

## FORMA NOTARIAL

Los hombres nacen y viven en sociedad, como si se asociaran por razones de solidaridad para cumplir todos sus fines individuales y colectivos, con la cooperación, dependencia mutua y división del trabajo. Si no celebran expresamente un contrato de asociación, todos sus actos lo confirman y suscriben, dice Bouglé. Las personas cooperan y se auxilian con sus acciones, que tienden a unirse y completarse. Se armonizan con arreglo a la ley, por la bilateralidad jurídica, con derechos y deberes a base de igualdad; se capitalizan y cambian con equivalencia, se acumulan y ligan con vínculos permanentes por medio de convenios. Esa asociación para el cumplimiento del Derecho, con leyes, órganos y funciones comunes, constituye la comunidad jurídica, y su vida legal, por actos socializados mediante la forma pública, para protegerlos, coordinarlos y extender sus efectos a todos, participando de sus consecuencias favorables o adversas.

*Justitia qui just sistit*: por la justicia el Derecho existe y se conserva el equilibrio social. El legislador la ejerce al establecer el Derecho, y, por consecuencia, el orden jurídico y social, mediante las leyes. Obligado a velar por la certeza y seguridad de las transacciones, desarrollar la confianza que genera y conserva la fe pública en los contratos y documentos, favorecer la marcha normal del comercio y mantener la tranquilidad pública, decreta la figura y forma de los actos en que debe manifestarse la voluntad para reconocerla efectos jurídicos, con formalidades mayores y rigurosas, en atención a su importancia, duración y trascendencia, según las circunstancias morales, religiosas, sociales, económicas y políticas en que se desenvuelve la vida del país en cada época,

por medio de leyes civiles de orden público y coordinación social, que corresponden a los caracteres de los individuos y de la sociedad, para que se respeten e imperen en la colectividad todas esas condiciones que se creen fundamentales de ella, al contratar y obligarse.

Se considera el Derecho forma de armonía social que mantiene el equilibrio entre los asociados por la justicia, traducida en las leyes civiles que reglamentan las instituciones, como fuentes en que brota la paz y concordia, el orden público y el concierto general en la sociedad. Organización del orden y de la paz en virtud de convenios, concordando voluntades y poderes jurídicos sobre bienes y servicios, conforme al ritmo del Derecho, como estado normal de la sociedad, por ser una de las condiciones fundamentales de su existencia la celebración de actos jurídicos en consecuencia de la solidaridad e interdependencia, cooperación y división del trabajo para cumplir todos los fines.

La ley civil ha de tener en cuenta las circunstancias del país en que se desarrolla la contratación, al regular los elementos esenciales y formales de cada convenio, con que se armonizan y equilibran con criterio de justicia, a base de proporcionalidad, las acciones de cooperación de los individuos, cambiando cosas y servicios. Las personas, por su limitación, necesitan completarse, unir y combinar sus acciones para cumplir sus fines con su auxilio mutuo en la vida social, resultando el régimen jurídico del conjunto de relaciones legalmente establecidas por los contratos que se enlazan y entrecruzan, formando la trama de la sociedad.

Las instituciones civiles en la organización jurídica de la sociedad, como bases fundamentales de ella, por las causas que las determinan, las exigencias que regulan y las condiciones en que se manifiesta la vida colectiva, responde a un fin público, inspirado por ciertos principios que se consideran indispensables en cada época para la convivencia humana. Figura la forma pública entre las más importantes, porque, contribuyendo a la firmeza y certeza de la contratación y a la seguridad del comercio, satisface una necesidad social, aunque en su aplicación y ejercicio regule y proteja intereses privados. Se instituye por motivos de orden público, por ser de interés general las formalidades protectoras de los contratos y documentos que amparan la buena fe de los contrayentes

y de la sociedad en unos y en otros, garantizan la legalidad y eficacia de los negocios en el comercio jurídico. La dificultad del legislador se halla en evitar el exceso o defecto de formalidades, según enseña Pisanelli (1).

Las instituciones civiles, familia, propiedad, sucesiones y contratos; la figura y forma de todos los actos, su valor y efectos, son bases jurídicas de la sociedad, que, para organizar el desenvolvimiento de la vida pacífica de sus individuos dentro del orden, establece normas de carácter público que obligan a todos, regulando la constitución y funcionamiento de las fuentes donde nacen los derechos privados, por voluntad de las partes. La ley garantiza con su sanción los intereses individuales o sociales, dando vida o muerte a los actos que se sujetan o se sustraen a su imperio, y traza el plan de conducta jurídica a los individuos con los límites de su esfera de acción para disponer de su persona y bienes, porque con su egoísmo comprometerían la existencia de la sociedad, se perturbaría la vida jurídica y el desorden sustituiría a la ordenación legal.

*Motivos.*—El legislador, considerando la importancia subjetiva y objetiva de cada negocio, establece la forma necesaria a su voluntad, prueba eficaz o ejecución forzosa. Las formas de la clase esencial o probatoria obedecen a distintos motivos, según la serie de fines combinados que se propone conseguir el legislador, pero no los expresa, y el intérprete debe deducirlos.

Se decretan por causa del orden jurídico en interés de la contratación, protección del tráfico de buena fe y obtener una eficacia general en que pueda confiar la sociedad, la cual tiene derecho a la forma, por las causas de orden general que la motivan y por las garantías de seguridad que ofrecen a su fe pública en la organización de la contratación y derechos reales.

Fin de la forma es la validez y demostración del acto, colocándolo dentro del régimen legal, para que se produzcan en una serie ordenada los efectos correspondientes. El legislador lo somete a la forma pública, como instrumento de precisión que tiende al per-

(1) Entre ellas coloca Covián la autoridad paternal de los notarios, en la «Enciclopedia jurídica», tomo VIII, pág. 365.

feccionamiento del acto, asegura su valor, aumenta su eficacia y extiende sus efectos por el cuerpo social.

La ordenación de la forma responde a caracteres y condiciones de los individuos, principios y necesidades de la sociedad para contratar debidamente, asegurar la confianza de las partes en los convenios, cumpliendo lo prometido, y conservar la fe pública, alma del comercio. Por necesidades individuales y sociales, dicta el legislador esas leyes en garantía de la contratación y documentación, mantenimiento del orden necesario en la sociedad y regularidad de la vida colectiva sobre bases justas. Los derechos del individuo y de la colectividad son la causa de ordenación de la forma, para la buena organización jurídica de la sociedad. Con documentos y contratos públicos se desarrolla normalmente el Derecho privado.

La forma ampara intereses particulares y sociales. Cuando protege a las partes contra su descuido y falta de diligencia, sin la forma no nace el vínculo entre ellas. Las formas se decretan por distintas causas. En la donación quiere impedir la seducción o captación al disponente, dificultar que se desprenda de los bienes en perjuicio propio y de la familia y procurar que la liberalidad sea consecuencia de la voluntad consciente, libre y razonable, sin vicios de prodigalidad, dolo o fraude. Se considera necesaria la forma en el contrato de matrimonio por sus numerosas, complicadas y difíciles cláusulas, por su importancia para la constitución de la familia, por regir a los cónyuges durante su vida; en interés de ambos, para que no lo modifique uno con violencia o halagos en daño de otro, ni puedan confabularse para defraudar a cuantos contrataron con ellos. En los convenios sobre inmuebles, por la estabilidad, prueba y duración de los derechos reales, seguridad de los daños y titulares de ellos, base de crédito y riqueza inmobiliaria, fuente de ingreso y prosperidad pública y privada. Motivos de las formas severas y solemnes que protegen y garantizan intereses particulares y colectivos en los distintos contratos.

Colocando el acto dentro del régimen legal, se producen una serie ordenada y sucesiva de efectos por las funciones de la forma. Puede apreciarse el valor de la forma por su fuerza positiva y negativa. Da certeza social a los derechos y asegura la fe (pública) de la colectividad en los convenios y documentos, protegiendo a

cuantos contratan fundados en ellos. Cuando se requiere para la formación de los actos, no los reconoce el legislador si no se revisten con ella y declara que no existen jurídicamente.

La forma realiza su función social de publicidad por distintos motivos. Con el fin de que sea conocido el acto dentro del orden jurídico y facilitar un medio de prueba de los derechos. Con el de ligar a todos a su conocimiento, excluyendo la ignorancia. Con el de que las personas de buena fe puedan confiar y fundarse en el acto publicado para sus negociaciones (1).

Por autorizar un órgano de la sociedad en su representación con una obra de colaboración común, la forma pública puede, con su fuerza ordenadora, extender por igual a todos los efectos de los actos y coordinar los derechos que crean. Savigny indica que para la prosperidad del comercio es necesario no concluir los actos con precipitación, sino con prudencia, reflexionando seriamente todas sus consecuencias. Por medio de la forma deben conocer las partes la naturaleza y efectos del acto que celebran y las disposiciones legales que lo regulan, ejerciendo el Notario una función técnica de dirección y enseñanza de las verdades jurídicas, como un magisterio del Derecho.

Se desarrolla la autorización con una función de asistencia moral y jurídica de la voluntad que la depure de vicios y errores, ejecutiva de la ley, fusionadora de ambas y legalizadora del acto. Se extiende al documento para convertirlo en público y auténtico. La forma ejerce una función integrativa, por aumentar la eficacia del contrato y del escrito, con valor y efectos que no tienen en sí mismos, si pueden las partes darles por sí solas, sin la autorización del Estado.

*Formalidades.*—Las funciones autorizantes se corresponden exactamente con las de la forma, para que pueda cumplir sus fines y producir sus efectos, recibiendo el acto por medio de ella toda la eficacia necesaria. El Notario, como ministro de las leyes, debe exigir su observancia y aplicarlas; como jurista, facilitar el conocimiento de sus preceptos y explicarlos; como juez, pronunciar el juicio de legitimidad, y como autoridad, autorizar en forma pública el acto y su documento, aumentando su eficiencia. La forma

(1) Huber: «Estudios sobre la publicidad», páginas 61 y siguientes.

es el instrumento de precisión con que se ejercen las funciones notariales para enjuiciar el acto y perfeccionarlo.

La forma de diligencias orales y escritas que preside y dirige una autoridad, fué el medio de manifestarse solemnemente la voluntad y el modo de legalizar el acto y el documento con eficacia máxima, por imprimirle valor y carácter jurisdiccional por diversos procedimientos.

Mortara dice que el magistrado ejerció antiguamente las funciones notariales en la primitiva jurisdicción voluntaria, para comunicar a los actos la solemnidad y publicidad de carácter jurisdiccional y concederles forma legal y garantía eficaz, fuerza y sanción por la intervención de una autoridad pública con potestad de legitimarlos oficialmente, aplicando el proceso de la jurisdicción a una materia voluntaria de manifestaciones concordes de voluntad privada *inter volentes* (1).

Comenzó la forma pública de los negocios privados con el proceso verbal que autorizaba el Magistrado en la esfera de la jurisdicción, asistiendo a una *legis actio* que las partes ejercen simplemente, para llegar con formalidades procesales a un resultado convenido, como la cesión, adopción, emancipación, etc. El Magistrado concurre en la organización de la instancia *in jure*, para dar con su autoridad autenticidad a los actos de las partes, pues cuando se conforman, termina la contienda, sin quedar ligadas a un proceso por falta de oposición para resolverlo el juez *in iudicio*. La jurisdicción voluntaria nació para legalizar el acto con el empleo de un procedimiento legal de la *legis actiones*, seguido *in jure*, en que las partes se ligan con formalidades procesales, y por su conformidad se arregla la cuestión ante el Magistrado, que concluye el negocio aprobándolo y sancionándolo con su autoridad, en cuya virtud se produce el efecto apetecido. No hay juicio sin oposición de los interesados, y cuando el derecho del accionante se reconoce por el adversario ya expresamente con una confesión, o tácitamente, por no defenderse, halla la satisfacción debida, consiguiéndose inmediatamente el resultado que se perseguía, y por eso se considera juzgado: *confessus pro iudicato*. En forma de proceso sin litigio declaraban solemnemente las par-

(1) «Manuale di Procedura civile», volumen II, páginas 477 y siguientes.

tes sus derechos y obligaciones, para darles la firmeza de lo juzgado, que tenían las confesiones del procedimiento *in jure*. Con el proceso fingido se legalizaban los negocios civiles más importantes, los autorizaba el Magistrado, les comunicaba su autoridad, los hacía solemnes, públicos y auténticos, los sancionaba con un pronunciamiento de igual fuerza que un fallo. La jurisdicción voluntaria se distinguió de la contenciosa. Generalizando más tarde el uso de la escritura, fué la forma de documentar los negocios jurídicos para su conservación y demostración, y apareció el órgano encargado de redactarlos por escrito, con los nombres de *tabelion*, *scriptor*, *exceptor*, etc. El escritor del documento debía presentarlo al Magistrado para que lo reconociesen las partes en su presencia como verdadero y lo autorizase o confirmase con su autoridad, concediéndole autenticidad con fuerza de prueba. Las formalidades de la insinuación se empleaban para que fuesen conocidas las donaciones y públicos los escritos en que constaban; se aplicaron después a todos los contratos, para dar autenticidad a sus documentos y evitar su falsedad, facilitar su prueba y conservarlos en un archivo, formándose con la reunión de sus hojas los libros públicos.

La insinuación era el medio de dar una credibilidad indiscutible para todos al documento, y la autoridad pública tenía la potestad, como si fuese judicialmente, de autorizar las diligencias, de comprobarlo, comunicarle la fe que le concedía la sentencia, otorgarle autenticidad con fuerza de prueba, carácter y valor jurisdiccional; con lo cual adquiría firmeza entre las partes y sucesores a perpetuidad, dejaba de ser secreto y dudoso para convertirse en público y cierto. Por la dignidad de su magistratura pudo la ley conceder a varios funcionarios judiciales una función de autoridad, para que la comunicasen al documento al autorizarlo y tuviese fuerza probante oficial o fe (pública) para la sociedad, como un deber legal de creerlo verdadero.

Se creó el Notariado, invistiéndolo con la autoridad de los jueces y magistrados y con la potestad que tenían de autorizar los contratos y sus documentos en forma pública en acto de jurisdicción voluntaria. Por eso revisten el carácter de públicos y auténticos que correspondían a los documentos de la autoridad pública (judicial), de donde emanan sus funciones, aunque al diferen-

ciarse fueran funcionarios delegados del Poder ejecutivo. La jurisdicción voluntaria se dividió en judicial y notarial.

Los jueces autorizaron contratos públicos y documentos auténticos en la esfera de la jurisdicción voluntaria, o de la contenciosa, desarrollándose un juicio en forma de convenio, como la confesión y cesión en derecho, o un pacto en figura de proceso convenido o ficticio. Con los mismos estudios jurídicos ejercieron los jueces, en algunos lugares, funciones notariales, y en otras, los Notarios fueron jueces de los convenios e instrumentos para recibir confesiones de deuda, renunciaciones, allanamientos, dictar preceptos y señalar plazos de pago, etc., denominándose *judices cartularii*.

La confesión comenzó como estipulación y conserva su carácter convencional. Recibida por una autoridad notarial, semejante a la del juez, dentro de un procedimiento legal, se igualaron la *confessio in jure* y la *in iudicio*, considerando a los confesantes juzgados y obligados irrevocablemente a mantener y cumplir lo concedido, como si fueran condenados por un pronunciamiento judicial. Se introduce en el contrato la confesión del deudor, como si se hiciera en juicio, e inserta en el documento, para que adquiera valor procesal y carácter jurisdiccional la firmeza de lo juzgado. De donde procede la fuerza ejecutiva del contrato público y de su documento auténtico, igual a la de la cosa juzgada, y su asimilación a la sentencia que reproduce las declaraciones del convenio celebrado por las partes dentro o fuera del juicio.

Nada importa que la confesión judicial o notarial no sea medio de averiguar la verdad, sino de su fijación formal, ni declare el confesante para que el juez conozca el hecho declarado y actúe la norma aplicable solamente si es verdadero, sino más bien para que fije el hecho como se declaró y, prescindiendo de su verdad, realice la norma adecuada; ya que la naturaleza privada del interés tutelado en el proceso civil explica la indiferencia del Estado sobre la realidad en la sentencia de los hechos que se prueban en cuanto que son jurídicos, o entran en los presupuestos de la norma a realizar, y, por el simple contraste de intereses, se presume real el hecho afirmado por todas las partes o no contradicho por ellas (1).

La institución social de la autenticidad, prueba plena o fe pú-

(1) Carnelutti: «La prova civile», páginas 20 y 45.



blica, se perfeccionó lentamente, llegando a reunir todos los medios probatorios en la formación del documento donde se modela, por ser el instrumento adecuado para formarla y hacerla funcionar. Comenzó por una autorización oficial del Magistrado que comprobaba la autenticidad del documento y lo confirmaba con su autoridad, concediéndole la fuerza de prueba necesaria para demostrar por sí mismo el acto que contiene sin corroborarlo en juicio; fe indudable de valor probatorio como la que otorga el juez por sentencia al escrito, después de averiguar que era verdadero con el reconocimiento de las partes en el proceso documental. Pasó al Notario la potestad de autorizar pruebas, como confesiones, testigos y documentos de valor y carácter jurisdiccional, por los trámites del procedimiento de autenticidad, que reúne en conjunto organizado todos los medios probatorios: la confesión de las partes, la fijación formal y permanente de sus declaraciones en el escrito, que aprueban después de discutir y aquilatar su expresión y alcance, por reproducirlas con exactitud; la confirmación de los testigos y la autorización del Notario que sanciona todas esas diligencias con su autoridad y poder autorizante, en audiencia solemne. El legislador, juzgando el valor del documento por el proceso de su formación, lo considera verdadero, le añade la cualidad de auténtico con fuerza de prueba y lo confirma con una presunción de certeza para que merezca fe plena a todos, sin vacilaciones ni dudas; de donde procede la función certificante que cumple por disposición de la ley para demostrar los actos que contiene, sin permitir impugnarlo civilmente como falso.

El Notario es uno de los elementos de la forma pública del acto y su documento, porque coopera a su formación solemne, autorizando la declaración de voluntad y su documentación con función de autoridad que les comunica firmeza y certeza, garantías de seguridad y eficacia para todos. Autoriza un contrato público de eficacia ejecutiva en el cumplimiento de las obligaciones que generan los derechos reales.

El Estado, con su gran sistema de cooperación, auxilia a los individuos, con variedad de órganos y funciones de asistencia técnica, en la creación y cumplimiento normal de los derechos civiles, al perfeccionar e integrar por medio de la forma pública los actos en donde nacen. Por sus órganos notariales ejerce la tutela pre-

ventiva del Derecho privado en su formación y desarrollo regular y pacífico, para que realice la función de seguridad con que debe proteger las relaciones e intereses de los individuos en la sociedad. No pueden autorizar la celebración y documentación del acto en forma pública sin actuar las leyes que lo rigen, pues deben cumplir sus preceptos, detallando los efectos jurídicos o derechos y obligaciones que producen, como consecuencia de su aplicación a las declaraciones de voluntad, que se convierten en normativas y reguladas. Así, el Notario administra justicia, porque aplicando a los actos las normas como medios a los fines de crear, modificar o extinguir vínculos legales dentro del régimen jurídico, cumple los requisitos que establecen para la figura y forma de cada negocio y lo legaliza o hace justo conforme a Derecho. Armoniza las prestaciones de las partes con la función de número, peso y medida que corresponde a la justicia.

El acto se desarrolla en pública forma, oral y escrita. Son elementos de ella las formalidades indispensables, o conjunto de medios con que ha de manifestarse solemnemente la voluntad oralmente y por escrito, para la validez del acto y del documento. Por la forma se consigue la manifestación completa de la voluntad de todos los elementos esenciales, naturales y accidentales del negocio y su fijación formalmente por las partes, que discuten y aquilatan su expresión para puntualizar exacta y definitivamente sus intereses en contraste. Por eso, la voluntad que se manifiesta en un contrato y se declara en un documento, autorizados ambos en pública forma, tiene el carácter del convenio que se concluye dentro del juicio, o se prueba haberse celebrado anteriormente y el valor de la sentencia que lo reconstituye o proclama, comunicándole fuerza ejecutiva para llevarlo a efecto en la vía de apremio.

El Notario recibe las declaraciones de voluntad de las partes, las amolda a la ley, deduce los efectos jurídicos o derechos y obligaciones que se producen al aplicar sus preceptos, y refundiendo los elementos voluntarios y normativos, construye los actos con la debida estructura y configuración; después los copia exactamente en el escrito y lo convierte en público y auténtico por un procedimiento de comprobación, con las diligencias de la lectura, aprobación y firmas. La voluntad se configura con todos sus derechos y obligaciones en un público contrato y se declara en un docu-

mento auténtico, que, por su autorización y formación solemne, tiene valor y carácter jurisdiccional.

Las principales funciones de la forma, según corresponde a la clase esencial o probatoria, son la constitutiva y la declarativa del acto.

*Función constitutiva.*—La forma esencial da existencia al acto porque se constituye con ella, siendo la voluntad ineficaz si no se manifiestan sus declaraciones con los requisitos de la figura y del modo que prescribe la ley.

La solemnidad se extiende al acto y al escrito, cumpliendo las formalidades necesarias para autorizar uno y otro en pública forma. La función de solemnizar el Notario con su autoridad el acto y su documento resulta imprescindible para su formación eficaz, pública y auténtica. La voluntad de las partes se manifiesta solemnemente en audiencia notarial con declaraciones contractuales formales y definitivas, ejerciendo la autoridad que las recibe la función de sancionarlas como confesiones y completarlas con las disposiciones legales.

En algunos casos, el legislador obliga a las partes, como si ellas se comprometiesen por un convenio preliminar, a concluir el contrato en forma pública, y pueden reclamar su cumplimiento. El contrato verbal, meramente prepara el convenio definitivo que ha de celebrarse y documentarse en la esfera oficial, para perfeccionarlo, aumentar sus efectos, garantizarlos y extender sus efectos por el cuerpo social.

Aunque parece probatoria la forma, es esencial en los contratos que tienen por objeto establecer, modificar o extinguir las relaciones de las personas con las cosas, porque los derechos reales que deben generar sólo nacen mediante la función que ella realiza, de tradición civil. Basta el consentimiento para el convenio que sirve de fundamento o título de los derechos personales a las cosas, pero requiere una forma pública de ejecución o tradición el modo de cumplirse la obligación de constituir el derecho real con la posesión de las mismas, ligándolas al titular por una relación jurídica. Por tanto, el contrato verbal o en escrito privado se reduce a un convenio preliminar que sólo produce obligaciones y derechos personales para ejecutarlo celebrando otro definitivo en forma oficial. Con una declaración solemne de voluntad en la

sede notarial se proclama públicamente en medio de la sociedad, representada por uno de sus funcionarios para conocimiento de todos, la constitución del derecho real, y se juntan los dos convenios en un contrato público que causa efectos obligatorios y reales. Contrato que crea el Derecho para adquirir la propiedad, sirviéndole de fundamento (título), y produce su adquisición por su forma pública de ejecutarlo y ejercerlo (modo), con la posesión de la cosa.

Se requiere una forma pública que configura el contrato real con una vestidura que lo haga visible, para su eficacia social contra todos, porque pueden conocerlo. Los derechos reales crean una relación directa entre la persona y la cosa, que se ejerce por la posesión, como medio de unirlos. El objeto del contrato real consiste en crear obligaciones para poseer la cosa, y el de los derechos reales se reduce a la posesión de ella para disfrutar su utilidad. La forma notarial pública, la relación real, dominical y posesoria, que deben respetar como sujeto pasivo todos con una obligación universal, para su conocimiento social, notificándola por ese medio especial de prueba. Las partes declaran pública y solemnemente ante la autoridad notarial su voluntad de constituir el derecho, manifestando que una lo transmite y otra lo adquiere. La forma de fuerza transmisora realiza la función de tradición civil, por celebrarse y cumplirse notoriamente el contrato real de eficacia ejecutiva, como la *cessio in jure*, en audiencia notarial, estableciéndose con visibilidad y publicidad la relación que se desata en una persona y la que se anuda en otra. Por eso, la descripción de las cosas y de las relaciones que las unen con las personas en documentos notariales equivale a la posesión o entrega y ejercicio del derecho real sobre ellas, que las ligas al titular. Como si las recibiera y se posesionara a la vista de todos socialmente, para que se supiera con certeza, celebrando un contrato público para la transmisión y entrega de las mismas y unirlos o ligarlos con las personas.

En nuestra legislación es el documento público la forma esencial entre las partes de constituir y modificar los derechos reales sobre inmuebles. Entre tanto, sólo existe un contrato personal o preparatorio que les concede derecho a la forma, para exigir que se cumpla y celebre un contrato público o definitivo con eficacia

jurídica y fuerza real que convierta el derecho a la cosa *ad rem* en derecho de la cosa *in re*. Por no confundirse, como en Francia e Italia, el nacimiento de los derechos con la manera de adquirirlos, al generar el contrato el derecho para adquirir la propiedad (título) y producir su adquisición (modo). Se considera el modo la ejecución de la obligación que nace del título para unir a la persona con la cosa.

La forma despliega su fuerza positiva o negativa para el acto en beneficio del comercio y mantenimiento de la buena fe de la sociedad. Cuando se preceptúa como necesaria para el nacimiento y existencia del derecho real, la ley no reconoce el acto que no se reviste con ella y lo considera inexistente en el régimen jurídico: función negativa. El acto revestido de la forma prescrita, debe reconocerlo el legislador, porque se constituye plenamente con ella para producir pleno efecto jurídico: función positiva.

*Función declarativa.*—La ley exige la forma documental pública y solemne como condición de validez y requisito necesario del convenio para que sea obligatorio, o como especial medio de prueba del contrato para demostrarlo y poder exigir en juicio el cumplimiento de sus derechos y deberes. A semejanza de la ley, se hallan las partes autorizadas para pactar la forma escrita y solemne *ad substantiam* como elemento esencial del convenio, que no existirá sin ella, o por vía de prueba *ad probationem* para mayor garantía del contrato, que, celebrado de palabra, puede negarse, alterarse o interpretarse distintamente, o no recordar sus cláusulas, numerosas y complicadas. Si se acordó redactar por escrito el contrato para que se perfeccionara documentalmente, debe cumplirse el derecho de las partes para subordinar su voluntad al documento. Siendo el documento condición del contrato, éste sólo se forma con aquél. Se quieren conseguir con el documento más efectos que los probatorios, y, en vez de reducirse a un medio de prueba, se convierte en un elemento sustancial del contrato, que no se concluye eficazmente mientras no se redacte por escrito.

Si no pasa de probatoria la forma documental, debe pedirse su cumplimiento para exigir la ejecución del contrato, que se paraliza en sus efectos, mientras no se demuestre documentándolo legalmente. Aun cuando el contrato precedente sea perfecto, va innata, en el cumplimiento de la forma, la conclusión de un nue-

vo contrato (público), con valor y efectos que no tiene en sí mismo, ni pueden las partes darle por sí solas. Existe un contrato preliminar para la conclusión del contrato en la forma exigida, con la cual se extingue uno y se crea otro (1).

Del contrato preliminar, obligándose a concluir el contrato principal, nace, para la conclusión de éste, un derecho personal. La importancia del contrato preliminar consiste en preparar la conclusión de un contrato definitivo, que genera los derechos y deberes apetecidos. No se limita el convenio preparatorio a una fase del desenvolvimiento del contrato principal, pues tiene existencia propia para obligar a la conclusión del convenio definitivo. El objeto del contrato preliminar aspira a la mayor seguridad para las partes y la sociedad del contrato definitivo, que debe concluirse en la esfera oficial en evitación de fraudes y engaños con la protección y garantía del Estado, cumpliendo todos los requisitos de fondo y forma que la ley requiere para su validez. Si el objeto del contrato definitivo fuese inexistente, ilícito, o fuera del comercio, la prestación del contrato preliminar, el cumplimiento del *contrahere* resulta jurídicamente imposible y son nulos ambos convenios. Mas si no pasase de anulable por falsa causa, en la venta de la cosa de otro, cabe solicitar que se otorgue en forma pública, y por si no hubiese modo de cumplir la obligación de transferir la propiedad, pedir, alternativamente, la indemnización de daños y perjuicios, o su resolución, si estuviese celebrado, por el principio—*causa data, causa non secuta*, artículos 1.101 y 1.124 del Código civil—.

Por motivos de forma requiere el contrato definitivo una conformación especial para producir en la comunidad los efectos deseados por el legislador: proteger a las partes contra su debilidad al excitarlas a una mayor reflexión y defender a la voluntad contra los vicios que la irritan, o lograr la fijación exacta y permanente de la declaración, o su firme constatación en un documento especial de prueba que concluya, con la paralización del convenio, y le haga funcionar, ejecutando sus obligaciones con una eficacia que no tiene y facultando para exigir las judicialmente si fuera preciso.

(1) Windscheid: «Dritto della Pandette», volumen II, part. I, núm. 312.

Al desarrollarse el convenio en forma notarial, se celebra y se documenta un nuevo contrato definitivo en forma pública y solemne.—Como si se obligaran los celebrantes a su otorgamiento, haciendo de la forma un requisito esencial de validez, o un seguro medio de prueba para su ejecución, con un documento de la declaración de la voluntad o de prueba de su existencia, artículos 1.279 y 1.280 del Código civil—.

En algunos actos jurídicos se prescribe un determinado medio de manifestación, una forma de la declaración oral y escrita, con los requisitos del negocio. La forma pública exige la intervención de una autoridad, que sea el medio de manifestarse solemnemente la voluntad, autorizar sus declaraciones, amoldarlas a la ley y documentarlas. La autoridad interviene para solemnizar el acto, observar los requisitos de la ley, configurarlo con los elementos necesarios y copiarlo en el escrito; siendo su presencia el modo de manifestación de la voluntad de las partes, que en audiencia notarial comparecen y prestan formalmente su consentimiento con la gravedad de confesiones ante ella para que lo reciba, sancione y fije con exactitud en el documento. Sin legalizar el acto no puede el Estado insertarlo en sus documentos públicos, que lo marcan con el sello de legitimidad y se reserva el juicio para legitimarlo, pronunciándolo por sus órganos notariales.—Función legalizadora de justicia, que se cumple con la forma notarial, sujetando a su dominio los actos que nacen de la fusión de la ley con la voluntad—. La facultad de obrar jurídicamente comprende la ejecución de la ley, que desconocen las partes, y por eso confían su actuación al Notario.

VÍCTOR LAVANDERA.

Notario