios de *Derecho patrimonial*, para los que se exige una forma especial, tenemos, en primer lugar, al *derecho real de hipoteca* (arts. 1.875-1 y 145 LH), pues su constitución exige escritura

(74) Sobre el argumento, últimamente, y para no referirme a una abundante literatura, el excelente trabajo de M. AMORÓS GUARDIOLA, *La buena fe en la interpretación de los problemas hipotecarios*, en RCDI, 43 (1967), 1523 y ss.

(75) En la Base 20.^a se expresaba que los contratos "continuarán sometidos al principio de que la simple coincidencia de voluntades establece el vínculo, aun en aquellos casos en que se exigen solemnidades determinadas para la transmisión de las cosas, o el otorgamiento de escritura a los efectos expresados en la base precedente".

(76) Este precepto se ve completado por lo dispuesto, fundamentalmente, en el art. 1.248 C. c. Y esto hace que ni siquiera el art. 1.280 (párrafo último) suponga, a pesar de los precedentes del Derecho francés y del Proyecto de 1851, e incluso de la propia Base 19.^a o del art. 51 del Código de Comercio, una tasa de las pruebas, pues parece clara la rectificación del Código respecto del tenor de la Base 19.^a, lo que viene aceptado por la mejor doctrina y por la jurisprudencia. Para esto, DE CASTRO, *Op. cit.*, 287-289.

(77) *Op. cit.*, 282 y ss.

(78) Así se manda en el "Cuaderno de las Alcabalas", ley 101 (pr.), que: "Todas las ventas, trueques y enagenaciones de bienes raíces pasen ante los

pública e inscripción en el Registro de la Propiedad. ALBALADEJO, siguiendo a CARIOTA FERRARA (79), habla, en este caso, y lo mismo puede ser referido a otros, de una *forma concurrente* (distinta de la forma de la declaración) porque es la que constituye un requisito que se acompaña al acto o contrato y que forma parte de la configuración del *factum* como un todo. Esto es de tal modo que, aunque se pueda pensar, hipotéticamente, en un contrato de hipoteca no inscrito, supuesto que plantea LACRUZ (80), no cabe pensar en un efecto jurídico autónomo anterior a la inscripción, desde un punto de vista práctico, ya que podrá ser inscrito por cualquiera de las personas interesadas en el mismo, conforme al artículo 6.º de la LH.

También es constitutiva la inscripción para el establecimiento de la *hipoteca mobiliaria* y de la *prenda sin desplazamiento* (art. 3.º de la Ley de 16 de diciembre de 1954), aunque, como se ha observado (81), en esta materia, la distinción entre la creación del título y la inscripción es más acusada que en la hipoteca inmobiliaria (82), si bien, a mi modo de ver, las consecuencias prácticas son de indole equivalente (83).

Por lo demás, en nuestro Derecho, a diferencia del Derecho ale-

Escribanos del Número y éstos den copia de ellas a los recaudadores de las alcabalas" (10,12,14 NR).

(79) *Notas* a CARIOTA FERRARA, *El negocio jurídico*, 368.

(80) LACRUZ-SANCHO, *Derecho inmobiliario registral*, Barcelona, 1968, 131-132. Lo más importante en esta cuestión es que, aunque se puedan disociar lógicamente ambos momentos (escritura e inscripción), no pueden disociarse jurídicamente, pues en caso contrario había que hablar de un *efecto obligacional* de la "hipoteca no inscrita" y esto no es posible, ya que entonces no se trataría de una hipoteca por insuficiencia de lo realizado.

(81) LACRUZ, *La forma constitutiva en la hipoteca mobiliaria y en la prenda sin desplazamiento*, cit., y LACRUZ-SANCHO, *Derecho inmobiliario registral*, 132.

(82) Así parece deducirse del propio tenor literal de la ley citada, al establecer que tales derechos *se constituirán* en escritura pública, y en párrafo aparte (art. 3.º LHM), que la constitución deberá inscribirse en el Registro.

(83) Razonando, LACRUZ (*Op. cit.*, 132), con referencia a uno y otro caso, dice que: "Mientras la hipoteca no se inscribe, el contrato produce plenos efectos obligacionales. Estos efectos que se concretan en una obligación de garantía vienen enmascarados, cuando el hipotecante es a la vez el deudor, por el principio de responsabilidad patrimonial universal, pero quedan al descubierto cuando es persona distinta, en cuyo supuesto se produce una especie de "fianza real", es decir, limitada a los bienes objeto de la hipoteca". Pero esta argumentación, pese a toda su agudeza, no parece convincente, aunque se considere que el requisito de *inscripción* en la hipoteca sólo afecta a su eficacia y no a la nulidad o a la inexistencia del acto, como el propio LACRUZ entiende (*Ibid.*, 135 y ss.), pues cuando falta la inscripción (pese a una interpretación literalista del art. 1.875 C. c. y del art. 3.º de la LHM, que se halla en pugna con una verdadera interpretación sistemática) lo que sucede es que no ha nacido todavía la hipoteca y no se puede hablar de efectos obligacionales de la misma, sino a lo sumo de efectos obligacionales, nacidos de una situación excepcional y atómala. Como sabemos, por un lado, la trascendencia práctica de estas situaciones es muy escasa, dada la fácil solución del problema que pueda presentar, y por otro, la revalorización de sus efectos secundarios, cuando tal se pretendiera, sería muy discutible al ir en contra de las directrices de todo el sistema, permaneciendo en el campo de la más absoluta ineficacia.

mán, no existe un *acto formal*, acompañado de la inscripción, para la transmisión del dominio sobre los bienes inmuebles (84). En cambio, se exige la inscripción para la constitución de determinados derechos reales, así para constituir derechos de *superficie urbana* (arts. 158-2 de la Ley del Suelo y 51-1 RH) y *derechos de construcción* sobre el vuelo o el subsuelo (art. 51-2 RH), o bien, para determinar la situación de un conjunto de bienes, constitutivo de un patrimonio especial, como sucede con los *patrimonios familiares*, al amparo de la Ley de 15 de julio de 1952, o para la configuración y ulterior disposición de nuevas fincas, conforme al sistema de *reparcelación del suelo*, en materia de ordenación urbana (art. 34 del Reglamento de 7 de abril de 1966), o para el tráfico jurídico de ciertos bienes, como las llamadas *parcelas de reemplazo* resultantes de la Concentración Parcelaria (art. 70, texto refundido de 8 de noviembre de 1962), o para la adquisición de bienes por los extranjeros, aparte de la autorización administrativa, en su caso (así, entre otras disposiciones, la Ley de 12 de mayo de 1960 y el Decreto-Ley de 22 de febrero de 1962). En cambio, no tiene el mismo carácter la exigencia de la inscripción en los bienes de Patrimonio del Estado (arts. 42 y siguientes del Decreto de 15 de abril de 1964). Por último, el Código establece la exigencia de escritura pública para la constitución del censo enfiteútico (art. 1.628 C. c.).

En el *Derecho de obligaciones*, impone el Código, aparte de las formalidades exigidas en materia de donaciones y aun en otros supuestos a que luego vamos a referirnos, de diversa índole, la necesidad de la escritura pública en la constitución de la *sociedad civil* a la que se aporten bienes inmuebles (art. 1.667 C. c.), así como la necesidad de inventario de los inmuebles aportados (art. 1.668 C. c.), pero sin perjuicio de que, faltando aquellos requisitos, deje de tener validez el contrato de sociedad concertado por las partes, dado su carácter de *contrato consensual*, por lo que el art. 1.667 debe estar supeditado al art. 1.278, siendo aquel precepto piedra de toque para determinar el alcance del precepto de forma en materia de Derecho de obligaciones, como la doctrina y la jurisprudencia, de una manera unánime han puesto de relieve (85). En estos casos, se habla de *sociedad irregular* (86), cuya eficacia se explica, más que por aplicación del principio del *favor negotii*, por la posibilidad de una menor eficacia que la contemplada por el legislador, dado el carácter consensual del contrato de sociedad, aparte de la sanción legal que impone entre los socios el régimen de comunidad de bienes y la denegación de personalidad jurídica autónoma (art. 1.669 C. c.). Por eso, la exigencia de

(84) Según el § 873 BGB, es necesario el "acuerdo real abstracto" (*Eini-gung*) y la inscripción, por otra parte, aquel, como se deduce claramente del § 925 BGB, es un auténtico *acto formal*.

(85) Sobre el particular, DE CASTRO, *Op. cit.*, 283-284, con abundantes referencias jurisprudenciales, a las que nos remitimos.

(86) El tema, como es lógico, ha salido del campo del Derecho civil, teniendo más interés en el Derecho mercantil. Para esto, especialmente, GIRÓN TENA, *Las sociedades irregulares*, en ADC, IV (1951), 1291 y ss.

forma pública aparece, dentro y fuera del Derecho de obligaciones, cuando se trata de la creación de *personas jurídicas*, ya sean sociedades civiles (arts. 1.669 y 1.670 C. c.), mercantiles (arts. 17, 24, 116 C. de C. y art. 6 LSA, art. 5 LSRL.), asociaciones (arts. 3, 5, 7 LA.) o cooperativas (art. 5 Ley de 2 de enero de 1942). Y lo mismo cabe decir de las fundaciones (87).

Se establece, también, la necesidad de la escritura pública para el *arbitraje* conforme al artículo 5.º de la Ley de 22 de diciembre de 1953, dado su evidente alcance procesal. Por lo mismo, hay que entender la justificación de la exigencia de forma escrita determinada para ciertas declaraciones y notificaciones en materia de arrendamientos rústicos y urbanos, conforme a la legislación especial. Ultimamente, también la Ley de 15 de julio de 1965, sobre *compraventa de bienes muebles a plazos*, establece, aparte de otros requisitos, que modifican sensiblemente el régimen jurídico de la compraventa y con una técnica muy deficiente, la obligatoriedad de su constancia por escrito (arts. 5 y siguientes). Por último, parece lógico que por su propia naturaleza haya de constar, al menos por escrito, el *contrato de seguro* (artículo 1.793 C. c.).

En el *Derecho de familia* y en el *Derecho de Sucesiones*, se halla más generalizada la existencia de actos formales, así dejando a un lado el *matrimonio* (donde se establece una *forma concurrente* necesaria, junto a la *solemnidad* de la declaración de voluntad, para que tenga validez), podemos considerar como tales el *reconocimiento de hijo natural* (art. 131 C. c.), la *adopción* (arts. 176, 177), la *emancipación* (artículo 316), la *habilitación de edad* (art. 322), las *capitulaciones matrimoniales* y sus modificaciones (arts. 1.321 y 1.324), la *constitución de dote* (art. 1.339), la *cesión, repudiación o renuncia* de los derechos de la sociedad conyugal (arts. 1.280-4 y 1.394). En *Derecho de Sucesiones*, nos encontramos con que el *testamento* —y de esta cuestión volveremos a ocuparnos más adelante— en cualquiera de sus formas (ya se trate de testamentos comunes o especiales), viene considerado como un *acto solemne*; este criterio, que se mantiene a lo largo de toda la tradición romanista, se consagra, plenamente, en nuestro Código civil, al suprimirse la eficacia de ciertas formas paratestamentarias, como los codicilos y las llamadas memorias y cédulas testamentarias (artículos 672, Disp. Trans. 2.ª, etc.) (88). También se exige una forma especial para la *renuncia a la herencia* (instrumento público o manifestación ante el juez competente, según el artículo 1.008 C. c.).

En los demás supuestos en que a lo largo del Código se habla de forma, no se requiere esta *ad solemnitatem*, así sucede en la mayoría de los casos previstos en el artículo 1.280, no comprendidos entre los anteriores, bien que en la práctica en el supuesto de los *poderes* a que alude el párrafo 5.º de este artículo, por el especial destino de los mis-

(87) Vid. DE CASTRO, *Op. cit.*, 286.

(88) Este criterio es unánime en la doctrina y en la jurisprudencia. No va en contra del mismo la argumentación que hace DE CASTRO, *Op. cit.*, 280.

mos (actuación ante tribunales, autoridades o incorporación a escrituras o instrumentos públicos, etc.), esta exigencia viene a funcionar como un requisito de eficacia.

Como vemos en la mayoría de estos supuestos en que el ordenamiento sujeta la eficacia del negocio o su validez a una forma especial, son siempre razones técnicas o de seguridad y de certeza las que impulsan al legislador a establecerla. En cambio, en otros supuestos, parece que la exigencia de forma deriva más claramente de la naturaleza de las cosas. Así sucede, sobre todo en materia de *donaciones*, ya que la donación de muebles deberá hacerse por escrito o mediante la entrega de la cosa (donación real), según el artículo 632 y la de inmuebles, mediante escritura pública (art. 633), requiriéndose, en ambos casos, además, la aceptación del donatario (arts. 632 y 633) que viene a funcionar como un requisito formal, congruentemente con el carácter contractual de la donación en el Derecho moderno.

En cambio, a mi entender, no puede decirse lo mismo en cuanto a la función de la *entrega de la cosa* en los llamados *contratos reales*, pues en este caso la situación es distinta a la que tiene lugar en la *donación real* (art. 632-2.º). No obstante, el profesor DE CASTRO opina en sentido contrario (89), considerando que la entrega sirve de requisito formal, en estos casos, para completar el consentimiento de las partes, atendiendo conforme a nuestro sistema al juego normal de la forma y de la causa. Pero más me parece que aquí la entrega de la cosa cumple función de *causa* que de *forma*. Efectivamente, los contratos reales aparecen en el Derecho moderno como una pieza desajustada respecto de la configuración del contrato como categoría general, siendo su regulación concreta una supervivencia, o más propiamente un arcaísmo que proviene del Derecho intermedio, cuando paralelamente a la formación del concepto de causa y de contrato se hablaba de causa, como si se tratara de la *causa de los innominados* (*datio vel factum, rei interventus*) como una de las *vestes* del *pactum nudum* (90), pero sí es evidente que en una interpretación sistemática tenemos que ajustar esa pieza al mecanismo general y por ello admitir la eficacia de los contratos reales *solo consensu* (91), también es verdad que los efectos obligatorios quedan ampliados (conforme a una *tipicidad nominal* que no se corresponde con la *tipicidad causal*, o sea, institucional y sistemática) mediante la entrega de la cosa; así, pues, esta entrega no constituye el contrato como se trataría en el caso de que funcionara como *forma*, sino que llega el caso amplía sus efectos actuando como *causa particular* de los mismos (no como causa del contrato que se

(89) *Op. cit.*, 286-287.

(90) Para esto, véase mi trabajo ya citado *La causa del negocio jurídico*, en RDN, 33-34 (1961), 355 y ss. y 391 y ss.

(91) En este sentido se orienta el excelente libro del profesor JORDANO BAREA *La categoría de los contratos reales*, Barcelona, 1958. DE CASTRO, *Op. cit.*, 287, viene a aceptar también esta misma conclusión, aunque salvando su punto de vista, al hablar en tales casos de contratos atípicos de comodato, depósito, préstamo, etc.

halla igualmente en la *función social* que cumple). A este razonamiento habría que añadir otro, acudiendo a la distinción que hace BETTI, precisamente con relación a este problema del alcance de la entrega de la cosa en los contratos reales, entrando en un terreno en el que nos vamos fuera del estricto campo de la forma, cuando dice que “el negocio jurídico puede configurar una exteriorización tanto bajo la forma de *declaración* como bajo la de simple *comportamiento*”, habiendo “figuras de negocios resultantes de la combinación de un *comportamiento* subordinado con la *declaración* que funcionalmente le es superior”, siendo éste el caso de los contratos reales (92). Como se ve, la exteriorización que produce la entrega es posterior a la declaración y es que el comportamiento sólo de un modo excepcional suple a la declaración: en aquellos casos en que coincide con ésta y es su forma de exteriorización, sólo entonces (como sucede en la *donación manual*, o en la *aceptación tácita* de la herencia, conforme al artículo 999-3 C. c.), es cuando constituye forma del negocio. En los demás de los casos el mero comportamiento o nos lleva fuera del campo del negocio jurídico a las simples “*actuaciones de voluntad*” o a los *actos reales* no negociales (*occupatio, plantatio, derelictio*, etc.), o, en otro caso, se desenvuelve en la vida posterior a su nacimiento, es decir, en el juego de los efectos que del mismo nacen. Por eso, el propio BETTI nos dirá que “la entrega no es una forma..., su necesidad obedece a muy otra exigencia que la de la seriedad del negocio en el sentido que hemos visto, el del carácter firme y definido de la determinación causal. La entrega es aquí parte integrante de la misma reglamentación de intereses elevada a contenido del negocio” (93).

Por razones análogas, aunque aún más profundas, me permito disentir igualmente de la opinión del maestro DE CASTRO cuando considera como forma a la *tradición* en “los negocios de adquisición o transmisión de la propiedad y los demás derechos sobre los bienes” (94), y ello porque en rigor no existen en nuestro Derecho verdaderos negocios de adquisición o transmisión de los derechos reales, sino que esta adquisición o transmisión tiene lugar, en virtud de ciertos contratos mediante la tradición, como expresa el artículo 609 C. c. Es decir, que contrato y tradición son dos actos jurídicos distintos y cada uno requerirá una forma determinada. El que la tradición sea un verdadero negocio, un acto de cumplimiento o un mero comportamiento, es una cuestión distinta de la que ahora no es posible ocuparse.

A diferencia de los supuestos anteriores, puede considerarse que cumple función de forma la exigencia por el ordenamiento de una *manifestación expresa*, bien por la naturaleza declarativa del acto, bien porque el propio contenido del acto o negocio así lo imponen y así encontramos los siguientes casos, dispersos en todo el ámbito del Derecho civil; *condonación expresa* (art. 1.187), *aceptación expresa*

(92) *Teoría general del negocio jurídico*, trad. esp., Madrid, 1943, 200.

(93) *Ibid*, 204.

(94) *Op. cit.*, 279.

de la herencia (arts. 999-2 y concordantes), o también, en la *institución de la mejora* (art. 825) y en el *contrato de fianza* (art. 1.827-1).

4. LA EXIGENCIA DE FORMA A EFECTOS ESPECIALES. RECAPITULACIÓN

La forma en ocasiones, como ya hemos anticipado, sólo viene establecida para determinados efectos. Este es el sentido del artículo 1.280, al prescribir el *documento público* para ciertos actos y en general para el tráfico de inmuebles, así como la *forma escrita* aunque sea privada para los contratos cuya cuantía exceda de mil quinientas pesetas. Pero ya hemos dicho que el precepto de forma en este sentido ni establece una tasa de las pruebas (a diferencia de lo que sucede en el Derecho francés o italiano, o aun en el ordenamiento mercantil), ni vincula al juez más allá de lo que es el límite razonable de un prudente arbitrio (95). Por ello, la exigencia de forma en los supuestos determinados en el artículo 1.280 (96) no tiene otro valor que aquel que le atribuye el artículo 1.279, según el cual: "*Si la ley exigiere el otorgamiento de escritura u otra forma especial para hacer efectivas las obligaciones de un contrato, los contratantes podrán compelerse recíprocamente a llenar aquella forma desde que hubiese intervenido el consentimiento y demás requisitos para su validez*". Se trata, pues, como dice DE CASTRO, de una formalidad útil y conveniente, y así viene interpretado por la doctrina y la jurisprudencia. No obstante, el tenor literal del art. 1.280 y algún otro criterio lógico-gramatical hizo pensar a algún autor y a la propia jurisprudencia que el otorgamiento de la escritura debía

(95) Así viene a expresarse, indirectamente, aunque con toda claridad, en el art. 1.248 C. c., cuando dice que: "La fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos será apreciada por los Tribunales conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuidando de evitar que por la simple coincidencia de algunos testimonios, a menos que su veracidad sea evidente, queden definitivamente resueltos los negocios en que de ordinario suelen intervenir escrituras, documentos privados o algún principio de prueba por escrito".

(96) "Deberán constar en documento público:

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

2.º Los arrendamientos de estos mismos bienes por seis o más años, siempre que deban perjudicar a tercero.

3.º Las capitulaciones matrimoniales y la constitución y aumento de la dote, siempre que se intente hacerlos valer contra terceras personas.

4.º La cesión, repudiación y renuncia de los derechos hereditarios o de los de la sociedad conyugal.

5.º El poder para contraer matrimonio, el general para pleitos y los especiales que deban presentarse en juicio; el poder para administrar bienes y cualquier otro que tenga por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública o haya de perjudicar a tercero.

6.º La cesión de acciones o derechos procedentes de un acto consignado en escritura pública.

También deberán hacerse constar por escrito, aunque sea privado, los demás contratos en que la cuantía de las prestaciones de uno o de los dos contratantes exceda de 1.500 pesetas."

preceder a la prestación de las demás obligaciones resultantes del contrato (97). Pero bien pronto se abandonará este criterio, volviéndose a la fidelidad al principio tradicional de la *libertad de forma*, recogido en el artículo 1.278 y siendo, por otra parte, el artículo 1.279 expresión de la *communis opinio* que ya había ido formándose, antes del Código civil, en torno a esta materia (98). Por último, para cerrar toda posibilidad de duda a esta interpretación, es curioso hacer notar que aunque en los casos enumerados en el artículo 1.280 se cuenten supuestos, que ya conocemos, en los que la exigencia de la forma aparece como requisito esencial del negocio, esta exigencia viene impuesta, no por el artículo 1.280, sino por los preceptos particulares que así lo disponen.

Por lo demás, el ámbito del artículo 1.279, viene claramente determinado por la doctrina, de una manera unánime y por la propia jurisprudencia; así, CASTÁN (99) recoge, entre otras, las siguientes conclusiones: 1) Este precepto consigna una facultad, no una obligación, como consecuencia de ello, puede pedirse y debe cumplirse lo convenido antes del otorgamiento de la escritura (100). 2) La falta de forma especial no priva al contrato de su verdadera eficacia, de manera que si se cumple no puede por menos que, en cierto modo, afectar a terceros (101). 3) Las partes tienen el derecho de compelerse recíprocamente para elevar el contrato a la forma pública o escrita correspondiente (102). Y ya, en fin, es interesante destacar cómo en nuestro Derecho, a diferencia de lo que, como ya hemos anticipado, ha sucedido en otros Derechos europeos, y que incluso se manifiesta también en el nuestro, en Derecho mercantil, la fidelidad al principio consensualista se ha mantenido con mucho más rigor, como hace observar el profesor DE CASTRO (103), y sin que la claridad del principio haya sido turbado por consideraciones de índole procesal, cuyo fundamento no es tan indiscutible como puede parecer a primera vista. Por otra parte, el razonamiento es interesante también porque pone de relieve hasta qué punto puede ser adecuada o no una implicación procesal, en el campo puramente sustantivo. Efectivamente, con la libertad de formas empieza a desarrollarse la importancia de la prueba testifical, lo que se mani-

(97) *Op. cit.*, 282.

(98) DE CASTRO, *Op. cit.*, 283, cita, entre otras, la S. de 10 de junio de 1854, en relación con el contrato del compraventa de inmuebles y a la vista de la legislación de carácter fiscal a que antes hemos aludido y de la necesidad de la forma pública para el acceso de tales enajenaciones al Oficio de Hipotecas.

(99) *Derecho civil español común y foral*, III, *Derecho de obligaciones (La obligación y el contrato en general)*, 10.^a ed., Madrid, 1967, 434-435.

(100) SS. 19 de octubre de 1901, 29 de noviembre de 1950, etc.

(101) S. 1 de julio de 1901. Por otra parte, téngase en cuenta que el efecto contemplado es sensiblemente diferente de lo que la doctrina llama la "conválidación por ejecución", aplicable a ciertos supuestos de anulabilidad.

(102) SS. 7 de julio de 1956, 29 de abril de 1960, 27 de octubre de 1961, entre las más modernas.

(103) *Op. cit.*, 282 y 288-289. Son sumamente interesantes sobre el particular las SS. de 23 de febrero de 1926, 29 de noviembre de 1950, ya citada; 12 de marzo de 1960 y 6 de octubre de 1965.

fiesta en su admisión ilimitada, cayendo pronto en descrédito por su consustancial falibilidad, entonces, empieza a plantearse el problema de la tasa de esta prueba. Así, en Francia, en 1667 (104), se excluye la prueba de testigos para los negocios que excedieren de cien libras y esta tasa, aunque con modificaciones por razón de la cuantía, pasa al *Code civil* y a nuestra Ley de Bases (105), según expone DE CASTRO, pero los redactores del Código civil se separaron de ella, sin seguir tampoco el ejemplo del Código de Comercio (art. 51) (106), pues "probablemente —dice el ilustre autor citado— tuvieron en cuenta la consideración de que el documento privado era un medio de prueba no menos falible que el de testigos (lo que ya observara GARCÍA GOYENA) y los resultados injustos a que se llegaría negando al Juez la posibilidad de tener en cuenta testimonios dignos del mayor crédito; seguramente vieron también lo peligroso de alterar las reglas procesales que en España habían venido funcionando de modo satisfactorio (107).

Una significación equivalente a la del artículo 1.280 se encuentra en otros preceptos del Código que hemos de considerar del mismo orden, destacando el artículo 1.865 (108) para los efectos de la prenda (109) y aun cabe pensar en otros supuestos que pueden construirse partiendo de los principios generales, así en el caso de la transacción extrajudicial (pues la judicial es un acto procesal), de la renta vitalicia, etc. Por otra parte, la función de la forma, en este sentido, se pone claramente de relieve, por ejemplo, cuando se trata de la constitución de los *efectos reales* de ciertos derechos de obligación, como el *arrendamiento inscrito* (arts. 1.549, 1.571 C. c. y 2-5.º LH) (110) y el *derecho de opción* (art. 14 RH.) (111).

(104) Se trata de la Ordenanza real de Moulin (cit. DE CASTRO, *Ibid.*).

(105) La Base 19.ª establece al final que se fijará "un máximo, pasado el cual toda obligación de dar o de restituir, de constitución de derechos, de arriendo de obras o de prestación de servicios, habrá de constar por escrito, para que pueda pedirse en juicio su cumplimiento o ejecución".

(106) Cfr.—"Sin embargo —dice el inciso segundo, párrafo primero y después de haber afirmado el principio consensualista— la declaración de testigos no será por sí sola bastante para probar la existencia de un contrato cuya cuantía exceda de 1.500 pesetas, a no concurrir con alguna otra prueba." Es de hacer notar que la jurisprudencia ha atenuado el alcance de este precepto (SS. 31 de enero de 1950, 18 de febrero de 1941, etc.).

(107) *Op. cit.*, 288.

(108) Cfr.: "No surtirá efecto la prenda contra tercero si no consta por instrumento público la certeza de la fecha".

(109) Haciendo un paralelismo entre la prenda y la hipoteca y teniendo en cuenta lo que un sector de la doctrina entiende en relación con la llamada *forma concurrente* en la hipoteca, a lo que anteriormente nos hemos referido, vemos claramente el abismo que separa estos dos supuestos. Las diferencias no sólo dependen del poder arbitrario del propio ordenamiento, sino de una diversa estructura institucional (existencia o no del desplazamiento de la posesión) que se halla íntimamente vinculada a la viabilidad del derecho.

(110) Antes de las leyes especiales, esta eficacia *erga omnes* únicamente se conseguía mediante la inscripción, y lo mismo puede mantenerse hoy para los arrendamientos comunes.

(111) Esto, sin perjuicio de que pueda configurarse el *derecho de opción como* derecho real, como se deduce de la R. de 27 de marzo de 1947.

Prueba también que, en estos casos, no se compromete la eficacia del negocio, al no cumplirse la forma prescrita para determinados efectos, es la propia *conversión formal* del negocio jurídico, en virtud de la cual el negocio jurídico reduce su eficacia, proporcionalmente en la medida en que falta una forma adecuada, prevista para aquellos efectos (112), es el caso de la escritura pública defectuosa que vale como documento privado (art. 1.223) (113), o el testamento cerrado nulo por defecto de forma que puede valer como testamento ológrafo si estuviese escrito y firmado por el testador (art. 715) (114). Existe, pues, una gradación de efectos que se corresponde paralelamente con la observancia de una gradación de formas, así dispuestas armónicamente por el ordenamiento.

No pueden considerarse como forma del negocio las llamadas *formalidades especiales* y en ello se halla de acuerdo la doctrina tanto española como extranjera. Estas formalidades son, en primer lugar, *requisitos concurrentes "externos"* al negocio, establecidos para dotarle de eficacia en determinadas circunstancias o en relación con determinados efectos (a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, con la exigencia de la inscripción en la hipoteca), o por razón de interés o de orden público, apareciendo de manera muy profusa en el Derecho de familia y en el Derecho de Sucesiones y con un alcance muy diverso que va desde la invalidez o ineficacia hasta la anulabilidad o impugnabilidad (así la necesidad de la *autorización judicial* para determinados actos de la mujer casada, o la necesidad de la *aprobación judicial*, en las enajenaciones de bienes de menores, rendiciones de cuentas, particiones, etc., o de la *protocolización* de las operaciones particulares) lo mismo que, en fin, cuando se requiere una homologación o *autorización judicial o administrativa* con fines de protección de intereses de orden público, sociales, fiscales o cualesquiera otras. Las exigencias que imponen estas formalidades especiales, lo mismo que sucede con el precepto de forma (sobre todo cuando tiene carácter *ad solemnitatem*) vienen a limitar notablemente la autonomía privada, pero los efectos

(112) La infracción del precepto de forma, en estas situaciones, no provoca, como cuando la forma se requiere como requisito esencial del negocio, su ineficacia, sino simplemente una menor eficacia, por lo que se diferencia notablemente de la conversión material del negocio jurídico o verdadera y propia conversión. Ya decía VALVERDE, refiriéndose a la *conversión formal*, "que la conversión no afecta a la sustancia del negocio jurídico, el acto, aunque convertido, es siempre el mismo, puesto que la declaración de voluntad es la misma también; lo que es diverso, lo que cambia, es la forma, y este cambio no produce la invalidez del negocio, sino mayor o menor 'eficacia jurídica'" (*Tratado de Derecho civil*, I, Valladolid, 1935, 579). Vid. también mi trabajo sobre *La conversión del negocio jurídico*, Barcelona, 1959, 19 y ss.

(113) Cfr. "La escritura defectuosa, por incompetencia del Notario o por otra falta en la forma, tendrá el concepto de documento privado, si estuviese firmada por los otorgantes".

(114) Cfr. "Es nulo el testamento cerrado en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades establecidas en esta Sección... Será válido, sin embargo, como testamento ológrafo, si todo él estuviere escrito y firmado por el testador y tuviera las demás condiciones propias de este testamento".

que de ellas se derivan, como son algo externo al negocio, no se producen en el negocio mismo, sino para reforzar, propiamente, otros presupuestos del mismo (capacidad, poder de disposición, mayor rendimiento o plena legalidad, etc.).

Sin embargo, existe un *proceso intensificador* de la producción de efectos jurídicos, o si se quiere de creación de ciertas aptitudes, que se desarrolla a partir de la forma, aunque no venga exigida como requisito *ad solemnitatem*, o precisamente por ello. Este fenómeno sucede claramente en la *reproducción* y en la *documentación del negocio* jurídico con las que se alcanzan unas metas a las que anteriormente el negocio, aunque válidamente constituido, no había llegado (certeza en cuanto a la existencia y contenido, facilitación de la prueba, adquisición de una prelación en su caso, acceso al procedimiento ejecutivo, etc.).

La doctrina alemana (especialmente a partir de DEGENKOLB, MEYER y SIEGER) y un sector muy importante de la doctrina italiana (SEGRE, CANDIAM, CARNELUTTI), han querido encontrar este proceso llevando demasiado lejos la distinción entre la mera *documentación* del negocio jurídico y la *reproducción* o *renovación* de la voluntad negocial (115). La documentación, como dice PACCHIONI (116), consiste simplemente en dar forma escrita a un negocio al objeto de facilitar la prueba de su conclusión y contenido, pero todos sus efectos se producen desde el momento de su válida celebración. En cambio, la *renovatio contractus* supone una *aclaración* o *fijación* del contenido, con posibilidad de variantes o modificaciones. No cabe duda que los *negocios de fijación* pueden admitirse en nuestro Derecho, ahora bien, no me parece que puedan conocerse como *negocios autónomos*, sino *dependientes* del negocio cuyo contenido tratan de esclarecer, pues en caso contrario nos hallaremos ante una modificación del negocio primitivo (novación la llama el art. 1.224 C. c.), mientras que por otra parte, a pesar de la opinión de NÚÑEZ LAGOS (117) que sigue la inspiración de la doctrina extranjera, anteriormente aludida, me parece que no se puede hablar de escritura *recognoscitiva* y de escritura *constitutiva* a la vista del artículo citado, pues lo que este precepto quiere decir es que, o la *renovatio contractus* se limita a la *forma* (en el sentido de forma *ad probationem*) y en tal caso produce los efectos propios de la *documentación* del negocio jurídico, o se refiere al *contenido* y entonces los efectos nuevos no dependen de la forma, sino del nuevo contenido; de modo que no cabe admitir al documento por sí mismo un verdadero

(115) Me remito a las referencias contenidas en mi trabajo, *Negocio abstracto...*, cit., en ADC, XIX (1966), 397 y ss.

(116) *Diritto civile italiano*, II-2, *Dei contratti in generale*, 3.^a ed., Padova, 1939, 150.

(117) *Hechos y derechos...*, cit., 289 y ss. 324; *Contenido...*, en RDN, 43 (1964), 73 y ss. y en otros trabajos.

(118) En este mismo sentido se orienta también DE CASTRO, *Op. cit.*, 307 y ss., y especialmente cuando dice: "La Ley no permite un corte arbitrario de la declaración negocial, atendiendo sólo a lo escriturado y considerar extrajurídico o fuera del negocio todo lo demás. La misma labor interpretativa exige no desdeñar dato alguno para reconstruir y averiguar la verdadera voluntad negocial

valor "insular", en cuanto suponga desconexión o *independencia* del negocio que se trata de documentar (118).

Un proceso parecido tiene lugar en los *negocios cambiarios*, mientras no se inhibe la *relación causal* (119), pero en cambio el valor de la forma se expande cuando, en toda esta materia de *títulos valores*, el derecho aparece incorporado al documento y la *forma* suplanta propiamente a la *causa*, en la fundamentación del negocio, para hacer posible su abstracción, volviendo aquí a aparecer de nuevo la implicación entre causa y forma y entre forma y buena fe (120). Esta segunda relación, entre forma y buena fe, nos indica con plena exactitud el verdadero significado de la forma en estos casos, donde claramente cobra una función *legitimante*, no "*causante*", con lo que queda esclarecido el valor de la otra implicación entre forma y causa. Prueba de ello es que, en los títulos valores en que no puede prescindirse de la relación causal, sólo se consigue una mera abstracción procesal, mientras que cuando la abstracción alcanza plenitud, no tanto depende de que el negocio sea un *negocio formal*, sino del valor de *cosa* ganado por el propio título valor, mediante un proceso de involución de la forma (como aparece en el caso extremo del dinero y de otros títulos al portador), pues la *natura rei* influye como instrumento en las relaciones jurídicas partiendo de su propia fuerza legitimante; algo parecido sucede con los bienes muebles (art. 464) o con el dinero (artículo 1.160).

Sin llegar a estos extremos se da este proceso cuando ciertas formas requeridas *ad probationem* llevan en sí mismas una *función legitimante*, o bien que lleguen a alcanzarla mediante una forma concurrente, como es la inscripción en el Registro de la Propiedad (arts. 2 y 3 LH). En este campo es donde las formalidades voluntarias pueden llegar a

(art. 1.282). El vínculo contractual no nace con ni depende del otorgamiento de la escritura: existe en cuanto reúne los requisitos legales para ello, y es ese contrato ya existente el que se eleva a escritura pública. Así, al menos, parece haberlo entendido la veneranda Ley Orgánica del Notariado, al decir: "Es escritura matriz la que el Notario ha de redactar sobre *el contrato o acto sometido a su autorización*, firmada por los otorgantes, por los festigos instrumentales o de conocimiento, en su caso, y firmada y signada por el mismo notario" (art. 17-2). Concepción que es la misma del Código civil, al dar por válidos y obligatorios los contratos que hayan de constar por documento público y considerar el otorgamiento de escritura u otra forma especial como el hecho de llenar aquella forma (art. 1.279). El significado civil específico de la escritura está en ser requisito para la existencia de los contratos excepcionalmente necesitados de tal forma y, en general, en que por ella se potencia al máximo el valor del título de los contratos; por lo que, en su caso, podrán las partes compelerse a su otorgamiento (art. 1.279) (*Ibid.*, 310).

(119) Me remito exclusivamente a DE CASTRO, *Op. cit.*, 306-307, y a las referencias allí contenidas de doctrina y jurisprudencia.

(120) En relación con este punto y con las consideraciones ulteriores del *texto*, el precioso libro de T. ASCARELLI, *Teoría general de los títulos de crédito*, trad. cast., México, 1947, 19 y ss., 79 y ss., etc.

(121) No cabe duda que desde el punto de vista de la intensidad legitimante, pueden llegar a coincidir los dos tipos de forma. Así, por ejemplo, puede ser equivalente el alcance ejecutivo de un negocio cambiario, que es un *negocio*

tener su máxima eficacia aunque no sea constitutiva sino de otra índole (arts. 32, 34, 35, 38, etc., LH) (121). Pero volviendo al planteamiento inicial para que nos sirva aquí de recapitulación y partiendo de la distinción entre negocios formales y no formales, en cualquier caso, el que un negocio sea formal depende, como hemos dicho, del arbitrio del legislador, no de la mayor o menor intensidad de sus efectos, pues esto responde a consideraciones de otro tipo.

Esto se ve claramente en algunos ordenamientos, como sucede en el Derecho civil alemán, donde el negocio de transmisión de los derechos reales sobre inmuebles o ciertos contratos obligatorios (promesa de donación, fianza, promesa y reconocimiento de deuda) (122), tienen la consideración de *actos formales*. En tales casos, la forma actúa, no en relación con los efectos, sino con la propia fundamentación, sustituyendo realmente a la causa, por eso, además de ser *formales* tales negocios, son *abstractos* (123). En este mismo sentido es muy interesante, por cuanto pone de relieve lo anómalo de la construcción de estos negocios por el arbitrio del legislador, la penetrante argumentación de W. FLUME (124), cuando dice que estos negocios están contruidos, como si fueran *negocios de buena fe*, por disposición del ordenamiento, con ello, se quiere poner de relieve que el precepto de forma desfigura la naturaleza del negocio (125). Esto no tiene aplicación a nuestro Derecho (si dejamos a un lado los negocios cambiarios en su caso) ni siquiera para la hipoteca, donde la “sobrentendida” abstracción que ha querido ver en ocasiones la jurisprudencia (126), se fundamenta más en el carácter accesorio de este negocio que en la forma. En cambio, esta implicación entre causa y forma, como anteriormente hemos indicado, puede tener aplicación en el ámbito de los negocios de familia y en el Derecho de Sucesiones. Incluso aunque no ha faltado algún autor en la doctrina italiana que ha tratado de construir el concepto de *causa del testamento* (127), lo que es muy difícil no sólo en relación con los *efectos atípicos* del mismo (por ejemplo, artículo 741 C. c.), cuyo alcance ha sido modernamente estudiado en aquella doctrina por GIAMPICCOLO (128), sino también por la necesidad *formal* y que puede ser un *negocio abstracto*, con el correspondiente efecto de la misma naturaleza de un préstamo civil documentado en escritura pública o privada, reconocida judicialmente (art. 1.429 LEC), supuestos en los que se trata de forma *ad probationem*.

(122) §§ 925, 518, 766, 780 y 781 BGB.

(123) Esta argumentación es la que técnicamente utilizaba la S. de 14 de enero de 1935, aunque haciendo una aplicación errónea de la misma.

(124) *Op. cit.*, II, 176.

(125) Este desajuste entre la *realidad* y la *forma* obliga al reconocimiento de una *condictio* a favor de las partes que, como la antigua *exceptio doli*, mantiene, indirectamente, cierto control causal cuando se origina un perjuicio a un tercero, a aun al propio obligado.

(126) Así, la S. de 14 de enero de 1935. Otro supuesto distinto es el resuelto por la RDGR de 31 de julio de 1928.

(127) Así, CRISCUOLI, *La causa del testamento*, ed. sep. de “Circolo giuridico”, Palermo, 1959.

(128) *Il contenuto atipico del testamento. Contributo alla teoria dell'atto di ultima volontà*, Milano, 1954.

de precisar la función del testamento como *acto de última voluntad* y como *acto de disposición "mortis causa"* (129), en el testamento lo que prevalece es su carácter formal, incluso la posibilidad de cumplir diversas funciones o finalidades simultáneamente, es uno de los atributos de la forma (130). Tampoco me parece que este *carácter formal* del testamento suponga un "procedimiento artificioso de abstracción" (131) que impida el debido control de las disposiciones testamentarias, siendo curioso que, precisamente por esta disolución del requisito de la causa, aparece en el testamento la relevancia del *motivo*, aunque el Código en el artículo 767, cayendo en una de tantas impropiedades terminológicas, hable de *causa falsa* o de *causa contraria a Derecho* (132), seguramente por un arrastre histórico como he indicado en otro lugar (133). Lo mismo sucede en otros casos anteriormente enumerados: reconocimiento de hijo natural, adopción, renuncia a la herencia, etc. Y si se quiere aún más claramente aparece la implicación entre causa y forma en numerosos actos de Derecho procesal, así el *allanamiento del demandado* o el *desistimiento del actor* y no digamos en la *transacción judicial*, cuya importancia práctica y su incidencia en el Derecho material son enormes. Incluso es interesante considerar, por su semejanza con la finalidad de algunos negocios de Derecho privado, el caso del *acto de conciliación*, que constituye un verdadero *negocio abstracto*, fundamentado en la forma y no en la causa, según se deduce de los artículos 476 (134) y 477 LEC (135), si es que es lícito hablar en estos términos dentro del campo del Derecho procesal.

De cara a este interesante planteamiento que nos sirve de recapitulación, aún tiene valor la actitud de los prácticos medievales, ya en

(129) Para esto, JORDANO BAREA, *El testamento*, en RDN, 37-38 (1962), 57 y ss.

(130) Ya VON THUR, *Op. cit.*, II-2, 180-181, hacía esta observación, y precisamente en materia de testamentos es evidente, y además casi podemos decir que usual.

(131) Como cree DE CASTRO, precisamente atribuyéndolo a una debilitación de la causa (*Op. cit.*, 280-281).

(132) Cfr. "¡La expresión de una causa falsa de la institución de heredero o del nombramiento del legatario será considerada como no escrita, a no ser que del testamento resulte que el testador no habría hecho tal institución o legado si hubiese conocido la falsedad de la causa".

"La expresión de una causa contraria a Derecho, aunque sea verdadera, se tendrá también por no escrita".

(133) *Op. cit.*, en RDN, 33-34 (1961), 420.

(134) Cfr. "Lo convenido por las partes en acto de conciliación se llevará a efecto por el mismo Juez municipal, por los trámites establecidos para la ejecución de las sentencias dictadas en juicio verbal, cuando su interés no exceda de 1.000 pesetas".

"Siempre que lo convenido exceda de dicha cuantía tendrá el valor y eficacia de un convenio consignado en documento público y solemne".

(135) "Contra lo convenido en acto de conciliación, podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos" (párrafo primero). Pero a pesar del tenor literal de este precepto, de lo que se dispone en los párrafos siguientes parece claro que se excluye de esta posibilidad de impugnación

plena época del triunfo consensualista, cuando, según el testimonio de Bussi (136), en medio de las disquisiciones que se producen en las escuelas al filo de la distinción entre el *ius gentium* y el *ius civile*, con objeto de adaptar el Derecho romano a las necesidades vivas de la práctica, y, según las cuales, mientras los contratos consensuales encuentran en el nombre su *elegans vestimentum*, tan diferente del *vestimentum rei interventu* de los innominados, los simples pactos, encuentran un difícil acomodo que se complica por la diversidad de las opiniones escolásticas, de modo que los juristas, especialmente los prácticos (*tabelliones*), para coordinar el respeto a la voluntad de las partes, con la eficacia de los actos jurídicos que pretenden y, sin olvidar el problema de su fundamentación, vuelven los ojos a la concepción desarrollada entre los canonistas, según la cual, los simples pactos se distinguen entre sí por ser *pactum nudum a causa* o *pactum nudum a solemnitate*.

el control causal y aun, según entiende la jurisprudencia, el control por vicios del consentimiento parece difícil (SS. 8 de febrero de 1905, 11 de febrero de 1907, 22 de febrero y 22 de mayo de 1950).

(136) *Op. cit.*, 242-250.

