

## La forma del negocio jurídico desde el punto de vista notarial

Reducir el contenido del Derecho notarial a lo que se llama Derecho notarial formal limitará sus horizontes, pero no disminuirá su importancia. Quedará, para el Derecho sustantivo, el amplio campo de las personas, de las cosas y de los hechos, que, al relacionar aquéllas entre sí o con éstas, hacen nacer los derechos, los modifican o extinguen. Pero quedará también terreno libre y exclusivo al Derecho notarial, que nos aleccionará sobre el cumplimiento de los requisitos y condiciones externas con que han de producirse esos hechos para que la relación nazca plenamente eficaz o, al menos—si la forma notarial es potestativa—, para que nazca con una fortaleza procesal y extraprocesal que sea garantía de eficacia.

Plantéase con ello, como problema preliminar, el de la forma jurídica que deben revestir los actos humanos para que produzcan efecto. Históricamente, este problema evoluciona partiendo del absoluto formalismo, para desembocar en el criterio de libertad de forma y re-venir, en fin, en el momento presente, a una restauración de la tesis formalista, bien que reduciendo al mínimo los requisitos formales (especialmente en la contratación mercantil), para que la exigencia de determinada forma no pueda suponer una injustificada traba a la rapidez de la contracción.

a) *Evolución histórica de la forma del negocio jurídico: Roma.*—No es nada aventurada la opinión que formulan Tarde y Cogliolo (1) al fundamentar la obligatoriedad del vínculo contraído en las sociedades primitivas en el temor de violar la promesa jurada hecha a los dioses. Sin embargo, y por lo que se refiere al Derecho romano primitivo o nacional, niega Von Mayr este origen religioso de la *sponsio* (fórmula primitiva coexistente con el *nexum*): en la primera Era, la *sponsio* “no obliga a los peregrinos, pues la palabra *dari spondes, spondeo*, sólo tiene

(1) Cfr. Castán: *Civil Notarías*, ed. 1941-42, t. III, pág. 586

eficacia en boca de un ciudadano romano, mientras que el juramento a los dioses vincula también a los extranjeros" (1).

Sea o no cierto este origen religioso, y sea o no la *sponsio* una evolución de la fianza que el deudor contrae para convertirse en su propio fiador—como sostiene el mismo Von Mayr—, lo que es innegable es ese fenómeno común en la evolución de los diversos derechos históricos, que nacen *formalistas* y se desarrollan con tendencias formales o *consensualistas*. El *nexum per aes et libram* (préstamo real o figurado celebrado ante el *librepens* y cinco testigos con palabras solemnes), la *fiducia*, la *sponsio* o *stipulatio*, las transmisiones de dominio por la *mancipatio* o la *in jure cessio*—bastante anterior a la *traditio*, que corresponde al derecho pretorio—el contrato literal (evolución de la *expensilatio*, que es una inscripción en el libro-agenda de una suma entregada al deudor), son relaciones formales de la Era nacional del Derecho romano, únicas que, con los actos ilícitos (*delicta*) en general—en particular, *injuria*, *furtum* y *damnum*—son susceptibles de producir obligaciones.

Cierto que "el contrato mismo se halló desde el primer momento, como todo contrato obligacional, exento de formalidades. Sólo para dar lugar a responsabilidades requería un acto formal. El contrato, de por sí, no se hallaba sujeto a formas, pero, en cambio, no engendrabá responsabilidad. Los negocios jurídicos que hacían surgir la responsabilidad, el *nexum*, la *fiducia* o la *sponsio*, eran actos formales (2). Este exagerado formalismo no se requiere solamente para el acto constitutivo de la obligación; se exige también para el acto liberatorio del deudor, que ha de hacerse con solemnidades formales (*acceptilatio*) para producir efectos extintivos de la obligación.

El formalismo de esta época es interno y externo. La forma decide los efectos jurídicos de un acto, con independencia de su contenido; y el acto celebrado en la forma legalmente prevista surte sus efectos—en gracia a la forma—independientemente de la voluntad de los que en el negocio actuaban. Ello explica, según Mayr, la validez de las estipulaciones celebradas por el niño—carente de voluntad propia—con la aprobación de su tutor; la necesidad de la intervención del pretor para atribuir efectos jurídicos al *dolus*—del que el *jus civile* no se preocupa-

(1) *Historia del Derecho Romano* Labor, 1926 t. I. págs. 204-205. Se inclina en favor de la tesis de la *sponsio* como fórmula de juramento Emilio Costa: *Storia del Diritto privato Romano*. Turin, 1926, pág. 336

(2) Von Mayr: Op. cit., I, 213.

ba—, y el que no fueran impugnables los negocios jurídicos *jocandi causa*, ni los celebrados con error sobre la existencia del negocio (1). Tales consecuencias resultaban contrarias al espíritu lógico del romano. Se comprende por esta razón que, como transformación del *nexum* y de la *mancipatio* (*fiduciae causae*), aparezcan los contratos reales, y más tarde, antes de finalizar la república, los contratos consensuales. Si a ello se añade la eficacia que se concede a los diversos pactos llamados *vestita*, se puede dar por consumada la evolución, muy lejana, del criterio formalista primitivo (2).

CONTRATOS PROTEGIDOS POR ACCIONES CIVILES DEL DE- RECHO CONSUECUDINARIO.	{	1.— <i>Obligaciones quae re fiunt</i> (contratos reales). Su forma o solemnidad está en la entrega de la cosa.
		2.— <i>Obligatio quae verbis fit</i> (contrato verbal). <i>Sponsio</i> o <i>stipulatio</i> .
		3.— <i>Obligatio quae litteris fit</i> (contrato literal).
		4.— <i>Obligaciones quae consensus fiunt</i> (contratos consensuales: compraventa, arrendamiento, sociedad y mandato).
PACTOS. . . . .	{	1.— <i>Pacta adjecta</i> (accesorios de los contratos de buena fe).
		2.— <i>Pacta praetoria</i> (sancionados por Edicto del Pretor).
		3.— <i>Pacta legitima</i> (sancionados por las Constituciones Imperiales).
		4.— <i>Pacta nuda</i> (actos <i>aformales</i> , desprovistos de sanción).

Esta transformación del primitivo formalismo se debe, sin duda, a la influencia del *jus gentium*. Pero no debe entenderse que el carácter formal desapareciera de modo absoluto del Derecho romano, ni siquiera en el Bajo Imperio. El pretor mismo no prescindió nunca por entero de la forma, aunque el formalismo del *derecho honorario* se caracterizará siempre por una “mayor flexibilidad” que el del *jus civile* (3).

Tampoco debe creerse que estas formalidades han de tener carácter notarial; por el contrario, produce efectos la sola pronunciación o escritura de la fórmula sin siquiera la asistencia de testigos (4): *Omnes stipulationes*—dice la Constitución del Emperador León del año 472—*etiamsi non solemnibus vel directis, sed quibuscumque verbis pro con-*

(1) Op. cit., II: 119.

(2) Söhm, en sus *Instituciones de Derecho privado Romano* (Madrid, 1928, página 358), nos presenta una clasificación de los pactos y contratos en la época imperial que refleja el sentido de esa evolución.

(3) Söhm: Op. cit., 54—Von Mayr: II. 121.

(4) Costa: Op. cit., 336.

*sensu contrahentium compositae sint legibus cognitae suam habeant firmitatem.* La atenuación en el rigor de la formalidad oral, correlativa a la importancia creciente del documento entregado al acreedor en el que el deudor declara haber pronunciado la fórmula (*chirographum, cautio, instrumentum, scriptura*), es del mayor interés desde el punto de vista de la historia del instrumento público, ya que supone el triunfo—dentro siempre del criterio formalista—del *contractus qui literis fit* sobre la *obligatio verbis* (1).

La evolución puede darse por acabada en el Derecho romano bárbaro: el predominio de la forma escrita (*instrumentum*), que tenía el mismo valor *formal constitutivo* de la obligación que la *sponsio* antigua. sufre la embestida de las tendencias de los diversos súbditos del Imperio a los que se reconoce la ciudadanía romana, y como resultado de esta vigorosa reacción contra las tendencias de los jurisconsultos clásicos, el *instrumentum* acaba por ser considerado únicamente como medio de prueba de la obligación (2).

b) *Evolución histórica de la forma del negocio jurídico: Países germánicos.*—Semejante a la evolución estudiada en Roma es la que se produce en los países germánicos; con una diferencia importante, pues el último período—contrato formal escrito de valor probatorio, pero no constitutivo—no llega a ser conocido de los bárbaros. quienes, como dice Minguijón, extraños a las sutilezas de los juristas, no llegan a comprender la diferencia entre la formación del contrato y su prueba (3). Tampoco tiene el mismo carácter el formalismo romano que el germano, pues aquél era *real* y éste es *simbólico*. Tal simbolismo se comprueba por el empleo de la *festuca, virga, baculum, fustis* o *lignum*—varita o pequeño bastón que tiene una significación del poder que se transmite—o del *wadium* o *wadia*—objeto mueble sin valor—, que se entregaban como *prenda* de la promesa; pero no como *prenda* de valor patrimonial, sino de valor moral o figurado (4).

(1) Vid. Gneist: *Die formellen Verträge des neuer röm Obligationen Rechts.* Berlín, 1845, págs. 321 y sigs.—Schupfer: "Singrafa e chirografi", en *Riv. Italiana*, VII, págs. 356 y sigs.

(2) *Lex romana Burg.* 14, 85 Vid. F. Messina Vitranò: "La litterarum obligatio nel Diritto giustiniano". *Archiv. Giur.*, LXXX, 1908, y Ferrari: "L'obbligazione letterale delle istituzioni imperiali". *Atti del R. Istituto Veneto*, 1909, LXIX. páginas 1.195 y sigs.

(3) *Historia del Derecho español.* Cfr. Castán: *Derecho civil*, III, 588.

(4) Planiol-Rippert: *Traité élémentaire...*, II, núm. 966.—Esmein: *Les contrats dans les très anciens Droit français.* París, 1883 —Viollet: *Precis.* 2.<sup>a</sup> ed., páginas 594-602 —Minguijón: *Historia...*, I, 141.

Idéntico sentido simbólico tienen, por lo que se refiere a la *Gewere* y las transmisiones de propiedad la entrega de un arbusto o de un puñado de tierra; la dación solemne del guante o de la mano; el abandono del derecho del transferente saltando las tapias (*exitus*) o límites de la propiedad transmitida, y, en definitiva, la *Auflassung*, que no es, originariamente, sino una forma cómoda de investidura simbólica.

Desde el punto de vista formal, la contratación reviste en la práctica cuatro modalidades: la escritura o contrato *per chartam* (1), el contrato real con entrega de la cosa, el contrato simbólico y el contrato por juramento. Esta última modalidad representa ya la influencia poderosa del Derecho canónico, que también se había hecho sentir en la última época del Derecho romano. El principio moral de que en el fuero interno, o de la conciencia, son obligatorios los pactos aformales (*pacta quantumcumque nuda servanda sunt*), tiende a aproximar las esferas de recíproca competencia de la moral y del Derecho. El mejor Derecho será el más acorde con la regla moral. Mas hasta que este principio canónico triunfe—como triunfará, a no tardar—, es preciso que al pacto nudo se sobreponga un fuerte lazo moral—el juramento—que obligue a respetar lo acordado.

c) *La forma del negocio en el Derecho histórico español.*—El Derecho español visigótico y el posterior indígena están, evidentemente, influenciados por la tendencia formalista simbólica hasta la publicación del Ordenamiento de Alcalá—promulgado en las Cortes de Alcalá de Henares de 1348—. A juicio de Riaza y García Gallo (2), el Derecho español de la Alta Edad Media no conoce los contratos consensuales libres de forma; sólo son válidos los contratos solemnes. Pero no llegan por eso a creer estos autores—como opina Mayer—que la sola fuente de obligaciones fueran, como en el primitivo Derecho romano, el contrato real y el delito. Aunque solemnes, los contratos en que medie *arra*, *festuca* o *palmata* (apretón de manos), pueden tener carácter consensual. Cabe, sin embargo, destacar como inspirados en princi-

(1) Sirva esta oportunidad para salir al paso de la interpretación restringida que dió Maura, en el Apéndice al Código Civil correspondiente al Derecho foral de Aragón, al principio *standum est chartae*. Semejante axioma del Derecho aragonés no debe tomarse solamente en el sentido de una regla de interpretación de los contratos escritos, sino también como tendencia a una *imposición de forma escrita*, de gran abolengo en Aragón, pues impuesta ya por el Fuero de Jaca de principios del siglo XII, parece haber sido ya anteriormente establecida; al decir de los historiadores locales, tal Fuero jacetano no hizo sino reiterar leyes o disposiciones que ya estaban vigentes por Fuero o uso.

(2) *Manual de Historia del Derecho español*, págs. 662 y sigs.

pios de espiritualismo jurídico o de *consensualismo* el Fuero de Soria y el Fuero Real (1). En el Fuero Juzgo no aparece formulado expresamente el principio formalista con carácter simbólico, pero sí exige la forma escrita, que en la compraventa y en la donación debe ir acompañada de la intervención testifical (2).

El Código de Partidas pretendió traer a nuestro Derecho el sistema romano y la clasificación de los contratos según los efectos o valor de la forma. Pero el Ordenamiento de Alcalá, en la Ley única del título XVI, sancionó el principio canónico—más conforme con la ley moral—de la validez de los pactos nudos: *Sea valedera la obligación o el contrato que fueren fechos en cualquier manera que parezca que alguno se quiso obligar a otro e facer contracto con él.*

d) *Orientación actual en materia de forma.*—Desde un punto de vista exclusivamente moral, no puede negarse la superioridad del principio espiritualista sobre el formalista; mas en la constante aspiración del Derecho de aproximar su órbita a la de la moral, no puede llegarse a un resultado definitivo. En lo que se refiere a la forma, esta aspiración absoluta tiene que quedar frustrada por la compleja serie de relaciones y recíprocas ofertas y modificaciones de éstas que tienen que mediar hasta que se produzca una voluntad cierta y *exacta* sobre el contenido y los efectos del contrato. Obligaciones no concluidas formalmente, apoyadas en presunciones lógicas o en supuestos erróneos, obligarán en conciencia sin producir plenos efectos jurídicos, y, en cambio, relaciones civiles externamente perfectas no serán moralmente eficaces. Por otra parte, la obligación aformal, deseosa de respetar una voluntad no manifestada según un determinado molde legal, aunque persiga un beneficio de la justicia, en el terreno de los hechos puede producir —y con frecuencia produce—quebrantos del orden jurídico externo, en cuanto multiplica la acción contenciosa de los Tribunales de justicia.

Dejando de lado este terreno teórico, que olvida la imperfección moral del hombre y sus posibles inclinaciones a no cumplir lo ofrecido, en punto a los hechos interesa que la Ley no se mantenga indiferente sobre la forma que pueden presentar los actos jurídicos privados; para que los hechos humanos produzcan relaciones obligatorias, deben vestir determinados hábitos jurídicos, que en definitiva sirven para distinguir la preparación del contrato y su perfección o nacimiento jurí-

(1) 2. I; II. 1.

(2) Libro V, tít. 24.

dico. El principio moral de libertad de forma del negocio jurídico es la fuente principal de la actividad litigiosa. Además, permite confundir —con ambigüedad que nada tiene de científica— los actos propiamente jurídicos con sus preliminares, con los actos de mera jactancia, con los realizados *animo jocandi* o con asentimientos de mera cortesía.

Por fortuna—en nuestra opinión, al menos—, en la práctica se está produciendo una vigorosa reacción en favor de la forma, porque se ha impuesto como sentimiento social la convicción de que la mayoría de los litigios—a salvo los que plantean cuestiones de derecho puro y no dependen de cuestiones de hecho—se producen, o bien por la ausencia de una forma externa que garantice la real existencia de una voluntad dirigida a un fin jurídico, o bien por una deficiente construcción—material o formal—del negocio.

Esa conciencia colectiva es la principal justificación de la importancia del Derecho Notarial y de la función del Notario. Y el movimiento legislativo parece seguir la corriente formalista, tibiamente apuntada en el artículo 1.280 de nuestro Código civil (1), que ha sido aplicado con sentido “consensualista” por nuestro Tribunal Supremo (2) y que está recogida con más vigor en las leyes mercantiles y en las disposiciones modernas de cierto carácter social (Seguros, Cooperativas, Arrendamientos, etc.) (3).

E. GIMÉNEZ-ARNÁU.

Registrador de la Propiedad

(1) Además de los actos enumerados en el artículo 1.280, tienen carácter *formal-solemne* en nuestro sistema civil el arbitraje y la amigable composición (arts. 792 y 828 ley de Enj. civil), el de la sociedad a que se aporten inmuebles o derechos reales (artículo 1.667 Cód. civil) y el de arrendamiento de fincas rústicas cuando la renta exceda de 5.000 pesetas (ley de 15 de marzo de 1935, art. 6.º), sin contar otros actos de naturaleza no contractual, como el reconocimiento de hijo natural (art. 131 Código civil), la adopción (art. 179, *ibid.*) y la emancipación (art. 316, *ibid.*).

(2) En otra ocasión, cuando estudiemos el valor procesal del instrumento público, tendremos ocasión de examinar esta posición jurisprudencial, apoyada equivocadamente en los artículos 1.278 y 1.279 del Código.

(3) El Derecho alemán, al que es obligada la referencia por su enorme trascendencia doctrinal, otorga rango formal a los siguientes actos:

Con forma escrita privada: los arrendamientos de uso y disfrute que duren más de un año (566 y 581), la promesa de renta vitalicia (761), la asunción de fianza (760), la promesa de deuda y el reconocimiento de deuda (780 y 781), la aceptación de la delegación, asignación o *Anweisung* (784), las obligaciones al portador (793) y el negocio fundacional (81).

Y con forma pública, judicial o notarial: las obligaciones de transmitir el patrimonio o una cuota del mismo (311), el contrato entre futuros herederos sobre cuota legal o sobre legítima (312), la obligación de transmitir la propiedad de un inmueble o de conceder un derecho de superficie (313), la venta de la herencia (2.371) y la promesa de donación (518).