**TEMA: 23 REGISTROS.**

**LA FORMA DEL NEGOCIO JURÍDICO. EXAMEN ESPECIAL DE LA FORMA EN LOS CONTRATOS: VALOR SUSTANTIVO DE LA ESCRITURA PUBLICA. VICIOS DE FORMA: SUS EFECTOS. LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA. LA FORMA EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**

1. **LA FORMA DEL NEGOCIO JURÍDICO**

**Concepto.** CASTÁN afirma que en un **sentido amplio**, la forma es el medio por el cual se exterioriza o formula la declaración de voluntad. En este sentido toda declaración de voluntad tiene su forma.

**En sentido estricto**, forma es el medio concreto y determinado que el OJ o la voluntad exigen para la exteriorización de la declaración de voluntad

En la misma línea, señala ALBALADEJO que, en un **primer sentido**, la forma no es un elemento más del negocio, sino que es la vestidura exterior de estos elementos. En un **segundo sentido,** se llama también forma a las formalidades que, aparte de la declaración de voluntad, son exigidas por la Ley en ciertos negocios

**Ventajas e inconvenientes de la forma**

**1. Ventajas**.

a) Dar mayor seguridad y certeza a las circunstancias de la conclusión de un negocio (v.gr. fecha) y a su contenido.

b) Constituye un medio de publicidad del negocio para terceros y una garantía de seguridad para los mismos.

c) Permite, como regla general, el acceso a Registros jurídicos como son el Registro de la Propiedad y el Mercantil

d) Aumentar la capacidad de circulación de ciertos derechos (títulos valores)

e) Evita nulidades negociales por la intervenciónn de ttécnicos en Derecho (v.gr. notarios)

**2. Inconvenientes**. Se señala como principal inconveniente el posible entorpecimiento o paralización del tráfico jurídico.

Por ello la política legislativa adecuada es la de adoptar una postura intermedia atendiendo a las peculiaridades de cada negocio, de tal suerte que se permita un tráfico a la vez rápido y seguro.

**Clases de forma**

a) Por su origen:

**Legal o necesaria.** Tienen su origen en la Ley.

**Voluntaria**. Viene impuesta por la voluntad de las partes.

b) Por su expresión:

**Verbal u oral**

**Escrita o documental**

c) Por su carácter:

Formas **privadas.** Tratándose de **forma escrita**, se habla de **forma privada** cuando el documento en el que se plasma el negocio lo hacen los propios interesados por sí, o asistidos de técnicos, asesores…

Se habla de **forma pública**, cuando el documento es elaborado por funcionario público que puede ser judicial, administrativo o notarial.

d) Por su eficacia:

Finalmente, la forma legal escrita, por razón de los efectos ligados a ella, se clasifica en:

Forma “ ad probationem” o forma de valer: es la regla general: la forma es requisito para la publicidad o prueba del negocio, no para su existencia.

Forma “ ad solemnitatem” o forma de ser: el brocardo “ forma dat esse rei” ( la forma es lo que da el ser a la cosa) recoge el principio de forma solemne: la forma constituye un requisito indispensable para la existencia del negocio, cuya falta produce la nulidad de éste. Cuando la forma de ser exige EP se habla de escritura constitutiva.

Ahora bien, según De CASTRO, nuestro Ordenamiento Jurídico no admite la forma “ ad substantiam” que por si basta para la existencia del negocio. Por tanto, la forma de ser se añade a los elementos del ART. 1261 CC: consentimiento, objeto y causa.

**Evolución histórica.**

Distinguimos los siguientes periodos.

1º) **El formalismo primitivo.**

Sólo la **palabra solemne**, el **acto ceremonial** tiene efectos jurídicos.

2º) En el **derecho romano** destaca:

El predominio de las formalidades orales sobre las escritas.

La coexistencia, con las formas verbales, de otras reales.

3º) **Derecho Germánico**

Supuso un retroceso hacia el formalismo.

4º) **Dcho. Canónico**. Consagra principio pacta sunt servanda, concediendo carácter jurídicamente vinculante a la simple palabra dada cualquiera que sea su forma.

**Derecho españoll**

El Ordenamiento de Alcalá consagra el principio de libertad de forma.

En la actualidad, la libertad de forma es el principio general, pero se observa un cierto renacimiento de las formas jurídicas con un sentido diferente del que tuvieran en otras épocas.

Se trata de garantizar la seguridad de los negocios y los intereses de la vida privada mediante el empleo de la forma escrita o documental que en los casos más importantes reviste los caracteres de forma pública.

1. **El principio general es el de libertad de forma**, parece deducirse de los Arts. 1254, 1258, 1261 y especialmente 1278 y ss CC, que, si bien están dictados para los contratos, parece que pueden extenderse a todos los negocios jurídicos.

**2. Excepciones**. Sin embargo, hay negocios jurídicos sujetos a forma;además de los contratos que veremos más adelante, pueden citarse:

* **Emancipación.** que se otorgará por Escritura Pública o por comparecencia ante el Juez encargado del Registro Civil (art 317 CC), debiendo hacerse constar en el Registro Civil para que surta efectos frente a terceros.
* **El matrimonio civil**. Requiere la comparecencia ante funcionario competente, además de los testigos y el rito establecido en el CC.
* **Las capitulaciones matrimoniales**, que deberán constar en EP (1327).
* **El reconocimiento de hijos**, distinguiéndose:
  + - Matrimoniales
    - No matrimoniales:
* **La adopción**, que se constituye por Resolución judicial (art176).
* **El testamento**, que admite diversas formas, pero todas solemnes.
* **Aceptación de la herencia a beneficio de inventario o repudiación** (arts 1011 y 1008 CC).Debe hacerse ante Notario en instrumento público.

1. **EXAMEN ESPECIAL DE LA FORMA DE LOS CONTRATOS: VALOR SUSTANTIVO DE LA ESCRITURA PUBLICA**

**a) El principio de libertad de forma**

Se recoge en el Art. 1278: “Los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez”.

**b) Exigencia de forma especial**. El art. 1.279 dice: “Si la ley exigiere el otorgamiento de escritura u otra forma especial para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato, los contratantes podrán compelerse recíprocamente a llenar aquella forma desde que hubiese intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez”.

**c) Necesidad de documento público**. Con carácter general, el art. 1.280 declara: “deberán constar en documento público:

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

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

Según el Art. 2.5 LH todos los arrendamientos inmobiliarios son inscribibles, para lo cual deberán constar en EP.

3º. Las capitulaciones matrimoniales y sus modificaciones.

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

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

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

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

**Sistema seguido por el CC.** De estos preceptos resultan el ss sistema:

1. **Libertad de pacto. Las partes podrán pactar sobre la forma** al amparo del principio de la autonomía de la voluntad, siempre que no traspasen los límites imperativos, como sucedería si se pretendiese suprimir la forma de ser en los casos en que la ley la impone o alterar la eficacia de las formas de valer.

2. **Carácter de la forma en el caso de los Art. 1279 y 1280.** La doctrina mayoritaria y el Tribunal Supremo dan una **interpretación amplia y espiritualista** de la exigencia de forma y llegan a las **siguientes conclusiones**:

L**a forma no es requisito esencial para la existencia del contrato**, que del Art. 1279 resulta que ya estaba perfeccionado.

- El Art. 1279 establece una **facultad y no una obligación** para las partes, pues habla de “**podrán**” y no de “deberán”.

- **Los contratos son válidos cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado,** pero si se trata de los que enumera el Art. 1280, **los contratantes podrán compelerse recíprocamente el otorgamiento de escritura pública.**

Lo que no podrán hacer las partes es pedir la inexistencia del contrato por falta de forma, salvo que esta sea ad solemnitatem.

- Se **plantea si la validez del contrato supone:**

· Que es **ya plenamente eficaz**, sin pasar por las formalidades del Art. 1280.

· Que sólo tiene el **alcance de que los contratantes puedan obligarse a dar al contrato la forma pública.**

Ha prevalecido el primer criterio, que evita tengan que seguirse dos pleitos:

· Uno para que el contrato sea elevado a escritura pública.

· Otro para exigir el cumplimiento.

En este sentido tenemos una jurisprudencia abundante y constante.

**3. Efectos de la forma exigida en el Art. 1280.**

**-**Como hemos visto **no se trata de una forma de ser o "ad sikemnutatem"**

**-Tampoco se trata de una forma meramente “ad probationem”,** no constituye el único medio de prueba; en nuestro sistema procesal no hay prueba tasada, pues aunque el Art. 319 LEC hable de que la Escritura Publica hará prueba plena de determinadas circunstancias, ello no impide que los Tribunales puedan acudir a otro medios de prueba y hacer una apreciación conjunta de la misma.

La doctrina habla de **forma de valer**, o como hace DE CASTRO, de forma “**ad utilitatem**”, proporcionando ciertas ventajas a los que la emplean. Así:

- Es una prueba de mayor valor. 1218 y 1219 y 319 LEC.

- Los créditos consignados en EP gozan de especial prelación. Art. 1924.3

- Sirve de título para la ejecución. Art. 517.4 LEC.

- Sirve de título para el ingreso en el Registro de la propiedad y en el RM. Art. 3 LH y 5 RRM.

- Sirve de título para la presentación en Oficinas Publicas.

**Casos de contratos formales reconocidos en nuestro Derecho.** Además de los dispuesto en el Art. 1280, hay que distinguir:

**Necesidad de Escritura Pública**:

1. Donación bienes inmuebles. Art. 633. Forma de ser.

2. Hipoteca inmobiliaria. Escritura Pública e inscripción en el RP como forma de ser. 145 LH.

3. HM y PsD. L. 16 XII 1954. Requiere EP e inscripción en el Registro de Bienes Muebles como forma de ser.

4. Derecho de superficie urbanístico. El TR de la Ley Suelo 30 octubre 2015 requiere EP constitutiva e inscripción Registro Propiedad para **su eficaz constitución**.

5. Constitución del régimen de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles. L 6 VII 2012. EP constitutiva.

6. Censo enfiteutico (1628) EP como forma de valer.

7. Sociedad civil a la que se aporten Bienes Inmuebles, requiere EP como forma de valer (TS). Art. 1667.

**Forma escrita**, aunque sea privada.

Contrato de seguro. L 8 X 1980

Arbitraje. Ley 23 XII 2003

CV fuera de establecimiento Mercantil. TR L CY U 2007. El art 99.2 respecto de los contratos celebrados fuera del establecimiento dice que el empresario facilitará al consumidor y usuario una copia del contrato firmado o la confirmación del mismo en papel o, si éste está de acuerdo, en un soporte electrónico duradero diferente.

Contrato de agencia. L 27 V 1992.

Contrato de crédito al consumo. L 24 VI 2011

Contrato de edición, según la Ley de propiedad intelectual 12 IV 1996

CV bienes muebles a plazos. L 13 VII 1998.

Venta de dchos. de aprovechamiento por turno de bs. inmuebles. L 6 VII 2012

La Ley 2/ 2009 de 31 de marzo regula las actividades de intermediación en la celebración de contratos de préstamo o crédito exigiendo que consten por escrito u otra forma de soporte duradero.

La Ley de Navegación Marítima de 24 de julio de 2014 dice que para que la hipoteca naval quede válidamente constituida podrá ser otorgada en escritura pública o en documento privado y deberá inscribirse en el Registro de Bienes Muebles.

El VALOR SUSTANTIVO DE LA ESCRITURA PUBLICA reside en que transmite el dominio a través de la tradición instrumental (1462CC), atribuye preferencia para el cobro si se trata de créditos escriturados (1924CC) y surte efectos respecto de terceros, tanto a su favor (la utilizabilidad del instrumento público) como en contra (la oponibilidad del instrumento público). Así resulta de los siguientes arts.

1. Art. 1218 - “Los documentos públicos hacen prueba, aun contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste.

También harán prueba contra los contratantes y sus causahabientes, en cuanto a las declaraciones que en ellos hubiesen hecho los primeros”.

1. Art. 1219 - “ Las escrituras hechas para desvirtuar otra escritura anterior entre los mismos interesados, sólo producirán efecto contra terceros cuando el contenido de aquéllas hubiese sido anotado en el registro público competente o al margen de la escritura matriz y del traslado o copia en cuya virtud hubiera procedido el tercero”.

Art. 17 bis LN - “Los documentos públicos autorizados por notario gozan de fe pública y su contenido se presume veraz e íntegro”.

**LA “RENOVATIO CONTRACTUS”. ELEVACIÓN A PÚBLICO DE DOCUMENTOS PRIVADOS.**

En los contratos que exigen una forma o solemnidad como forma de ser, la situación anterior o la conclusión de la forma es inexistente a efectos jurídicos.

En cambio, en los que la forma se exige como forma de valer, si un contrato ha sido hecho en forma verbal o escrita y se eleva posteriormente a Esc. Pública, se plantea el alcance de tal escritura.

Según NUÑEZ LAGOS, la elevación a público del documento privado implica una renovatio contractus o el nacimiento de un nuevo contrato.

Se basa el Art. 193 RN, del que resulta que las partes tienen que prestar un nuevo consentimiento ante el Notario.

GONZALEZ PALOMINO mantiene la postura contraria, argumentando que si bien las partes han de prestar su consentimiento en la Escritura, ello no significa otra cosa que están conformes con las declaraciones que en ellas se les imputa, por lo que tal consentimiento no supone un nuevo contrato, salvo que la reproducción no coincida con el original intencionadamente, supuesto en que si estaremos en presencia de un nuevo contrato.

Se basa en el Art. 1224: Las escrituras de reconocimiento de un acto o contrato nada prueban contra el documento en que éstos hubiesen sido consignados, si por exceso u omisión se apartaren de él, a menos que conste expresamente la novación del primero.

El TS acepta esta última tesis en S 30 XI 1996, que afirma que orgamiento de la escritura presupone la existencia de un negocio con todos los requisitos del Art. 1261, sin que ello suponga un nuevo consentimiento.

Doctrina de la DGRN sobre elevación a público de documentos privados. Son muy numerosas las Res. en esta materia, cabe destacar:

el Juez, que representa en la elevación a público a una de las partes en rebeldía, no puede alterar los pactos del documento privado.

1. **VICIOS DE FORMA: SUS EFECTOS**

Vicio de la forma cuando ésta desempeña la función de forma de ser.

Acarrea la inexistencia del negocio, ya esté impuesta por la ley, ya por la voluntad de los particulares. 1255.

**Vicio en la forma cuando ésta desempeña la función de forma de valer.**

En ellos no acarrea la inexistencia del negocio, sino simplemente que no produce ciertos efectos que el OJ atribuye a su cumplimiento.

No producirá, por lo tanto, aquellos efectos útiles o convenientes a los que aludía DE CASTRO: prueba privilegiada; oponibilidad a terceros, inscripción Registro, etc.

**CONVERSIÓN**

**La conversión**. Tiene lugar la conversión, cuando la voluntad de las partes tiende a la celebración de un determinado negocio jurídico, pero por incumplimiento de alguno de sus requisitos, **surge un negocio distinto.**

**Clases.** La conversión puede ser **material y formal**.

a- **Conversión material.** Tiene lugar cuando para intentar mantener en lo posible la voluntad de las partes, **el negocio celebrado se mantiene, pero con otro contenido distinto**. ALBALADEJO señala los siguientes casos:

La **donación nula**, que puede valer como préstamo.

La **pignoración nula**, que puede valer como derecho de retenciónn, etc.

b- **Conversión formal.** Tiene lugar cuando un incumplimiento de forma determina que **el negocio surja, pero con una forma distinta**. Podemos citar:

La **escritura pública defectuosa** que puede valer como documento privado si está firmada por las partes (artículo 1223 del Código Civil).

El caso del **testamento cerrado nulo** como tal por defecto de forma, pero que puede valer como ológrafo, si cumple los requisitos de éste (715).

En Cataluña, Mallorca y Menorca **el testamento nulo por falta de institución de heredero, valdrá como codicilo**. (Art 422-6 Libro IV del Código Civil de Cataliña y arts 17 y 65 de la Compilación de Baleares).

1. **LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA**.

En desarrollo de la Directiva 2000/31 CE, se ha dictado la **Ley 11 de julio 2002 de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico**, cuyo Título IV lleva como rúbrica “Contratación por vía electrónica”.

Dicha Ley ha sido modificada por la de 28 de diciembre 2007 de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información.

La Ley **define** el contrato celebrado por vía electrónica o contrato electrónico como todo contrato en el que la oferta y la aceptación se transmiten por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones.

(Art 23.1.2) Los contratos electrónicos **se rigen** por lo dispuesto en el título IV de la propia ley, por los Códigos civil y de comercio y por las restantes normas civiles o mercantiles sobre contratos, en especial las normas de protección de los consumidores y usuarios y de ordenación de la actividad comercial.

(Art 23.4) **Exclusión de la contratación por vía electrónica**: no será aplicable a los negocios de derecho de familia y sucesiones ni a aquellos en que la Ley exija forma documental pública o la intervención de órganos jurisdiccionales, notarios, registradores de la propiedad y mercantiles o autoridades públicas que se regirán por su legislación específica.

**Perfección del contrato**:

(Art 23.1.1) Los contratos celebrados por vía electrónica producirán todos los efectos previstos por el ordenamiento jurídico cuando concurran el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez.

Al callar la ley sobre cuando ha de entenderse producido el consentimiento los ARTS. 1262CC y 54 CdC dicen: “ Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe”.

(Art 29) **Lugar de celebración del contrato por vía electrónica**: se presume celebrado en el lugar de residencia habitual del consumidor, y en el lugar de establecimiento del prestador de servicios, salvo pacto en contra, si ambas partes son empresarios o profesionales.

(Art 24) La prueba de estos contratos se sujetará a las reglas generales del ordenamiento jurídico y, en su caso, a lo establecido en la legislación sobre firma electrónica, estableciéndose, además, que el soporte electrónico será reconocido como prueba documental.

1. **LA FIRMA ELECTRÓNICA.** Regulada por la Ley 50/ 2003, de 19 de diciembre, modificada por la de 2007 citada.

En la Ley sólo a la firma electrónica reconocida se le otorga equivalencia funcional con la manuscrita, considerándose (art 3.3) como firma electrónica reconocida la firma avanzada basada en un certificado reconocido y generada mediante un dispositivo seguro de creación de firma. Debiendo entenderse a este respecto lo siguiente:

una firma es avanzada cuando está vinculada al firmante de forma única y por medios que el firmante tiene bajo su exclusivo control (art 3.2).

Un dispositivo de creación de firma es seguro cuando ofrece unas garantías mínimas establecidas en la ley, entre ellas, que la firma esté protegida contra su utilización por terceros y la falsificación con la tecnología vigente en cada momento.

Certificado reconocido es un documento firmado electrónicamente por un prestador de servicios de certificación que vincula unos datos de verificación de firma a un firmante y controla su identidad (art 6).

**LA FORMA EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**

La materia referente a las formalidades extrínsecas de los actos jurídicos, se rige por la máxima tradicional “locus regit actum”, que significa que todo acto realizado según la ley del lugar donde se celebra, es válido en todas partes.

El Art. 11 recoge este principio, salvo ciertas excepciones.

“1. Las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y demás actos jurídicos se regirán por la ley del país en que se otorguen.

No obstante, serán también válidos los celebrados con las formas y solemnidades exigidas por la ley aplicable a su contenido, así como los celebrados conforme a la ley personal del disponente o la común de los otorgantes. Igualmente serán válidos los actos y contratos relativos a bienes inmuebles otorgados con arreglo a las formas y solemnidades del lugar en que éstos radiquen.

Si tales actos fueren otorgados a bordo de buques o aeronaves durante su navegación, se entenderán celebrados en el país de su abanderamiento, matrícula o registro. Los navíos y las aeronaves militares se consideran como parte del territorio del Estado al que pertenezcan.

2. Si la ley reguladora del contenido de los actos y contratos exigiere para su validez una determinada forma o solemnidad, será siempre aplicada, incluso en el caso de otorgarse aquéllos en el extranjero.

3. Será de aplicación la ley española a los contratos, testamentos y demás actos jurídicos autorizados por funcionarios diplomáticos o consulares de España en el extranjero”.

El art. 11CC es una norma general que se ve desplazada por algunas particulares, entre las que podemos señalar las ss

Art. 9.6 CC en cuanto a la constitución de la **tutela** o instituciones de protección de personas con la capacidad modificada judicialmente.

Arts. 49 y 50 CC respecto a la forma del matrimonio.

Además, cabe poner de relieve, sin perjuicio de su estudio detallado en otros temas, que respecto de la forma de los **contratos** es de aplicación preferente el REGLAMENTO (CE) 593/2008 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 17 DE JUNIO DE 2008 SOBRE LEY APLICABLE A LAS OBLICACIONES CONTRACTUALES (ROMA I), cuando se trate de obligaciones comprendidas en su ámbito de aplicación.

Asimismo, en cuanto a la forma de los **testamentos** es de aplicación preferente el Convenio de la Haya 5 octubre 1961 así como el Reglamento 650/2014 de 4 de julio del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo (estableciéndose en el Reglamento reglas semejantes a las del Convenio en relación con la ley aplicable a la forma de los pactos sucesorios).