

LA FORMA EN LOS ACTOS JURÍDICOS Y EN LOS CONTRATOS

BERNARDO PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO

SUMARIO: Introducción. La forma y los formalismos: evolución histórica. Clasificación de los formalismos o formalidades: formalismos y publicidad. Los formalismos en el Código Civil de 1870. Los formalismos en el Código Civil de 1884. Los formalismos en el Código Civil de 1928.

INTRODUCCIÓN

En los actos jurídicos 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 de validez, o simplemente como un medio de prueba.

La diversidad de acepciones del término "forma" nos obliga a realizar 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 una cosa, aquello de que consta o se compone algo: la materia. La segunda, o sea la forma, es una noción que procede del campo de la geometría y significa la figura en el sentido corriente de la palabra, el contorno o del perfil. Sin embargo, para Aristóteles, la forma es lo determinante para que la materia se organice y sea lo que es; es el fundamento de la unidad y del sentido de la cosa, es su esencia, su principio de inteligibilidad de tal manera que no hay materia sin forma: la forma es la idea por la que una cosa es inteligible. En conclusión: para que haya voluntad se requiere el pensamiento que es la materia, y la exteriorización es la forma.

Si los anteriores conceptos se aplican al campo del derecho y en especial, a la expresión de la voluntad, encontramos que en el acto constan también los dos mencionados elementos del ser: "materia" y "forma". La "materia" es el objeto de la voluntad interna del sujeto; la "forma", su expresión, su manifestación por medio de signos verbales, escritos o por la realización u omisión de cualquier conducta. Esto significa que no hay acto jurídico ni contrato que no tenga forma, pues ésta constituye un elemento de existencia de la voluntad.

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

La forma no es un elemento más del negocio (como lo son la declaración de voluntad u otros actos), 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 necesariamente tener lugar la emisión de las declaraciones de los contrayentes: ante el juez y los testigos.¹

Para este autor, la forma es el continente y el acto jurídico es el contenido. Opinión que no comparto por las nociones de Aristóteles expuestas y que asumo. Considero que no hay voluntad sin forma, elemento constitutivo tanto del acto jurídico como del contrato.

LA FORMA Y LOS FORMALISMOS

Con frecuencia, en la práctica y en la doctrina se confunde a la forma con los formalismos o las formalidades. Así algunos autores, cuando tratan las clasificaciones de la forma, más bien se refieren a las formalidades o formalismos.

La forma puede definirse 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.

¹ ALBALADEJO, 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.

Estas definiciones establecen la distinción entre la forma, como elemento de existencia del contrato, y los formalismos o formalidades como elemento de validez.

Ahora bien, en este trabajo enfocaré mi atención a los formalismos o formalidades consignados en el Código Civil de 1928. Para tal efecto, comienzo con una breve y limitada referencia de la evolución en los formalismos o formalidades dentro del derecho privado y a sus diversas clasificaciones.

Evolución histórica

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 sacro 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, afirmo que “si el formalismo acaso no se originó en el Derecho Romano, en cambio floreció en él con un vigor particular”.²

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

La *mancipatio*, consistía en un procedimiento que sólo podían efectuar los ciudadanos romanos comerciantes. Tenía por objeto la *res Mancipi*. Se celebraba en presencia de cinco testigos ciudadanos romanos, 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, como símbolo del precio, y al mismo tiempo pronunciaba una fórmula solemne afirmando que la cosa la hacía suya.

La *in jure cessio* tuvo un origen procesal. Se trataba de un juicio “ficticio”. El enajenante y el adquirente comparecían delante del pretor del tribunal de Roma, y del 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 enajenante si no había oposición, y si éste no protestaba, el magistrado declaraba propietario al adquirente.

La *traditio* en un principio consistió en la entrega física del bien (*corpus*), con la intención del enajenante de transmitir la propiedad y del comprador de adquirirla (*animus*). Más tarde la entrega fue simbólica *per cartam* o mediante la cláusula *vendidit et tradidit* (vendió y entregó).

² BONNECASE, Julien, *Elementos de derecho civil*, México, t. II, 1945, p. 239.

En la *traditio* existen tres elementos: la entrega física de la cosa; la intención por parte del enajenante de transmitir la propiedad de la cosa vendida y la voluntad del adquirente de adueñársela; y por último, la justa causa o causa eficiente de la transmisión, que normalmente era el contrato.

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

Por lo que se refiere a la influencia del Derecho canónico, en este tema, es de gran importancia la discusión que se dio en el siglo XII entre la escuela de Bolonia y la de París, respecto al matrimonio consentido y no consumado. La de Bolonia sostenía que el matrimonio no se perfeccionaba con el consentimiento, que sólo era el inicio, sino con la realización de la cópula carnal; la de París afirmaba que el matrimonio se perfeccionaba con el consentimiento y que la cópula carnal era su efecto natural. Ideas, estas últimas, que fueron sostenidas por Pedro Lombardo. De esta discusión, Alejandro III hizo una síntesis, y le dio la razón a la escuela de París, al determinar que el matrimonio consentido era verdadero, aunque no se hubiese 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, conferían 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*, el cual 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 transcribo 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 a la fácil celebración de los contratos, y tan ocasionada a producir su invalidación e 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, o sea, 1ª, tít. I, lib. X, N.R.), según la que pareciendo que alguno se quiso obligar a otro por promisión o por algún contrato, o 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, o que fue hecho el contrato, o 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 trabas y complicación de las antiguas estipulaciones, pudieran los hombres obligarse de un modo fácil, y al mismo tiempo eficaz y valedero. 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 a 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 o 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 o aplicarlas, se eviten litigios y recursos infundados, o se sostengan con más probabilidad de buen éxito los que merezcan un justo apoyo y defensa.³

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 Bonnecase 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."⁴

Miguel S. Macedo decía:

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

³ 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.

⁴ BONNECASE, *op. cit.*, p. 239.

cierta forma, y que, en consecuencia, no son válidas si se otorgan en forma diferente.⁵

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."⁶

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.
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).⁷

Quizá 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.⁸

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.⁹

Estoy completamente de acuerdo con la opinión de estos autores, pienso 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,

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

⁶ BORJA SORIANO, Manuel, cita a Demogue en *Teoría general de las obligaciones*, México, 1968, p. 217.

⁷ DÍEZ-PICAZO, Luis y GUILLÓN, Antonio, *Sistema de derecho civil*, Madrid, 1975, p. 506.

⁸ PUIG PEÑA, Federico, cita a Planiol en *Tratado de derecho civil*, Madrid, 1973, p. 40.

⁹ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *De los contratos civiles*, México, 1973, p. 41.

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.

Clasificación de los formalismos o formalidades

El consentimiento, o el acuerdo de voluntades, puede manifestarse por medios directos, es decir en forma expresa, ya sea por el lenguaje escrito o por el hablado. También puede ser 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, cuando la ley le da efectos jurídicos a ciertas conductas, 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.

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 me ocuparé más adelante.

Contratos *solemnes*. Se considera a la solemnidad como un elemento esencial del contrato. Algunos autores los llaman “forma de ser”, 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. En un tiempo, otras legislaciones como la francesa, consideraron solemnes a los 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.”¹⁰

La legislación española regula como solemnes a los siguientes actos jurídicos y 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*) Enfitéusis (artículo 1628); *h*) Sociedad (artículo 1667); *i*) Compromiso (ar-

¹⁰ MAZEAUD HENRI, León y Jean, *Lecciones de derecho civil*, Buenos Aires, 1960, p. 82.

título 1820 y L. Arbitraje); j) Hipoteca (artículo 1875); k) Hipoteca mobiliaria (Ley 1954).¹¹

Contratos reales. Son los contratos para cuyo perfeccionamiento se exige la entrega de la cosa. Desde el Derecho Romano se han clasificado como contratos reales, el mutuo, el comodato la prenda y el depósito. En el Código Civil para el Distrito Federal de 1884, estos contratos se conservaron como reales, así se observa en la transcripción de los artículos correspondientes:

ARTÍCULO 1776.—El contrato de prenda sólo puede producir sus efectos por la entrega de la cosa empeñada y su permanencia en poder del acreedor, a no ser que éste la pierda sin culpa suya, o que la prenda consista en frutos, según lo dispuesto en los artículos siguientes:

ARTÍCULO 2545.—El depósito en general es un acto por el cual se recibe la cosa ajena con la obligación de custodiarla y restituirla en especie, sin facultad de usarla ni aprovecharse de ella.

El mutuo y el comodato están definidos en un solo artículo:

ART. 2661.—Bajo el nombre de préstamo se comprende toda concesión gratuita por tiempo y para objetos determinados, del uso de una cosa no fungible con obligación de restituir ésta en especie; y toda concesión gratuita o a interés, de cosa fungible con obligación de devolver otro tanto del mismo género y calidad. En el primer caso el préstamo se llama comodato, y en el segundo, mutuo.

En el vigente Código Civil para el Distrito Federal, el único contrato real es el de prenda. Sin embargo, conforme a las disposiciones del Código, para que se tenga por perfeccionamiento el contrato, no se requiere la entrega física del bien, basta la entrega jurídica y el deudor queda facultado para conservar el bien en su poder. Los artículos 2858 y 2859 del Código Civil establecen:

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

ART. 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, para su perfeccionamiento, requieren de la expresión exterior de la voluntad o del acuerdo de voluntades,

¹¹ CHICO ORTIZ, José María y RAMÍREZ RAMÍREZ, Catalino, *Temas de derecho notarial y calificación registral del instrumento público*, Madrid, 1972, p. 53.

ya sea verbal, por escrito privado o por escritura pública. En mi opinión en todo contrato hay *consensu*.

Contratos formales. La ley señala que para la validez de estos contratos, es necesario que la voluntad se manifieste de acuerdo con los formalismos en ella establecidos, por ejemplo, en escrito privado, en escritura pública, o por procedimiento administrativo. A estos formalismos algunos autores los denominan como “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. Considero que es más propio hablar de contratos con libertad de formalidades y de contratos con formalidades restringidas. 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.¹²

Una vez determinados los contratos solemnes, consensuales, formales y reales, voy a realizar 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.¹³

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.”¹⁴

¹² GUAL VIDAL, Manuel, *El formalismo en los contratos, estudios del problema en nuestro derecho*, México, p. 108.

¹³ ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho civil mexicano*, México, 1977, p. 33.

¹⁴ DÍEZ-PICAZO, Luis y GUILLÓN, Antonio, *op. cit.*, p. 506.

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.¹⁵

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.

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.

Formalismos y publicidad

Siguiendo la opinión del jurista italiano Albert Trabucchi, voy a analizar 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 relevantes, 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.¹⁶

¹⁵ GUAL VIDAL, Manuel, *op. cit.*, p. 108.

¹⁶ TRABUCCHI, Alberto, *Instituciones de derecho civil*, Madrid, 1967, p. 249.

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.

No obstante que de sus preceptos se desprende que es un código formalista, fue consensualista. Este principio quedó asentado en el artículo que dice:

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 del contrato, sin dependencia de tradición. La adopción de este sistema podrá 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, disponen:

ART. 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.

ART. 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:

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 que se acepta el consensualismo y que, por excepción, cuando la ley regula algunos contratos establece formalismos especiales.

LOS FORMALISMOS EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1884

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

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.

Según Miguel S. Macedo 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.¹⁷

Por otro lado, de los 27 contratos que regula, 16 requieren de formalidades expresamente determinadas para su validez y 11 tienen libertad de formalidades.

Por su parte, el artículo 1279 establece los requisitos para la validez del contrato:

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 sea lícito;
- IV. Que se hayan celebrado con las formalidades externas que exige la ley.

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

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. L). 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.¹⁸

¹⁷ S. MACEDO, Miguel, *Datos para el estudio del Nuevo Código Civil del Distrito Federal y Territorio de Baja California, promulgado el 11 de marzo de 1884*, México, p. 79.

¹⁸ *Ibidem*.

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

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.

Asimismo considera que las formalidades en él establecidas no son *solemnitatis causa*, porque:

1º 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.

2º El artículo 1674 da a las nulidades el carácter de excepción o acción, respectivamente, es decir, de alegación e 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.

3º 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.

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

A mayor abundamiento, 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, hace insostenible la doctrina que en la práctica está de acuerdo en 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”.¹⁹

Asimismo, durante la vigencia del Código de 1884, estuvo vigente el Código de Procedimientos Civiles del mismo año, el cual en su artículo 8º establecía:

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 desecharán 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 prescrita por la ley.

LOS FORMALISMOS EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1928

En materia de formalismos, el Código Civil de 1928 sigue al 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 consensualismo.

¹⁹ S. MACEDO, Miguel, *Datos para el estudio...*, p. 80.

ART. 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.

ART. 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.

Por lo que se refiere a los formalismos de los contratos, la regla general es el 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. En mi opinión, es un código formalista, no obstante, la exposición de motivos establece:

Por lo que a la forma toca, se procuró, en cuanto fue posible, suprimir las formalidades que hacía necesaria la intervención de notaros 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.

Como se desprende de lo anterior, el legislador busca facilitar la contratación, al hacer 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 los siguientes: 2246 Promesa de contrato; 2317 y 2320 Compraventa inmuebles; 2321 Permuta; 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, se rigen por los artículos 2317 al 2320. Este último establece que:

Si el valor de avalúo del inmueble excede de trescientos sesenta y cinco veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal en el momento de la operación, su venta se hará en escritura pública, salvo lo dispuesto por el artículo 2317.

Sanciones por falta de formalismos

La sanción para el caso que no satisfacer los formalismos señalados, es la invalidez del contrato, de acuerdo con el artículo 1795 que dispone:

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 no se haya manifestado en la forma que la ley establece.

Ahora bien, ¿qué clase de invalidez se genera si el consentimiento no se manifiesta en la forma establecida por la ley? Nuestro sistema legislativo sigue la división tripartita de las ineficacias jurídicas: nulidad relativa, nulidad absoluta e inexistencia. De acuerdo con el artículo 2228, la falta de forma encuadra dentro de la nulidad relativa.

ART. 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 lo que se refiere a la nulidad relativa, el artículo 2227 expresa que:

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, se encuentran establecidas en el artículo 2226 que dice:

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 prevalerse todo interesado y no desaparece por la confirmación o la prescripción.

Como se desprende de todo lo anterior, los Códigos de 1884 y de 1928 coinciden en términos generales, por lo que se refiere a los formalismos, en la nulidad y la acción o excepción por falta de forma. La novedad del Código de 28 es la "acción pro forma", es decir, 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 se encuentra establecido, sustantivamente, en los artículos 1833 y 2232 del Código Civil y adjetivamente, en el 27 del Código de Procedimientos Civiles, ambos del Distrito Federal, que rezan:

ART. 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”. (Art. 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* y esta última de la *Ley del Ordenamiento de Alcalá*.

Los artículos en comento protegen los ideales de equidad y justicia, pues si los contratantes han manifestado su voluntad, 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 convalidarse mediante ratificación expresa, al otorgarlo en la forma establecida por la ley, pues los artículos 1833 y 2232 facultan a cualquiera de las partes a exigir se dé al contrato la forma legal, si su voluntad consta de manera fehaciente. En este sentido, el código establece la acción pro forma. Esta disposición puede ocasionar un problema, pues si sólo una de las partes demanda la nulidad relativa del contrato por la falta de formalismos legales, la otra puede reconvenir el otorgamiento, de acuerdo con la formalidad omitida, en este caso, existen acciones contradictorias (“pro forma” y 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 conforme prácticamente con dicha nulidad (en forma similar a la vieja *in jure cesio*) 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 “pro forma”. 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.²⁰

Pero al decir de Sánchez Medal, si la parte demandada no reconviene el otorgamiento de la formalidad debida, se está conformando con la nulidad del contrato. En este caso, es decir, cuando la parte demandada no hace valer la acción "pro forma", el juez puede declarar la nulidad del contrato. El autor tiene razón desde el punto de vista exegético. La declaración de nulidad resultaría injusta, pues piénsese, si en una compraventa se ha satisfecho la totalidad del precio y entregado el objeto, la propiedad se transmite por mero efecto del contrato y si el vendedor, por capricho, pide la nulidad del contrato y el demandado por no reconvenir la acción "pro forma" se ve privado de su derecho de propiedad, la actuación judicial sería injusta, toda vez que lo que la ley busca es la vida del contrato a través de la convalidación. En mi opinión, el legislador concede la oportunidad para que los contratos viciados por falta de forma puedan valer plenamente, mientras que, al declarar nulo el contrato, el juez olvida la intención del legislador de permitir la eficacia del contrato.

²⁰ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *De los contratos civiles*, México, 1973, p. 42.