

## LA FORMA EN LOS ACTOS JURÍDICOS Y EN LOS CONTRATOS

BERNARDO PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO

SUMARIO: I. *Introducción. La forma en los actos jurídicos y en los contratos y sus diversas acepciones.* II. *Clasificación de los formalismos o formalidades.* III. *Los formalismos en el Código Civil de 1870.* IV. *Los formalismos en el Código Civil de 1884.* V. *Los formalismos en el Código Civil de 1928.* VI. *Otras cuestiones derivadas de los Artículos 1833 y 2232 del Código Civil.*

### I. LA FORMA EN LOS ACTOS JURIDICOS Y EN LOS CONTRATOS Y SUS DIVERSAS ACEPCIONES

En los actos jurídicos y en los contratos la palabra "forma" por tener diversas acepciones, provoca confusión dentro de las doctrinas generales que pretenden explicar esos actos. Algunas veces, por "forma" se entiende el continente del acto jurídico, como si se tratara de un elemento extraño a él, otras como un elemento de existencia o bien como elemento de validez o simplemente como un medio de prueba.

La diversidad de acepciones del término "forma" nos obliga a hacer su análisis filosófico para conocer su contenido y alcance. Aristóteles, cuando estudiaba al ser, en tanto que ser, manifestó que éste consta de dos elementos: la materia y la forma. La primera, es aquello de lo que está hecho, aquello de que consta o se compone algo. La segunda o sea la forma, es una noción que procede del campo de la geometría y significaba la figura en el sentido corriente de la palabra, el contorno o el perfil. Sin embargo, para Aristóteles, la forma, es lo determinante para que la materia se organice en lo que es y sea lo que es, es el fundamento de la unidad y del sentido de la cosa, de tal manera que no hay materia sin forma: la forma es la idea por la que una cosa es inteligible.

Aplicando los anteriores conceptos al campo del derecho y en especial al de los actos jurídicos y de los contratos, encontramos que todo acto humano consta también de los dos mencionados elementos del ser: "materia y forma". La "materia" es el acto de la voluntad interna del sujeto; la "forma" su expresión por medio de signos verbales, escritos o por la realización de conductas. Esto significa que no hay acto jurídico ni contrato que no tenga forma, pues ésta constituye un elemento de existencia.

Hay autores, como Manuel Albaladejo, que consideran a la forma como un elemento exterior y accidental al acto jurídico. El mencionado autor expresa que:

"La forma no es un elemento más del negocio (como lo son la declaración de voluntad u otros), sino que es la vestidura exterior de estos elementos, o los ritos o solemnidades que se han de observar para darles vida. Por ejemplo, las palabras pronunciadas verbal, o escritas; en la escrita, no son otro elemento del contrato, sino que son la fisonomía (forma) del elemento declaración de voluntad. O bien, la presencia del juez municipal y de los testigos, no es un elemento más del matrimonio, sino que ambiente —forma— en el que debe nece-

sariamente tener lugar la emisión de las declaraciones de los contrayentes: ante el juez y los testigos".<sup>1</sup>

Así, para este autor la forma es el continente y el acto jurídico es el contenido. Opinión que no compartimos por las nociones de Aristóteles expuestas y que asumimos. Consideramos que no hay acto jurídico sin forma, elemento constitutivo tanto del acto jurídico como del contrato.

La forma, frecuentemente, en la práctica y en la doctrina se confunde con los formalismos o las formalidades. Así algunos autores, al tratar de las clasificaciones de la forma, más bien se refieren a las formalidades o formalismos.

La forma se puede definir como: "El signo o conjunto de signos por los cuales se hace constar o se exterioriza la voluntad del/o de los agentes de un acto jurídico y del contrato". Y los formalismos o formalidades como: "El conjunto de normas establecidas por el ordenamiento jurídico o por las partes, que señalan cómo se debe exteriorizar la voluntad, para la validez del acto jurídico y del contrato." En estas definiciones se establece la distinción entre la forma, como elemento de existencia, y los formalismos o formalidades como elemento de validez.

En este trabajo enfocaremos nuestra atención en los formalismos consignados en el Código Civil de 1928. Para tal efecto, principiaremos con una breve y limitada referencia a la evolución de los formalismos o formalidades dentro del derecho privado y a sus diversas clasificaciones.

Los formalismos han ido variando, espacial y temporalmente, de acuerdo con las técnicas legislativas. La evolución de los formalismos, en cierta manera, está conectada con la evolución cultural del hombre. En un principio los formalismos eran fundamentalmente religiosos. Se hacían a través del sacerdote que intervenía como elemento mágico en toda contratación. Posteriormente, en el derecho romano adquieren un matiz de tipo civil. En este derecho, de existencia fecunda y prolongada, hay un cambio de los formalismos, desde el inicio al fin de su vigencia. Si al principio eran rudimentarios y complicados, al final se simplificaron. Esta evolución no obsta para sostener que este derecho fue formalista, que la modificación en los formalismos hacia una mayor simplicidad, no les hizo desaparecer. Y como Bonnecase, afirmamos que "si el formalismo acaso no se originó en el derecho romano, en cambio floreció en él con un vigor particular".<sup>2</sup>

Ejemplo de esa evolución está en los modos de transmisión de la propiedad que van de la *mancipatio* y la *in jure cessio* a la *traditio*.

La *mancipatio*, procedimiento que sólo podían efectuar los ciudadanos romanos comerciantes y cuyo objeto eran los *res mancipi*, se celebraba en presencia de cinco testigos ciudadanos romanos, y de un portabalanza, una balanza y un trozo de bronce (*randusculum*). El que habría de adquirir la propiedad (*mancipio accipiens*) golpeaba uno de los platos de la balanza con el trozo de bronce (símbolo del precio) y al mismo tiempo pronunciaba una fórmula solemne afirmando que la cosa se volvía suya.

La *in jure cessio* tuvo un origen procesal. Se trataba de un *pleito ficticio*. Quien cedía y quien adquiría, comparecían delante del tribunal del pretor en Roma, y del

<sup>1</sup> Albadalejo, Manuel, "La forma y la interpretación del negocio jurídico", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo*. España, 1958, p. 155.

<sup>2</sup> Bonnecase, Julien, *Elementos de derecho civil*. México, t. II, 1945, p. 239.

presidente en las provincias. La cosa debía estar presente y sobre ella el adquirente ponía la mano y afirmaba ser el propietario. A continuación el magistrado preguntaba al cedente si no había oposición. Si éste no protestaba por la afirmación, el magistrado declaraba propietario al adquirente.

La *traditio*, más sencilla, que en un principio consistió en la entrega física del bien, con la intención del enajenante de transmitir la propiedad y del comprador de adquirirla, y a la cual bastaba con la entrega simbólica *per cartam* o mediante la cláusula *vendidit et tradidit* (vendió y entregó).

Este desarrollo de la forma, en el derecho romano, indudablemente se debe a que el romano era un pueblo materialista, que no podía considerar que la sola voluntad de las partes creara obligaciones y transmitiera el derecho de propiedad. Era necesario confirmar esa voluntad con actos exteriores para poder convencerse, y probar por medio de signos que había acuerdo de voluntades, pues le daba poca importancia a los aspectos espirituales. En cambio, el derecho canónico más interesado por lo espiritual, preocupado más por los aspectos interiores que por los exteriores, concedió mayor importancia a la intención de las partes, al consentimiento expresado sin necesidad de sujetarse a formalidades, que dio paso al consensualismo.

Respecto a la influencia del derecho canónico es de gran importancia la discusión que se dio en el siglo XII, entre la escuela de Bolonia y la de París en relación con la disolución del matrimonio consentido y no consumado. La primera escuela sostenía que el matrimonio no se perfeccionaba con el consentimiento, que sólo era el inicio, perfeccionándose con la realización de la cópula carnal; la segunda sostenía que el matrimonio se perfeccionaba con el consentimiento, siendo la cópula carnal su efecto natural. Ideas, estas últimas, que fueron sostenidas por Pedro Lombardo. De esta discusión, Alejandro III hizo una síntesis, dándole la razón a la escuela de París, al determinar que el matrimonio consentido es verdadero, aunque no se haya consumado.

El derecho romano influyó mucho en la cultura jurídica occidental. Sin embargo, algunos pueblos regulados por este derecho sufrieron invasiones de los germanos, que no habían logrado la evolución cultural que para entonces tenían los pueblos latinizados. Con ello se cayó otra vez en el primitivismo formalista, donde las solemnidades, en algunos casos de tipo religioso, confiscaban la mayor importancia.

El derecho romano, entonces, se bifurca en dos ramas: la germánica y la romana. La romana comprende a su vez dos legislaciones: la francesa y la española. En ambas hay influencia del consensualismo del derecho canónico. La primera en el Código Napoleón, cuyos redactores tomaron en cuenta las disposiciones del *corpus juris civilis* y el del *corpus juris canonici*, concede gran importancia a la fuerza vinculatoria de la voluntad interior, que da lugar al florecimiento del consensualismo. En la segunda, la famosa Ley del Ordenamiento de Alcalá del año de 1348, plasma el consensualismo. Al respecto transcribimos el texto siguiente:

Inspirada nuestra legislación de las *Partidas*, y con especialidad el tít. XI de la 5a., en el espíritu predominante del derecho romano, adoptó la complicada solemnidad de ciertas estipulaciones, tan perjudicial á la fácil celebración de los contratos, y tan ocasionada á producir su invalidación é ineficacia. Fue por eso muy conveniente la gran novedad que introdujo en el antiguo derecho, la célebre Ley del Ordenamiento de Alcalá (única del tít. XVI del mismo, ó sea 1a., tít. I, lib. X, N. R.), según la que pareciendo que alguno se quiso obligar á otro por promisión ó por algún contrato, ó en otra manera, sea tenudo de cumplir

aquello que se obligó, y no pueda poner excepción, que no fue hecha estipulación, que quiere decir, prometiendo con cierta solemnidad de derecho, ó que fue hecho el contrato, ó obligación entre ausentes. . . Propúsose, pues, el legislador por fin principal dictar esta ley, despreciar toda escrupulosidad y solemnidad de palabras, según la oportuna frase del célebre Paborde Sala, para que sin necesidad de las travas y complicación de las antiguas estipulaciones, pudieran los hombres obligarse de un modo fácil, y al mismo tiempo eficaz y valdero. Pero ni esta sencilla explicación de tan autorizado jurisconsulto, maestro de casi todos los letrados españoles durante la primera mitad de este siglo, ni el espíritu que evidentemente revela el claro contexto de aquella famosa ley, ni las reiteradas explicaciones de una constante jurisprudencia, han bastado á impedir que se le dé una torcida interpretación, ni que se haya abusado de ella la mayor parte de las veces que se ha tratado del cumplimiento de obligaciones y contratos; sin duda porque aun domina el error muy vulgar entre ciertas gentes, de que no pueden contraerse aquellas, si no media un documento público ó privado, y no se hallan presentes los contratantes, y concurren además ciertos requisitos y solemnidades. Por eso creemos de alguna utilidad resumir en breves períodos las doctrinas una y otra vez proclamadas sobre tan importante materia; y esperamos que ajustándose á ellas los que tengan que invocarlas ó aplicarlas, se eviten litigios y recursos infundados, ó se sostengan con más probabilidad de buen éxito los que merezcan un justo apoyo y defensa.<sup>3</sup>

No obstante, conforme pasa el tiempo, se nota un retorno hacia el formalismo y la solemnidad. Actualmente en muchas legislaciones existe una marcada tendencia a las formalidades, a pesar que en sus códigos consagren en artículo expreso el consensualismo. La opinión de la doctrina es variada para referirse a estas transformaciones. Autores como Bonnetcase consideran que no debe hablarse de un renacimiento del formalismo de los actos jurídicos del derecho civil, sino más bien de supervivencia. "El Derecho Civil Moderno, nunca ha repudiado de una manera general el formalismo y que simplemente lo ha restringido por lo demás con fines múltiples."<sup>4</sup>

Miguel S. Macedo decía ya:

Ha prevalecido la teoría de bastar el simple consentimiento para dar por perfeccionados los contratos. Sin embargo, las legislaciones modernas, que han comprendido que existe un grande interés público en prevenir los pleitos y asegurar ciertos bienes por su mayor importancia, han sancionado el precepto de que determinadas especies de obligaciones deben constar precisamente en cierta forma, y que, en consecuencia, no son válidas si se otorgan en forma diferente.<sup>5</sup>

Por otro lado Demogue, citado por Manuel Borja Soriano, afirma que: "El formalismo en nuestras civilizaciones adelantadas tiende a renacer para dar más seguridad en las transacciones, por una parte, y por otra para proteger ciertas clases sociales, en fin, para permitir operaciones jurídicas más rápidas".<sup>6</sup>

Otros autores, como Luis Díez-Picazo y Antonio Guillón, afirman que el formalismo pretende el cumplimiento de ciertas finalidades prácticas, que resumen sustancialmente como sigue:

1. Obtener claridad en lo que concierne a las circunstancias de la conclusión de un negocio, como a su contenido.

<sup>3</sup> Ortiz de Zúñiga, Manuel, *Jurisprudencia civil de España, conforme a las doctrinas consignadas en los Fallos del Tribunal Supremo de Justicia*. Madrid, 1869, pp. 527 y 528.

<sup>4</sup> Bonnetcase, *op. cit.*, p. 239.

<sup>5</sup> S. Macedo, Miguel, *Datos para el estudio del Nuevo Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California*. México, 1884, p. 79.

<sup>6</sup> Demogue citado por Borja Soriano, Manuel, *Teoría general de las obligaciones*. México, 1968, p. 217.

2. Garantizar la prueba de su existencia.
3. Tutelar a las partes previniéndolas contra precipitaciones y decisiones poco meditadas.
4. Servir de vehículo para alcanzar una publicidad del negocio haciendo que sea reconocible por los terceros.
5. Evitar en lo posible las nulidades negociales por la intervención de técnicos (el notario en la escritura pública, etcétera).<sup>7</sup>

Quizás tenga razón Planiol, cuando expresa que:

El exceso de cultura produce así efectos análogos a los de la simplicidad y de la ignorancia de los pueblos antiguos. La solemnidad de los actos jurídicos reaparece pronto en todas partes con formas nuevas bajo los nombres de autenticidad, registro, transcripción. Esto no es simbolismo: es la desconfianza.<sup>8</sup>

En la actualidad, a diferencia del derecho romano, la supervivencia o renacimiento del formalismo obedecen a razones diferentes:

La forma se exige en nuestros días no porque se atribuya a las palabras en sí o a las formas escritas o pronunciadas determinada fuerza propia, sino por otros motivos: interés público en evitar los litigios, dotar la precisión a las obligaciones asumidas y de seguridad a ciertos bienes de mayor importancia, inducir a mayor reflexión a las partes contratantes.<sup>9</sup>

Estamos completamente de acuerdo con la opinión de estos autores, pensamos como ellos, que la tendencia de las legislaciones modernas para sujetar la celebración de los actos jurídicos a un sinnúmero de formalismos busca, ante todo, preservar una finalidad del derecho: la seguridad jurídica. Al establecer ciertos requisitos, ciertas formalidades que deben reunir los actos para surgir a la vida del derecho y ser eficaces jurídicamente, se pretende asegurar el derecho de las personas.

## II. CLASIFICACIÓN DE LOS FORMALISMOS O FORMALIDADES

A continuación haremos mención de la clasificación de las formalidades.

El consentimiento o el acuerdo de voluntades se pueden manifestar por medios directos o sea en forma expresa, ya sea por el lenguaje escrito o por el hablado, o también por medios indirectos, en formas tácitas, consideradas por la ley como expresión de la voluntad, así la voluntad se infiere del comportamiento. En este sentido, el silencio, cuando la ley le da efectos jurídicos, constituye una forma de manifestación del consentimiento, como el caso de la tácita reconducción establecida en el artículo 2486 del Código Civil o cuando la ley da efectos de consentimiento al mandato que implique el ejercicio de una profesión en los términos del artículo 2547 del mismo ordenamiento, que dice en su segundo párrafo:

El mandato que implica el ejercicio de una profesión se presume aceptado cuando es conferido a personas que ofrecen al público el ejercicio de su profesión, por el solo hecho de que no lo rehúsen dentro de los tres días siguientes.

<sup>7</sup> Díez-Picazo, Luis y Guillán, Antonio, *Sistema de derecho civil*. Madrid 1975, p. 506.

<sup>8</sup> Planiol citado por Puig Peña, Federico, *Tratado de derecho civil*. Madrid, 1973, p. 40.

<sup>9</sup> Sánchez Meda, Ramón, *De los contratos civiles*. México, 1973, p. 41.

Ahora bien, en cuanto a los formalismos, los contratos se han clasificado, históricamente, en: solemnes, reales, consensuales y formales.

A su vez los contratos consensuales se han clasificado en oposición a los reales y a los formales. Distinción de la que nos ocuparemos más adelante.

Contratos *solemnes*. Se considera a la solemnidad como un elemento esencial al contrato (la forma de ser para algunos autores), de tal suerte que si no se satisfacen las formalidades requeridas por la ley, el contrato es inexistente de acuerdo con el aforismo *forma dat esse rei*. En realidad, en nuestro derecho positivo, no existen contratos solemnes, pues el Código Civil sólo reconoce la solemnidad en el testamento y en el matrimonio. Otras legislaciones, como la francesa, en un tiempo consideraron solemnes aquellos contratos cuya formalidad exigida era la notarial. Actualmente, según el estudio de Mazeaud: "La intervención de los notarios no está requerida ya para la validez del acto, sino tan sólo para su publicidad."<sup>10</sup>

La legislación española regula como solemnes los siguientes contratos:

- a) Reconocimiento hijos naturales (artículo 131).
- b) Adopción (artículo 175).
- c) Emancipación (artículo 316).
- d) Donación inmuebles (artículo 633).
- e) Testamentos (artículo 687).
- f) Capítulos matrimoniales (artículo 1321).
- g) Enfiteusis (artículo 1628).
- h) Sociedad (artículo 1667).
- i) Compromiso (artículo 1820 y L. Arbitraje).
- j) Hipoteca (artículo 1875).
- k) Hipoteca mobiliaria (Ley 1954).<sup>11</sup>

Contratos *reales*. Son aquellos contratos cuyo perfeccionamiento exige la entrega de la cosa. Desde el derecho romano han sido clasificados como contratos reales la prenda y el depósito. En el derecho mexicano el único contrato real es el de prenda. Sin embargo, en nuestro código civil no se requiere la entrega física del bien para el perfeccionamiento del contrato, basta la entrega jurídica para que se tenga por perfeccionado el contrato, estando facultado el deudor para conservar el bien en su poder. Los artículos 2858 y 2859 del Código Civil para el Distrito Federal dicen:

Artículo 2858. Para que se tenga por constituida la prenda deberá ser entregada al acreedor, real o jurídicamente.

Artículo 2859. Se entiende entregada jurídicamente la prenda al acreedor, cuando éste y el deudor convienen en que quede en poder de un tercero, o bien cuando quede en poder del mismo deudor, porque así lo haya estipulado con el acreedor o expresamente lo autorice la Ley. En estos dos últimos casos, para que el contrato de prenda produzca efectos contra tercero debe inscribirse en el Registro Público.

El deudor puede usar de la prenda que quede en su poder en los términos que convengan las partes.

Contratos *consensuales*. Estos contratos son los que requieren para su perfeccionamiento la expresión exterior de la voluntad o del acuerdo de voluntades, ya sea verbal,

<sup>10</sup> Mazeaud, Henri, Leon y Jean, *Lecciones de derecho civil*. Buenos Aires, 1960, p. 82.

<sup>11</sup> Chico Ortiz, José María y Ramírez Ramírez, Catalino, *Temas de derecho notarial y calificación registral del instrumento público*. Madrid, 1972, p. 53.



por escrito privado o por escritura pública. Por nuestra parte, opinamos que en todo contrato hay *consensu*.

**Contratos formales.** Son aquellos que la ley señala para su validez que la voluntad se manifieste de acuerdo con los formalismos establecidos expresamente por la ley, por ejemplo, en escrito privado, en escritura pública, o por procedimiento administrativo (para algunos autores es la forma de valer).

En sentido estricto todos los contratos son formales, porque requieren de una forma para exteriorizar la voluntad. Para algunos contratos la ley establece una determinada formalidad, mientras que para otros no señala alguna en especial. Consideramos que es más propio hablar de contratos con libertad de formalidades y de contratos con formalidades obligatorias. Así opina Gual Vidal, al expresar que:

El acto jurídico no formal, o sustraído de la obligación de una forma absoluta, es, pues, una manifestación de la voluntad más o menos libre respecto a la forma de su expresión; pudiéndose designar con las palabras "forma libre" y "forma no libre", por una parte la carencia de formas, y por otra el formalismo de los actos jurídicos.<sup>12</sup>

Determinando cuáles son los contratos solemnes, consensuales, formales y reales podemos hacer la oposición entre los tres últimos. Parte de la doctrina clasifica los contratos consensuales en oposición a los reales, y consensuales en oposición a formales. Rojina Villegas expresa:

Cuando se dice que un contrato es consensual, en oposición a real, simplemente se indica que no se necesita la entrega de la cosa para la constitución del mismo. En cambio, cuando se dice que un contrato es consensual en oposición a formal, se considera que existe por la simple manifestación verbal del consentimiento, sin requerir una forma escrita, pública o privada para la validez del acto.<sup>13</sup>

Las formalidades a su vez, han sido clasificadas en *ad solemnitatem* y *ad probationem*.

Los formalismos *ad solemnitatem* son aquellos que son necesarios para la existencia del acto o contrato jurídico. Su falta produce la inexistencia del mismo. A esta formalidad se le suele llamar *ad substantiam*, "porque esta forma en los actos jurídicos es substancia, de tal manera que no existen si no se sujetan a la forma ordenada".<sup>14</sup>

Asimismo, Carrara dice:

El legislador al prescribir la forma *ad solemnitatem* la prescribe con carácter obligatorio: como un elemento esencial del negocio, de tal suerte que no nacen, no se crean derechos y obligaciones entre las partes, si la forma no ha sido observada.<sup>15</sup>

Por otro lado, los formalismos *ad probationem* son las formalidades para la prueba del acto jurídico. No son necesarias ni para la existencia ni para la validez del acto jurídico.

<sup>12</sup> Gual Vidal, Manuel, *El formalismo en los contratos, estudios del problema en nuestro derecho*. México, p. 108.

<sup>13</sup> Rojina Villegas, Rafael, *Derecho civil mexicano*, México, 1977, p. 33.

<sup>14</sup> Díez-Picazo, Luis Guillón, Antonio, *op. cit.*, p. 506.

<sup>15</sup> Gual Vidal, Manuel, *op. cit.*, p. 108.

Cuando se trata de formalismos *ad probationem* el acto jurídico nace, es válido, produce todos sus efectos jurídicos por la exteriorización del acuerdo de voluntades, aunque los formalismos legales no se hayan observado.

Siguiendo la opinión del jurista italiano Alberto Trabucchi, haremos referencia a la distinción entre forma y publicidad.

Este autor considera que, mientras la forma es el modo de exteriorización de la voluntad interna del sujeto, la publicidad busca los procedimientos para permitir que los terceros conozcan "la existencia de algunos hechos, de situaciones jurídicamente revelantes, o bien el contenido de negocios judiciales".

Dice que el efecto directo de la forma es el de adquirir el derecho, mientras que la publicidad busca conservarlo; pero también reconoce que aunque generalmente la publicidad tiene eficacia declarativa, pues el hecho jurídico existe independientemente y antes de ser conocido por la sociedad, a veces tiene eficacia constitutiva, porque el derecho no surge si no han sido observadas las formas de publicidad. Acepta que tanto la forma como la publicidad imponen determinadas formalidades.

Para este autor, la inscripción es una forma de publicidad declarativa, que permite obtener seguridad o mayor eficacia en el acto ya perfeccionado, pero, también dice que, en el derecho italiano, la publicidad de los bienes-muebles se consigue mediante la posesión.

Distingue entre la forma cuando es exigida *ad substantiam* y la publicidad. La primera es cuando la forma es un elemento constitutivo del negocio, requisito para la existencia jurídica de la voluntad, unas veces para resaltar al sujeto la importancia del acto que le va a obligar, algunas otras para preconstituir una prueba. Mientras que la publicidad sirve para llevar a conocimiento de la colectividad, de todos los terceros, o de algunos, los negocios realizados.<sup>16</sup>

### III. LOS FORMALISMOS EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1870

El Código Civil para el Distrito Federal de 1870 con su reforma de 1884, son los antecedentes de nuestro actual código de 1928.

El Código de 1870 fue un código consensualista, aunque de sus preceptos se desprende que se trata de un código formalista.

Este código sentó el principio del consensualismo al establecer en su artículo 1392:

Artículo 1392. Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento; y desde entonces obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, son conformes a la buena fe, al uso o a la ley.

Su exposición de motivos, al comentar este artículo, señala:

El artículo 1392 consigna el principio absoluto de que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento. En este particular la comisión siguió el espíritu de la ley 1a., Título 1o. libro x de la *Novísima Recopilación*, y lo ha desarrollado, estableciendo en el artículo 1546 que desde la perfección del contrato, el riesgo de la cosa es de cuenta del que adquiere y en el 1552, que la traslación de la propiedad se verifica entre los contratantes por mero efecto

<sup>16</sup> Trabucchi, Alberto, *Instituciones de derecho civil*. Madrid, 1967, pp. 249.



del contrato, sin dependencia de tradición. La adopción de este sistema pondrá fin a las complicadas cuestiones sobre pertenencia de los frutos de la cosa, producidos y percibidos antes de la tradición. La sencilla aplicación del axioma de que la cosa fructifica para su dueño, reducirá en lo futuro las cuestiones a averiguar la fecha del contrato; pues que desde allá se transfiere el dominio y, como consecuencia, el derecho de hacer suyos los frutos el que adquiere la cosa.

Los artículos 1546 y 1552, mencionados en este párrafo, dicen:

Artículo 1546. Desde que el contrato se perfecciona por el consentimiento de las partes, es de cuenta del acreedor el riesgo de la cosa, aun cuando ésta no le haya sido entregada.

Artículo 1552. En las enajenaciones de cosas ciertas y determinadas, la traslación de la propiedad se verifica entre los contratantes por mero efecto del contrato sin dependencia de tradición, ya sea natural, ya simbólica; salvo convenio en contrario.

Por otro lado, el artículo 1895 establece los requisitos para la validez del contrato:

Artículo 1895. Para que el contrato sea válido debe reunir las siguientes condiciones:

- 1ª Capacidad de los contrayentes;
- 2ª Mutuo consentimiento;
- 3ª Objeto lícito.

De los artículos relacionados se desprende de que se acepta el consensualismo y que, por excepción, cuando la ley regula algunos contratos establece formalismos especiales.

#### IV. LOS FORMALISMOS EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1884

En materia de formalismos, el Código de 1884, varía en relación al de 1870. Deroga el principio del consensualismo, al establecer, en el artículo 1276, correspondiente al 1392, del Código de 1870:

Artículo 1276. Los contratos legalmente celebrados obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, son conformes a la buena fe, al uso o a la Ley.

Miguel S. Macedo dice que esta disposición, en comparación con la del Código de 1870, es suficiente para contrariar el principio del consensualismo: "Desde el momento que se sanciona este precepto, es inexacto el principio de que todo contrato es consensual y que por lo mismo se perfecciona por el simple consentimiento, independientemente de las formalidades externas."<sup>17</sup>

Por otro lado, de los veintisiete contratos que regula, dieciséis requieren de formalidades expresamente determinadas para su validez y once tienen libertad de formalidades.

El artículo 1279, del mismo ordenamiento, regula los requisitos de la validez del contrato.

<sup>17</sup> S. Macedo, Miguel, *Datos para el estudio del Nuevo Código Civil del Distrito Federal y Territorio de Baja California, promulgado el 31 de marzo de 1884*. México, p. 79.

Artículo 1279. Para que el contrato sea válido debe reunir las siguientes condiciones:

- I. Capacidad de los contrayentes
- II. Mutuo consentimiento
- III. Que el objeto-materia del contrato se lícito
- IV. Que se haya celebrado con las formalidades externas que exige la ley.

Miguel S. Macedo, al comentar esta disposición, dice:

Como hemos dicho, al determinar formalidades externas especiales para ciertos contratos, el legislador se ha propuesto evitar litigios y poner a salvo, fuera de toda duda y de todo ataque, los derechos que ha creído de mayor importancia, como son los de propiedad raíz, o que ha considerado más expuestos a abusos, como los de seguros, etc. A fin de proteger este interés social, se han establecido formas especiales y necesarias, que no pueden ser modificadas ni dispensadas por contrato: *Privatorum conventio juri publico non derogat*. (Dig. ley, 45, 1, tít. XVIII, lib. I). Para dar sanción a este precepto, ha sido necesario declarar nulos los contratos celebrados sin respetarlo, que es lo que se ha hecho al adicionar el artículo en cuestión.<sup>18</sup>

Don Jacinto Pallares, en un artículo titulado: "De los contratos solemnes", afirma que con la redacción de ese artículo del Código de 1884:

Las formalidades externas *ad probationem* adquirieron el carácter de condiciones, tan esenciales para la validez y existencia de un contrato como lo son las de capacidad de los contrayentes, el mutuo consentimiento y la licitud en el objeto materia del contrato, sigue comentando el mismo autor—El legislador no logró el propósito de asimilar absolutamente los contratos solemnes con los que no lo son, porque no cuidó de reglamentar en todas sus consecuencias el principio sancionado en el artículo 1279. Así, no estableció que en virtud de ese precepto, los contratos que carecen de solemnidades legales ni son susceptibles de ratificación, ni la nulidad se subsana por la prescripción y el cumplimiento voluntario, ni deja de ser exclusiva de los contratantes la acción y excepción de nulidad, ni deja de ser preciso hacer valer esa nulidad por vía de acción y excepción.

Pallares, al comentar el artículo 1279, considera que las formalidades en él establecidas no son *solemnitatis causa*.

1. El artículo 1679 establece que: la ratificación y el cumplimiento voluntario de una obligación nula, por falta de forma o solemnidad en cualquier tiempo en que se haga, extingue la acción de nulidad.

Artículo 1679. La ratificación y el cumplimiento voluntario de una obligación nula por falta de forma o solemnidad, en cualquier tiempo en que se haga, extingue la acción de nulidad; exceptuándose los casos en que la ley expresamente dispone lo contrario.

2. El artículo 1674, da a las nulidades el carácter de excepción o acción, respectivamente, es decir, de alegación de hecho o derecho que debe someterse a un debate judicial.

Artículo 1674. La acción y la excepción de nulidad competen a las partes principales y a sus fiadores; exceptuándose aquellos casos en que la ley dispone expresamente otra cosa.

3. No hay disposición expresa que excluya en la aplicación de esos dos preceptos a los contratos nulos, por falta de formalidades.

Y concluye: Bastan esos preceptos "para que esas formalidades no deban considerarse *solemnitatis causa* y para que tome legítimo asiento en nuestro derecho toda la teoría o doctrina relativa a la ratificación tácita o expresa de los contratos nulos por ese defecto y a los demás medios de justificar esa nulidad".

<sup>18</sup> *Ibidem*.

En efecto, en los contratos solemnes no es posible que el cumplimiento voluntario extinga la acción de nulidad, por lo que se concluye que la formalidad establecida en la ley no es *solemnitatis causa*.

Pero, además, en el Código de 1884 no hay posibilidad de elevar a la forma legal el contrato que no se otorgó conforme a los formalismos de ley. Según Miguel S. Macedo, el contenido de los artículos 1276 y 1279 de este código, hace insostenible la doctrina alegada en la práctica de que "el contrato celebrado sin las formalidades externas prescritas por la ley da acción para reclamar que se llenen esas formalidades, y una vez llenadas, para reclamar el cumplimiento del contrato". Conforme a estos dos artículos "sólo son obligatorios los contratos legalmente celebrados, y no son válidas sino las obligaciones contraídas en la forma exigida por la ley".<sup>19</sup>

Aparte, durante la vigencia del Código Civil de 1884, estuvo el Código de Procedimientos Civiles del mismo año. El cual, en el artículo 8o. establecía:

Artículo 8º Ninguna acción, sea real o personal, puede intentarse si no se acompaña el título legal que la acredite en todos los casos en que el Código Civil exige para la validez de los contratos que se otorguen en escritura pública o en escrito privado; los jueces desearán de plano toda acción de esta clase que se intente sin ese requisito, bajo la pena de suspensión de uno a seis meses.

Según Pallares, por este artículo:

Podría parecer que todos los contratos son solemnes y que, respecto de ellos, ha desaparecido la filosófica y universal distinción entre *probationis causa* y *solemnitatis causa*. Pero prácticamente la distinción subsiste —dice— porque el Código no puede exigir que se presente el documento en que se funda la acción cuando se ha perdido o destruido; cuando habiéndose confirmado el contrato nulo por falta de forma, la acción se funda en esa confirmación; cuando el vicio de forma proviene del dolo del obligado que de alguna manera pretenda aprovecharse de las ventajas de hecho derivadas de actos de su coestipulante que obró de buena fe.

En ninguno de los dos códigos se estableció el derecho para elevar a la forma legal el contrato que se hubiere celebrado, sin sujetarse a la formalidad establecida por la ley.

## V. LOS FORMALISMOS EN EL CÓDIGO DE 1928

El Código Civil de 1928 en materia de formalismos, sigue al Código de 1870, que a su vez se inspiró en la *Novísima Recopilación*, según se desprende de la exposición de motivos que se transcribió en el subtítulo relativo.

El principio del consensualismo del Código de 1870, es el antecedente de las disposiciones que en el código vigente sirven de fundamento para afirmar que también éste regula el consensualismo. Estos son los artículos 1796 y 1832:

Artículo 1796. Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionan, obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley.

<sup>19</sup> *idem*. p. 80.

Artículo 1832. En los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la ley.

En materia de formalismos de los contratos, la regla general es, consensualismo. Sin embargo, por las múltiples excepciones que el código consigna a este principio, se puede decir que la excepción es la regla general y viceversa. Afirmamos más bien que es un código formalista, sin embargo, en la exposición de motivos del código, al referirse a este tema expresa:

Por lo que a la forma toca, se procuró, en cuanto fue posible, suprimir las formalidades que hacía necesaria la intervención de notarios o de otros funcionarios públicos para que el contrato se legalizara, haciendo así más expeditas y económicas las transacciones, y sólo se exceptuaron los casos en que para la formación de la historia de la propiedad y seguridad del régimen territorial se exigió la inscripción de los actos en el Registro Público.

Según esto, el legislador busca facilitar la contratación, haciendo más rápidas y menos costosas las operaciones regidas por ese ordenamiento.

Los contratos que constituyen excepciones al consensualismo en el Código de 1928, por estar tasado el formalismo por la ley, son:

- 2246. PROMESA DE CONTRATO
- 2317, 2320 y 2321. COMPRA VENTA INMUEBLES
- 2344. DONACIÓN MUEBLES
- 2345. DONACIÓN DE BIENES RAÍCES
- 2406. ARRENDAMIENTO
- 2407. ARRENDAMIENTO PREDIO RÚSTICO
- 2552. MANDATO VERBAL
- 2555 y 2556. MANDATO
- 2618. OBRAS A PRECIO ALZADO
- 2656. TRANSPORTE
- 2671. ASOCIACIÓN
- 2690. SOCIEDAD
- 2740. APARCERÍA
- 2776. RENTA VITALICIA
- 2860. PRENDA
- 2917. HIPOTECA
- 2945. TRANSACCIÓN

Las disposiciones referentes a enajenaciones de bienes inmuebles y la constitución y transmisión de derechos reales, fueron modificadas en su texto original, por la Ley del Notariado para el Distrito Federal, publicada en el *Diario Oficial* de la federación, el día 23 de febrero de 1946, cuyo artículo 54 (reformado por decreto de 26 de diciembre de 1966, publicado en el *Diario Oficial* de 31 del mismo mes, en vigor de tres días después de su publicación), establece:

Artículo 54. Las enajenaciones de bienes inmuebles, cuyo valor convencional sea mayor de quinientos pesos, y la constitución o transmisión de derechos reales estimados en más de esa suma o que garanticen un crédito por mayor cantidad que la mencionada, para su validez, deberán constar en escritura ante notario, salvo los casos de excepción a que se refieren los artículos 2317 y 2917 del Código Civil para el Distrito Federal.

La sanción para el caso que no se satisfagan con los formalismos marcados, es la invalidez del contrato, de acuerdo con el artículo 1795 del Código Civil que establece:

Artículo 1795. El contrato puede ser invalidado:

- I. Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas
- II. Por vicios del consentimiento
- III. Porque su objeto, o su motivo o fin, sea ilícito
- IV. Porque el consentimiento que no se haya manifestado en la forma que la ley establece.

De la lectura del anterior artículo nos preguntamos qué clase de invalidez se genera porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma establecida por la ley. Nuestro sistema legislativo sigue la división tripartita de las ineficacias jurídicas: nulidad relativa, nulidad absoluta e inexistencia. La falta de forma encuadra dentro de la nulidad relativa de acuerdo con el artículo 2228 del Código Civil, el cual dice:

Artículo 2228. La falta de forma establecida por la ley, si no se trata de actos solemnes, así como el error, el dolo, la violencia, la lesión y la incapacidad de cualquiera de los autores del acto, produce la nulidad relativa del mismo.

Por otro lado, el artículo 2229 establece que la acción y la excepción de nulidad por falta de forma corresponde a todos los interesados.

Por último, el artículo 2227, por su parte, indica cuando la nulidad es relativa.

Artículo 2227. La nulidad es relativa cuando no reúne todos los caracteres enumerados en el artículo anterior. Siempre permite que el acto produzca provisionalmente sus efectos.

Las características propias de la nulidad absoluta, que excluyen a la nulidad relativa, son las establecidas en el artículo 2226, el cual establece:

Artículo 2226. La nulidad absoluta, por regla general, no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el juez la nulidad. De ella puede prevalecerse todo interesado y no desaparece por la confirmación o la prescripción.

Como se desprende de todo lo expuesto, el Código de 1884 y el Código de 1928 coinciden en términos generales en lo que se refiere a los formalismos, su nulidad y la acción o excepción por falta de forma. La novedad del Código de 1928 es establecer la "acción proforma" o sea el derecho de las partes para que en cualquier momento puedan otorgar el contrato de acuerdo con las formalidades establecidas en la ley y así convalidarlo. Este derecho está establecido, sustantivamente, en los artículos 1833 y 2232 del Código Civil y, adjetivamente, en el artículo 27 del Código de Procedimientos Civiles, ambos del Distrito Federal, los que dicen:

Artículo 1833. Cuando la ley exija determinada forma para un contrato, mientras que éste no revista esa forma no será válido, salvo disposición en contrario; pero si la voluntad de las partes para celebrarlo consta de manera fehaciente, cualquiera de ellas puede exigir que se dé al contrato la forma legal.

Artículo 2232. Cuando la falta de forma produzca nulidad del acto, si la voluntad de las

partes ha quedado constante de una manera indubitable y no se trata de un acto revocable, cualquiera de los interesados puede exigir que el acto se otorgue en la forma prescrita por la ley.

Artículo 27. El perjudicado por falta de título legal tiene acción para exigir que el obligado le extienda el documento correspondiente.

El contrato que no se otorgue en la forma indicada por la ley es inválido, "mientras que éste no revista esa forma no será válido, salvo disposición en contrario" (artículo 1833).

La inclusión de los artículos 1833 y 2282 es novedad de gran importancia en la legislación mexicana. Estas disposiciones están inspiradas en las ideas establecidas en el artículo 1279 del Código Civil español reformado, que a su vez procede de la *Novísima Recopilación*, que por último y a su vez se inspiró en la *Ley del Ordenamiento de Alcalá*.

Estos artículos protegen los ideales de equidad y justicia, pues si la voluntad ha sido manifestada por los contratantes, aunque no se haya entregado el objeto del contrato, éste produce, provisionalmente, sus efectos y da derecho a satisfacer los requisitos de formalidades establecidos por la ley, evitando que la sanción vaya más allá del derecho que se protege.

El contrato puede ser convalidado mediante ratificación expresa, al otorgarlo en la forma establecida por la ley, pues los artículos 1833 y 2232 del Código Civil, facultan a cualquiera de las partes a exigir se dé al contrato la forma legal, si su voluntad consta de manera fehaciente. El código está estableciendo la acción proforma. Esta disposición puede ocasionar un problema, cuando sólo una de las partes pretende hacer valer la nulidad relativa del contrato celebrado con omisión de los formalismos legales, pues si una de las partes demanda la nulidad del contrato, por esa razón, la otra puede reconvenir el otorgamiento del contrato de acuerdo con la formalidad omitida, en este caso, existen acciones contradictorias (proforma y la de nulidad).

Si una de las partes demanda judicialmente la nulidad del contrato (2228), la otra parte, al ser emplazada a juicio, puede reconvenir el otorgamiento de la formalidad omitida (1833 y 2232), en cuyo supuesto debe prevalecer esta última acción frente a la primera por respeto al mencionado principio de la conservación del contrato y también el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos *adversum factum suum quis venire non potest*, pero si dicho demandado no reconviene el otorgamiento de la forma, con su actitud pasiva y omisa, se conforma prácticamente con dicha nulidad (en forma similar a la vieja *in jure cessio*) y se configura entonces en el fondo una retractación o revocación del contrato por parte de los contratantes: por parte del contratante que demanda, al intentar la acción de nulidad relativa por falta de forma, y también por parte del otro contratante por virtud de su conformidad tácita a virtud de que no reconvino o intentó la acción "proforma". En este último caso, pues, aunque procede la acción de nulidad no se quebranta ni el principio de la conservación del contrato ni tampoco el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos, toda vez que tiene entonces aplicación otro principio en el sentido de que el contrato que nace por mutuo consentimiento, puede también deshacerse o revocarse por mutuo disenso.<sup>20</sup>

Pero al decir de este último autor citado, si la parte demandada no reconviene el otorgamiento de la formalidad debida, se está conformando con la nulidad del con-

<sup>20</sup> Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 42.



trato. En este caso cuando la parte demandada no se hace valer de la acción proforma, el juez puede declarar la nulidad del contrato. El autor tiene razón, desde un punto de vista exegético. La declaración de nulidad resultaría injusta, pues piénsese en el caso de una compraventa en que se haya satisfecho la totalidad del precio y se haya entregado el objeto habiéndose transmitido la propiedad por efecto del contrato y que por capricho de la parte vendedora se pida la nulidad del contrato y por no reconvenir el demandado la acción "proforma", se vea privado de su derecho de propiedad; la actuación judicial es injusta, porque es olvidar que la ley busca la vida del contrato a través de la convalidación; el legislador concedió la oportunidad para que los contratos viciados por falta de forma pudieran valer plenamente, mientras que, al declarar nulo el contrato, el juez olvida la intención del legislador de permitir la eficacia del contrato.

## VI. OTRAS CUESTIONES DERIVADAS DE LOS ARTICULOS 1833 Y 2232 DEL CÓDIGO CIVIL

Otra cuestión se plantea en relación con los artículos comentados, al buscar cuál es la naturaleza jurídica del contrato resultado de la acción proforma o del contrato que se consolida otorgando el consentimiento con las formalidades establecida por la ley. ¿Qué sucede? ¿Existe un contrato con dos formas distintas? ¿Es exclusivamente, un medio de prueba la convalidación? ¿Se trata de una renovación o de una novación del contrato? ¿Es una fijación del contrato informal? ¿O, el otorgamiento con las formalidades establecidas por la ley, constituye al contrato? ¿O es simplemente una obligación de hacer?

A continuación vamos a exponer diversas opiniones doctrinarias.

1. *El instrumento público como medio de prueba.* Los seguidores de esta doctrina sostienen que el instrumento en el que se da forma a un acuerdo previo, es única y exclusivamente un medio de prueba. La relación jurídica nace por el simple consensualismo, sea expresado en forma verbal o escrita, y surte todos sus efectos legales aunque no sean establecidas todas las formalidades de ley. De esta forma el contrato existe, es válido, pero no se puede probar.

El documento escrito o la escritura pública "que recoge un contrato consensual precedente sólo tiene al finalidad de facilitar la prueba de la conclusión del contrato".<sup>21</sup>

Para responder a la pregunta que desea saber cuál es la eficacia que agrega la intervención notarial, "la civilística española de los siglos XIX y XX y los notarios, funcionarios y juristas a quienes interesaba el problema directamente, han contestado: "Un medio de prueba, más o menos privilegiado, pero un medio de prueba".<sup>22</sup>

2. *La renovatio contractus.* El procesalista alemán Degenkolb supera a la del medio de prueba (forma *ad-probationem*), consideró que la existencia de un convenio preliminar y consensual y el posterior otorgamiento del documento público, este último queda como un contrato reproductor o reproductivo. Es la doctrina de la *renovatio contractus*.

<sup>21</sup> Chico Ortiz, José María y Ramírez Ramírez, Catalino, *op cit.*, p. 55.

<sup>22</sup> Núñez Lagos, Rafael, Conferencia sustentada el 5 de mayo de 1943, "Estudios sobre el valor jurídico del Documento Notarial", en *Anales de la Comisión de Cursos, Conferencias y Publicaciones de la Academia Maritense del Notariado*. Madrid, 1945, p. 389.

Este autor sostiene que en el caso en que el contrato otorgado en instrumento público contraiga al convenio preliminar, prevalece el contenido de este último. Que aunque el contrato público desempeñe funciones sustituyentes o no y funciones formales, que enlacen una y otra declaración, "el contrato reproductivo implica, por voluntad de las partes, una fusión de los materiales del primer acuerdo, una nueva prestación de consentimientos y una refundición de las declaraciones de voluntad. Hay una *renovatio contractus integral*".<sup>23</sup>

Continúa diciendo: "Lo interesante de la investigación de Degenkolb es la posibilidad jurídica de manipular la materia o contenido contractual del primer acuerdo y volver a moldearlo y fundirlo en una *renovatio contractus*, que es un contrato nuevo, y por tanto, de efectos constitutivos o dispositivos."<sup>24</sup>

Núñez Lagos, al comentar las ideas de Degenkolb, agrega que eso que se produce o no se produce, según la voluntad de las partes, en la contratación privada, acontece necesariamente cuando el contrato lo redacta un notario, quien en las escrituras públicas —no de las actas—, y con base en la legislación española, tiene que intervenir en el fondo contractual del documento, redactándolo conforme a la legislación positiva y propósitos de las partes. El notario moldea y da forma a la materia contractual, y las partes tienen que prestar el consentimiento de nuevo ante el Notario. Es una *renovatio contractus*, causada por la intervención de un funcionario público aplicando preceptos de carácter formal. No es un problema de mera interpretación de voluntad, sino de aplicación de normas de carácter adjetivo. Y en todo caso, de documentación de un verdadero contrato reproductivo, según Degenkolb, estamos en presencia de documentos dispositivos (o constitutivos, no de documentos probatorios).<sup>25</sup>

3. *Doctrina ecléctica*. Otros autores, como el profesor Meyer, adoptan una posición intermedia. Es la doctrina ecléctica. Su opinión es que "el documento reproductivo es probatorio en cuanto coincida con los acuerdos primarios; dispositivo, en cuanto diverja".<sup>26</sup>

4. *Un solo contrato con doble forma*. Es la doctrina elaborada por Carnelutti, quien se ocupa únicamente del documento privado; pero a pesar de esta limitación, su contribución es importante.

La elevación a las formalidades establecidas por la ley, no sólo sirve como medio de prueba, sino también para lograr claridad y certeza. Es una declaración de verdad. Y se expresa respecto "las dos formas de un solo acto":

Un negocio no puede tener más de una voluntad ni más de una causa, pero puede tener más de una forma, se da así como una múltiple encarnación del negocio. Esto responde al carácter puramente instrumental de este elemento, que es la forma. Una forma se entiende que tanto mejor servirá cuanto sea más ágil y más segura la prueba. Por esto es justo decir que la segunda declaración se hace a efectos de prueba, lo que no es la misma cosa que decir que sea una declaración probatoria: se hace a fines de prueba la declaración en una forma, que es lo más idóneo a la prueba, entiéndase ahora, no ya del primero o del segundo negocio, sino de aquel (negocio), único, que en la primera o en la segunda declaración tiene dos diversas formas. De este modo se comprende por qué, en el fondo sea diferente en la práctica la estructura dispositiva o testimonial de la segunda declaración.<sup>27</sup>

<sup>23</sup> *Ibid.*

<sup>24</sup> *Idem*, p. 397.

<sup>25</sup> *Ibidem*.

<sup>26</sup> *Ibidem*.

<sup>27</sup> *Idem*, p. 401.

En conclusión, para Carnelutti el segundo contrato es una nueva forma que da eficacia y claridad probatoria.

5. *Contrato de fijación jurídica*. Núñez Lagos al referirse a la doctrina de Siegel, que se ha denominado “contrato de fijación jurídica”, analiza dos aportaciones de este autor, que él considera fundamentales: una, “el contrato de fijación jurídica” y, la otra, “la situación del contrato primario frente al contrato definitivo”.

*Contrato de fijación jurídica*. Con el nuevo contrato se busca asegurar las relaciones jurídicas contra posibles excepciones. Este contrato no es un medio de prueba, pero tampoco es un nueva causa independiente de la obligación. Las partes, al contratar, lo que buscan es la firmeza jurídica.

Acuerdo primario como causa del contrato de fijación. En este aspecto sigue la distinción entre negocio causal y negocio de ayuda:

El acuerdo primario de las partes aparece como negocio causal; para realizar este negocio causal sirve el negocio auxiliar o de ayuda, el negocio de cumplimiento, por ejemplo, el pago. En el caso presente se introduce un estado intermedio, que frente al negocio causal tiene la cualidad de negocio auxiliar y está destinado para preparar el cumplimiento poniendo en claro el contenido del cumplimiento.<sup>28</sup>

6. *Doctrina de Rafael Núñez Lagos*. Núñez Lagos, una vez que analiza las doctrinas extranjeras, fija el problema del otorgamiento de la escritura pública dentro del derecho español. Enumera diferentes situaciones y que son: a) como negocio primario; b) frente a un acuerdo anterior, como negocio de pago o cumplimiento; c) como *renovatio contractus*; d) como acto y documento declarativos de fijación jurídica, y e) como reconocimiento o confirmación.

Nos interesa analizar sólo algunas de las varias situaciones que plantea.

La escritura como negocio de cumplimiento. Cuando la ley exige escritura pública, las partes están facultadas para pedir recíprocamente el cumplimiento de esta obligación legal. En este caso, respecto del acuerdo previo que, obliga y vale en caso de incumplimiento, el otorgamiento de escritura es el cumplimiento de llenar una forma jurídica determinada:

El otorgamiento de la escritura es cumplimiento y, por tanto, la extinción (art. 1156) de una obligación de hacer. Con claridad aparece así el otorgamiento de la escritura pública (en los casos en que la exige la ley, según el artículo 1280 y otros textos legales) como negocio de cumplimiento (*Erfüllungsgeschäft*), y el contrato o acuerdo primario, *a posteriori*, después de otorgada la escritura pública como causa de ese pago o cumplimiento.<sup>29</sup>

Pero, además, la causa de otorgar la escritura pública puede emanar no de la ley, sino de un pacto previo entre las partes. En este caso la escritura será pago o cumplimiento de una obligación contractual en vez de legal.

Una vez analizados esos supuestos, este autor se centra en el problema de determinar la naturaleza jurídica del cumplimiento de la obligación legal o contractual de otorgar escritura pública:

Establece que esta obligación es de hacer, que obliga no sólo a lo estrictamente pactado, sino a todas las consecuencias que según la naturaleza del *facere* sean exigidas por la buena

<sup>28</sup> *Idem*, p. 404.

<sup>29</sup> *Idem*, p. 406.

fe, el uso o la ley. Por la buena fe y el uso, las partes tienen que colaborar en el cumplimiento de su obligación. Por la ley, tienen que someterse a la legislación notarial.<sup>30</sup>

Por nuestra parte, afirmamos que la escritura notarial es desde luego un medio de prueba, sin que al sostener esto estemos afirmando que se otorga en escritura pública para constituir un medio de prueba o que la naturaleza jurídica de la escritura es ésta, la de medio de prueba. Este instrumento es desde luego un medio de prueba.

Pero esto es una consecuencia de su existencia como documento, mas no la razón de su existencia, y menos de su eficacia. Se colocó entre los medios de prueba por ser el medio práctico por el que podía hacerse valer procesalmente por las partes.<sup>31</sup>

Nosotros aceptamos la teoría de la *renovatio contractus*. Afirmamos que cuando se documenta, posteriormente, un contrato anterior, el segundo está creando de nuevo las obligaciones de las partes.

Consideramos que en el derecho positivo mexicano, en unas ocasiones funciona la teoría de la fijación del contrato y, en otras, la *renovatio contractus*, con base en la aplicación de unas disposiciones del Código Civil vigente.

Los artículos 1833 y 2232 del Código Civil establecen dos supuestos: en el primero declara que el contrato que no tenga las formalidades de ley, no será válido.

Hemos dicho ya, que en el Código Civil, se toma en cuenta el consentimiento que hayan expresado las partes, para producir consecuencias jurídicas, de tal manera que se perfeccionan por la sola expresión de éste; pero para algunos contratos, será necesaria una forma determinada, siendo perfecto el contrato cuando se otorgue con los formalismos de ley. La forma es considerada por el Código Civil como de los elementos de validez del acto jurídico; por tanto, cuando el contrato carece de las formalidades legales, es inválido, afectado de una nulidad relativa; en este caso, el contrato produce sus efectos, pero no por esto desaparece la nulidad que le afecta, pues una cosa es producir efectos y otra dejar de ser nulo. Estamos frente a una eficacia del acto jurídico inválido.

El segundo de los supuestos de los artículos que nos ocupan es la posibilidad de las partes, cuando su voluntad conste de manera fehaciente, exigir se otorgue el contrato en la forma legal. En otros términos, hay una obligación de hacer, consistente en otorgar el contrato de acuerdo con las formalidades establecidas por la ley, obligación para ambas partes.

Por otra parte, si no se cumple con esta obligación de hacer, se puede pedir judicialmente la ejecución forzosa. Y, en caso de ser renuente el contratante compelido, firmará el juez en rebeldía.

¿Qué sucede cuando el contrato ya ha sido celebrado por las partes, y éstas, ya sea por mutuo acuerdo o por disposición judicial ocurren ante notario para otorgarlo, satisfaciendo los formalismos de ley?

Cuando el notario eleva un contrato a la forma legal, no está ratificando una firma, certificando un hecho, protocolizando un documento, que son sólo reconocimientos de hechos que producen consecuencias jurídicas, sino que está constituyendo

<sup>30</sup> Núñez Lagos, Rafael, *Hechos y derechos en el documento público*. Madrid, 1950, p. 323.

<sup>31</sup> Núñez Lagos, Rafael, *op. cit.*, *supra*, nota 22, p. 390.

un acto o contrato jurídico, lo está moldeando, dándole forma conforme a derecho, para asumir el documento precedente, que desaparecerá, se desintegrará al surgir el que adopta el formalismo de ley. Para sugerir lo que sucede con el primero y el segundo contrato, pensamos en una figura plástica —aunque no exacta—, entre el vaciado y la terracota. El acuerdo primigenio será la terracota que sirvió de base al vaciado definitivo. La terracota desaparece, deja de ser necesaria una vez que ha surgido la obra definitiva.

Este nuevo otorgamiento no es ratificación del anterior, tampoco protocolización, porque por la naturaleza jurídica de estos actos no se convalida el contrato. En cambio con el otorgamiento en escritura pública, el contrato se está otorgando de acuerdo con “la forma establecida por la ley”, se está convalidando.

Estas afirmaciones se fundan en la naturaleza jurídica de los instrumentos denominados ratificación, protocolización y escritura pública.

La Ley del Notariado, distingue las clases de instrumentos públicos que puede otorgar el notario, en escrituras y actas. El artículo 32 define la escritura y el 58 el acta.

Artículo 32. Escritura es el instrumento original que el notario asienta en el protocolo para hacer constar un acto jurídico, y que tiene la firma y el sello del notario.

Artículo 58. Acta notarial es el instrumento original que el notario asienta en el protocolo para hacer constar un hecho jurídico y que tiene la firma y el sello del notario.

Ambos son instrumentos protocolarios, es decir, siempre se asientan, necesariamente, en el protocolo del notario.

Si hemos dicho que elevar un contrato a la forma legal, no es protocolización, porque protocolizar es “agregar al apéndice” (artículo 66) o transcribir en el portocolo (artículo 194 de la Ley de Sociedades Mercantiles) por medio de un acta, y lo que la ley exige, respecto a los contratos, es que se otorguen en escritura pública.

La Ley del Notariado, al referirse a la protocolización, dice:

Artículo 66. En las actas de protocolización hará constar el notario que el documento o las diligencias judiciales, cuya naturaleza indicará, los agrega al apéndice, en el legajo marcado con el número del acta y bajo la letra que le corresponda. No se podrá protocolizar el documento cuyo contenido sea contrario a las leyes de orden público a las buenas costumbres.

Por su parte, al artículo 194 de la Ley de Sociedades Mercantiles dice:

Artículo 194. Las actas de las asambleas generales de accionistas se asentarán en el libro respectivo y deberán ser firmadas por el presidente y por el secretario de la asamblea, así como por los comisarios que concurren. Se agregarán a las actas los documentos que justifiquen que las convocatorias se hicieron en los términos que esta ley establece.

Cuando por cualquier circunstancia no pudiere asentarse el acta de una asamblea en el libro respectivo, se protocolizará ante notario.

Las actas de las asambleas extraordinarias serán protocolizadas ante notario e inscritas en el Registro Público de Comercio.

En efecto, según el artículo 60 de la Ley del Notariado, entre los hechos que debe consignar el notario en actas se encuentran las notificaciones, interpelaciones, requerimientos, protestas de documentos mercantiles; la existencia, identidad, capacidad legal y comprobación de firmas de personas conocidas por el notario; los

hechos materiales, como deterioros en una finca y la construcción de otra en terreno contiguo o próximo a la primera; cotejo de documentos; y protocolización de documentos, planos, fotografías, etcétera.

La protocolización sólo prueba la entrega al notario del documento que incorpora al apéndice del protocolo adquiriendo una fecha fehaciente.

Elevar un contrato a escritura pública tampoco es ratificar, puesto que el hecho de ratificar es hacer constar por el notario la autenticidad de una firma por medio de la fe del conocimiento respecto de la persona que lo suscribió y la declaración de la misma de ser propia.

Otorgar un contrato con la formalidad de escritura pública implica la intervención del notario, en el fondo negocial del documento, su redacción conforme a la ley y conforme al propósito de los contratantes, determinando la renuncia de derechos que hagan los contratantes, etcétera. Carral y De Teresa, haciendo una distinción entre escritura y acta, manifiesta:

En las escrituras se contienen declaraciones de voluntad, manifestaciones de consentimiento, contratos y otros actos jurídicos; y, en el acta, hechos jurídicos que no son actos jurídicos. Sanahuja, para distinguir mejor la escritura del acta dice que en aquella, se enlaza el hecho directamente con la consecuencia jurídica, porque a eso se dirige la voluntad; y en cambio en el acta, se aísla el hecho, el cual se enlazará con la consecuencia jurídica *ex lege* no *ex voluntate*.<sup>32</sup>

La opinión doctrinal para distinguir las escrituras de las actas varía. Algunos autores europeos la niegan (actitud que no es congruente con nuestro derecho, porque la ley claramente, como hemos visto, hace la distinción).

"La verdadera diferencia reside en las escrituras; no sólo se refieren a contratos, sino que los instrumentan, mientras que las actas se pueden referir a contratos, pero no los instrumentan".<sup>33</sup> Distinción que aporta un elemento de diferenciación. Aun en el caso que un contrato se protocolizara, no se estaría satisfaciendo el requisito legal, sólo se estaría haciendo constar un hecho y no un acto jurídico, excepción hecha de las actas a que se refiere el segundo párrafo del artículo 32 de la Ley del Notariado, que dice:

Artículo 32. Se tendrá como parte de la escritura el documento en que se consigne el contrato o acto jurídico de que se trate, siempre que firmado por el notario y por las partes que en él intervengan, en cada una de sus hojas, se agregue al "apéndice", llene los requisitos que señala este capítulo y en el protocolo se levante un acta en la que se haga un extracto del documento, indicando sus elementos esenciales. En este caso, la escritura se integrará por dicha acta y por el documento que se agregue al "apéndice" y en el que se consigne el contrato o acto jurídico de que se trate. Del documento a que se refiere este párrafo se presentarán tantas copias cuantas partes intervengan en el contrato, para que cada una de ellas conserve una firmada también por el notario y por las partes en cada una de las hojas de que se compongan.

Teniendo en cuenta esta distinción, la escritura será el único instrumento que por su otorgamiento permita elevar el contrato a la forma debida. Al otorgar un acta el notario se concreta a relacionar los hechos, sin entrar al análisis. En

<sup>32</sup> Carral y De Teresa, Luis, *Derecho notarial y derecho registral*. México, 1976, p. 148.

<sup>33</sup> Chico Ortiz, José María y Ramírez Ramírez, Catalino, *op. cit.*, *supra*, nota 11, p. 139.



cambio al escriturar, el notario examina el derecho, da la fe de conocimiento de las partes y éstas otorgan su consentimiento ante notario; estos elementos configuran la naturaleza de la escritura pública. El artículo 34 de la Ley del Notariado señala que el notario redactará las escrituras en español y observará las disposiciones contenidas en sus doce fracciones. El alcance de estas últimas nos permite afirmar que el notario, al otorgar una escritura, entra en el fondo contractual del documento, examina los documentos que exhiben las partes y determina si les asiste el derecho y si el contrato que pretenden celebrar tiene un fundamento legal; las partes manifiestan su consentimiento, expresan estar de acuerdo con el contenido de la escritura; pero, además, el notario otorga la fe de conocimiento, al hacer constar bajo su fe que conoce a los otorgantes y que tienen capacidad legal, que les leyó la escritura y les explicó el valor y consecuencias legales de su contenido, y que los comparecientes otorgaron la escritura en la fecha que firmaron.

Ahora bien, la escritura pública por la que se convalida el contrato, ¿es una renovación o una fijación del contrato? Para responder a esta pregunta es necesario tener en cuenta dos situaciones: cuando la escritura coincide con el contrato primitivo, y cuando no hay esta coincidencia. En el caso que tenga el mismo contenido se tratará de una fijación del contrato, pues la escritura sólo ha dado más seguridad al acuerdo de las partes, da un medio de prueba y satisface el requisito legal de forma, purgando el vicio que producía su invalidez, todo esto en virtud de su coincidencia circunstancial. En cambio, al otorgarse una escritura pública en que varían las disposiciones, nos encontramos frente a una *renovatio contractus*, es decir, estamos frente a un contrato nuevo que nulifica al anterior. En este último supuesto, el contrato informal sería útil para hacer valer la culpa *in contrahendo* o sea en los tratos preliminares.

Es importante tomar en cuenta estas consideraciones, toda vez que cuando las partes ocurren ante notario público para otorgar en escritura pública, por ejemplo, una compra-venta, normalmente ya ha habido entrega de la cosa, o de una parte del precio. Si el notario elevara a escritura pública el mencionado contrato informal tendría que redactar un contrato de compra-venta en abonos o quizá un contrato de promesa de venta y lo que quieren las partes es que el notario redacte un contrato de compra-venta al contado, configurándose una *renovatio contractus*.