

REVISTA CRITICA  
DE  
DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO JURIDICO  
Y ESPECIALMENTE AL REGIMEN HIPOTECARIO

---

Año XXIII

Septiembre 1947

Núm. 232

---

La forma «ad probationem» tiene que  
ser constitutiva

Me propongo, en este breve trabajo, poner de manifiesto un interesante matiz, que nos ofrece, a través de la moderna y revolucionaria postura de Núñez Lagos, acogida por el Tribunal Supremo en Sentencia de 28 de octubre de 1944, la vieja distinción entre formas "ad solemnitatem" y formas "ad probationem".

La idea capital del presente artículo puedo condensarla en esta triple afirmación:

1.<sup>º</sup> Para la doctrina clásica, la forma, en los negocios solemnes —forma "ad solemnitatem"—, *constituye*; en los negocios no solemnes—de forma "ad probationem"—, simplemente *prueba*.

2.<sup>º</sup> En el sentir de Núñez Lagos, la forma, que es necesaria en los negocios solemnes y voluntaria en los no solemnes, una vez cubierta —por necesidad en el primer caso, por voluntad en el segundo—, *constituye siempre*.

3.<sup>º</sup> A mi modo de ver, la tesis de Núñez Lagos no sólo es irreprochable; es que, únicamente abrazándose a ella, puede ser admitida la construcción clásica de la forma "ad probationem".

Mi trabajo va encaminado precisamente a demostrar este último aserto; pero antes de nada, y dando de antemano por supuesto que ya he logrado mi propósito, bueno será que destaque esta curiosa paradoja: la tesis de Núñez Lagos, al proclamar el permanente valor constitutivo de la forma, es decir, al unificar los efectos, hasta ahora tenidos por diferentes, de las formas "ad solemnitatem" y "ad probationem",

lleva al derrumbamiento de aquella vetusta distinción. Y, sin embargo, es ahora, después de Núñez Lagos, cuando el miembro "forma ad probationem" de la clasificación antigua cobra un vigor, una consistencia y una solidez, que nunca tuvo. Porque es ahora, y no antes, cuando puede decirse con razón que la forma sirve de medio de prueba. De medio de prueba de un negocio al que, al mismo tiempo .. constituye. Y sólo porque le constituye le puede probar.

\* \* \*

La doctrina clásica partía de una verdad irrebatible: así como el negocio solemne sólo es válido si la voluntad es declarada en la forma exigida, el negocio no solemne tiene plena validez cualquiera que sea la forma que revista. Pero, partiendo de esta idea inicialmente exacta, se desembocaba en una falsa aseveración: la forma—se decía—cuando es cobertura del negocio no solemne, no sirve más que de medio de prueba del negocio, y se prendía en ella la engañosa etiqueta de "forma ad probationem".

Rafael Núñez Lagos (1) bebiendo en fuentes de procesalistas extranjeros—Degenkolb y Siegel, en especial—hizo caer con estrépito todo aquel edificio considerado incombustible durante tanto tiempo. Y para que sus lucubraciones sobre el "contrato reproductivo" o de "fijación jurídica"—eje de su tesis—no fuesen tomadas por meros desahogos filosóficos sin enraizamiento posible en nuestro Derecho positivo, enganchó férreamente su doctrina en dos fundamentales textos del Código civil español: los artículos 1.279 y 1.218.. A base de estos preceptos y con argumentos profusos y densos llega Núñez Lagos a la conclusión de que la forma—y como tipo la escritura notarial—constituye siempre; lo mismo proyectada sobre negocios solemnes que cuando se contempla en relación con negocios no solemnes. La función de la forma en uno y otro tipo de negocios, es la misma: constituir. La diferencia está en que los negocios solemnes únicamente quedan perfectos cuando se ajustan a la forma legalmente exigida, mientras que los no solemnes pueden perfeccionarse sin acogerse a forma alguna predeterminada por

(1) Conferencia dada en la Academia Matritense del Notariado el año 1943: «Estudios sobre el valor jurídico del documento notarial» (*Anales*, tomo I, págs. 385 y sigs.). Puede verse un magnífico resumen de esta conferencia en otra pronunciada en la misma tribuna el año 1945 por José María Farré Moregó (*Anales*, tomo III, págs. 102 a 106), bajo el título «Función de las cláusulas de estilo en las escrituras».

el Ordenamiento positivo. La distinción, pues, es improcedente tratar de establecerla en contemplación directa de la forma respectiva; la clave de la diferenciación no está en la forma misma—que es siempre constitutiva—, sino en su carácter necesario o no para la validez del negocio.

Una donación de inmuebles, por ejemplo, es un negocio solemne (artículo 633 del Código civil). En cambio, una compraventa es un negocio no solemne (artículos 1.445 y 1.450 del Código civil como más destacados). Pero no intentemos captar el apuntado y diferente carácter de estos dos contratos a través de la respectiva escritura pública ya otorgada: Decir que la donación de inmuebles es un acto solemne quiere significar sencillamente que la voluntad contractual de donante y donatario ha de ser declarada en escritura pública para que el negocio de liberalidad se considere perfecto. Y esto no sucede en la compraventa, contrato válido cualquiera que sea la forma en que se haya celebrado. La distinta función de la forma en estos dos negocios se manifiesta en el sentido de que, frente a una compraventa incluso verbal plenamente válida, no tiene existencia para el Derecho una donación de inmuebles no constituida en escritura pública. Pero, otorgadas ya la escritura de compraventa y la de donación—la primera, por voluntad de las partes, puesto que aun sin escritura puede haber compraventa; la segunda, por necesidad imperiosamente proclamada en la norma positiva, ya que sólo a través de la escritura hay donación—las dos *constituyen* el negocio respectivo; y ni hay más donación que la recogida en la escritura—esto no ofrece duda—, ni hay más compraventa que la contenida en el instrumento público, con las modalidades, condicionamientos y matices que en él se expresen; todo lo cual prevalecerá sobre los posibles acuerdos primigenios en caso de que ellos no armonicen con el contrato plasmado en la escritura.

Remachando estas ideas, dice con gran acierto Farré Moregó (1): “no negamos la posible perfección “mere voluntate” de los acuerdos no necesariamente formales. Pero decimos que cuando reciban forma pública, quedan consentidos y configurados con arreglo a ésta y dimanando de su resultancia todas sus consecuencias.”

\* \* \*

Ya tenemos, enhiesta, la brillante tesis de Núñez Lagos. Ya está ante nosotros, palpable, su fuerza destructiva de la vieja concepción.

(1) Ob. cit., pág. 105.

En adelante, y salvo el caso, carente ahora de interés, del artículo 1.224 del Código civil—escritura de reconocimiento—, no podrá hablarse de formas “ad probationem” en el sentido de meramente probantes y no constitutivas. La clásica diferenciación de formas, levantada a base de unos pretendidos efectos dispares—constitutivo y probatorio—, queda borrada al unificarse estos efectos, al asignar a todas las formas el relevante papel constitutivo. Ya no hay formas “ad solemnitatem” y “ad probationem”; ya sólo existen—y hemos visto con qué matiz—negocios solemnes y no solemnes.

Pero, aquí de la paradoja; porque esta nueva doctrina, que destruye, edifica su propia destrucción.

Creo que me acabo de expresar en un tono algo equívoco y, desde luego, poco claro.

Parece, según lo escrito, que he querido apuntar a un fenómeno harto natural y frecuente: derribo de un edificio en ruina para, sobre el solar, construir de nuevo. Y no es eso. No es, ni siquiera, que la misma espada, blandida diestramente, destruya de un tajo y apuntele de otro. Núñez Lagos, en una sola y admirable lección, logra el efecto mágico y contradictorio: primero, lleva a los medios al toro de la forma “ad probationem”, para enseñarnos a todos que, muy en los tiempos que corremos, ese toro no puede tenerse en pie; después, la estocada fulminante que a la vez que tira sin puntilla, devuelve, cual inyectable prodigioso, una vida plena de vigor y pujanza al torillo feble, caduco y muerto.

¿Pero es que, de verdad, ha sucumbido la forma “ad probationem”? Como simple medio de prueba, sin más papel que el de probar el negocio que a ella se acoge, sí. Como algo que prueba además de constituir y precisamente por constituir, ahora es cuando verdaderamente tiene vida. Y al sí y al no de su muerte nos lleva... Núñez Lagos con su doctrina sencilla y admirable.

Recuerdo que, cuando leyendo la conferencia de la Academia Matritense del Notariado, detenía mi atención en la cadena de razones enderezadas a destruir la tesis de que la escritura pública fuese un medio de prueba, más o menos privilegiado, pero un medio de prueba nada más, me impresionó vivamente este argumento lapidario: “Hay que recordar—dice Núñez Lagos (1)—que en la teoría del medio de prueba

(1) Ob. cit., págs. 391-392.

el nacimiento de la relación jurídica de fondo se produce por el convenio consensual primigenio y que "a posteriori" la intervención del Notario forma la prueba. Pero la intervención notarial, si no produce el contrato, porque ya estaba producido, como quiera que la fide notarial recae exclusivamente sobre los hechos coetáneos al acto del otorgamiento, resulta que la fides pública no puede probar lo hecho o acontecido antes del otorgamiento—el pasado—, sino lo que hace—el presente—, y lo que se hace no es un contrato, sino un acto *ineficaz en sí*, porque el contrato ya estaba hecho". Y añade estas palabras de Degenkolb: "El documento de otorgamiento tiene la eficacia de un documento dispositivo o no tiene ninguna eficacia; pensado como mero documento probatorio, sería completamente erróneo y jurídicamente sin valor. Pues lo que podría probar, o sea el ensayo de una celebración de contrato encarnado en el mismo documento, sería jurídicamente nulo, y lo que debía probar, o sea la celebración del contrato anterior, esto no lo puede probar."

El razonamiento es de fuerza arrolladora y fecundo en consecuencias. Ya hemos visto antes, que la escritura—forma notarial—, aun en los casos de negocios no solemnes, tiene valor constitutivo. Vemos ahora que, precisamente cuando se la daba un papel meramente probatorio, no podía probar el negocio. Y es que a los autores clásicos se les escapó de las manos su propia creación. Ellos quisieron cercar el efecto constitutivo de la forma en el coto cerrado de los negocios solemnes, y lanzaron al aire su idea rotunda: a negocio no solemne, forma probatoria y nada más que probatoria. Pero, ¿probatoria de qué? Ellos contestaban rápidos: "Del negocio. Justamente—continuaban—cuando se otorga escritura de un contrato consensual, por ejemplo, lo que se busca es preconstituir la prueba; lograr para el acto *ya perfecto antes de acudir a la Notaría*, una constatación fehaciente y perdurable." Estos autores no se dieron cuenta al razonar así de que si el negocio instrumentado es anterior al instrumento, el instrumento probará lo que sea, pero no el negocio. ¿Se quiere—esto querían los clásicos—que el instrumento pruebe; que la forma sea verdaderamente "ad probationem"? No existe más que un camino: hacer que el negocio—fondo—y la escritura—forma—sean coetáneos, y no anterior el primero a la segunda; hacer que el contrato consensual, perfecto antes de acogerse a la forma notarial, se refunda, se *renueve*—Degenkolb—, se *fije* definitivamente—Siegel—en la escritura misma, de tal suerte que sólo se con-

ceda vigor jurídico al contrato contenido en el instrumento con menor precio absoluto para todos los pactos anteriores o acuerdos primigenios.

Esta sí es buena senda. A través de ella podemos llegar efectivamente a dar a la escritura—forma—valor probatorio del negocio en ella contenido—fondo—; porque es el negocio que la escritura pública—y no los acuerdos o convenios anteriores—lo que se quiere (y se puede) probar.

Ya tenemos así a la escritura pública erigida en verdadero medio de prueba—supremo anhelo de los autores clásicos—. Pero ello se ha logrado de la única manera posible: proclamando, como dice Farré Moregó (1), “la unión sustancial entre fondo y forma”, es decir, dando a la escritura un valor constitutivo.

Los escritores antiguos creyeron encontrar el valor “ad probationem” de la forma a base de negarla fuerza constitutiva. Acabamos de ver que sólo siendo constitutiva puede ser “ad probationem”. Por tanto, frente a la tesis antigua “la forma del negocio, cuando no es exigida “ad solemnitatem”, no constituye, prueba simplemente”, presento esta otra: “la forma en los actos no solemnes, tiene que ser constitutiva para poder ser probatoria del negocio mismo”.

\* \* \*

#### Termino:

La forma—la notarial como prototipo—, aunque no sea necesaria, es constitutiva. Por eso ya no hay formas “ad solemnitatem” y “ad probationem”.

La forma con verdadera fuerza probatoria descansa, paradójicamente, en la desaparición de la forma “ad probationem” como categoría especial.

Cuando se creyó que la forma en el negocio no solemne tenía por misión única servir de medio probatorio; cuando enfáticamente se dijo: “la forma “ad probationem” sólo prueba”, entonces precisamente nada podía probar.

Cuando, desviando al parecer la puntería, se afirmó: “la forma constituye siempre. ”, en aquel momento fué cuando recibió el placet su fuerza probatoria.

LUIS BOLLAIN ROZALEM  
Notario.

(1) Ob. cit., pág. 102.