

Principio espiritualista y seguridad jurídica: ¿Es necesario un replanteamiento de la *communis opinio* en materia de forma del contrato?

GIUSEPPE ALBANESE

Abogado del Ilustre Colegio de Barcelona

RESUMEN

Según la interpretación doctrinal predominante, el ordenamiento jurídico español estaría fuertemente vinculado a una concepción «espiritualista» del contrato, cuya absoluta preeminencia no permitiría el reconocimiento de ningún valor normativo vinculante al elemento de la forma escrita, ni siquiera a efectos probatorios. Frente a ello, tras una reconstrucción histórica crítica del ascenso de esta interpretación teóricamente inflexible, se propone un replanteamiento de la misma inspirado en el superior principio constitucional de seguridad jurídica.

PALABRAS CLAVE

Forma escrita; Forma del contrato; Principio espiritualista; Seguridad jurídica.

Spiritualist principle and legal certainty:
Is it necessary to rethink the *communis opinio*
regarding the form of the contract?

ABSTRACT

According to the predominant doctrinal interpretation, the Spanish legal system would be strongly linked to a «spiritualist» conception of the contract, whose absolute preeminence would not allow the recognition of

any binding normative value to the element of the written form, not even for evidentiary purposes. Faced with this, after a critical historical reconstruction of the rise of this theoretically inflexible interpretation, it is proposed a rethinking of it, inspired by the superior constitutional principle of legal certainty.

KEY WORDS

Written form; Contract form; Spiritualist principle; Legal certainty.

SUMARIO: I. *La narración consolidada respecto a la preeminencia del principio «espiritualista»: del formalismo al antiformalismo.*—II. *Los límites intrínsecos de la narración consolidada.* 1. Entre teoría y praxis: la regla procesal *lettres passent témoins* y la «resurrección» de la forma escrita en las legislaciones modernas.—III. *El fatigoso proceso de aprobación definitiva de la disciplina de la forma de los contratos en el CC español: entre los principios consagrados por las legislaciones modernas y la «reacción» antiformalista.*—IV. *La communis opinio en torno a la preeminencia del artículo 1278 CC (algunas notas críticas).* 1. Qué dicen (y qué no) los artículos 1279 y 1280: un replanteamiento de la *communis opinio* en materia de forma del contrato.—V. *Conclusiones* (con una propuesta de *lege ferenda*).—Bibliografía.

I. LA NARRACIÓN CONSOLIDADA RESPECTO A LA PREEMINENCIA DEL PRINCIPIO «ESPIRITUALISTA»: DEL FORMALISMO AL ANTIFORMALISMO

De manera sustancialmente unánime, doctrina científica y jurisprudencia¹ sostienen la inequívoca vinculación del ordenamiento jurídico español a una concepción «espiritualista» del contrato desde la promulgación del *Ordenamiento de Alcalá* del año 1348, en cuya Ley única del Título XVI se afirmaba:

«Paresciendo que se quiso un ome obligar á otro por promisión, ó por algund contrato, ó en alguna otra manera, sea tenudo de aquellos á quienes se obligó, é non pueda ser puesta excepcion que non fue fecha stipulacion que quiere dezir: prometimiento con ciertas solempnidades del derecho: ó que fue fecha la obligación del contrato entre absentes: ó que fue fecha á Escribano publico, o á otra persona privada

¹ *Vid.* entre otras, la STS 24 de mayo 1980 (ECLI:ES:TS:1980:4765 — Pon. Jaime Castro García); la STS 27 de febrero 1999 (ECLI:ES:TS:1999:1352 — Pon. Alfonso Villagómez Rodil), y la STS 19 de febrero 2004 (ECLI:ES:TS:2004:1096 — Pon. Clemente Auger Liñán).

en nombre de otro entre absentes: ó que se obligó uno de dar, ó de hacer alguna cosa á otro: mas que sea valedera la obligación o el contrato que fueren fechos en qualquier manera que paresta que alguno se quiso obligar á otro, é façer contrato con el»².

La práctica totalidad de los autores considera que este precepto dio reconocimiento legal (civil) a la regla de Derecho canónico *pacta sunt servanda* al decretar la definitiva superación del sistema contractual «formalista» de origen romano que, hasta ese momento, había caracterizado las anteriores recopilaciones normativas, como las *Siete Partidas*³.

Para comprender plenamente los motivos de tales postulados, debe recordarse que, según el sistema jurídico del *ius commune*, reelaborado por parte de los glosadores sobre la base del *Corpus Iuris Civilis* justiniano, la simple promesa de un sujeto a otro no era suficiente para crear una obligación⁴. Para que naciera de manera efectiva una obligación válida y vinculante era necesario o el comienzo de la ejecución del acuerdo por una de las partes (*causa data*⁵) o el cumplimiento de un *vestimentum* (*causa civilis*)

² *Vid. De ASSO Y DEL RÍO y DE MANUEL Y RODRÍGUEZ: El Ordenamiento de Leyes*, Madrid, 1774, disponible en https://bibliotecadigital.jcyl.es/es/catalogo_imagenes/grupo.do?path=10072203; MANRESA NAVARRO: Título VIII, 1907, p. 690; NUÑEZ LAGOS, 1950, pp. 56-57; GORLA, 1954, trad. esp. 1959, T. I, p. 56 (nota del traductor).

³ MANRESA NAVARRO, *Op. cit.*, p. 690: «Suavizado el rigor de la ley romana poco a poco en este como en otros puntos, influidos los pueblos por el principio de derecho canónico, *pacta sunt servanda*, que venía a borrar en cierto modo la diferencia del pacto y el contrato en su primitivo sentido, y latente en la sociedad el espíritu de los germanos, no obstante contaminarse estos en mucho por el formalismo de Roma, el sistema de contratación de esta fue cayendo en desuso, y el consentimiento recobrando su legítimo predominio, a tal punto, que cuando brilla el renacimiento del derecho romano y en España se vacía su contenido dentro del Código de las Partidas, el sistema formalista lucha con la sencillez del nacional y es vencido por este»; REGLERO CAMPOS, 1993, T. XVII, vol. I-B, p. 637 (citando a SÁNCHEZ ROMÁN, 1899, T. IV, p. 170): «[L]a dimensión científica de las Partidas Alfonsinas entró en abierta colisión con los usos sociales de la práctica judicial y del Derecho vigente en Castilla, acomodado a las sencillas costumbres castellanas, que no se compaginaban bien con el carácter formalista de aquellas. Este distanciamiento entre el Derecho escrito y el Derecho usado, así como la influencia del Derecho canónico, “que consagró en su mayor latitud el principio moral y jurídico *pacta sunt servanda* atribuyendo igual fuerza obligatoria a los pactos que a los contratos y, por último, la publicación del Ordenamiento de Alcalá en 1348, había desterrado, por completo, de las costumbres, del criterio científico de la época y de la legislación vigente, aquél sistema romano, sustituyéndole por otro, de todo en todo contrario”»; PUIG PEÑA, 1972, T. III, p. 409 (citando a RIAZA y GARCÍA-GALLO, 1935, pp. 672 y ss.): «Como dice un autor, las sencillas costumbres españolas, el buen sentido de los prácticos y el espíritu de justicia del Derecho canónico se opusieron en nuestra Patria al arraigo del sistema romano de contratación, a pesar de los esfuerzos que hicieron para ello algunos cuerpos legales del Derecho escrito [...]».

⁴ GORLA, *Op. cit.*, p. 20: «La historia de cualquier sistema jurídico revela con cuántas dificultades se ha llegado a admitir la idea de que de una promesa pueda derivar una obligación en sentido jurídico [...]. Hoy esta idea se nos ofrece como algo “natural”. Pero ha sido necesario un largo proceso histórico hasta poder llegar a ella».

⁵ Característica de los «contratos innominados». A este propósito, *vid. MARRONE*, 2004, p. 264: en principio, el Derecho romano reconocía solo tipos específicos de contratos «nominados», un *numerus clausus* de fuentes de obligaciones a las cuales se acompañaban

en base al cual entender «justificada» la efectiva obligatoriedad del acuerdo. En efecto, manteniendo la esencia del originario sistema jurídico romano, el sistema contractual de *ius commune* seguía enfocándose al aspecto procesal, de modo que la tipicidad sustancial de las modalidades de contraer *obligationes* era el reflejo de la tipicidad procesal de las *actiones* concedidas para pedir su cumplimiento o ejecución⁶.

En consecuencia, todo giraba alrededor de la distinción entre *pacta nuda* y *pacta vestita*. Con la primera denominación se identificaban los acuerdos desprovistos de un *vestimentum* (en este sentido «desnudos»): promesas sin efectividad obligatoria respecto a las cuales no se concedía ninguna acción, esto es, ninguna tutela judicial efectiva (*ex nudo pacto actio non nascitur*). Con la segunda, a aquellos acuerdos dotados de un elemento de justificación respecto a la obligación asumida por el promitente (en este sentido, «vestidos») y, por tanto, dotados de una acción, o sea, merecedores de tutela por parte del ordenamiento jurídico. Solo el inicio de la ejecución por una parte o la presencia de un *vestimentum* al momento de concluir un acuerdo representaban la justificación del nacimiento de una fuente de responsabilidad⁷ (de una *obligatio*) y la concesión de una correspondiente *actio*. El simple consentimiento (*consensus*) se consideraba un *vestimentum* válido solo con respecto a los contratos (denominados por estas razones) «consensuales»: compraventa, arrendamiento, sociedad y mandato⁸. Para

unas acciones, igualmente típicas, que las sancionaban. Pese a esa rígida tipicidad contractual y procesal, con el tiempo se fue reconociendo el valor obligatorio a ciertas convenciones atípicas, no definibles en base a un *nomen* del edicto del pretor («innominados»), cuyo valor obligatorio no se reconoció a la convención en sí misma, sino a la ejecución que de ella habría realizado una de las partes, lo que creaba la respectiva obligación en la otra; estos contratos «innominados» se identificaron (según un famoso texto de Paolo contenido en D.19.5.5 pr.) como: *do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias* (*ibidem*, p. 292). La nomenclatura con la cual se han identificado tradicionalmente muestra de manera clara que el elemento central era la prestación (dar o hacer) que una de las partes cumplía en vista (*ut* = para que) del dar o hacer de la otra. Una prestación anticipada (en este sentido, una *causa data*) que se cumple en vista de la contraprestación ajena.

⁶ *Ibidem*, p. 264.

⁷ DE COSSÍO, 1975, T. I, p. 245: «[...] lo fundamental no era la creación de derechos y deberes entre las partes, sino el establecimiento de formas de responsabilidad [...]».

⁸ LACRUZ BERDEJO, 1977, T. II, p. 17: «Los contratos formales y los reales bastaban para las reducidas operaciones jurídicas precisas en la vida de una pequeña ciudad que no había sobrepasado el estadio de la economía agraria de unos grupos familiares [...] Pero, merced a sus conquistas, Roma llega a ser luego una gran ciudad comercial, en contacto con todo el Mediterráneo [...] y para responder a las nuevas necesidades se introducen unos contratos que ya no precisan de ninguna formalidad. [...] Se acepta, pues, el nacimiento de obligaciones y del vínculo contractual en virtud de la sola declaración de voluntad, pero únicamente para unos contenidos muy concretos: se trata de las operaciones más importantes y usadas en la vida de los negocios»; GORLA, *Op. cit.*, p. 30: «se trataba siempre de pactos con cierto contenido o con ciertos caracteres típicos. Puede decirse, pues, que uno de los rasgos característicos del contrato no formal del Derecho clásico es la *tipicidad*. Es decir, se sancionan determinados “*negotia*” que, por su difusión, por su importancia en la

los contratos reales⁹, el *vestimentum* era la entrega material de la cosa objeto del acuerdo (*traditio*).

Fuera de estos casos típicos, para poder concluir un acuerdo obligatorio atípico de forma válida se recurría a la *stipulatio*¹⁰. Se trataba de un contrato verbal cuyo *vestimentum* era la pronunciación de determinadas palabras solemnes (*certa verba*), aunque, ya desde el final de la edad republicana, en Roma se había empezado a transcribir su celebración en documentos. Al principio, la función de tales documentos era la de atestiguar el intercambio de las fórmulas solemnes requeridas, pero después, en el periodo posclásico (bajo la influencia de las costumbres jurídicas orientales helenísticas según el modelo de los *quirografo* y los *sinagrafa*¹¹), se pasó a atribuir eficacia obligatoria directa al documento escrito¹² como forma no solo externa o testimonial, sino intrínseca y sustancial del contrato en cuestión. De este modo, en el momento de la recepción del derecho civil justiniano en Europa occidental y el nacimiento del denominado *ius commune*, el cumplimiento del *vestimentum* consistente en la expresión oral de los *certa verba* había pasado a identificarse con su transcripción documental¹³.

Además, debe recordarse que, tras la disolución del Imperio romano occidental y el ascenso de los reinos bárbaros, a los formalismos de origen romano se habían ido solapando los formalismos de los sistemas jurídicos germánicos¹⁴.

Es por todas estas razones que el Derecho español «antiguo» (alto-medieval), considerando la herencia jurídica romana y la larga dominación visigoda sucesiva, estaba muy marcado por el formalismo, siendo sus características principales: 1) la insuficien-

vida cotidiana y por haber llegado a consagrarse en la práctica, exigen una especial tutela jurídica [...]. Probablemente, como observa Savigny [...] esta tendencia a la tipicidad puede también explicarse teniendo en cuenta que el negocio típico, precisamente por serlo, permitía resolver fácilmente el problema de la voluntad de obligarse en sentido jurídico».

⁹ Depósito, comodato, mutuo y prenda.

¹⁰ GÓRLA, *Op. cit.*, pp. 31-32; también MARRONE, *Op. cit.*, p. 275.

¹¹ *Vid. DE LOS MOZOS, ADC*, 1968, p. 753.

¹² MARRONE, *Op. cit.*, p. 277.

¹³ Esta costumbre creó las bases (a partir del siglo XI en Italia y después en toda Europa) para el pasaje de la función de simple «escribano» a la de notario, titular de la fe pública: si la *charta* redactada por el primero debía ser corroborada por su testimonio ante el juez, el *instrumentum publice confectum* notarial pasó a tener consideración de prueba plena preconstituida, destruible solo mediante la querella por falsedad; *vid. REGLERO CAMPOS, Op. cit.*, p. 634. Asimismo, *vid. PADOA SCHIOPPA*, 2019, p. 143.

¹⁴ LACRUZ BERDEJO, *Op. cit.*, p. 18: «[...] los ordenamientos de los invasores no conocen sino contratos estrictamente formales con fuerte predominio del elemento simbólico, y luego algunos contratos reales [y] a veces el incumplimiento del contrato no supone la satisfacción del derecho del acreedor por medios coactivos [...] sino otras sanciones penales que, si bien suponen el exterminio del deudor doloso, no proporcionan al acreedor ningún beneficio directo. La obligación, en suma, se funda más en el respeto a la palabra dada y en el temor a la venganza privada del acreedor, que en la posibilidad de ser compelido el deudor por el poder público a su cumplimiento».

cia del simple consentimiento para originar una obligación (todo contrato necesitaba estar fortalecido con la entrega de arras o de un objeto simbólico, una vara o *wadium*) y 2) el predominio de los documentos escritos (*chartae*)¹⁵.

En un escenario cultural caracterizado por tales «antecedentes», es aproximadamente a partir del siglo XII cuando los canonistas —en el seno de la lucha por la hegemonía cultural y política que se libró entre poder eclesiástico y civil a lo largo de la Edad Media— comienzan a defender la idea que la fuerza jurídicamente vinculante (obligatoria) de un acuerdo no dependía de un *vestimentum* sino de una «causa-valor»¹⁶ que identifican con la necesidad de mantener fe a cualquier tipo de promesa contraída según conciencia con otro hombre¹⁷, debido a que *pacta sunt servanda*¹⁸ y «mentir es pecado»¹⁹. Haciendo hincapié en la expresión «en cualquier manera», tradicionalmente se ha sostenido que el precepto del Ordenamiento de Alcalá apuntado al principio fue el primer reconocimiento legal de esa concepción canonista, al establecer que incluso los intercambios de promesas «desnudos» (esto es, emitidos de forma oral sin necesidad de frases solemnes ni formalización escrita) también generarían plenos efectos obligatorios en términos de *ius civile*, no solo canónico. En base a tales argumentos, algunos han querido destacar la precocidad del ordenamiento castellano en este aspecto en comparación al resto de Europa, donde la regla antiformalista del *solus consensus obligat* (la plena eficacia reconocida al simple consentimiento para generar *per se*

¹⁵ Destaca estas dos características del Derecho español «antiguo» CASTÁN TOBENAS, 1988, T. III, p. 494; Asimismo, PUIG PEÑA, *Op. cit.*, p. 408, nota 26 (citando a MINGUÍJON, 1924, pp. 62 y ss.): «Observa MINGUÍJON que se introdujo y se generalizó mucho entre los pueblos germanos la contratación por documento o escritura (carta, *cautio*) [...]. Tales documentos no eran simplemente probatorios, sino constitutivos [...]»; GORLA, *Op. cit.*, p. 54 (nota del traductor): «[Paradigmático el caso del derecho foral de Aragón, donde se mantuvo] el principio de la no obligatoriedad de los contratos no formales, con absoluto predominio de la forma escrita (*charta*). Solo si la promesa está confirmada por un instrumento se podrá obligar al promitente a que la cumpla (Fuero 4.º, *De Fide instrumentorum*). Tal es la fuerza del instrumento en el Derecho aragonés, que debe siempre juzgarse y resolverse según lo contenido en él (*standum est chartae*); de acuerdo con este principio, debe pagarse todo cuanto conste en la escritura, aunque no se exprese la causa del deber, en lo que apunta la admisión del contrato abstracto (Fuero *De promissione sine causa*)».

¹⁶ *Vid. LACRUZ BERDEJO, Op. cit.*, p. 18.

¹⁷ PADOA SCHIOPPA, *Op. cit.*, p. 121: «*Molto rilevante è la dottrina canonistica sull'azionabilità del "patto nudo", cioè della semplice promessa [...] ricorrendo al principio per il quale i patti devono essere osservati [...] poiché davanti a Dio la promessa era vincolante indipendentemente dalle forme, essa doveva essere resa vincolante anche davanti ai giudici».*

¹⁸ *Ibidem*

¹⁹ NUÑEZ LAGOS, *Op. cit.*, p. 29: «Además de la vieja idea de *veste*, el problema se plantea así: el incumplimiento de lo prometido, incluso si es un nudo pacto, es pecado»; *vid.* también SANTOS MORÓN, 1996, p. 27.

cualquier tipo de obligación adoptando como criterio general la atipicidad causal que caracterizaba desde sus orígenes el contrato romano de *stipulatio*²⁰) representó un punto de llegada mucho más tardío²¹, que se alcanzó gracias a la sucesivas influencias culturales de los comercialistas y, después, de los exponentes de la escuela del Derecho natural²² (y su pretendida transformación de los *vestimenta* romanos en la moderna concepción de *causa* del contrato²³).

²⁰ GORLA, *Op. cit.*, p. 94: «Según Savigny [...] el moderno pacto nudo, la promesa (aceptada) hecha *serio et deliberado animo*, no sería otra cosa que la *stipulatio* romana, transformada gradualmente por el desuso en que cayeron sus formas en un esquema contractual no formal».

²¹ *Ibidem*, p. 56 (nota del traductor): «Con esta importantísima ley queda introducido en el Derecho español el principio consensual, con notable anticipación a la fecha en que dicho principio aparece en otras legislaciones [...]».

²² LACRUZ BERDEJO, *Op. cit.*, p. 19: «Dos influencias ulteriores refuerzan la presión de la doctrina canonista sobre los juristas de Derecho civil, para que acepten la obligatoriedad de cualesquiera convenciones o *nuda pacta*. De una parte, la de los mercantilistas, que tratan de liberar las relaciones comerciales del peso de las formas solemnes, y en especial de la entrega de la cosa, afirmando el principio consensual (*solutus consensus obligat*) como una sublimación de la *stipulatio*. Y, ulteriormente, la de la escuela del Derecho natural, al proclamar que la voluntad de los particulares es necesaria pero suficiente justificación de la obligación asumida»; CASTÁN TOBEÑAS, *Op. cit.*, p. 457 (citando a MESSINEO, 1952, T. I, pp. 50 y ss.): «[e]l nudo pacto, que en su origen no engendraba ni obligaciones ni acción (*ex nudo pacto, actio no nascitur*), evoluciona durante la Edad Media, bajo la influencia del pensamiento de los canonistas, de secuaces de la escuela del Derecho natural y de comercialistas, en el sentido de que, lentamente, la *voluntad* de las partes adquiere el valor de *elemento básico*, que triunfa sobre el formalismo antiguo y basta para dar vida al contrato, es decir, a lo que hoy, usando el término en sentido totalmente diverso del original, llamamos contrato»; DE LOS MOZOS, *Op. cit.*, p. 755: «En épocas posteriores, esta evolución se consolida por influencia del iusnaturalismo, cuando la *coherentia contractus* acaba por descansar, en definitiva, en el mutuo *consensus* de las partes que se intuye [...] como el fundamento de la propia *societas iuris*. Entonces es cuando puede decirse [...] que *el mundo de la causalidad* ha suplantado el *mundo de la forma*»; SANTOS MORÓN, 1996, *Op. cit.*, p. 27: «Para Grotius, el respeto a la palabra dada es una regla de Derecho natural. La escuela del Derecho natural desarrollada a partir de las teorías de Grotius y Pufendorf hace del consensualismo el fundamento mismo de la teoría del contrato. Sus enseñanzas serán recogidas por la doctrina francesa de los siglos XVII y XVIII que adapta el Derecho romano a los principios derivados de la “razón natural” entre los cuales se considera uno de los más evidentes el que toda convención tenga el efecto de obligar. Se afirma así que nadie puede estar obligado sin haberlo querido y que toda vinculación libremente querida es justa (*qui dit contractuel dit juste*)».

²³ El moderno concepto de causa del contrato nace de las especulaciones teóricas de los exponentes del Derecho natural para simplificar (más que eliminar) el anterior sistema de los *vestimenta*, de modo que se pretende poner en el centro el solo *consensus* (la voluntad del *homo faber* renacentista), pero manteniendo la irrenunciable idea de «justificación» de las obligaciones. Justificación que, de hecho, para determinados negocios, como las donaciones, siguió siendo la forma escrita, entendida como demostración material de la sopesada reflexión del donante respecto a la obligación asumida. Cfr. GORLA, *Op. cit.*, pp. 71-73: «En conclusión [...] La causa jurídica [...] y la forma [...] son los *vestimenta* de un sistema de pactos que no corresponde al esquema del nudo consentimiento [...]. [E]l Derecho moderno ha sustituido el sistema romano de los pactos, o el sistema medieval de los pactos nudos y de los pactos vestidos, por otro sistema de pactos [donde] el pacto tiene que estar *vestido* [...] con una determinada forma o con una determinada *cause suffisante, raisonnable o juste*»; Cfr. LUNA SERRANO, *Cuadernos de derecho transnacional*, 2010, p. 144: «La evanescencia y la inconcreción del concepto de causa inducen la idea de su inutilidad, idea a la que puede asociarse la consideración práctica de que la falta de la necesidad de su expresión es aconsejada por las conveniencias del tráfico [...] en cuyo ámbito

Siguiendo esta narración consolidada, la profunda vinculación del ordenamiento jurídico español al antiformalismo en materia de contratación sería inveterada e indiscutible. Prueba de ello sería que la originaria formulación de la Ley única del título XVI del Ordenamiento de Alcalá del año 1348 habría traspasado a la *Nueva Recopilación de 1567* (Libro V, Título XVI, ley 2.^a)²⁴ y, después, a la *Novísima Recopilación de 1805* (Libro X, Título I, ley 1.^a)²⁵, hasta acomodarse, manteniendo la misma *ratio* normativa, en la letra del artículo 1278 del Código Civil de 1889 (en adelante CC), en base al cual «los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado [...]»²⁶. Por todo lo anterior, la presencia del artículo 1278 CC permitiría la perfección de cualquier contrato en forma puramente verbal y conllevaría la contextual libertad absoluta para su prueba, de modo que podría ser invocado en juicio como fuente de obligaciones al amparo de cualquier medio de prueba admitido en Derecho, como una testifical.

II. LOS LÍMITES INTRÍNSECOS DE LA NARRACIÓN CONSOLIDADA

En cuanto se procede a una reconstrucción pormenorizada más profunda de todos los «antecedentes históricos y legislativos» (ex art. 3 CC) que han determinado la redacción definitiva de la disciplina codificada en materia de forma contractual (arts. 1278 a 1280 CC), la narración consolidada de un *fil rouge* aparentemente ininterrumpido de la plurisecular preeminencia del principio espiritualista aparece un tanto forzada, empezando por la auténtica *ratio* normativa de la Ley de Alcalá y culminando con la misma presencia del artículo 1278 en el texto definitivo del CC que, como se expondrá más adelante, no representó algo inevitable, automático o descontado.

es bien conocido que se propende muchas veces a prescindir u olvidarse de la causa y a hacer con frecuencia total abstracción de la misma, abstracción que se entiende suficientemente compensada con la formalización indispensable de ciertas operaciones». En efecto, la criticidad definitoria del concepto de causa ha determinado su progresiva difuminación como elemento esencial del contrato, empezando por su ausencia en el *Bürgerliche Gesetzbuch* (BGB o Código Civil alemán) a comienzos del siglo XX y culminando con la supresión de su secular presencia en el *Code Civil* francés tras la reforma de 2016; *vid.* a este propósito, TENELLA SILLANI, 2018, pp. 537-549.

²⁴ *Vid. Nueva Recopilación de las Leyes de Castilla, reimpresión de 1775*, Madrid, reed. 2022; disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/publicacion.php?id=PUB-LH-2022-271

²⁵ *Vid. Novísima Recopilación de las Leyes de España*, Madrid, reed. 1993; disponible en https://www.boe.es/biblioteca_juridica/publicacion.php?id=PUB-LH-1993-63

²⁶ *Vid. GORLA*, *Op. cit.*, p. 74 (nota del traductor).

Comenzando por la Ley única del título xvi del Ordenamiento de Alcalá, pese a la inamovible interpretación dada por la práctica totalidad de los autores, no han faltado autorizadas opiniones discordantes acerca de su real significado normativo. En particular, se ha afirmado que, en realidad, la Ley única del título xvi no estableció (o no reconoció) la «espiritualización» absoluta de las formas contractuales como regla jurídica generalizada, sino que se limitó a decretar la supresión de las principales excepciones que se podían proponer en relación a los aspectos formales más rígidos del contrato de «promisión», en ese momento regulado en el título xi de la partida 5.^a según una disciplina anacrónica, que se limitaba a reproducir la versión «erudita» y «arcaica» de la *stipulatio* romana²⁷. A este propósito, es necesario recordar cómo en la Ley de Alcalá se especificaba: «[...] non pueda ser puesta excepcion que non fue fecha stipulacion que quiere dezir: prometimiento con ciertas solempnidades del derecho [...]»

Como se ha apuntado antes, ya en el periodo posclásico, en Roma, el formato originario del contrato de *stipulatio* había experimentado cierto cambio estructural a causa de las influencias helenísticas y la mayor relevancia que en dicha área cultural se reservaba a la redacción escrita, de modo que había pasado a reconocerse eficacia obligatoria directa al mismo documento en el cual se recogían las formalidades seguidas para la celebración del contrato. No obstante, pese a la relevancia asumida por la forma escrita, oficialmente la *stipulatio* seguía clasificándose como un contrato verbal basado en la pronunciación de *certa verba* (preguntas y respuestas detalladas) que el documento escrito servía a reproducir. Ahora bien, la «metamorfosis» no terminó ahí.

En el año 472 d. C., el emperador León estableció que la *stipulatio* podía perfeccionarse con el empleo de *quibuscumque verbis*²⁸ y, con el paso del tiempo, se consideró válida la redacción del contrato en la cual no se apuntaban todas las preguntas del promisario y las respuestas del promitente (que reflejaban cada una de las obligaciones singulares asumidas por el segundo), sino que era suficiente la inclusión al comienzo o al final del documento de una *stipulatio specialis*, una única pregunta («*ea quae supra scripta sunt, promittis?*») cuya única respuesta afirmativa («*promitto*») daba valor a todo el conjunto obligatorio recogido en el cuerpo del documento²⁹. Después, en virtud de una constitución del emperador Justiniano del 531 d. C., se estableció que la única prueba en

²⁷ *Passim* NUÑEZ LAGOS, *Op. cit.*

²⁸ MARRONE, *Op. cit.*, p. 278.

²⁹ NUÑEZ LAGOS, *Op. cit.*, p. 21.

contra de un documento en el que se recogía una *stipulatio* solo podía ser el hecho que las partes no estuviesen presentes en la misma ciudad el día de su redacción³⁰. A pesar de esto, en la sucesiva praxis notarial se afianzó la redacción de una *stipulatio elíptica* en la cual la pregunta pasaba a ser presunta (o implícita), encerrada en el contenido descriptivo del documento, que se redactaba en primera persona y de forma unilateral, lo que abría el paso a la contratación entre ausentes y a la representación negocial³¹.

Pese a los profundos cambios experimentados por el originario modelo contractual romano de *stipulatio*, el título xi de la partida 5.^a seguía disciplinando una versión arcaica del mismo que incluía la exigencia sustancial de la presencia física contextual de ambas partes, necesaria para el intercambio de rigurosos *certa verba*³². En este sentido, no parece infundado concluir que la principal finalidad de la Ley única del título xvi del Ordenamiento de Alcalá fue simplemente la de decretar el predominio de la versión más «popular» y usual del contrato (escrito) de promisión, abrogando expresamente su modalidad de celebración más «clásica» y en desuso enunciada en la partida 5.^a para evitar posibles antinomias interpretativas de cara a futuro³³ (dado que, en base a la ley primera del título xxviii del mismo Ordenamiento de Alcalá, las *Partidas* mantendrían valor de fuente normativa, aunque supletoria³⁴). Esta sustancial *ratio abrogativa* se vería también confirmada

³⁰ SANTOS MORÓN, *Op. cit.*, p. 26; MARRONE, *Op. cit.* p. 278.

³¹ NUÑEZ LAGOS, *Op. cit.*, pp. 22-23.

³² Partida v, título xi, ley i: «Promision es otorgamiento que facen los homes unos á otros por palabras con entencion de obligarse, a veniéndose sobre alguna cosa cierta que deban dar ó hacer unos á otros; [...] Et fácese desta manera, estando presentes amos los que quieren hacer el pleyo de la promision, et deciendo el uno al otro, prometedesme de dar ó de hacer tal cosa, deciéndola señaladamente, et el otro respondiendo que sí promete ó que otorga de lo complir; ca respondiendo por estas palabras ó por otras semejantes dellas, finca por ende obligado, et es tenido de cumplir lo que otorga ó promete de dar ó de hacer. [...]»; ley ii: «Pregunta et respuesta ha meester que sea fecha en la promision por palabras con entendimiento de se obligar; et quando esto fecieren non deben entremeter otras palabras. [...]»; *Vid. Las Siete Partidas, Edición de 1807 de la Imprenta Real*, reed. 2021; disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/publicacion.php?id=PUB-LH-2021-217

³³ Según NUÑEZ LAGOS, *Op. cit.*, pp. 51-53, la presencia de la disciplina de la *stipulatio* contenida en la partida 5.^a creaba una antinomia con la modalidad más «popular» de *promisión* disciplinada en el título xviii de la partida 3.^a, reflejada en las fórmulas legales predispuestas para la redacción de *cartas* con objeto los contratos de: compraventa (ley 56), permuto (ley 64), donación (ley 67), feudo (ley 68), censo (ley 69), comodato (ley 71), alquiler de casas (ley 73), arrendamiento de viñas, huertas u otras cosas (ley 74), el trabajo (ley 75), arrendamiento de semovientes (ley 76), fletamiento de nave (ley 77), compañía (ley 78), aparcería (ley 79), partición de herencia (ley 80), cartas de pago (leyes 81 y 102), paz (ley 82), tregua (ley 83), esporsales (leyes 84 y 85), dote (ley 86), donación y arras (ley 87), vasallaje (ley 89), manumisión (ley 90) y compromiso (ley 106); la necesidad de resolver esa antinomia entre las dos partidas habría determinado la inclusión de la Ley única del título xvi en el Ordenamiento de Alcalá.

³⁴ Título xxviii, ley primera: «Como todos los pleytos se deben librar primeramente por las Leys deste Libro; et lo que por ellas non se pudiere librar, que se libre por los Fue-

por el propio encabezamiento de la Ley única del título XVI del cuerpo legal alcaláin: «Cómo vale la obligación entre absentes, aunque no aya y estipulación³⁵».

Siguiendo estos argumentos, es bien posible que el auténtico objetivo normativo del pluricitado precepto de Alcalá no fuese otro que la ratificación a nivel legislativo de la práctica contractual escrita vigente. Frente a la aportación de un *charta* de promisión, se eliminaba de manera oficial la facultad de un promitente-demandado de plantear como excepción («non pueda ser puesta excepcion»):

- a) que no se hubieren pronunciado los *certa verba*, propios de la *stipulatio* arcaica («prometimiento con ciertas solemnidades del derecho»);
- b) que se hubiera contratado de manera diferida («ó que fue fecha la obligación del contrato entre absentes») o por intermediación del notario o de otro «representante» («ó que fue fecha á escribano publico, o á otra persona privada en nombre de otro entre absentes»);
- c) que se hubiere contratado una promesa ajena de dar o hacer («ó que se obligó uno de dar, ó de hacer alguna cosa á otro»).

Entonces, asumiendo como correctas las anteriores argumentaciones, la abrogación de las rigideces «rituales» previstas en la partida 5.^a para el contrato de promisión, en realidad no significó que con la Ley de Alcalá se oficializara la intención del legislador de prescindir *ex abrupto* de la usual forma escrita (notarial) para su celebración³⁶ ni para la celebración de otros tipos contractuales³⁷ (nótese que la ley dice: «[...] por promisión, ó por algund contrato [...]»). Pero, sobre todo, aunque la expresión residual empleada en el precepto («[...] ó en alguna otra manera [...]») haya llegado a identificarse cómo una posible referencia al intercambio de promesas verbal e informal (en este sentido, puramente «espiritual»), parece bastante razonable pensar que ello no pudo comportar que, de repente, su simple invocación se conside-

ros; et lo que por los Fueros non se pudiere librar, que se libre por las Partidas»; *vid. De Asso Y DEL RÍO, DE MANUEL Y RODRÍGUEZ, Op. cit.*

³⁵ *Ibidem*

³⁶ GORLA, *Op. cit.*, p. 56 (nota del traductor): «Con todo, como señala Nuñez Lagos [...], siguió practicándose la *stipulatio* notarial; había perdido su monopolio pero no su eficacia».

³⁷ *Ibidem*, pp. 57-58: «[E]n el sistema medieval de los contratos [...] se generalizó la *charta* o *instrumentum* en distintas formas, con o sin cláusula estipulatoria de estilo: así, para contratos con cierta importancia aunque fueran contratos reales [respecto a los cuales, recuérdese, en teoría bastaba la *traditio*]; y a veces se llegó a exigir dicha forma para toda clase de contratos».

rara como un fundamento causal suficiente para cualquier obligación que se esgrimiera en juicio contra un deudor, puesto que:

«Para que uno quede obligado es preciso que se le pruebe la obligación. La Ley empieza: "...Paresiendo que..." y termina "...en cualquier manera que paresca...". Parescer, es aparecer, en sentido positivo de manifestarse o mostrarse. Es prueba directa y no indicio. El acreedor, pues, deberá probar: a) la existencia de la obligación; b) la causa de la obligación»³⁸.

En este sentido, debe matizarse el verdadero alcance de la concepción más «purista» del denominado principio espiritualista, ya que no es posible desconocer que la afirmación teórica de la libertad del individuo respecto a las formas de manifestación del consentimiento contractual nunca pudo llegar a ser realmente absoluta a nivel práctico y es un hecho difícilmente contestable que, al lado de esa afirmación, se produjo la simultánea predisposición o conservación de correctivos formales más o menos intensos.

De hecho, ni siquiera para los canonistas ese principio fue realmente absoluto, ya que no se puede olvidar que el Derecho canónico en materia contractual mantuvo el valor de una formalidad tan solemne como la del *juramento* (contra la cual se combatió por parte del poder temporal civil con una firme resistencia por temor a una «invasión de campo» de la jurisdicción eclesiástica³⁹). En parecido sentido, aunque se haya sostenido con cierto énfasis cómo, después de la primordial afirmación canonista, fueron los comercialistas los que siguieron el rumbo hacia la plena «liberalización» de las formas contractuales, no puede desconocerse que entre los principales legados prácticos del mismo Derecho mercantil destacaron las letras de cambio y el documento *guarentigio*⁴⁰, y que, ante la jurisdicción mercantil, «[i]l processo dei testimoni [...] diventa il processo dei documenti (libri, cambiali, ecc.)»⁴¹.

Cómo las dos caras de Jano, el retórico valor vinculante asignado a la libre manifestación «espiritual» del querer obligarse nunca

³⁸ NUÑEZ LAGOS, *Op. cit.* p. 58.

³⁹ *Vid. GORLA, Op. cit.*, p. 64; asimismo, LACRUZ BERDEJO, *Op. cit.*, p. 19: «La influencia del Derecho canónico introduce en la misma época, como elemento propio para dar validez a un pacto nudo, el juramento confirmatorio. [...] la competencia de la jurisdicción canónica solo llegó a reconocerse en algunos lugares y tiempos, exclusivamente cuando el contrato se hallaba confirmado con juramento»; *Cfr.* a este propósito la prohibición del artículo 1260 del CC, en base al cual: «No se admitirá juramento en los contratos».

⁴⁰ Técnicas de «abstracción causal» y sublimación formal del valor obligatorio intrínsecamente reconocido al documento escrito; *Cfr. PADOA SCHIOPPA, Op. cit.*, pp. 183-184: «Il documento *guarentigio* [...] —una dichiarazione di debito compiuta davanti a un notaio con atto pubblico— ebbe l'effetto di costituire per sé titolo esecutivo, risparmiando al suo legittimo possessore le lungaggini di un processo formale per recuperare il suo credito».

⁴¹ *Vid. PIERGIOVANNI*, 2003, p. 412.

pudo llegar a separarse por completo de su revés, identificado con la necesidad práctica de reducir la inseguridad jurídica y el peligro de injusticias que su aplicación pura y simple podría conllevar⁴², de modo que se ha afirmado de manera muy acertada que:

«[E]l sistema consensualista, llevado a sus extremos, también tiene sus inconvenientes, y no pequeños, pues con el amplio margen de libertad concedido se produce una *inseguridad* e *incertidumbre* en el Derecho, que trae consigo la multiplicación de los litigios y la *imprecisión* de las relaciones»⁴³.

En efecto, si bien con la afirmación de que *pacta sunt servanda* pudo abrirse camino la superación ideal (o ideológica) de las restricciones derivadas de los viejos formalismos sustanciales de origen romano, muy pronto debió aparecer un hecho ineludible que, en ausencia de una honesta, espontánea y pacífica ejecución del acuerdo obligatorio alcanzado entre las partes, el valor abstracto reconocido incluso al *pacto nudo* puramente verbal carecería de cualquier relevancia práctica, pues encerraría siempre el riesgo concreto —por la parte en buena fe— de no poder obtener nunca el exacto despliegue de los efectos jurídicos queridos al momento de la conclusión del mismo, por lo que se debe recordar que:

«Planiol ya enseñó que se comenzó por el formulismo; después, el progreso llevó a un movimiento hacia el consensualismo; pero llegado este a su apogeo, cayó en un trance de fraudes y de errores. Por eso —dice— el exceso de cultura produce así efectos análogos a los de la simplicidad y de la ignorancia de los pueblos antiguos»⁴⁴.

Si a nivel teórico pudo ir fraguándose esa genuina idea de autosuficiencia del simple dato volitivo del individuo (expresado de forma libre según el paradigma del acuerdo verbal de contenido obligatorio atípico), ese dogma «liberalizador» acabaría inevitablemente infringiéndose contra las barreras materiales de la evolución de los sistemas procesales en tema de *onus probandi*.

⁴² CASTÁN TOBEÑAS, *Op. cit.*, p. 496: «La superioridad de principio del Ordenamiento [de Alcalá] sobre el sistema formulista romano es indudable, pero no dejaba de ofrecer un serio peligro de inseguridad e incertidumbre en el Derecho y, por ende, la multiplicación de los litigios. Estos inconvenientes motivaron [...] una reacción a favor de la forma escrita».

⁴³ *Vid. PUIG PEÑA, Op. cit.*, p. 409.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 410 (nota 28).

1. ENTRE TEORÍA Y PRAXIS: LA REGLA PROCESAL *LETRES PASSENT TÉMOINS* Y LA «RESURRECCIÓN» DE LA FORMA ESCRITA EN LAS LEGISLACIONES MODERNAS

Como ya se ha apuntado, en la misma Ley única del título XVI del Ordenamiento de Alcalá se vislumbraban unas expresiones (*paresciendo* — *paresca*) que de forma inevitable, al trasladarse desde las aspiraciones teóricas hacia las exigencias probatorias de la praxis procesal, debían crear importantes criticidades. Básicamente, si la otra parte no cumplía de manera espontánea o no confesaba haberse obligado⁴⁵, para que esa apariencia de promesa informal (en teoría siempre vinculante) se concretara ante los ojos del juez, en ausencia de una prueba escrita se hacía necesario recurrir a la prueba de testigos⁴⁶, posible fuente de fraudes y «siempre, en principio, sospechosa»⁴⁷.

Suspicacia que, en el marco del desarrollo siempre más intenso de la legislación y jurisdicción central (y excluyente) de las nacientes monarquías absolutas, en Francia dio pie a la formulación del artículo 54 de la *Ordonnance de Moulins* del año 1566 emanada por el rey Enrique III, en el que se establecía la necesidad de documentación escrita para cualquier contrato de valor superior a 100 liras⁴⁸, de modo que se consagraba la superioridad de la prueba escrita respecto a la de testigos («*lettres passent témoins*»⁴⁹) en los siguientes términos:

«Pour obvier à la multiplication de faicts que l'on a veu cy-deuant estre mis en avant en jugement, subjects à preuve de tesmoings, et reproche d'iceux dont adviennent plusieurs inconveniens et involutions de procez: avons ordonné et ordonnons que d'oresnavant de toute choses excéant la somme ou valeur de cent livres pour une fois payer, seront passez contracts par devant notaires et tesmoings par lesquels contracts seulement sera faict et receue toute preuve esdictes matieres sans recevoir aucune preuve par tesmoings outre le contenu au contract ne sur ce qui seroit allégué avoir esté dit ou convenu avant iceluy lors et depuis. En quoy n'entendons exclure les preuves des

⁴⁵ De ahí el mantenimiento de un formalismo tan solemne como el juramento en el Derecho canónico.

⁴⁶ DE LOS MOZOS, *Op. cit.*, pp. 770-771: «Efectivamente, con la libertad de formas empieza a desarrollarse la importancia de la prueba testifical, lo que se manifiesta en su admisión ilimitada, cayendo pronto en descrédito por su consustancial falibilidad, entonces, empieza a plantearse el problema de la tasa de esta prueba».

⁴⁷ *Vid. ROCA JUAN*, 1990, vol. II, p. 1814.

⁴⁸ *Vid. PRIETO CASTRO*, 1973, T. I, p. 173; ROCA JUAN, *Op. cit.*, p. 1814; PADOA SCHIOPPA, *Op. cit.*, p. 342.

⁴⁹ PADOA SCHIOPPA, *ibidem*

conventions particulières et autres qui seraient faictes par les parties sous leurs seings, seaux et escriptures privées»⁵⁰.

La *ratio* era clara: si las partes no se habían preocupado de preconstituir una prueba fehaciente (otorgada ante notarios o, al menos, sellada) al momento de concluir un negocio de cierto valor al que querían vincularse, no tenían después la facultad de activar la maquinaria judicial pretendiendo fundamentar pretensiones procesales de condena sobre la base exclusiva de una prueba como la de testigos, siempre potencialmente insuficiente y fuente de «[...] numerosos inconvenientes e involuciones del proceso [...].»

Reiterada en la *Ordonnance civile touchant la reformation de justicie* de 1667 (el denominado *Code Louis* del rey Luis XIV⁵¹) y, después, consolidada por la jurisprudencia gala a lo largo de casi dos siglos, la regla de la superioridad de la prueba escrita de los contratos respecto a la de testigos pasó al *Code Civil* francés de 1804, cuyo artículo 1341 abría la *section II* (del capítulo VI) dedicada a la «*preuve testimoniale*», establecía en primer lugar su límite al ordenar que: «*Il doit être passé devant notaries ou sous signature privée, de toutes choses excédant la somme ou valeur de cent cinquante francs [...]*»⁵².

A lo largo del siglo XIX, bajo el impulso «codificador» que, tras la fulmínea expansión y sucesiva caída del Imperio napoleónico contagió, en mayor o menor medida, la gran mayoría de los antiguos régímenes europeos, esta regla apareció reproducida en numerosos códigos civiles de nuevo cuño.

En Holanda, terminada en 1815 la dominación imperial napoleónica y, con ello, la aplicación directa del *Code* en el país neerlandés, en 1838 se aprobó el nuevo *Burgerlijk Wetboek* (Código Civil)⁵³, en cuyo artículo 1933 también se mantuvo la misma prohibición en mérito a la prueba de testigos respecto a los contratos

⁵⁰ Disponible en: http://lecahieretoulousain.free.fr/Textes/ordonnance_1566_moulins.html; Trad. esp.: «Para obviar la multiplicación de hechos que hemos visto que se esgrimen en juicio, sujetos a prueba de testimonio, y el reproche de los mismos de donde surgen varios inconvenientes e involuciones del proceso: hemos ordenado y ordenamos que de ahora en adelante de todas las cosas que excedan la suma o el valor de cien libras a pagar en una sola vez se otorgarán contratos ante notarios por los cuales contratos solo se harán y se recibirán todas las pruebas sobre los asuntos dictados sin recibir ninguna prueba por testimonios además del contenido del contrato ni acerca de lo que se alega que se dijo o acordó antes del mismo, entonces y después. Con lo cual no pretendemos excluir las pruebas de los convenios particulares y otras que se hicieran por las partes bajo sus manos, sellos y escrituras privadas».

⁵¹ Vid. MONTERO AROCA, *Derecho PUCP*, 2000, pp. 597-598.

⁵² Disponible en: https://oll-resources.s3.us-east-2.amazonaws.com/oll3/store/titles/2352/CivilCode_1565_Bk.pdf

⁵³ A diferencia de Bélgica, donde se mantuvo el mismo *Code* francés después de que el país saliera del dominio napoleónico e incluso una vez alcanzada la definitiva independencia del Reino Unido de los Países Bajos en 1830.

que superasen cierta cuantía⁵⁴. Análoga prohibición se estableció en el artículo 1295 del *Codice Civile per lo Regno delle Due Sicilie* de 1819⁵⁵ y en el artículo 1454 del *Codice Civile per gli Stati di Sua Maestá il Re di Sardegna* de 1837⁵⁶, traspasando después, una vez alcanzada la unidad nacional de Italia, al artículo 1341 del *Codice Civile* italiano de 1865⁵⁷. La misma regla también se introdujo en el artículo 1191 del vigente *Codul Civil* rumano de 1864⁵⁸. Fuera de Europa, en primer lugar, merece la pena destacar la minuciosa y esclarecedora letra del artículo 2257 del *Code Civil de l'État de la Louisianne* de 1825, en base al cual «todo contrato verbal relativo a bienes muebles o a un pago, podrá probarse por la deposición de un testigo cuando menos acompañado de circunstancias que lo corroboren, siempre que su valor no exceda [sic] de quinientos pesos»⁵⁹.

Después, por lo que concierne los nuevos Estados independientes nacidos de las antiguas colonias iberoamericanas, una norma prácticamente idéntica a la introducida en el *Code* se estableció en el artículo 1709 del Código Civil chileno de 1857⁶⁰ y después, siguiendo este modelo de referencia (con mínimas o ninguna variación), en el artículo 1651 del Código Civil de la

⁵⁴ *Vid. VERLANGA HUERTA y MUÑIZ MIRANDA*, 1847, disponible en: https://books.google.es/books?id=byrt-Zbb4CgC&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false; *vid.*, en particular, p. 103, la traducción en español del artículo 1933 del *Burgerlijk Wetboek* de 1830: «La prueba testimonial no se admite cuando se pretende probar la existencia de cualquier pacto ó contrato que contenga obligación ó liberacion, siempre que el objeto exceda [sic] de la suma ó valor de cien florines».

⁵⁵ *Articolo 1295*: «*Per qualunque cosa che ecceda la somma o il valore di cinquanta ducati, [...] dee stendersene atto innanzi notajo, o con privata scrittura. [...]*»; disponible en: https://books.google.es/books?id=GnMDAAAAQAAJ&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false

⁵⁶ *Articolo 1454*: «*Non è ammessa veruna prova per mezzo di testimoni di una convenzione su di un oggetto il cui valore eccede le lire trecento [...]*»; disponible en: https://books.google.es/books?id=xURHAAAAYAAJ&printsec=frontcover&hl=it&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false

⁵⁷ *Articolo 1341*: «*Non è ammessa la prova per mezzo di testimoni di una convenzione sopra un oggetto, il cui valore eccede le lire cinquecento [...]*»; disponible en: https://www.notaiobusani.it/download/docs/CC1865_400.pdf; norma reproducida en el sucesivo (y vigente) *Articolo 2721* del *Codice Civile* de 1942: «*Ammissibilità: limiti di valore. La prova per testimoni dei contratti non è ammessa quando il valore dell'oggetto eccede le lire cinquemila [...]*».

⁵⁸ *Articolul 1191*: «*Dovada despre unu lucru ore cari de o sumă sau de o valorue mai mare una sută cinci'deci lei [...] un se pote face de catu sau prin unu actu autenticu, sau prin unu actu sub semnatura privată*»; Trad esp: «La prueba de una cosa por una cantidad o un valor superior a ciento cincuenta lei [...] no puede hacerse por ningún medio que no sea un documento auténtico [esto es, notarial] o un documento con firma privada [...]»; disponible en: <https://legislatie.just.ro/Public/DetaliiDocument/1?isFormaDeBaza=True&rep=True>

⁵⁹ Trad. esp. en *VERLANGA HUERTA y MUÑIZ MIRANDA*, *Op. cit.*, p. 114.

⁶⁰ *Artículo 1709*: «*Deberán constar por escrito los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de doscientos pesos [...]*»; disponible en: https://www.google.es/books/edition/C%C3%B3digo_civil_de_la_Rep%C3%ADblica_de_Chile/iFBYAAAQAAJ?hl=es&gbpv=1&printsec=frontcover

República del Salvador de 1859⁶¹, en el artículo 1121 del Código Civil venezolano de 1867⁶², en el artículo 1709 del Código Civil de Nicaragua del mismo año⁶³, en el artículo 1556 de la República Oriental de Uruguay de 1868⁶⁴, en el artículo 1193 del Código Civil argentino de 1869⁶⁵ y en el artículo 1665 del Código Civil de Honduras de 1880⁶⁶. Ahora bien, volviendo a Europa, debe destacarse cómo incluso en el ordenamiento jurídico español (en teoría entregado desde antiguo al más absoluto espiritualismo antiformalista en materia contractual), a lo largo del siglo XIX (mientras se gestaba la tardía y definitiva Codificación Civil de 1889), fueron haciendo acto de presencia disposiciones normativas claramente votadas a limitar la fuerza de la prueba testifical en tema de contratos y, en general, a un más acentuado formalismo documental. En orden de aparición cronológica, pueden recordarse:

⁶¹ Con redacción idéntica al artículo 1709 del Código chileno; 2.^a versión actualizada (de 1880) disponible en: https://www.google.es/books/edition/C%C3%B3digo_civil_de_la_Rep%C3%BAblica_del_Salva/wI8zAQAAQAAJ?hl=es&gbpv=1&dq=C%C3%89digo+Civil+de+la+Rep%C3%BAblica+del+Salvador&printsec=frontcover

⁶² Artículo 1121: «No se admitirá prueba de testigos respecto de una obligación que hubiera debido consignarse en instrumento público o privado. Esta disposición es aplicable al caso en que el *capital de la demanda*, reunido el importe de los intereses, ascienda a cien pesos ó más. Tampoco se admitirá prueba de testigos para acreditar una cosa diferente del contenido en los instrumentos, ni para justificar lo que se hubiere dicho ántes [sic], al mismo tiempo ó despues [sic] de su otorgamiento, aunque se trate de una suma ó valor de menos de cien pesos»; disponible en: <https://books.google.com.ec/books?id=yw0ZAAAAQAAJ&printsec=frontcover>. Este precepto parecía «fusionar» los artículos 1341 y 1342 del *Code Civil* francés de 1804, (*Op. cit.*); la *ratio* del segundo era evitar que pudiera quedar sin aplicación práctica el límite de la cuantía fijada en el primero, cuando el *petitum* principal de un litigio fuese de cuantía inferior pero a ello se sumaran intereses, por lo que se debía incluir en el cálculo también el importe de dicha reclamación accesoria, estableciendo que: «*La règle ci-dessus s'applique au cas où l'action contient outre la demande du capital, una demande d'intérêts qui, réunis au capital, excèdent la somme de cent cinquante francs.*»

⁶³ Con numeración y redacción idénticas al Código chileno; disponible en: https://books.google.es/books?id=GTgrAQAAQAAJ&pg=PA305-1A1&dq=C%C3%89digo+Civil+de+Nicaragua+1867&hl=es&newbks=1&newbks_redir=0&source=gb_mobile_searh&ovdme=1&sa=X&ved=2ahUKEwiC_b3jvI6AAxW2gv0HHfN4C84Q6wF6BAgIEAU#v=onepage&q=&f=false

⁶⁴ Artículo 1556: «Deberá consignarse por escrito *público o privado* toda obligación que tenga por objeto una cosa o cantidad cuyo valor excede de doscientos pesos [...]; disponible en: https://books.google.es/books?id=Z9zlAAAQAAJ&printsec=frontcover&hl=es&source=gb_ViewAPI&redir_esc=y#v=onepage&q=&f=false

⁶⁵ Artículo 1193: «Los contratos que tengan una cantidad de más de doscientos pesos, deben hacerse por escrito, y no pueden ser probados por testigos»; disponible en: https://books.google.es/books?id=jzDkUG8oMF4C&printsec=frontcover&dq=código+civil+argentino+1869&hl=es&newbks=1&newbks_redir=0&source=gb_mobile_search&ovdme=1&sa=X&redir_esc=y#v=onepage&q=&f=false

⁶⁶ Con redacción idéntica a los artículos 1708 y 1709 del Código chileno, pero fijando la cuantía límite en «más de cien pesos»; disponible en: https://books.google.es/books?id=hdcqAQAAQAAJ&q=mujer&dq=related:STANFORD36105044642374&source=gb_word_cloud_r&redir_esc=y#v=onepage&q=&f=false

i) Los artículos 235, 237 y 238 del Código de Comercio de 1829⁶⁷:

- Artículo 235: «Los comerciantes pueden contratar y obligarse: 1.º Por escritura pública. 2.º Con intervención de corredor estendiéndose póliza escrita del contrato, ó refiriéndose á la fé y asientos de aquel oficial público. 3.º Por contrata privada, escrita y firmada por los contratantes, ó algún testigo á su ruego y en su nombre. 4.º Por correspondencia epistolar. De cualquiera de estos modos que los comerciantes contraten quedan obligados, y se les podrá compeler en juicio al cumplimiento de las obligaciones que contrajeron»
 - Artículo 237: «También pueden los comerciantes contratar de palabra, y serán válidos sus contratos aunque no se hayan redactado por escrito, siempre que el interés del contrato no exceda de mil reales vellón [...]. En las ferias y mercados se estenderá dicha cantidad á la de tres mil reales»
 - Artículo 238: «Los contratos por mayor cantidad que las que van designadas en el artículo precedente, se reducirán necesariamente á escritura pública ó privada, sin lo cual no tendrán fuerza obligatoria civil»
- ii) El artículo 2184 del Proyecto de Código Civil de 1836⁶⁸:
- «En ningún caso en que la ley exija la escritura pública o privada para acreditar las obligaciones contraídas, tendrá valor la prueba de los testigos, a menos que se justifique la pérdida del documento ocurrida por caso fortuito, o que el acreedor no hubiere podido conseguirlo del deudor»
- iii) Los artículos 1002 y 1220 del Proyecto de Código Civil de 1851⁶⁹:

⁶⁷ *Cfr.* MANRESA NAVARRO, *Op. cit.*, p. 690: «[...] el secular sistema espiritualista de la contratación castellana vióse combatido por las dificultades de prueba a que la amplitud de la ley citada daba lugar y el Código de Comercio de 1829 representó una reacción completa respecto de aquél criterio [...]»; *cfr.* Asimismo, REGLEIRO CAMPOS, *Op. cit.*, p. 653: «[e]l principio espiritualista de la ley del Ordenamiento de Alcalá experimentó importantes limitaciones, debido al mayor desarrollo del comercio con la codificación de sus leyes, al deseo de dar estabilidad a las transacciones, pero, sobre todo, al interés del Fisco por controlar las transacciones y evitar el fraude en las alcabalas».

⁶⁸ *Vid.* LASSO GAITÉ, 1970, T. IV, vol. II, ap. III, pp. 89-320. Siendo numerosos los artículos de este proyecto en los cuales se exigía la forma escrita (escritura pública o escritura privada en presencia de testigos), entre ellos los artículos 699 y 963 (respecto a la compraventa de bienes inmuebles; añadiéndose además, en el artículo 2111, la necesaria inscripción en el Registro Público para la validez del contrato traslativo de dominio, como en el modelo registral alemán); 1142 (respecto a la cesión de créditos); 1183 y 1184 (respecto a los contratos de arrendamiento); 1282 (respecto al censo); 1336 (respecto al préstamo con intereses); 1432 (respecto al poder o «procuración» judicial); 1452 (respecto a la sociedad universal o la que deba durar más de un año); 1523 (respecto a la dote); 1590 (respecto a las donaciones de bienes inmuebles); 1636 (respecto a las transacciones); 1679 (respecto a la renta vitalicia a título oneroso), y 1795 (respecto a la fianza).

⁶⁹ Disponible en: <https://webs.um.es/jal/leyes/1851-Proyecto.pdf>

- Artículo 1002: «Toda obligación que tenga por objeto una cosa o cantidad de valor de cien o más duros debe redactarse por escrito; y únicamente podrá probarse por otros medios en los casos señalados en el capítulo VII de este título. Esta disposición es aplicable a cualquier acto por el que se otorgue la liberación o descargo de una obligación de la misma cuantía. Exceptúanse de lo dispuesto en este artículo las obligaciones consumadas por ambos contrayentes en el acto de contraerlas»
- Artículo 1220: «No se admitirá prueba de testigos respecto de una obligación que hubiera debido consignarse en instrumento público o privado. Esta disposición es aplicable al caso en que el capital de la demanda, reunido al importe de los intereses, asciende a cien duros o más. [...]»⁷⁰

Además, hay que tener en cuenta que, siempre en el Proyecto de Código Civil de 1851, el Capítulo II del Libro III disciplinaba los «Requisitos esenciales para la validez de los contratos» y al quinto número del artículo 985 incluía la «forma o solemnidad requerida por la ley». Asimismo, todavía en el Anteproyecto de los Libros III y IV del Código Civil (1885-88), la rúbrica del Capítulo III del Libro IV seguía hablando de «la forma de los contratos». De hecho, fue solo durante la fase final de tramitación parlamentaria del Proyecto definitivo (1888-89) que dicho requisito desapareció del artículo 1261 CC y que la rúbrica del Capítulo III del Libro IV quedó finalmente modificada con la actual denominación: «De la eficacia...»⁷¹ (aunque la letra de los artículos 1278 a 1280 sigue justamente dibujando el perímetro de la forma⁷²).

Como se ve tras esta somera recopilación, resulta un tanto forzado afirmar que, todavía en las postrimerías del siglo XIX, el codificador español siguiera vinculado a una originaria concepción de inamovible e ilimitada libertad de forma (y de prueba) en materia de contratos. En efecto, como se detallará a continuación, el resultado definitivo de la letra del Código Civil español en esta materia (empezando por la presencia del art. 1278) fue el fruto de un duro enfrentamiento entre dos fuerzas centrifugas opuestas de igual intensidad. Por un lado, una concepción teórica de talante «tradicionalista» («histórico» o «natural», adoptando el lenguaje de

⁷⁰ Como se ve, basándose en el artículo 1342 del *Code* francés y enfocando el límite de la admisión de la prueba testifical a la cuantía de la *demand* (y no del acto, contrato u otro negocio jurídico litigioso objeto de la misma), este precepto del Proyecto de 1851 fue probablemente el modelo de referencia utilizado para el artículo 1121 del Código Civil venezolano de 1867.

⁷¹ REGLERO CAMPOS, *Op. cit.*, p. 624.

⁷² *Ibidem*

SAVIGNY⁷³) dirigida a una exaltación intransigente y sin paliativos del dogma antiformalista teóricamente inaugurado con el Ordenamiento alcaláinio, en contraposición a cualquier posible exigencia formal de eco vagamente «romana» (pudiendo reconocerse en esta concepción cierto «romanticismo jurídico» dirigido a enaltecer aquellas características identificadas como peculiaridades autóctonas —*lato sensu* «históricas»— del derecho patrio medieval formado al margen de la recepción del *ius commune*⁷⁴). Por el otro, la necesidad innegable de fijar en la moderna codificación civil española el reconocimiento de ciertas exigencias formales prácticas (en concreto, procesales) que ya se habían ampliamente consolidado en el sinusoidal —no lineal— recorrido de la historicidad jurídica.

III. EL FATIGOSO PROCESO DE APROBACIÓN DEFINITIVA DE LA DISCIPLINA DE LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CC ESPAÑOL: ENTRE LOS PRINCIPIOS CONSAGRADOS POR LAS LEGISLACIONES MODERNAS Y LA «REACCIÓN» ANTIFORMALISTA

Respecto a los artículos 1278 a 1280 CC, se ha dicho que su recta interpretación «es seguramente una de las mayores dificultades que presenta nuestro Derecho positivo»⁷⁵. Ello es cierto solo en parte, pues es evidente que no basta el simple dato literal para entender correctamente las *rationes* normativas dispuestas en los preceptos en cuestión. Dicho ello, la aparente contradicción que se desprende *prima facie* del conjunto normativo considerado es clara consecuencia del contraste que existía en ese entonces entre las dos posturas antes indicadas. En efecto:

«La íntima relación entre forma y prueba [...] ha sido una constante en el proceso codificador. Durante su transcurso ha gravitado con especial intensidad la contradicción entre el principio espiritualista proclamado por la Ley única de Alcalá y la necesidad de dotar al Ordenamiento de determinados mecanismos de prueba de

⁷³ *Passim*, SAVIGNY, 1814. Trad. esp., reed. 2008.

⁷⁴ En este sentido, sobre la polémica con el «derecho romano común» en la reflexión científica acerca de una futura codificación civil alemana, *Cfr.* SAVIGNY, *Op. cit.*, p. 31: «[H]ace ya bastante tiempo que se comenzó a levantar la voz contra semejante elemento exótico de nuestro derecho. El derecho romano, se ha dicho, se opone y destruye nuestra nacionalidad, y el estudio exclusivo que de él se hace por nuestros juristas, impide que el derecho indígena alcance una perfección científica y original».

⁷⁵ HERMIDA LINARES, *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, 1953, p. 629.

carácter excluyente de otros que se consideraban menos fiables, singularmente la de testigos [...]»⁷⁶.

A pesar de la larga vigencia de precedentes normas dirigidas a reconocer un renovado y más intenso valor jurídico a la forma escrita en materia de contratos (*cfr. supra*, los arts. 237 y 238 del Código de Comercio de 1829), desde la discusión del Proyecto de Código Civil de 1851 se vivió un duro enfrentamiento. Los «tradicionalistas» tildaban la propuesta de inconveniente imitación de tradiciones jurídicas foráneas, nefastas para las costumbres españolas⁷⁷ y prejudiciales para la celeridad del tráfico (aduciendo, entre sus argumentos, el estado generalizado de analfabetismo y el gasto añadido que supondría la formalización de escrituras⁷⁸). Otros consideraban útil y hasta necesaria la introducción en el futuro Código Civil español de unas reglas que ya habían adquirido un valor «universal» al haberse adoptado en la práctica totalidad de las modernas codificaciones de ese entonces⁷⁹, en una época «en la que se había generalizado el arte de escribir habiendo notarios en muchos pueblos»⁸⁰.

Ahora bien, si se analiza el contenido del Proyecto de 1851, es de ver cómo en el mismo no se desconocía el principio de Derecho natural *solus consensus obligat*, en base al cual se atribuía plena eficacia civil al simple consentimiento como expresión de la autonomía de la voluntad de los individuos, sin necesidad de ulteriores *vestimenta* (salvo la necesidad de una «moderna» *causa contractual*, que se presumía verdadera y lícita *iuris tantum*). En definitiva, nadie podía cuestionar esa idea del consentimiento como elemento

⁷⁶ REGLERO CAMPOS, *Op. cit.*, p. 639.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 647: «El modelo propuesto por Luzuriaga era prácticamente idéntico al francés, lo que, como ya avanzamos, fue agriamente criticado por García Goyena, quien, tal como se lee en el Acta de la sesión del día 7 diciembre 1846, advirtió que “el proyecto estaba conforme con el sistema del Código francés, que los legisladores franceses, lejos de innovar nada, no hicieron más que seguir su antigua jurisprudencia, conservando lo existente, porque les parecía justo, pero que entre nosotros va a producir el proyecto una innovación inconveniente y aun inmoral, porque se destruye lo existente que se halla más en armonía con las costumbres y probidad del pueblo español”; [...] que se va a abrir un ancho campo a los fraudes; a destruir la prueba de testigos ahora, siendo así que ella ha servido por espacio de muchos siglos para justificar el pago sin exigir más formalidades; [...] que el arte de falsificar documentos se ha perfeccionado mucho y que es muy común la falsificación de letras en el día. [...]».

⁷⁸ *Ibidem*, pp. 650-651.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 648: «[...] En defensa del texto que proponía, Luzuriaga respondió que «el sistema del proyecto no es solo francés, sino de legislación universal por haberlo adoptado todos los códigos de Europa, cuya autoridad es respetable. Que su objeto es el de dar reglas para la prueba de las obligaciones independiente de la buena o mala fe de los contratantes. [...] Que la razón de este sistema obra lo mismo en España que en los demás países y que por eso se ha hecho europea; que no hay testigos, aunque tengan la mejor buena fe, que conserven en la memoria por muchos años los hechos en que no tienen interés; que su sistema, lejos de producir fraudes, los va a evitar [...]».

⁸⁰ *Ibidem*, p. 651.

idóneo *per se* para crear vínculos obligatorios válidos y eficaces, sin necesidad de encasillarse en la reproducción de esquemas típicos prefijados por la ley o en el cumplimiento de articulados formalismos intrínsecos de carácter sustancial. A este propósito, se deben destacar el escueto artículo 974 del Proyecto de 1851 («Todos los pactos obligan al cumplimiento de lo pactado») y el sucesivo artículo 978 (el actual artículo 1258 CC), el cual, tomando como punto de partida el precedente artículo 961 del Proyecto de CC de 1836⁸¹ (basado a su vez en el art. 1135 del *Code*⁸²), añadía una clara referencia a la autosuficiencia del consentimiento como fuerza generadora de obligaciones contractuales al establecer que: «los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento; y desde entonces obligan no solamente al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, son conformes a la buena fe, al uso y a la ley».

De este modo, junto a esas referencias teóricas «naturalistas» también debía resultarle pacífico al legislador de 1851 que, para la confección de una moderna codificación civil, no podía obviarse por completo la previsión de una preferencia para la prueba documental y una subsiguiente limitación para la prueba testifical en materia de contratos, según una regla ya adoptada en la gran mayoría de codificaciones de la época y, por ello, incluida (con una formulación en parte renovada respecto a la originariamente dispuesta en el art. 1341 del *Code*) en el artículo 1220 del Proyecto de 1851⁸³. Por otro lado, quizá la mayor criticidad de este proyecto residía en el hecho que, como aspiraba a introducir una disciplina civil más exigente en cuanto a forma escrita en materia contractual, se acababa extendiendo en exceso el perímetro de la escritura pública notarial (*cfr.* arts. 1001, 1003 y 1202⁸⁴), lo que propiciaba cierto rechazo ante el temor del posible entorpecimiento del tráfico.

Consideradas estas discordancias, en el largo y accidentado recorrido final hasta la aprobación del texto definitivo del Código

⁸¹ «Los contratos obligan a cumplir no solo lo que se expresa en ellos, sino también todo lo que exige la naturaleza misma del convenio. Igualmente quedan los contratantes sujetos a todas las consecuencias que por la equidad, las leyes o el uso se derivan de la obligación contraída»; en LASSO GAITÉ, T. IV, vol. II, ap. III, *Op. cit.*, pp. 89-320.

⁸² «*Les conventions obligent non-seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature*»; disponible en: https://oll-resources.s3.us-east-2.amazonaws.com/oll3//store/titles/2352/CivilCode_1565_Bk.pdf

⁸³ «No se admitirá prueba de testigos respecto de una obligación que hubiera debido consignarse en instrumento público o privado. Esta disposición es aplicable al caso en que el capital de la demanda, reunido al importe de los intereses, asciende a cien duros o más». El artículo enfocaba directamente el límite en la cuantía de la demanda según una formulación que «fusionaba» el mandato de los artículos 1341 y 1342 del *Code* francés y que, al final, se adoptaría en el artículo 1121 del CC de Venezuela de 1867 (*vid. supra*, notas 62 y 70).

⁸⁴ *Vid.* Proyecto de CC de 1851, disponible en: <https://webs.um.es/jal/leyes/1851-Proyecto.pdf>

Civil, la postura antiformalista consiguió imponer siempre más sus planteamientos apoyándose en resoluciones jurisprudenciales dictadas esos mismos años en las cuales se había hecho remisión al principio espiritualista como pilar del ordenamiento jurídico español en materia contractual desde el Ordenamiento de Alcalá castellano, y afirmado que todos los contratos se entendían perfeccionados por el mero consentimiento y podían ser probados por cualquier medio⁸⁵.

Naufragado el Proyecto de 1851, el largo *iter* hacia la publicación del texto definitivo del CC fue retomado el 22 de octubre de 1881, cuando se presentó a las Cortes un primer Proyecto de Ley de Bases fundado en la idea que, como punto de partida del futuro Código Civil español, debía mantenerse el Proyecto de 1851, y que las bases «solo debían contener la indicación de las reformas más importantes que a juicio del Gobierno deban introducirse en dicho Proyecto...»⁸⁶ (en el cual, como ya se ha apuntado, la forma escrita como requisito del contrato adquiría plena «carta de naturaleza»). Sin embargo, este primer Proyecto de Ley de Bases fue rechazado sin ser sometido ni siquiera a discusión parlamentaria y no fue hasta el mes de enero de 1885 que se presentó ante las Cámaras un nuevo Proyecto de Ley de Bases atribuido al ministro de Justicia de aquel entonces, Francisco Silvela⁸⁷. En ese contexto:

«[L]a Comisión encargada de la redacción de un nuevo Proyecto de Código civil se enfrentó ante la siguiente disyuntiva: o se aceptaba el sistema del Proyecto de 1851 (lo que significaba no solo un nuevo servicio al *Code*, sino, sobre todo, un claro distanciamiento de la tradición espiritualista española y de una doctrina jurisprudencial totalmente consolidada), o se optaba por un sistema acorde con esta tradición y doctrina, que consagraban el principio de libertad formal [...]»⁸⁸.

Pues bien, en la Base 18.^a del Proyecto de Ley de Bases de 1885, en cuanto al establecimiento de principios generales sobre la prueba de las obligaciones se imponía la necesidad de: «[fijarse] un *máximo*, pasado el cual toda deuda, arrendamiento de obras o servicios u obligación de cualquier especie, habrá de aparecer reducida a escritura pública o privada, sin lo cual no tendrá fuerza obligatoria civil»⁸⁹.

Con ello se buscaba dar cobertura «reforzada» a la fijación, como criterio general, de la insuficiencia de la simple prueba testi-

⁸⁵ REGLERO CAMPOS, *Op. cit.* p. 652 (nota 80, citando la STS del 25 de noviembre de 1873, y nota 80bis, citando las SSTS del 21 de septiembre de 1859 y del 14 de junio de 1860).

⁸⁶ *Ibidem*, p. 656.

⁸⁷ *Ibidem*

⁸⁸ *Ibidem*, pp. 655-656.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 657.

fical para reclamar en juicio el contenido obligatorio de todas aquellas convenciones que sobrepasaran cierto umbral de relevancia económica, consecuencia esta última inaceptable para los tradicionalistas, horrorizados a la idea de ver reaparecer en el siglo XIX el «fantasma» de unos *pacta «vestidos»* en los que la forma escrita deviniera un requisito necesario para poder dotarlos de *acciones*⁹⁰.

En respuesta a tales temores y críticas, se hace indispensable reproducir a continuación la intervención en el debate parlamentario del ministro Silvela, en la que se compendia, a nivel técnico y práctico, la necesidad de proyectar definitivamente el ordenamiento jurídico español hacia una nueva etapa de evolución normativa:

«La Ley del Ordenamiento de Alcalá, que decía que "de cualquier modo que parezca que el *ome* quiere obligarse, queda obligado", estableció un gran principio de contratación, porque rompió las fórmulas de la estipulación romana consignadas en las Partidas, aun cuando realmente nunca habían llegado a ser un derecho práctico en España. Pero aquel principio, que fue como una espontánea manifestación o protesta contra las fórmulas romanas, que respondía muy bien al estado inculto de aquella sociedad y a la necesidad de consignar obligaciones en cualquier manera que aparecieran, [...], ha traído graves complicaciones, y conviene mucho en la práctica ajustarle a una fórmula más acomodada a los adelantos de los tiempos modernos, introduciendo así en el Derecho civil, no un principio que limite, ni poco ni mucho, la libertad de la contratación, porque esta queda libremente establecida, pero sí un principio que regule en fórmulas más modernas (y, por consiguiente, evite muchos pleitos y abusos) la prueba de las obligaciones [...].

[...] Nada hay más expuesto a pleitos, nada existe más contrario a las exigencias de las sociedades modernas, que los contratos que se fían o a testigos o a convenciones de palabra. Esto debe entrar en el campo de las obligaciones meramente naturales, de las obligaciones que dependen de la buena fe del deudor, como las obligaciones nacidas del juego, como las que se consignan por virtud de un acto espontáneo de la conciencia, cuyo cumplimiento se cifra en lo que esa conciencia dicte a cada uno; pero desde el momento en que se quieran celebrar y constituir obligaciones civiles, que hayan de transmitirse a terceras personas y someterse a los Tribunales de Justicia, es un progreso indudable y una necesidad, que estamos sintiendo a todas horas, [...], que se formalicen, se regularicen y se consignen al menos por escrito [...].

[...] desde el instante el que se quiera celebrar una convención, una obligación ya de alguna importancia, ¿en qué daña a la libertad de contratar el que se consigne por escrito en el papel, usando de los medios que le dan estabilidad, fijeza y certidumbre, para evitar

⁹⁰ *Ibidem*, pp. 657-658.

los abusos inmensos de las estipulaciones ante testigos, en las que se supone la existencia de un servicio que realmente no se ha prestado, o en que se fija una obligación como nacida de hechos indeterminados y de actos que no están bien definidos? En una palabra, ¿qué inconveniente [hay] en que se dé entrada en el Derecho civil a este principio del Derecho mercantil, obedeciendo a lo que es una tendencia indudable en el Derecho moderno, a la unificación de los principios, y a que el Derecho civil y el Derecho mercantil, sobre todo en materia de obligaciones, lleguen a formar una sola regla, toda vez que en este punto realmente no hay gran motivo para diferenciarlos? Esta es, pues, la aplicación en el Derecho civil del principio que rige en el mercantil; principio que no ha producido inconvenientes ni abusos, sino que, en contrario, en su larga observancia desde el año 1829 [...] no ha originado, repito, sino grandes ventajas y beneficios.»⁹¹.

En este extenso pero muy esclarecedor parlamento se encuentra la verdadera *ratio* del concepto de forma del contrato imaginada para la futura codificación civil española y se reflejan con gran perspicacia las aspiraciones de modernidad que animaban el espíritu y finalidad perseguidas por el legislador (*cfr.* art. 3 CC), que simplemente se limitaba a constatar el «resurgir» de la forma escrita como un fenómeno consolidado y ya establecido, a partir del *Code* francés de 1804, en todas las modernas codificaciones, pero, sobre todo, ya introducido sin excesivo «escándalo», y con «grandes ventajas y beneficios», en anteriores fuentes normativas españolas (como el citado Código de Comercio de 1829). Abandonado también el segundo Proyecto de Ley de Bases, la misma *ratio* normativa se conservaba en la base 19.^a de la definitiva (y vigente) Ley de Bases de 22 de mayo de 1888, en la cual se establecía decididamente que:

«[...] Se fijarán, en fin, principios generales sobre la prueba de las obligaciones [...] fijando un máximo, pasado el cual, toda obligación de dar o restituir, de constitución de derechos, de arriendo de obras o de prestación de servicios, habrá de constar por escrito para que pueda pedirse en juicio su cumplimiento o ejecución».

Es de ver cómo, en oposición a la intransigencia de los «tradicionalistas», se vinculaba la futura codificación al principio básico (en consideración de la fuente normativa que lo introducía) que aspiraba a reservar a la documentación escrita de los contratos un claro valor normativo *ad probationem*: exigiendo que un acuerdo que superara cierto umbral económico pudiera dar lugar a una acción en favor del acreedor —y a una posible sentencia de condena contra el deudor— solo si estuviera dotado de unos presupuestos

⁹¹ *Ibidem*, pp. 659-660.

de seriedad y previsibilidad respecto al exacto alcance de su contenido obligatorio. Presupuestos que, objetivamente, cuando la trascendencia del negocio lo requería, solo podrían deducirse con seguridad en base a un *minimum* de documentación escrita.

Con ello se intentaba establecer un criterio racional en base al cual contemplar: a) la necesidad de no restar totalmente valor a la *buena fe* cuando las condiciones sociales, las relaciones personales, las modalidades de ejecución del convenio y, sobre todo, el valor económico reducido del mismo permitieran entender justificado que las partes no hubiesen procedido a la redacción de un documento escrito, y b) la insuficiencia de la prueba testifical para poder pedir en juicio una condena, cuando el objeto del litigio superara cierto valor.

Se trataba de un reflejo práctico de prudencia, en absoluto caprichoso, que respondía de manera inequívoca a unas irrenunciables y consolidadas aspiraciones de seguridad jurídica en el moderno tráfico⁹², teniendo en cuenta que:

«El ordenamiento jurídico tiene como una de sus misiones específicas el combatir la incertidumbre lo que hace *a posteriori* en el terreno del proceso, y *a priori* o preventivamente, procurando dar certeza y seguridad a las situaciones y a las relaciones concretas intersubjetivas, creando medios e instrumentos aptos para producir certeza y poniéndolos a disposición de los particulares. [...] Es claro que la primera medida de seguridad que se debe proporcionar a quienes han contratado, es que en cualquier momento pueden demostrar de un modo simple, fácil e inquestionable, que el contrato se ha celebrado y cuáles son las normas que los contratantes han estipulado [...]»⁹³.

Por tanto, la *ratio* de la introducción de esa regla (o, podría decirse, de su confirmación en la proyectada codificación civil después de su precedente previsión en la mercantil) no era limitar la autonomía y la libertad contractual de los individuos reintroduciendo en el siglo XIX una suerte de simbolismo «primitivo» (sin el respeto del cual no llegaría siquiera a poder entenderse existente el contrato, aunque las partes estuvieran conformes con ello⁹⁴), sino

⁹² PUIG PEÑA, *Op. cit.*, p. 409: «Ya VALVERDE dijo que la forma se debe considerar como un mecanismo protecciónista en una sociedad en descomposición de elementos, como la nuestra; la mejor garantía de los actos jurídicos y el mejor reconocimiento de la libertad de las convenciones. Por lo mismo que, como dice IHERING, la forma es enemiga declarada de la arbitrariedad y hermana gemela de la libertad, es una valiosa garantía de los intereses públicos y privados y jamás podrá ser eliminada del Derecho».

⁹³ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, *Revista de Derecho Notarial*, 1982, p. 40.

⁹⁴ DE COSSÍO, *Op. cit.*, p. 248: «[e]l moderno formalismo, frente al formalismo romano, no ve nunca en la forma la fuente de los efectos jurídicos del contrato, sino tan solo la garantía jurídica de la voluntad [...] para evitar [...] todo equívoco acerca de la existencia de una verdadera voluntad contractual»; LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, *Op. cit.*, p. 45:

al revés: favorecer la contratación protegiendo los promitentes de eventuales pretensiones torticeras de los promisarios (o acreedores *in fieri*) pues, como se ha magistralmente ilustrado:

«[La expresión autonomía de la voluntad] ha sido frecuentemente entendida en el sentido de un poder o energía creadora de la voluntad: el poder que tendría la voluntad (del promitente) para crear la obligación, el vínculo o relación jurídica. El derecho no haría más que realizar esta voluntad. [...] Planteada la cuestión en estos términos, el principio del nudo consentimiento tenía fatalmente que ser proclamado como base del contrato, pues cualquier requisito de forma, de res u otro requisito objetivo semejante hubiera parecido una ofensa al poder de obligarse del individuo;

[...] Sin embargo, [si] el promitente quiere obligarse y quiere que su voluntad se realice, no ha de hacer otra cosa que mantener la promesa, por más que esta no reúna los indicados requisitos de forma, res u otros semejantes. Estos requisitos constituirán, si acaso, una limitación a la expectativa o al poder del acreedor (*in fieri*) o de aquel que quiera ser acreedor o parte activa de la relación; [...] La ley no impide al promitente que respete y cumpla espontáneamente la promesa y sus concretas cláusulas. Lo que la ley impide o no admite en ciertos casos [...] es el poder del acreedor *in fieri* para concluir el contrato sin forma [...] fijar tales cláusulas y pretender su cumplimiento»⁹⁵.

Frente a ello, no puede no verse cómo, en el fondo, ese planteamiento «ideológico» de rechazo hacia la objetiva evolución de la realidad socioeconómica y las exigencias de una mayor seguridad jurídica en el tráfico, acababa contradiciendo la misma aspiración ontológica de aquel principio al que algunos manifestaban su imprecedera fidelidad: un principio «espiritualista» que, *mutatis mutandis*, según la propia narración histórica consolidada en torno al mismo, también aspiraba a introducir una regla jurídica novedosa, más ajustada a las costumbres de la sociedad castellana de ese entonces (culturalmente poco propensa a seguir manteniendo los articulados formalismos de eco romana). Un principio que, a las puertas del siglo xx, no podía pretenderse como absoluto e ilimitado, sino que necesitaba ciertos (mínimos) correctivos.

«De aquí que el formalismo en el Derecho moderno tenga una función técnica distinta de la que tenía en el derecho antiguo. La forma no debemos contemplarla como requisito constitutivo o integrativo (*ad solemnitatem*) del contrato, de tal modo que si la forma no se cumple el contrato no es, no nace a la vida del Derecho. La importancia y función de la forma en el Derecho moderno se centran en la mayor eficacia que en orden a la prueba y a la validez y por ende su trascendencia interpartes y respecto de terceros tienen los contratos celebrados con arreglo a determinadas formalidades previstas por el legislador en relación a los contratos celebrados sin estas formalidades».

⁹⁵ *Vid. GORLA, Op. cit.*, pp. 95-97.

Sea como fuere, la discusión del proyecto definitivo de Código Civil resultó muy influenciada por la postura «antiformalista», probablemente motivada a dar reconocimiento a una concepción ancestral de la vida rural⁹⁶, donde reinaban las palabras simples, los apretones de manos, la escasa movilidad territorial, la extrema tipicidad en las convenciones y las relaciones sociales endogámicas. Una postura de «reacción» incapaz de aceptar a nivel teórico un cambio de costumbre ya presente en la realidad socioeconómica del tiempo (y en constante y rápida expansión) o, simple y llanamente, contraria a dar «un nuevo servicio al *Code*»⁹⁷.

Fue así que, bajo el empuje de esa postura, en la redacción final del Proyecto de 1888 se «olvidó» dar regulación expresa a la exigencia de forma escrita *ad probationem* (que, sin embargo, venía requerida por la base 19.^a) y, a su vez, se introdujo un nuevo precepto: el vigente artículo 1278 CC⁹⁸. Frente a ello, gracias a las intervenciones del diputado Rodríguez San Pedro (que lamentaba el mancado respeto en el articulado del Código del mandato normativo establecido de la base 19⁹⁹), solo en la segunda y definitiva edición reformada del Código Civil (publicada con el Real Decreto del 24 de junio de 1889¹⁰⁰), al artículo 1280 CC le fue añadido un último párrafo en el cual se dice expresamente que «[...] deberán hacerse constar por escrito, aunque sea privado, los demás contratos

⁹⁶ Teatro de «las costumbres y probidad del pueblo español» (*vid. supra*, nota 77); *Cfr.* ALONSO PÉREZ, 1990, Vol. II, p. 26: «[E]l Código civil de 1889 vive inserto en el orden bucólico. [...] Se ha llegado a afirmar que nuestro Código civil es un Código rural [...]: la sociedad de 1889, que se ha consolidado como una sociedad burguesa, es a la vez y en gran medida una sociedad patriarcal, de estructura feudal y configuración agraria. La agricultura es la forma de vida de la mayoría de los españoles. [...] Casi un ochenta por ciento de la población vive en el campo y vive de forma muy similar a sus antepasados de los siglos anteriores: con sus aceñas, su arado romano, sus viviendas incómodas casi compartidas con los animales domésticos, llevando el estiércol a la heredad, cuidando el enjambre de abejas, litigando con el vecino por la pared medianera si no estaba claro que la albardilla vertiera hacia una de las dos propiedades, reparando la servidumbre de acueducto, obligando al vecino a que en el hueco para luces no deje de colocar la reja de hierro remetida en la pared y la red de alambre. Lo entendamos o no, la verdad es que en la posttrimería del siglo xix el Código Civil español recién publicado se dirige en su cuatro quintas partes al campesino [...]».

⁹⁷ REGLERO CAMPOS, *Op. cit.*, pp. 655-656.

⁹⁸ DE CASTRO, 1971, reed. facsímil 1985, p. 281.

⁹⁹ *Cfr.* el juicio expresado al respecto por REGLERO CAMPOS, *Op. cit.*, p. 768: «No fue sino para acallar las críticas del señor Rodríguez San Pedro, que se incorporó un segundo párrafo al artículo 1280»; *vid.* SANTOS MORÓN, 1996, *Op. cit.*, p. 79 (nota 226, citando el discurso de Rodríguez San Pedro en *Diario del Congreso*, 16 abril 1889, n.º 96, p. 785): «desde el instante en que aquí se declara que la prueba de testigos está admitida en absoluto, sin limitación alguna, para probar todo linaje de obligaciones y hacerlas efectivas, apreciándose esa prueba según el criterio de los jueces, la base 19 está infringida en un principio que no es de accidente, sino que es completamente fundamental, a saber: [...] la no exigibilidad en juicio de ninguna obligación que no conste en un principio de prueba por escrito».

¹⁰⁰ MANRESA NAVARRO, *Op. cit.*, p. 700.

en que la cuantía de las prestaciones de uno o de los dos contratantes exceda de 1500 pesetas».

Ahora bien, pese a esa inserción final, según la interpretación doctrinal mayoritaria seguiría resultando sobradamente clara la absoluta preeminencia del principio espiritualista del art. 1278 CC¹⁰¹, como se expondrá a continuación.

IV. LA *COMMUNIS OPINIO* EN TORNO A LA PREEMINENCIA DEL ARTÍCULO 1278 CC (ALGUNAS NOTAS CRÍTICAS)

Teniendo en cuenta la importancia del argumento (del cual se han ocupado, de manera directa o indirecta, la práctica totalidad de los autores¹⁰²), la impresión es que, en relación al mismo, se haya consolidado una interpretación predominante claramente «orientada»; una interpretación que, si *prima facie* parece movida por una loable aspiración de armonizar el sistema codificado —buscando una explicación a la presencia de preceptos legales disonantes respecto a la tónica espiritualista¹⁰³—, a la postre resulta demasiado vinculada a la idea de proteger a toda costa el principio expresado en el artículo 1278 CC. En efecto, para explicar la aparente contraposición entre la letra del artículo 1278 (y el principio antiformalista ahí establecido) y del artículo 1280 (que parece exigir imperativamente la forma escrita, pública o privada¹⁰⁴), se ha apostado por la absoluta preeminencia del primero, adoptado como punto de partida y de llegada inamovible.

¹⁰¹ *Cfr.* DE LOS MOZOS, *Op. cit.*, p. 763: «El Código civil regula la materia de una manera que, a primera vista, parece fragmentaria, pero más que un defecto de técnica legislativa del que no hay por qué culpar al Código, responde a un criterio sistemático, al aceptar el principio general de libertad de forma, en el artículo 1278, rectificando, conforme a la Ley de Bases, los errores en que había incurrido el Proyecto de 1851».

¹⁰² Una sintética selección de las interpretaciones de los principales autores que se han pronunciado sobre el argumento hasta la primera mitad del siglo xx, se encuentra en HERMIDA LINARES, *Op. cit.*, pp. 631-634; otro listado, esquemático pero exhaustivo, comprensivo de las conclusiones de los autores más recientes en mérito al conjunto de los arts. 1278 a 1280 CC, puede consultarse en CAICOYA CORES, *AAMN*, 1987, t. XXVII, pp. 185-216.

¹⁰³ PUIG PEÑA, *Op. cit.*, p. 412: «[n]o puede quedar el contrato, en lo relativo a la determinación de su existencia, a merced de los medios generales de *prueba*. La Ley, aligerando la situación que pueda producirse y velando por la seguridad jurídica, establece (en un sentido más intenso que una simple recomendación) que deberán constar en documento público o — los comprendidos en el último párrafo — en documento privado [...]; *Cfr.* LASARTE, 2017, T. III, p. 46: «[...] nuestros codificadores se declararon partidarios de la más amplia libertad de forma, pero al mismo tiempo entendieron que debían transmitir a los ciudadanos, a través de normas complementarias, las dificultades probatorias de todas aquellas formas contractuales que no consten por escrito».

¹⁰⁴ *Cfr.* SANTOS MORÓN, 1996, *Op. cit.*, p. 65.

Para delinear los puntos claves de esta interpretación «orientada», debe comenzarse apuntando que, ante la aparente contradicción que caracterizaría la letra del conjunto normativo considerado:

«La opinión mayoritaria estima que esta antinomia la resuelve el artículo 1279. Conforme a la interpretación dominante se entiende de que los contratos comprendidos en el artículo 1280 son válidos y eficaces cualquiera que sea su forma de celebración pero las partes pueden compelirse recíprocamente al otorgamiento de la escritura pública o del documento privado según los casos»¹⁰⁵.

«[L]a finalidad primigenia del art. 1280 CC era enumerar una serie de contratos que debían otorgarse en forma pública o privada para que pudieran ser probados y, por consiguiente, “pedirse en juicio su cumplimiento o ejecución” (forma *ad probacionem* en sentido estricto), conforme a lo establecido en la Base 19, *in fine*, de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888. Pero, para armonizar la exigencia de forma con fines probatorios con el tradicional principio espiritualista derivado del Ordenamiento de Alcalá (recogido en la Base 20, que, no obstante, reconoce que puede exigirse “el otorgamiento de escritura a los efectos expresados en la base precedente”, esto es, para la prueba del contrato) se introdujo el art. 1279»¹⁰⁶.

Ahora bien, dado que en realidad el mandato de la base 19 no habría llegado a desenvolverse en el CC, pues no se habría explicitado en el capítulo dedicado a la prueba de las obligaciones (libro IV, título I, cap. V) y, en particular, en el artículo relativo a la prueba testifical (el hoy abrogado art. 1244 CC¹⁰⁷), debería considerarse preeminente también en materia de prueba el principio antiformalista del artículo 1278¹⁰⁸. Por estas razones, el artículo 1280 no establecería una verdadera exigencia legal de forma *ad probacionem*, de modo que siempre se podría recurrir a cualquier medio de prueba (incluso la sola prueba testifical) para demostrar la existencia y para exigir el cumplimiento o ejecución de cualquier tipo de contrato¹⁰⁹. La forma escrita podría servir, a lo sumo,

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 20.

¹⁰⁶ SANTOS MORÓN, 2022, p. 1228.

¹⁰⁷ «La prueba de testigos será admisible en todos los casos en que no se halle expresamente prohibida».

¹⁰⁸ SANTOS MORÓN, 1996, *Op. cit.*, p. 79: «[E]n la segunda edición no se modificó el título relativo a la prueba de las obligaciones limitándose el legislador a añadir al artículo 1.280 su último párrafo. Si con ello pretendió adaptarse al mandato de la base 19 —según la cual debía determinarse una cantidad mínima pasada la cual todo contrato debía probarse por escrito—, la adaptación fue solamente aparente en tanto que, insistimos, ya sea por olvido, ya sea intencionadamente, no se acompañó con la necesaria limitación de los medios de prueba».

¹⁰⁹ REGLERO CAMPOS, *Op. cit.*, p. 769: «En rigor, el segundo párrafo del artículo 1.280 solo tiene sentido dentro de un sistema de prueba documental tasada (forma *ad pro-*

para facilitar la actividad probatoria¹¹⁰ (qué menos). En fuerza de la consolidación generalizada de la postura interpretativa antes apuntada, ha llegado a sostenerse sin rémoras:

«[q]ue el negocio existente y válido, tropiece, por cualquier orden de causas —y, entre ellas, por la de no haberse celebrado en forma apta para prueba— con dificultades para ser probado, es cosa que prácticamente tendrá toda la trascendencia que se quiera, pero que teóricamente no afecta para nada a su existencia, validez y eficacia civilmente plenas»¹¹¹.

Estos argumentos no resultan convincentes. Para empezar (como se expondrá con mayor detenimiento más adelante) hay un despiste de fondo que radica en confundir las exigencias formales de «otorgamiento de escritura pública» (ex arts. 1279 y 1280.I) y de constancia en «escrito privado» (ex art. 1280.II), pues cada una respondería claramente a unas *rationes* normativas distintas, por lo que no podrían ser entrelazadas a nivel interpretativo, pese a la confusión generada por la desafortunada afirmación de la base 20.^a cuando habla del otorgamiento de escritura «a los efectos expresados en la base precedente». Esto último, a lo sumo, podría referirse a una hipotética exigencia probatoria contra un tercero, ante la eventualidad que este pretendiera cuestionar judicialmente los efectos *inter partes* de un contrato que, para serle oponible, debería haberse elevado a escritura pública (*cfr.* los arts. 1218 y 1473 CC). No obstante, es evidente que con ello se describiría una exigencia *ad probationem* solo «indirecta» o «subsidiaria», distinta a la indicada con vocación de generalidad en la base 19¹¹² (aunque, por supuesto, complementaria o inclu-

bationem). Tenía su sede, por tanto, en el Proyecto de 1851, pero carece por completo de sentido en el vigente Código, que permite la prueba de los contratos por cualquiera de los medios admitidos en Derecho».

¹¹⁰ SANTOS MORÓN, 1996, *Op. cit.*, p. 22; *Idem*, 2022, *Op. cit.*, p. 1229.

¹¹¹ ALBALADEJO, 1977, T. I, vol. 2, p. 347; en el mismo sentido, MANRESA NAVARRO, *Op. cit.*, p. 693: «Combinada la amplitud del Código en general en esta materia con la que se establece en cuanto a medios de prueba y apreciación de estos [...] resulta que, salvo el peligro de que la demostración sea insuficiente, podrán concertarse los más importantes contratos en cualquier forma, aunque sea de palabra y sin testigos, y eficaces serán en principio y podrán probarse por la confesión del obligado».

¹¹² Como se detallará más abajo, debe entenderse que el artículo 1280 establece que, en principio, todos los contratos, cuando superen cierto valor económico, deberán hacerse constar en escrito privado. Teniendo en cuenta que, inicialmente, en el Proyecto final de 1888 se había obviado por completo dar cumplimiento al mandato de la base 19 (sin establecer en ninguna disposición un umbral económico pasado el cual la prueba de cualquier contrato debía ser irremediablemente «por escrito»), puede descartarse que con la expresión «hacer efectivas las obligaciones» el otorgamiento de escritura notarial se estableciera en el definitivo artículo 1279 como un medio de prueba necesario para demostrar en juicio la existencia de aquellos actos y contratos indicados en el primer apartado del artículo 1280. Por tanto, lo más sensato es entender que el requisito procesal de «escrito privado» del segundo apartado del artículo 1280 CC se introdujo en la versión definitiva del CC de 1889 como una exigencia imperativa *ad probationem* para todo tipo de contrato, también para los

so *alternativa* a la del art. 1280.II, en el sentido de que nada impide proceder a formalizar en escritura notarial cualquier tipo de contrato, a pesar de que para pedir en juicio su cumplimiento o ejecución *inter partes* sea suficiente un simple «escrito privado», ex art. 1225 CC.

Después, por mucho que se intente difuminarlo, es inequívoco el vínculo directo existente entre el tenor literal de la base 19 y del último párrafo del artículo 1280 CC, cuya previsión estaba dirigida a fijar un explícito correctivo legal ante los posibles desajustes prácticos que podrían derivarse de la abstracta afirmación contenida en el artículo 1278 CC e implementar el valioso e irrenunciable principio de seguridad jurídica (hoy expresado en el artículo 9.3 CE), al atribuir a la «constancia por escrito» de los contratos una función de presupuesto procesal, pilar y cierre del sistema probatorio en la materia; habiéndose hecho notar que «[p]arece extraño que un precepto tan terminante como el del artículo 1280 se consignase en nuestro Código para que no tenga aplicación práctica alguna [...]»¹¹³.

Aun así, si bien parecería exigirse por la conexión directa con el mandato imperativo de la base 19 (y aunque parecería haberse sustancialmente reconocido en la poco citada pero significativa STS de 8 de julio de 1993¹¹⁴), la doctrina predominante ha venido excluyendo que el deber de constancia escrita indicado en el artículo 1280.II CC se pueda entender como un presupuesto *ad probatōnem* (esto es, vinculante para poder «pedirse en juicio el cumplimiento o ejecución» de cualquier contrato cuyas prestaciones superen cierto valor económico) al reservar una clara precedencia al artículo 1278 CC «[...] debiendo interpretarse el párrafo 2.º del art. 1280 en el sentido que no contradiga lo establecido en el presente precepto»¹¹⁵.

Estando así las cosas, no parece exagerado hablar de la edificación de un muro argumentativo dirigido a delimitar una única inter-

contratos enumerados en el primer apartado, siempre que tuvieran un valor superior a 1500 pesetas.

¹¹³ HERMIDA LINARES, *Op. cit.*, p. 639.

¹¹⁴ ECLI:ES:TS:1993:20194 (Ponente: Luis Martínez-Calcerrada Gómez): « [...] sin que, tampoco, sea preciso traer a colación lo dispuesto en el art. 1280 *in fine*, sobre que deben constar por escrito aquellos contratos en los que las cuantías de las prestaciones excedan de 1500 ptas., ya que es obvio que este instrumento formal por escrito a que se refiere referido art. 1260 [sic], solo se explica no a los fines de que tenga que constatarse, se cumpla o no esa exigencia de forma, para derivar la constitución o validez del contrato existente entre las partes, sino única y exclusivamente a efectos probatorios, esto es, cuando se pretenda impugnar cualquier pretensión o cumplimiento de la misma por una parte en relación con los intereses de la contraparte, en cuyo caso sería preciso la exigencia de esta forma, y siempre, claro es, con independencia de que, en la hipótesis en ese litigio, se pudiera derivar la convicción del cumplimiento o no de las respectivas pretensiones por otros medios probatorios distintos a los que se refiere dicho 1280, último párrafo [...]».

¹¹⁵ SANTAMARÍA CRISTOBAL, 1958, T. II, p. 308 (citando la STS 29 de noviembre de 1950).

pretación «orientada» de la ley, a la cual se ha llegado encasquetando ciertos condicionamientos teóricos precedentes dentro del molde de las disposiciones del CC. En este sentido, la *communis opinio* se habría «atascado» alrededor de una especie de reedición del texto normativo que, inspirada en la prácticamente exclusiva relevancia reservada al principio espiritualista del artículo 1278, habría dejado la letra de la ley en materia de forma escrita «reducida a bien poca cosa»¹¹⁶.

Una interpretación que, si se parte de la idea inicial de aclarar una supuesta antinomia, en realidad aclararía muy poco porque se centraría básicamente en conservar la idea de absoluta libertad de forma y de prueba en materia de contratos, seleccionando en la letra del CC los argumentos necesarios para justificar la protección a ultranza de una suerte de «símbolos», a saber: la plena eficacia y libertad de prueba del contrato puramente verbal. El problema es que, si se procede así, es inevitable acabar rechazando lo ordinario para adoptar como primordial criterio de referencia lo excepcional, que, viceversa, como se intentará demostrar a lo largo de las siguientes páginas, no debería haberse enaltecido a regla básica, sino individuado como la *extrema ratio* permitida para no endurecer en exceso las consecuencias perjudiciales de eventuales deficiencias probatorias cuando las mismas fueran objetivamente justificadas.

1. QUÉ DICEN (Y QUÉ NO) LOS ARTÍCULOS 1279 Y 1280: UN REPLANTEAMIENTO DE LA *COMMUNIS OPINIO* EN MATERIA DE FORMA DEL CONTRATO

Para proponer un replanteamiento de la interpretación doctrinal predominante acerca de la disciplina legal en materia de forma de los contratos es inevitable comenzar aclarando qué dicen (y qué no) los artículos 1279 y 1280 CC. Ante la opinión predominante que utiliza como «clave» interpretativa el artículo 1279, algunos han dicho que las dificultades interpretativas no se darían si solo existieran el primero (1278) y el último (1280), pues:

«[...] El primero establecería el sistema espiritualista para la mayoría de los contratos, y el último, el formalista para algunos de ellos. Los contratos comprendidos en el artículo 1.280 no existirían, ni, por tanto, producirían efecto alguno hasta el cumplimiento de la forma. [...] Pero el artículo 1.279 complica el problema [...]»¹¹⁷.

¹¹⁶ GORLA, *Op. cit.*, p. 241 (nota del traductor).

¹¹⁷ HERMIDA LINARES, *Op. cit.*, pp. 629-630.

Sin embargo, el artículo 1279 se introdujo en el CC según una precisa *ratio normativa* que no puede ser desvirtuada ni ignorada.

Lo que el artículo 1279 dice es que las partes podrán compelerse recíprocamente al otorgamiento de escritura (se entiende, notarial) o, en su caso, otra modalidad de documentación pública¹¹⁸, «desde que hubiese intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez». Por tanto, es evidente que el deber indicado al comienzo del primer apartado del artículo 1280 no puede representar un requisito *ad substantiam* necesario para entender los contratos válidos o existentes (*cfr.* arts. 1254 y 1261 CC). Ello será así solo para las capitulaciones matrimoniales (ex arts. 1280.I.3.^o y 1321¹¹⁹ CC —hoy art. 1327 CC—), los poderes para contraer matrimonio (ex arts. 1280.I.5.^o y 55 CC) y los poderes para pleitos (ex arts. 1280.I.5.^o CC y 24.1 letra b) LEC). Previsones que, una vez suplantando el más formalista artículo 1001¹²⁰ del Proyecto de 1851, constituyen el rastro de la reducción y «degradación» sufrida por el originario y copioso elenco *ad substantiam* del artículo 1003 de ese mismo cuerpo legal¹²¹.

¹¹⁸ *Vid.*, a este propósito, MANRESA NAVARRO, *Op. cit.*, p. 699: «Ninguna dificultad ofrecen las palabras documento público; indican que, con cuidado tecnicismo, corrigiendo el Proyecto de 1851, no se ha querido restringir la forma, en principio, al concepto mucho más limitado de escritura pública, y se ha hecho así porque en algunos de los casos que enumera la ley, bastan otros documentos públicos que no son escrituras; [...]. Así que, la expresión «otra forma especial» del artículo 1279 se explica con la genérica referencia a «documento público» contenida en el artículo 1280.I y su conexión con el artículo 1216 (en base al cual: «[s]on documentos públicos los autorizados por un notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley»). El hecho es que, inicialmente, en la versión originaria del Código (en su redacción definitiva, publicada el 24 de julio de 1889), para algunos de los seis casos enumerados en el primer párrafo del artículo 1280, a parte del otorgamiento de escritura notarial cabían otras modalidades de «documentación pública». Era el caso de las capitulaciones matrimoniales otorgadas ante los secretarios de los Ayuntamientos, según el originario artículo 1324 (mientras que para el actual art. 1327 se exige siempre escritura notarial), o de la repudiación de la herencia realizada por medio de escrito presentado ante el juez competente, según el originario artículo 1008 (hoy modificado de modo que se exige la escritura pública notarial, al margen de los casos disciplinados en el art. 93 de la Ley 15/2015, de 2 de junio, de la Jurisdicción Voluntaria). La conclusión, por tanto, es que, desparecidas esas hipótesis, la presencia de la expresión «otra forma especial» del artículo 1279 quedaría válida solo con respecto a los poderes generales para pleitos (ex art. 1280.I.5.^o) en su modalidad de otorgamiento *apud acta* ante el letrado de la Administración de Justicia (ex art. 24.1. b) LEC).

¹¹⁹ «Las capitulaciones matrimoniales y las modificaciones que se hagan en ellas habrán de constar por escritura pública, otorgada antes de la celebración del matrimonio. [...]».

¹²⁰ «Cuando la ley exige expresamente una forma determinada para cierta especie de obligaciones, no serán estas válidas si se otorgaren en una forma diferente».

¹²¹ Artículo 1003 del Proyecto de 1851: «Deben redactarse en escritura pública: 1.^o Los contratos que tengan por objeto la transmisión de bienes inmuebles en propiedad o en usufructo, o alguna obligación o gravamen sobre los mismos. 2.^o Las particiones de herencias cuyo importe pase de 500 duros o en las cuales haya bienes inmuebles, aunque sea inferior a dicha cantidad. 3.^o El contrato de sociedad, cuando esta sea universal; y cuando sea particular, si es de valor de cien o más duros, o algunos de los bienes aportados son inmuebles. Esto mismo regirá para la prorrogación de dicha sociedad, cuando hubiere sido constituida por tiempo determinado. 4.^o Los arrendamientos de bienes inmuebles por seis

Por lo tanto, pese a la capciosa denominación finalmente asignada al Capítulo III («De la eficacia de los contratos»), el precepto tampoco prescribe una suerte de condición suspensiva legalmente impuesta para poder entender eficaces (entiéndase, «accionables» *inter partes*) aquellos contratos indicados en el artículo 1280.I. En efecto, según la doctrina fijada por el Tribunal Supremo a partir de la Sentencia del 4 julio de 1899 (que vino a modificar una interpretación inicial de sentido opuesto¹²² que había obtenido un primer reconocimiento doctrinal¹²³) no sería necesaria la previa obtención de la escritura pública para (solo después) poder «hacer efectivas» en juicio las obligaciones derivadas del contrato litigioso. Todo ello teniendo en cuenta que, si la perfección del contrato no depende de una forma prescrita (entiéndase, *ad substantiam*) «tampoco de esta

o más años. 5.º Las capitulaciones matrimoniales; la constitución y aumento de la dote, y la carta de pago dotal, siempre que la cuantía de cualquiera de estos actos exceda de 200 duros. 6.º Las donaciones, con arreglo a lo prescrito en el artículo 946. 7.º Los censos y la constitución de renta vitalicia. 8.º La cesión, repudiación y renuncia de derechos hereditarios o de la sociedad conyugal. 9.º 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 en que tenga interés un tercero. 10.º Las transacciones sobre la cuantía de cien o más duros, o siempre que recaiga sobre bienes inmuebles. 11.º La cesión de acciones o derechos procedentes de un acto consignado en escritura pública. 12.º Todos y cualesquier otros actos que sean accesorios, explicatorios, derogatorios o modificativos de contratos redactados en escritura pública. 13.º Los pagos de la obligación consignada en escritura pública, a excepción de los parciales y de todos los relativos a intereses, alquiler, renta, canon y otras anualidades».

¹²² Con la Sentencia del 17 de abril de 1897, el Tribunal Supremo había interpretado por primera vez el mandato del nuevo artículo 1279 CC entendiendo que, para los supuestos comprendidos en el primer apartado del sucesivo artículo 1280, el otorgamiento de la forma escrita debía ser el presupuesto previo indispensable para las partes para poder, después, pedir la prestación de las demás obligaciones derivadas del contrato, no pudiendo exigirse judicialmente la ejecución del mismo sin antes solicitar su previa «escrituración» (notarial).

¹²³ GORLA, *Op. cit.*, p. 240 (nota del traductor): «Interpretación que fue patrocinada por SCAEVOLA [...]»; SANTOS MORÓN, 1996, *Op. cit.*, pp. 66-67, (nota 195 citando SCAEVOLA, T. XX, 1958, p. 851: «“la posibilidad de hacer eficaces las obligaciones pactadas depende de la solemnidad de la forma” de manera que “si las partes no ejecutaran de mutua conformidad el contrato y alguna de ellas rehuyese cumplirlo, entonces la acción útil para recabar dicha ejecución forzosa habrá de ser precedida de otra acción, encaminada a que el Tribunal compela al rebelde a la elevación a escritura pública” ya que, afirma este autor “si prescindiendo de la escritura pública pudiese reclamarse el cumplimiento de los contratos civiles y aun ejecutarlos coactivamente al amparo de la jurisdicción ordinaria, habría que borrar del Código los artículos 1279 a 1280”»). Contra esa primera lectura del precepto no tardó en observarse (no sin razones) que la misma entraría en conflicto con el principio de economía procesal al exigir una acción previa para obtener una condena a «llenar la forma legal requerida» y una sucesiva acción para invocar en juicio el cumplimiento del contenido obligatorio propio del contrato litigioso; *cfr.* CASTÁN TOBEÑAS, *Op. cit.*, p. 546: «El sentido del Código es tal vez —y así lo interpreta Mucius Scaevola— que el defecto de forma no priva al contrato de su efectividad cuando las partes lo cumplen [el contenido del contrato] de mutua conformidad, pero impide el ejercicio de la acción judicial, y hace necesario que la parte que quiera reclamar el cumplimiento haya de ejercitarse una acción previa pidiendo la elevación a escritura pública. Más este sistema, que obligaría a seguir dos pleitos [...] sería muy embarazoso en la práctica. Quizá por ello el Tribunal Supremo ha dado al Código una interpretación más amplia y espiritualista, que aminora mucho la exigencia de forma».

puede depender la consumación o el cumplimiento de las obligaciones contractuales»¹²⁴.

Ahora bien, si todo lo anterior es correcto, la expresión «deberán constar en documento público» del primer apartado del artículo 1280 no puede indicar un requisito procesal *ad probacionem* dado que, por lógica, la exigencia de una prueba escrita solemne se produce solo cuando esa solemnidad resulta necesaria *ad substantiam*: si cierto tipo de acto o contrato no puede ni siquiera llegar a existir sin aquella, no habrá nada que probar sin su concurrencia. Además, debe recordarse que la auténtica exigencia de forma *ad probationem* se identificó en la definitiva base 19 como una genérica «constancia por escrito» tras haberse abandonado la disyuntiva entre «escritura pública o privada» contenida en la base 18.^a del precedente (y fallido) Proyecto de Ley de Bases de 1885. En sentido análogo, téngase en cuenta que:

«[s]i entendiéramos que el artículo 1.279 faculta a un contratante a conseguir del otro por vía judicial un medio de prueba del contrato, puesto que para obtenerlo deberá de ser demostrada al Juez su existencia [...] resulta que antes del otorgamiento del documento ya hemos contado con otros medios para obtener la demostración que de tal documento pretendemos, lo cual minimiza hasta el absurdo la existencia misma del proceso»¹²⁵.

La realidad es que el artículo 1279 responde a razones de otra índole. En primer lugar, hay que subrayar que, por motivos de naturaleza fiscal, desde antiguo se había incentivado la formalización en documento público de los contratos que tenían por objeto bienes inmuebles¹²⁶. Además, también hay que destacar que, tras la publicación de la Ley Hipotecaria de 1861, la documentación en escritura pública devino necesaria para permitir la inscripción en el Registro de la Propiedad. Frente a ello, la jurisprudencia anterior al CC había afirmado que, entre las obligaciones y derechos propios del contrato de compraventa de inmuebles, estaba la facultad de las partes de compelirse recíprocamente a pedir la elevación a escritura pública¹²⁷.

La presencia del artículo 1279 CC, por tanto, se dirige a indicar una consabida vinculación legal de las partes para llenar la forma solemne idónea al permitir que determinadas conven-

¹²⁴ PUIG BRUTAU, 1954, T. II, vol. I, p. 184.

¹²⁵ CAICOYA CORES, *Op. cit.*, p. 189.

¹²⁶ DE CASTRO, *Op. cit.*, p. 283: «De tiempos de los Reyes Católicos (para evitar ocultaciones en daño del impuesto de alcabadas) procede el mandato de que “ventas, trueques y enajenaciones que se ficieren de bienes raíces” consten ante escribano público».

¹²⁷ SANTOS MORÓN, *Op. cit.*, p. 52 (nota 151 citando las SSTS 11 de abril de 1864 y 16 de noviembre de 1869).

ciones puedan tener acceso a un registro público (*cfr.* números 1.º, 2.º¹²⁸ y 3.º del art. 1280.I CC) y, en cualquier caso, «perjudicar a terceros» (*cfr.* números 2.º y 5.º), haciendo así «efectivas» (en el sentido de oponibles *erga omnes*, más allá de la normal eficacia *inter partes* descrita en el art. 1257 CC) sus consecuencias (más que sus «obligaciones») propias¹²⁹. Esto es, permitiendo «la plena realización de los efectos que su índole supone»¹³⁰. En este sentido, se puede hablar de una forma solemne *ad utilitatem*¹³¹ que en absoluto puede entenderse como mera facilidad probatoria¹³².

¹²⁸ LASARTE, 2017, *Op. cit.*, p. 44: «El perjuicio del tercero al que se refiere el precepto radica en la vinculación del posible causahabiente del arrendador; esto es, el nuevo adquirente de la finca habrá de respetar el arrendamiento en el caso de que haya sido inscrito, por disponerlo así el artículo 1549 [...] en contra de la regla establecida en el artículo 1571 (venta quita renta)»; ahora bien, concluye el mismo autor que «[e]sta problemática es extraña a los supuestos más numerosos de arrendamientos, los sometidos a la legislación especial de “arrendamientos urbanos” y “arrendamientos rústicos”, pues las respectivas disposiciones legislativas obligan el eventual adquirente de la finca arrendada a respetar el arrendamiento previamente celebrado».

¹²⁹ Desafortunadamente, la redacción del artículo 1279, al hablar de «obligaciones propias» (*inter partes*) y no de «efectos propios» (*erga omnes*) de determinados contratos, crea confusión en cuanto a su verdadero significado práctico; el equívoco surge porque todo el CC (empezando por el art. 1254) sufre de una concepción «arcaica» del contrato, como fuente de (solo) obligaciones y no, como hoy se entiende, como acuerdo con el cual es posible generar, modificar o extinguir todo tipo de «efectos jurídicos patrimoniales»; a este propósito, *cfr.* HERMIDA LINARES, *Op. cit.*, pp. 641-642: «La causa de la imprecisión del Código, y tal vez de la desorientación de la doctrina y de la jurisprudencia, está en un equivocado concepto del contrato. [...] Según esta concepción, el contrato tiene por único objeto crear, modificar o extinguir obligaciones. Este es el concepto que tiene nuestro Código Civil, y así se deduce, entre otros, del artículo 1254 [...] Por tanto, según el concepto legal de contrato, este tiene por único objeto crear, modificar o extinguir obligaciones. [Sin embargo, el] fin u objeto de estos contratos [los enumerados en el art. 1280.I CC] no es [solo] crear, modificar o extinguir obligaciones, sino el producir unos efectos jurídicos de carácter patrimonial, pero no exclusiva ni principalmente de carácter obligatorio [inter partes]».

¹³⁰ MANRESA NAVARRO, *Op. cit.*, p. 697: «[...] y es indudable que en muchos quedarán sin realizar ciertos e importantes fines, si no se otorgara la correspondiente escritura».

¹³¹ PUIG BRUTAU, *Op. cit.*, p. 188 (citando a ROCA SASTRE, 1948, Vol. I, p. 106: «Solo impropiamente hablando puede decirse que establece [el Código] en ciertos negocios la forma escrita [...] a los efectos probatorios principalmente; pero, en rigor, será una imposición de forma *ad utilitatem*, o sea, para proporcionar en negocios importantes las ventajas que la forma comporta»); REGLERO CAMPOS, *Op. cit.*, p. 679: «Ello, no obstante, como quiera que ciertos efectos de determinados contratos solo pueden desplegarse si estos, una vez perfeccionados, se documentan en la forma exigida por la ley, esta facultad a las partes para compelirse recíprocamente a otorgar el contrato en la forma requerida. Es decir, se trataría de una forma que, en expresión acuñada por Roca Sastre y que ha tenido eco en la doctrina, tendría una función *ad utilitatem*»; y ROCA JUAN, *Op. cit.*, p. 1813: «[L]a generalidad de la doctrina —con fundamento, además en los criterios del Tribunal Supremo— llega a la conclusión que [...] la exigencia del artículo 1280 no es *ad solemnitatem* ni *ad probacionem*, sino *ad utilitatem*, o “conveniente”».

¹³² La expresión *ad utilitatem* no debe ser entendida en un sentido reductor, como indicadora de una suerte de «capricho» (útil, pero no vinculante) concedido a aquellos contratantes más puntilleros, sino que, en relación a los contratos para los cuales la ley prevé el otorgamiento de escritura pública (a efectos prácticos, principalmente en los contratos con objeto la propiedad u otros derechos reales sobre bienes inmuebles, del art. 1280.I.1º CC), si bien su falta no influiría respecto a la prueba de la válida existencia del acuerdo ni en la posibilidad concreta de exigir el cumplimiento de su contenido obligatorio

inter partes (ex art. 1257 CC), su rehúse sí legitimaría para el ejercicio de una acción dirigida a obtener la condena a «llenar aquella forma» (en su caso, sustituyéndose forzosamente la manifestación de voluntad de la parte condenada — y renuente a acudir a la escrituración — por la del juez por medio del auto ex art. 708 de la LEC). Ese rehúse debería entenderse como una presunción *iuris et de iure* de incumplimiento grave, sustancial e injustificable de una obligación recíproca (ex arts. 1258 y 1279) idóneo a fundentar la facultad resolutoria implícita del art. 1124 CC. En efecto, como se ha afirmado en la STS 01 de junio (ECLI:ES:TS:2017:2723 — Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas): «[...] el cumplimiento íntegro de un contrato otorgado en documento privado no excluye que exista un interés legítimo en elevarlo a documento público, dados los efectos reforzados que el ordenamiento atribuye a la forma pública, de acuerdo con el principio constitucional de seguridad jurídica» (cfr. por ejemplo, el art. 1473 CC). Haciendo hincapié en ese concepto de obligación «recíproca», la parte interesada debería siempre poder ejercitar (contra la parte renuente a la «escrituración») la facultad resolutoria implícita del art. 1124 CC aunque el incumplimiento del otorgamiento solemne *ad utilitatem* no se haya previsto expresamente en el contrato (privado) como condición resolutoria expresa. A pesar de que la lectura conjunta de los artículos 1279 y 1124 CC permitiría avalar las anteriores conclusiones (pues, en conexión con el segundo, el primero dice claramente que las partes podrán compelirse «recíprocamente» a llenar el requisito de forma solemne), el TS no ha mantenido una posición uniforme respecto a la posibilidad de resolver el contrato no elevado a escritura pública cuando una de las partes lo obstruya.

En algunos pronunciamientos, el Alto Tribunal ha reconocido dicha obligación como «esencial» (*vid.* STS 31 de mayo 2007 — ECLI:ES:TS:2007:3411 — Ponente: Antonio Salas Carceller): «[s]e sostiene que la falta de otorgamiento de la escritura pública no constituye un verdadero y propio incumplimiento referido a la esencia de lo pactado [pero] la Audiencia [...] en absoluto, pone de manifiesto que tal omisión sea puramente accesoria respecto de la esencia del contrato celebrado. Por el contrario, la falta de otorgamiento de la escritura [...] comporta la imposibilidad de acceso de la transmisión al Registro de la Propiedad con las consecuencias negativas que ello comporta para el adquirente.», y STS 13 de octubre 2010 — ECLI:ES:TS:2010:6255 — Ponente Juan Antonio Xiol Ríos: «[...] que en la escritura pública otorgada en su momento no se hizo mención alguna a la obligación de [...] otorgar acta de entrega de los locales al tiempo de su recepción material no es un factor decisivo para excluir tal obligación de entre las que incumbían a la demandada, por derivar de modo implícito de la propia naturaleza del contrato, antes mencionada, y de la buena fe objetiva que ha de presidir cualquier relación contractual, manifestada aquí en la necesidad de proteger la expectativa de que así fuese a que coadyuvó la propia conducta de la actora. Por tanto [...] no existen razones para negar a la actora su derecho a disfrutar de los beneficios inherentes a la posibilidad de acreditar documentalmente, incluso frente a terceros y a los efectos oportunos, que cumplió lo que era su obligación contractual esencial.»). Y se ha llegado incluso a admitir expresamente el ejercicio de la facultad resolutoria del art. 1124 CC para el caso que una de las partes no aviniera a la «escrituración» (*vid.* STS 26 de octubre 2012 — ECLI:ES:TS:2012:6888 — Ponente: Román García Varela: «[la] circunstancia de que la recurrente, a quien se le comunicó mediante burofax la fecha y el lugar donde se procedería a elevar el contrato a escritura pública, no acudiera sin causa justificada, circunstancias todas ellas consideradas acreditadas por la Audiencia Provincial, permiten declarar la resolución contractual.»).

Pese a ello, el TS finalmente ha pretendido «fijar doctrina» negado la facultad resolutoria implícita al considerar que esa consecuencia podría darse solo cuando el rehúse de una de las partes a la «escrituración» se hubiese expresamente previsto en el contrato (privado) como una condición resolutoria expresa (*vid.* STS 16 de septiembre de 2014 — ECLI:ES:TS:2014:4159 — Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno): «[el] artículo 1279, como proyección del principio espiritualista como criterio rector del formalismo contractual (artículo 1278 del Código Civil), parte de la propia validez y eficacia estructural de los contratos enumerados en el artículo 1280 del Código Civil que no constan en escritura pública [...] la exigencia de esta finalidad incide, en consecuencia, en el plano del reforzamiento de la eficacia contractual del contrato, pues con su cumplimiento el contrato resulta eficaz frente a terceros. La conclusión práctica al respecto, conforme al principio de la autonomía de la voluntad, es que, si las partes quieren otorgarle a esta exigencia formal un valor determinante ya para la propia validez del contrato, o bien para su eficacia, esta condición esencial debe figurar inequívocamente en el contenido contractual llevado a cabo,

Fijado lo anterior, se puede deslindar, por un lado, la evidente conexión existente entre el artículo 1279 y el primer apartado del artículo 1280 y, por el otro, la distinta *ratio* normativa del segundo apartado de este último precepto. En base a ello, es bastante intuitivo concluir que solo el segundo y último párrafo del artículo 1280 es el que concreta el preciso mandato de la base 19, siendo el único precepto atinente a un límite de valor económico pasado el cual se hace necesaria (*ad probationem*) la constancia del contrato «por escrito». En resumidas cuentas, resulta evidente la inconveniencia de entrecruzar y uniformar a nivel interpretativo las diferentes exigencias de forma escrita previstas en cada uno de los apartados del artículo 1280 tomando como punto de partida común la expresión «para hacer efectivas las obligaciones» del artículo 1279. Por cuantas posibles elucubraciones puedan plantearse al respecto¹³³, lo

pues de otra forma carece de la relevancia requerida a estos efectos. [...] Por último [...] debe también señalarse el hecho crucial de que, pese al tiempo transcurrido, cinco años, ninguna de las partes utilizó el cauce adecuado previsto para el cumplimiento de esta exigencia formal, esto es, compelirse en vía judicial para que se proceda al otorgamiento de la expresada escritura pública»); *Cfr.*, a propósito de la sentencia en cuestión, CARRIÓN OLMO, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2015, pp. 503-516.

Pues bien, no pueden compartirse los argumentos con los cuales el TS ha negado la facultad resolutoria implícita ex art. 1124 CC. Aunque sea pacífico que, para el cumplimiento y la ejecución de las obligaciones contractuales contraídas *inter partes* (ex art. 1257 CC) no sería necesario el previo otorgamiento de escritura notarial (siempre y cuando las partes así no lo hubieran pactado de forma expresa), esta última decisión del TS contiene una falacia de fondo. En efecto, el Tribunal confirma implícitamente que en base a la letra del art. 1279 los contrayentes de aquellos contratos de mayor trascendencia jurídica (como los indicados en el n.º 1 del art. 1280.I) sí que estarían legalmente obligados (y procesalmente legitimados) a compelirse recíprocamente para «llenar la forma» solemne notarial, pudiendo siempre interponer la correspondiente acción judicial de condena a una obligación de hacer (ex arts. 1090 y 1098 CC). Por tanto, siguiendo este argumento, cuando se demostrara que el cumplimiento de esa obligación (dotada de acción, ex arts. 1258 y 1279) hubiera sido rehusado en vía extrajudicial, debería siempre interpretarse como un incumplimiento grave e injustificado de una obligación esencial. En consecuencia, no se entiende por qué razón ese extremo no debería conducir, en alternativa a la «escrituración forzosa», a conceder a la parte perjudicada la resolución del contrato (*cfr.* las diferentes facultades del art. 1124 CC), sin necesidad que dicha consecuencia se hubiera previsto como condición resolutoria expresa. Además, el argumento del criterio interpretativo dirigido a la conservación de los negocios (otro de los motivos deducidos en la referida sentencia para negar la resolución contractual) debería quedar desplazado por los superiores principios constitucionales de legalidad, jerarquía normativa y seguridad jurídica (ex art. 9.3 CE). En cualquier caso, lo más llamativo es que, con esta sentencia, el TS habría venido a establecer de manera sibilina una suerte de término de caducidad para el ejercicio de la acción fundada en el art. 1279 CC, pero sin explicitarlo debidamente en sus motivaciones.

¹³³ En cuanto se constata que el art. 1280.II CC comienza con el adverbio «también» vuelven a surgir nuevas dudas respecto al que se acaba de identificar como el verdadero (el único posible) mandato del art. 1279 CC. Con dicho adverbio podría parecer que, por medio de la introducción del último apartado del art. 1280, se quisiera ensanchar el significado de las dos disposiciones anteriores (1279 y 1280.I) atrayendo «también» el otorgamiento de la escritura notarial hacia la órbita de la exigencia *ad probationem* indicada en la base 19. Sería como si, con ese añadido final, se hubiese querido cerrar un círculo y hacer coincidir el significado de «para hacer efectivas las obligaciones» del art. 1279 CC con el de «para que pueda pedirse en juicio su cumplimiento o ejecución» de la base 19. En esta misma óptica, siendo el principal contenido de la base 19 el mandato normativo directo a

más razonable es entender que el requisito de «constancia por escrito» (privado) del artículo 1280.II CC —pese a la innecesaria expresión «los demás contratos» ahí utilizada— se introdujo, en directa consonancia con la base 19, como una exigencia *ad probatōnēm* necesaria para todo tipo de contrato cuyas prestaciones superasen el valor de 1500 pesetas, incluso para los enumerados en el primer apartado del precepto (a efectos prácticos, principalmente los contratos con objeto la propiedad u otros derechos reales sobre bienes inmuebles del art. 1280.I.1º CC), siempre y cuando no hubieren sido elevados a escritura pública.

Ahora bien, como ya se ha dicho, el principal obstáculo a la anterior conclusión ha sido representado por la objeción en base a la cual el mandato de la base 19 no habría llegado a desenvolverse en el CC porque el límite en ella indicado no se habría explicitado en el artículo relativo a la prueba testifical, el hoy abrogado artículo 1244 CC¹³⁴. Sin embargo, este argumento tampoco resulta convincente considerando que se olvida tener en cuenta el también abrogado artículo 1248¹³⁵, en el que se establecía:

«[fijar] un máximum, pasado el cual, toda obligación [...] habrá de constar por escrito», en la sucesiva base 20.^a puede leerse que «los contratos [...] continuarán sometidos al principio de que la simple coincidencia de voluntades entre los contratantes establece el vínculo, aun en aquellos casos en que se exigen solemnidades determinadas para la transmisión de las cosas, o el otorgamiento de escritura a los efectos expresados en la base precedente». En realidad, esa hipotética función *ad probatōnēm*, supuestamente extendida «también» a la escritura pública del art. 1279, se toparía irremediablemente con lo que ya se ha dicho: a diferencia del artículo 1003 del Proyecto de 1851, para los contratos recogidos en el actual art. 1280.I (salvo las capitulaciones matrimoniales y los poderes para contraer matrimonio o para pleitos) no se ha mantenido una exigencia de escritura pública *ad substantiam*. Ello significa que, por lógica, sería siempre suficiente un «escrito privado» para poder probarse la válida existencia y la plena eficacia obligatoria *inter partes* de esos contratos, ya que, según el art. 1225 CC, el documento privado «tendrá el mismo valor que la escritura pública [...] entre los que lo hubieren suscrito y sus causahabientes».

¹³⁴ «La prueba de testigos será admisible en todos los casos en que no se halle expresamente prohibida»; *Cfr.* SANTOS MORÓN, 1996, *Op. cit.*, p. 79: «La falta de adecuación en este punto del Código a la Ley de Bases fue también puesta de relieve en los debates parlamentarios que siguieron a la publicación de la primera edición del Código, pero, a pesar de ello, en la segunda edición no se modificó el título relativo a la prueba de las obligaciones limitándose el legislador a añadir al artículo 1280 su último párrafo. Si con ello pretendió adaptarse al mandato de la base 19 —según la cual debía determinarse una cantidad mínima pasada la cual todo contrato debía probarse por escrito—, la adaptación fue solamente aparente en tanto que, insistimos, ya sea por olvido, ya sea intencionadamente, no se acompañó con la necesaria limitación de los medios de prueba».

¹³⁵ Como es obvio, la letra del abrogado artículo 1248 hoy no puede tenerse en cuenta como norma vinculante, pero, a nivel interpretativo, representa un antecedente (*cfr.* art. 3 CC) cuya presencia en el texto definitivo del Código de 1889 sigue siendo sumamente útil para proceder a una ordenada reconstrucción lógica y una correcta interpretación sistemática del conjunto normativo representado por los arts. 1278 a 1280. *Cfr. a contrario* DE LOS MOZOS, *Op. cit.*, p. 770: «[...] en nuestro Derecho [...] la fidelidad al principio consensualista se ha mantenido con mucho más rigor [...] y sin que la claridad del principio haya sido turbado por consideraciones de índole procesal, cuyo fundamento no es tan indiscutible como puede parecer a primera vista».

«La fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos será apreciada por los Tribunales conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuidando de evitar que por la simple coincidencia de algunos testimonios, a menos que su veracidad sea evidente, queden definitivamente resueltos los negocios en que de ordinario suelen intervenir escrituras, documentos privados o algún principio de prueba por escrito»¹³⁶ ¹³⁷.

La *ratio* de esta disposición parecía la de proscribir que la coincidencia de «algunos testimonios» sobre determinados hechos pudiera ser la única base decisoria para resolver un litigio en materia contractual, cuando (ya en el año 1889) lo normal y usual (lo «ordinario») era contar con escrituras notariales, documentos privados o, al menos, algún principio de prueba escrita.

Es interesante notar que, al hablar de la aportación de, al menos, algunos testimonios, el artículo 1248 parecía excluir la posibilidad de que un solo testigo pudiera ser considerado como una prueba dirimente para la resolución de un litigio (cosa que, en cambio, la *communis opinio* no excluye¹³⁸). Además, la «veracidad evidente» como circunstancia idónea para mitigar la limitación del juez a la hora de fundar su decisión en la (sola) prueba testifical, pudo referirse a la necesidad que se diera plena coincidencia (o, al menos, que no hubiera divergencias patentes) acerca de hechos dirimentes relatados por la totalidad de los testigos llamados a declarar por cada una de las partes (en particular, cuando se tratara de los mismos sujetos)¹³⁹. Se trata de posturas interpretativas potencialmente muy relevantes, pero huérfanas de cualquier reconocimiento práctico que pudiera, de algún modo, poner un correctivo a la «línea maestra» antiformalista y permitir la superación de «los condicionamientos creados por los precedentes que enmarcaron el precepto»¹⁴⁰.

¹³⁶ *Vid.* versión original del CC de 1889, disponible en: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con)

¹³⁷ Disposición que se inspiraba claramente en el artículo 1223 del Proyecto de 1851 (en base al cual quedaba admitida la prueba testimonial incluso para las cuantías superiores a cien duros o más «[...] cuando existe algún principio de prueba por escrito»).

¹³⁸ *Cfr.* SANTAMARÍA CRISTOBAL, *Op. cit.*, p. 223: «[...] el aforismo *testis unus, testis nullus* ha venido a quedar sin vigor [...] y es lícito a la Sala de instancia formar su convencimiento sobre el dicho de un solo testigo, conforme tiene declarado reiteradamente la jurisprudencia (S. 3 enero 1949)».

¹³⁹ *Cfr.* la diferente conclusión alcanzada al respecto por ROCA JUAN, *Op. cit.*, p. 1817: «[...] el supuesto excepcional de que resulte evidente la veracidad del testimonio, no es verdaderamente una excepción al principio que parece sentar el art. 1248. Es, en todo caso, remitir a la convicción del juzgador; pero esa convicción, o intuición, de la veracidad de los testigos, habrá de tenerla en todos los casos en que deba resolver por la sola coincidencia de testimonios, aunque no sean negocios de los que *suelen* constar por escrito. Y el precepto, «no preceptivo», puede resultar un tanto inútil».

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 1814.

En efecto, ya con anterioridad a la abrogación expresa del artículo 1248, la jurisprudencia había desactivado rápidamente cualquier potencial efecto «catalizador» del mismo en conexión con el último apartado del artículo 1280 y se había apartado sin tapujos de una interpretación más ajustada y coherente con el mandato de la base 19.^a afirmando que la expresión «cuidando de evitar» representaba una mera «exhortación» (STS 06 de febrero 1896), una «recomendación» o «admonición» desprovista de carácter preceptivo (STS 03 de marzo 1900) que no impedía a los tribunales resolver basándose en la sola prueba testifical incluso en aquellos asuntos en los que ordinariamente intervienen escrituras (STS 30 de mayo de 1936)¹⁴¹. Una abrogación *de facto*, antes que *de iure*, del artículo, pero, sobre todo, una suerte de «auto-exención» decidida por parte del mismo destinatario de la regla en cuestión.

Todo ello adquiere mucho peso si se piensa que (a pacto de desembarazarse de ciertas «barreras dogmáticas»), lo más probable es que la falta de coherencia que aparentemente caracteriza las previsiones de los artículos 1278 y 1280 CC, hubiera podido ser resuelta en vía interpretativa sin excesiva complicación a través del artículo 1248 CC de modo que:

«De esta breve reseña, puede quizá deducirse: La decisión de respetar el principio de libertad de forma; la preocupación por la prueba difícil de lo que no conste por escrito, y la desconfianza hacia la prueba de testigos. Como consecuencia: [...] establecer la prueba documental como *medio normal* de prueba en el artículo 1280 [...] y si no hay otro medio de prueba, además de la testifical, esta no debe bastar por si sola (art. 1248)¹⁴²».

Las anteriores consideraciones parecen todavía más acertadas si se tiene en cuenta que, en el mismo lapso de tiempo en el cual se iba lentamente delineando la «enfrentada» redacción definitiva del CC (concretamente, el año 1885), se aprobaba el nuevo (y vigente) Código de Comercio, en cuyo artículo 51 *in fine* se estableció que: «[...] la declaración de testigos no será por sí sola bastante para probar la existencia de un contrato cuya cuantía exceda de 1500 pesetas, a no concurrir con alguna otra prueba [...]».

Pues bien, sería como si, en el CC definitivo, una norma sustancialmente análoga se desarrollara en dos disposiciones separadas (arts. 1280.II y 1248)¹⁴³. Así que, abriéndose a superar las

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 1816; concluye sagazmente el mismo autor: «En realidad no parece excesivamente claro lo que un precepto “no preceptivo”, sino “recomendante” sea, ni lo que pueda significar verdaderamente [...]».

¹⁴² *Ibidem*, p. 1815.

¹⁴³ Desde los primeros debates parlamentarios en torno a la nueva Codificación Civil, se subrayaba como «una tendencia indudable en el Derecho moderno [...] la unifica-

apodícticas «barreras de contención» levantadas por la *communis opinio*¹⁴⁴, no parece para nada pacífico que el Código se desviara de las directrices trazadas en la Ley de Bases «tanto en materia de prueba [...] como en materia de forma»¹⁴⁵. Al contrario, parecería que el mandato de la base 19 sí llegó a desenvolverse en el texto definitivo del CC a través del último párrafo adjunto al artículo 1280, al cual el artículo 1248 venía en cierto modo a dar respaldo: no se vetaba la prueba testifical en los litigios sobre contratos de valor superior a 1500 pesetas, pero la evaluación de ese medio de prueba sí estaba de ordinario condicionada a la contextual constancia por escrito de aquellos (al menos, un principio de prueba escrita¹⁴⁶) «para [poder] pedirse en juicio su cumplimiento o ejecución».

De no haber sido ese el auténtico significado de la exigencia de forma ordenada en el último apartado del artículo 1280 (en conexión con el art. 1248) y de tratarse, viceversa, de un apéndice inútil destinado inexorablemente a sucumbir ante el estelar principio espiritualista, habría que preguntarse el porqué de la inmutada permanencia de ese «intruso» después de casi dos centurias (considerando la Disposición Adicional 3.^a del CC¹⁴⁷). Quizá la explicación más probable resida en el dictado normativo de la Ley de Bases, que impediría su eliminación.

ción de los principios, y a que el Derecho civil y el Derecho mercantil, sobre todo en materia de obligaciones, lleguen a formar una sola regla, toda vez que en este punto realmente no hay gran motivo para diferenciarlos» (vid. *supra*, nota 92).

¹⁴⁴ *Ex multis*, REGLERO CAMPOS, *Op. cit.*, pp. 768-769: «En rigor, el segundo párrafo del artículo 1.280 solo tiene sentido dentro de un sistema de prueba documental tasada (*forma ad probationem*). Tenía su sede, por tanto, en el Proyecto de 1851, pero carece por completo de sentido en el vigente Código, que permite la prueba de los contratos por cualquiera de los medios admitidos en Derecho. Si esto es así, no parece satisfactoria la idea según la cual de la relación entre el segundo párrafo del artículo 1280 y el artículo 1248 haya de estimarse que los contratos de cuantía superior a 1500 pesetas deban considerarse como de aquellos en que «de ordinario suelen intervenir escrituras, documentos privados o algún principio de prueba por escrito», por lo que podrán probarse «por la simple coincidencia de algunos testimonios». La propia «fosilización» de la cantidad expresada en el precepto avala la respuesta negativa, así como el hecho de que son admisibles todos los medios de prueba, incluida la testifical, para acreditar la existencia de los contratos verbales, sin que dicha prueba tenga un valor inferior que las demás. En todo caso, como ha declarado repetidamente la jurisprudencia, los Tribunales tienen plena libertad para la apreciación de los elementos probatorios aportados por las partes».

¹⁴⁵ GORLA, *Op. cit.*, p. 241 (nota del traductor).

¹⁴⁶ Recuérdese que (vid. *supra*, nota 137), ya en el Proyecto de 1851, si bien los artículos 1220, 1221 y 1222 establecían reglas relativas a la inadmisibilidad de la prueba de testigos en materia de contratos, el sucesivo artículo 1223 aclaraba que: «Lo dispuesto en los tres artículos anteriores no tiene lugar cuando existe algún principio de prueba por escrito.»; vid. Proyecto de CC de 1851, disponible en: <https://webs.um.es/jal/leyes/1851-Proyecto.pdf>

¹⁴⁷ «En vista de estos datos, de los progresos realizados en otros países que sean utilizables en el nuestro y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la Comisión de codificación formulará y elevará al Gobierno cada diez años las reformas que convenga introducir».

Así que, *de lege data*, no resulta insensato plantear una interpretación sistemática alternativa a la actual *communis opinio*, más respetuosa de (toda) la letra del CC, dado que en el mismo aparecen varios preceptos en los cuales el legislador decimonónico quiso —o tuvo que— reconocer un privilegiado valor a la redacción escrita de los contratos como antídoto a un antiformalismo absoluto e inflexible que parecía poco práctico y anacrónico ya a finales del siglo XIX. Todo ello sin olvidar que, conforme a la realidad fotografiada en el ahora desaparecido artículo 1248 CC, hay «negocios en que de ordinario suelen intervenir escrituras, documentos privados o algún principio de prueba por escrito». Entre estos preceptos, procede señalar los siguientes:

- Artículo 1138 CC: «Si del texto de las obligaciones [...] no resulta otra cosa, el crédito o la deuda se presumirán divididos en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya [...]».
- Artículos 1276 y 1277 CC que, al hablar de la expresión (o menos) de la causa en los contratos, inexorablemente parecerían remitirse a su enunciación (o menos) en una redacción escrita y ostensible.
- Artículo 1547 CC: «Cuando hubiese comenzado la ejecución de un contrato de arrendamiento verbal y faltare la prueba del precio convenido, el arrendatario devolverá al arrendador la cosa arrendada, abonándole, por el tiempo que la haya disfrutado, el precio que se regule»¹⁴⁸.
- Artículo 1733 CC: «El mandante puede revocar el mandato a su voluntad, y compelir el mandatario a la devolución del documento en que conste el mandato»¹⁴⁹.
- Artículo 1815 CC: «La transacción no comprende sino los objetos expresados determinadamente en ella o que, por una inducción necesaria de sus palabras, deban reputarse comprendidos en la misma [...]»¹⁵⁰.

¹⁴⁸ Aquí parece evidente, cuando menos, el desfavor mostrado por el legislador hacia el contrato de arrendamiento verbal y su consecuente falta de documentación, pues su perfección informal dificultaría la prueba del precio realmente convenido, lo cual, a su vez, comportaría la extinción del contrato en cuestión.

¹⁴⁹ Aquí parece darse una clara preferencia lógica al mandato expreso y escrito entendido como contrato respecto al cual lo usual es que se proceda a su redacción escrita.

¹⁵⁰ Al buscar encontrar el significado más ajustado a la letra de la disposición (ex art. 3 CC), cuando la misma exige la limitación de los efectos del contrato de transacción a la expresión determinante de lo comprendido en el contrato, parece estar requiriendo la redacción escrita comprendida en un clausulado contractual. Éllo se vería reforzado, además, por la extensión (ex art. 1821 CC) de la disciplina de la transacción al contrato de «compromiso» (o «arbitraje»), respecto al cual la forma escrita se ha configurado, desde siempre, como un requisito esencial. De hecho, en el artículo 5.º de la Ley 22 de diciembre de 1953 (por la que se abrogaron los artículos del CC atinentes al «compromiso» y se pro-

- Artículo 1827 CC: «La fianza no se presume: debe ser expresa y no puede extenderse a más de lo contenido en ella [...]»¹⁵¹.

Apuntadas las anteriores referencias (dificilmente tachables, todas y cada una, de anecdóticas), y procediendo hacia una interpretación teleológica del artículo 1280.II CC (ex art. 3 CC), puede ser útil destacar que ya en la discusión al Senado sobre la base 18.^a del primer Proyecto de Ley de Bases de 1885, el ministro Silvela aclaraba que «como escritura privada, valen los simples recibos, pagarés, cartas y cualquier documento escrito [...]»¹⁵². Esta misma idea expresaba el diputado Rodríguez San Pedro cuando, al exigir la inclusión del último apartado del artículo 1280 en cumplimiento del mandato de la base 19.^a, afirmaba:

«Desde el instante en que aquí se declara que la prueba de testigos está admitida en absoluto, sin limitación alguna, para probar todo linaje de obligaciones y hacerlas efectivas, apreciándose esa prueba según el criterio de los jueces, la base 19 está infringida en un principio que no es de accidente, sino que es completamente fundamental, a saber: [...] la no exigibilidad en juicio de ninguna obligación que no conste en un principio de prueba por escrito»¹⁵³.

Pues bien, no puede desconocerse que, hoy en día, lo usual (y ordinario) es que la celebración de cualquier contrato (siempre y

cedió a regular los arbitrajes de Derecho privado) se decía que: «El arbitraje se establecerá siempre por contrato y en forma de escritura pública [...]»; luego, según el art. 16 del mismo cuerpo legal: «El compromiso habrá de formalizarse en escritura pública. Si se hubiera extendido en documento privado, las partes podrán compelirse recíprocamente a la formalización judicial de que trata el artículo diez [...]». En la sucesiva Ley 36/1988, del 5 de diciembre, de Arbitraje, el art. 6.^º estableció que: «El convenio arbitral deberá formalizarse por escrito y podrá concertarse como cláusula incorporada a un contrato principal o por acuerdo independiente del mismo. Se entenderá que el acuerdo se ha formalizado por escrito no solo cuando esté consignado en un único documento suscrito por las partes, sino también, cuando resulte de intercambio de cartas, o de cualquier otro medio de comunicación que deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse al arbitraje». Finalmente, en la vigente Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, el art. 9.III establece que: «El convenio arbitral deberá constar por escrito, en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo. Se considerará cumplido este requisito cuando el convenio arbitral conste y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo».

¹⁵¹ En sentido análogo a la nota anterior, en cuanto a la expresión determinante de lo contenido en el contrato, en el sentido de una redacción escrita contenida en un clausulado contractual.

¹⁵² LASSO GAITÉ, 1970, T. IV, vol. I, p. 461; *Cfr.* también REGLERO CAMPOS, *Op. cit.* p. 662: «Silvela salió al paso [...] señalando que por escritura privada no había de entenderse el documento que tuviera las mismas formas que la escritura pública, sin más diferencia que la no intervención del notario, “sino que se entiende por escritura privada cualquier documento escrito: los recibos, los pagarés, las cartas, la correspondencia; todo eso se comprende en las escrituras privadas”».

¹⁵³ *Vid.* SANTOS MORÓN, 1996, *Op. cit.*, p. 79 (nota 226).

cuando su valor no sea absolutamente intrascendente) conste al menos en «algún principio de prueba escrita», un soporte ostensible que, sin estar dotado de especiales características, pueda legítimamente identificarse como la expresión material de un consentimiento contractual intercambiado entre partes. En general, todo tipo de texto transscrito en papel o con posibilidad de transcripción en un soporte duradero, pero libre de formas específicas, como los «asientos, registros y papeles privados» perjudiciales para su autor (ex arts. 1228 CC y 328 LEC) y como lo que indica el artículo 812 LEC cuando habla de «[...] documentos, cualquiera que sea su forma y clase o el soporte físico en el que se encuentren [...]»¹⁵⁴.

Discurso análogo podría valer incluso para los denominados contratos «reales» (mutuo, comodato, depósito, prenda), respecto a los cuales, si bien la entrega del objeto (*la traditio*, en línea teórica necesaria y suficiente para entender perfeccionado este tipo de vínculo contractual) podría identificarse incluso con comportamientos concluyentes y tácitos, demostrables por cualquier medio de prueba admitido en Derecho, en la gran mayoría de casos (con exclusión, quizás, del comodato precario), lo *ordinario* (*cfr.*, una vez más, la letra del art. 1248) es consignar dicha entrega en algún principio de prueba escrita (resguardos de depósito; extractos, comprobantes o certificados bancarios; documentos de entrega y de devolución; cartas de pagos, etc.).

De este modo, teniendo en cuenta el uso (ex art. 1258 CC), hoy la base 19 y el último apartado del artículo 1280 CC a ella conexo adquirirían una renovada operatividad y es razonable concluir que, a nivel procesal, una simple prueba testifical nunca debería poder considerarse suficiente, por sí misma, «para que pueda pedirse en juicio [el] cumplimiento o ejecución» de cualquier contrato cuyas prestaciones superen cierto valor económico, debiendo siempre acompañarse, al menos, algún principio de prueba escrita¹⁵⁵. Por tanto, ante la inadvertida desaparición del artículo 1248 CC y priorizando los principios generales de buena fe y de seguridad jurídica, sería posible postular una renovada interpretación del artículo 1280.II como el indicador de un auténtico presupuesto procesal

¹⁵⁴ *Cfr.* el ya citado art. 9.3 Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje: «El convenio arbitral deberá constar por escrito, en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo. Se considerará cumplido este requisito cuando el convenio arbitral conste y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo».

¹⁵⁵ Básicamente, esto venía a decir el artículo 1248 CC (y, antes de este, el artículo 1223 del Proyecto de 1851, en base al cual: «Lo dispuesto en los tres artículos anteriores [o sea la inadmisibilidad de la prueba de testigos] no tiene lugar cuando existe algún principio de prueba por escrito»), así como el (vigente) artículo 51 del Código de Comercio de 1885.

literalmente fundado en la (todavía vigente) Ley de Bases de 11 de mayo de 1888 y en la fijación expresa en el CC de aquel «máximo, pasado el cual, toda obligación [...] habrá de constar por escrito para que pueda pedirse en juicio su cumplimiento o ejecución» (base 19). Un claro mandato imperativo que podría ser perfectamente «rehabilitado» sujetándolo al actual artículo 266.4º de la LEC, donde se establece que «se habrán de acompañar a la demanda: [...] 4.º Aquellos otros documentos que esta u otra ley exija expresamente para la admisión de la demanda».

Apuntado lo anterior, es necesario tener en cuenta que, mientras para un contrato típico (concluido por las partes con voluntad de remitirse a los elementos «naturales» o normativos de un tipo pre establecido), una vez considerada probada su existencia, podría no haber mayores dificultades añadidas (comenzando por la «presunción» de veracidad y licitud de su causa típica, aún sin expresarla, ex art. 1277 CC), si se trata de un contrato atípico, mixto, o de los elementos accidentales incorporados a un contrato típico¹⁵⁶, para poder pretender una resolución de condena dirigida al cumplimiento de precisos efectos obligatorios concretos, sí o sí parecería haberse exigido por parte del legislador (según un criterio lógico y práctico irreprochable¹⁵⁷) un auténtico clausulado contractual escrito (y posiblemente firmado por las partes¹⁵⁸). Todo ello al margen de las

¹⁵⁶ Teniendo en cuenta que, aunque en el artículo 1289 CC aparezcan como contrapuestos los conceptos de «objeto principal» y de «circunstancias accidentales», es posible que incluso en la interpretación de un contrato típico (cuyo «objeto principal», en principio, podría intuitivamente entenderse como su «causa típica») ese «objeto principal» también podría identificarse con un motivo específico, un término o una condición; elementos, estos últimos, técnicamente clasificados como accidentales pero, en ocasiones, tan determinantes para la eficacia del entero convenio obligatorio que, cuando sobre ellos recaigan dudas insoslayables (por ejemplo, por deficiencias o graves dudas probatorias), debería impedirse la aplicación del principio de conservación del contrato del art. 1284 CC; *vid. LASARTE, 2017, Op. cit., p. 116.*

¹⁵⁷ GORLA, *Op. cit.*, pp. 20-21: «[a]ún después de admitirse que del hecho de haber prometido algo pueda derivar una obligación (en sentido jurídico), quedan siempre pertinaces y no del todo injustificadas resistencias a admitir que de cualquier promesa no formal pueda derivar una obligación. [...] Pero existen, además, otras razones prácticas muy importantes que pueden justificar esta resistencias: [tales como] Las dificultades que surgen [...] para interpretar e integrar la voluntad de las partes estableciendo así, por vía de integración, reglas jurídicas aplicables. Dificultades que no existen cuando se trata de contratos formales o consagrados por el uso (contratos típicos o nominados)».

¹⁵⁸ O, al menos, acompañarse el clausulado (aunque no firmado) como un principio de prueba escrita y, junto con ello, la prueba de un comienzo de ejecución de las obligaciones ahí recogidas, deducible en base a la realización de actos «coetáneos y posteriores al contrato» (ex art. 1282 CC); *Cfr.*, en este sentido, la STS 27 de febrero 1999 (ECLI:ES:TS:1999:1352 — Pon. Alfonso Villagómez Rodil): «Se aporta infracción del artículo 1280-6º, párrafo último, del Código Civil, a fin de impugnar el documento privado aportado por la entidad demandante, que lleva fecha 24 de julio de 1989 y que, al no estar firmado, actúa [sic] más bien como un proyecto de contrato [...]. Dice dicha recurrente que el documento de referencia carece de toda eficacia y no le obliga, pues, al ser su cuantía superior a las 1500 pts, debió constar por escrito, firmado por los contratantes interesados. La sentencia recurrida explica bien el alcance de dicho documento, que en sí no contiene una relación contractual vinculante, pero tampoco resulta plenamente inoperativo, ya que,

ambigüedades y dudas que incluso una detallada redacción escrita puede siempre engendrar, respecto a las cuales debería suplirse justamente con los artículos 1281 a 1289 CC.

En efecto, el Capítulo IV (del Libro IV) del CC, dedicado a establecer con vocación de generalidad las reglas de interpretación de los contratos, se abre con el artículo 1281, en el cual se establece inexorablemente que «[s]i los términos de un contrato son claros [...] se estará al sentido literal de sus cláusulas». En general, no puede no constatarse que todo el Capítulo IV¹⁵⁹ parece enfocado al cotejo de un clausulado escrito por medio del cual deslindar y hacer evidentes las reales intenciones de los contratantes. Ello se deduce de manera todavía más clara cuando se remite a un antecedente histórico como el artículo 990 del Proyecto de Código Civil de 1836, en base al cual: «todas las cláusulas de los contratos deben interpretarse las unas por las otras, dándoles el sentido que resulte del contexto de toda la escritura o documento»¹⁶⁰.

En este sentido, es indicativa la ubicación consecutiva de los artículos relativos a la forma y a la interpretación, así como el hecho que, en la base 20.^a, cuando se indica la necesidad de establecer en el articulado del Código Civil los «principios consagrados por las legislaciones modernas», se conjuntan en una cúpula gramatical la «forma e interpretación» de los contratos.

Partiendo de estos elementos, y para buscar una explicación satisfactoria al aparente contraste entre el (supuestamente) apodíctico artículo 1278 y todas las otras innegables referencias normativas explícitas a la forma escrita contenidas en el mismo CC, es probable que ello responda a la diferencia de fondo entre, por un lado, la prueba de la existencia de un vínculo contractual y, por el otro, la prueba necesaria a fundamentar una pretensión procesal de condena a su contenido obligatorio concreto. De hecho (en cierta disonancia, en este aspecto, con el artículo 51 del Código de Comercio, que indica la insuficiencia de la sola declaración de testigos para probar la existencia de un contrato cuya cuantía excede de 1500 pesetas si no concurre con alguna otra prueba), es necesario recordar que el artículo 1248 CC llamaba los jueces a evitar que, en base a la mera coincidencia de algunos testigos, los litigios en materia de contratos que de ordinario constan en escrituras notariales, documentos privados o algún principio de prueba escrita

conforme hecho probado, que la recurrente llevó a cabo su ejecución, con lo que asumió la relación contractual proyectada [...]. De esta manera aunque no firmó el documento privado de referencia, lo asumió, ya que lo ejecutó, con la vinculación obligacional consecuente, por darse consentimiento tácito».

¹⁵⁹ A exclusión, quizás, del art. 1282 CC, el cual atribuye expresamente relevancia interpretativa a los *actos* coetáneos y posteriores de los contratantes.

¹⁶⁰ Vid. LASSO GAITÉ, t. IV, vol. II, ap. III, *Op. cit.*, pp. 89-320.

quedaran «definitivamente resueltos». Expresión, esta última, que parecería querer destacar la insuficiencia de ese medio de prueba para emitir una resolución de condena y no meramente declarativa (cfr. art. 5 LEC), como podría ser la que se limitara a declarar la existencia del contrato entre dos o más partes. También hay que recordar (una vez más) que la base 19 exige la constancia por escrito «para que pueda pedirse en juicio [el] cumplimiento o ejecución» de los contratos que superen cierto valor económico, no «para que pueda acreditarse su existencia».

Una cosa sería la declaración de la *existencia* de un contrato (la superación de la fase de negociaciones con la prestación de un válido intercambio de consentimientos, entre dos o más partes, sobre un objeto y causa lícitos, ex arts. 1254 y 1261 CC), respecto a la cual podría teóricamente reconocerse plena libertad de prueba e incluso recurrir a un testigo cuando no se disponga de ningún otro medio de prueba jurídicamente más seguro como, por ejemplo, un principio de prueba escrita, y otra muy distinta sería pretender, en base a ello, la obtención de una condena *inter partes* fundada en el eventual incumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato de cierta envergadura económica, no pudiendo un litigio sobre el mismo quedar definitivamente resuelto en ausencia del medio de prueba documental idóneo para deslindar, en cada caso, su exacto contenido obligatorio con un mínimo de seguridad jurídica. Todo esto no entraría en contradicción, sino que, *a contrario*, podría entenderse avalado por la argumentación contenida en la STS del 03 de febrero de 1987, en la cual se ha afirmado:

«[L]a doctrina de esta Sala tiene establecido, de acuerdo con las normas de los artículos 1278 y 1279 del Código Civil que las del artículo 1280, no comportan la exigencia de formalidades *ad solemnitatem*, sino tal solo *ad probationem*, de suerte que el juzgador de instancia, puede pronunciar la existencia de un contrato, es decir que reúna los requisitos del artículo 1261 de dicho cuerpo legal, sin que imperiosamente tenga que basarse en una constatación escrita [...]»¹⁶¹.

Una cosa sería la posibilidad abstracta de pedir (solo) el reconocimiento judicial — meramente declarativo — de la *existencia* de un vínculo contractual (de su averiguación «histórica»); otra bien distinta sería la consecuente obtención de una efectiva sentencia de condena *inter partes* fundada en el incumplimiento (o parcial o inexacto cumplimiento, ex art. 1101 CC) de un contenido obligatorio concreto cuando dicha pretensión se plantee desprovista de un medio de prueba documental idóneo para determi-

¹⁶¹ ECLI:ES:TS:1987:640 (Ponente: Matías Malpica González Elipe).

nar con suficiente seguridad los exactos términos del convenio devenido litigioso (en este sentido, *cfr.* la STS del 17 de diciembre de 2001¹⁶²).

En resumen, debería cuestionarse la concepción teórica generalizada en base a la cual el principio antiformalista expresado en el artículo 1278 CC se extendería no solo a la plena libertad de forma a la hora de entender válidamente concluido un contrato, sino a la plena libertad para su prueba. Por el contrario, al reconocer el auténtico significado normativo del último apartado del artículo 1280 CC, cuando el objeto litigioso supere el umbral económico que hoy se decida fijar para adaptar el de 1500 pesetas a la realidad social del tiempo (ex art. 3 CC), debería entenderse inexcusable la aportación con la demanda de, al menos, algún «principio de prueba escrita», sin que pueda imposibilitarse la aplicación del mandato normativo contenido del artículo 1280.II con la excusa del desfase del valor nominal indicado en su momento por el legislador decimonónico, debiendo prodigarse el intérprete para encontrar otro más ajustado al contexto que permita dar cumplimiento al espíritu y finalidad del referido precepto¹⁶³. Además, debería poder predicable sin excesivos obstáculos que, cuando determinadas pre-

¹⁶² ECLI:ES:TS:2001:9922 (Ponente: José Almagro Nosete): «La plasmación [...] de un contrato de compraventa de tanto relieve económico, en el pequeño papel en que figura, ha de ser calificada, como inusual y contraria a la observación constante de las relaciones contractuales y compromisos creadores de obligaciones para las partes intervenientes. La atipicidad del escrito se revela por su formato [...] por lo que no se alcanza a comprender que una operación de tamaña complejidad, no fuera recogida en escritura pública o, al menos, en documento de mayor credibilidad, por los variados compromisos obligacionales que había de arrastrar forzosamente».

¹⁶³ En efecto, para tener una razonable relevancia práctica que no contradiga la originaria *ratio* normativa, hoy el contenido del precepto debería adaptarse e interpretarse «según la realidad social del tiempo» en que ha de ser aplicado (ex art. 3 CC) modificando ese valor nominal originario por considerar que las 1500 pesetas a las que se refiere hoy corresponderían a apenas 9 euros; *Cfr* LASARTE, *Op. cit.*, p. 46: «En el momento de publicación del Código, la citada cantidad representaba una cifra dineraria importante; transcurrido más de un siglo, el mantenimiento de la misma cantidad la hace prácticamente intranscendente, pues difícilmente alcanza para comprar un juguetito cualquiera». Ahora bien, parece un tanto descompensado al alza el importe de 10 000 euros establecido en el artículo 1240.III de la *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos* elaborada en 2009 por la Sección De Derecho Civil de la Comisión General de Codificación (disponible en: https://www.mjjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/1292430960594-Propuesta_para_la_modernizacion_del_Derecho_de_ obligaciones_y_contratos._Año_2009.PDF). Quizá, sin incurrir en excesivas complicaciones, la referencia literal a 1500 pesetas se podría convertir *tout court* a 1500 euros, un importe en absoluto deleznable. De hecho, es el importe fijado por el legislador francés respecto al vigente artículo 1359 del *Code*, en base al cual: «*L'acte juridique portant sur une somme ou une valeur excédant un montant fixé par décret doit être prouvé par écrit sous signature privée ou authentique [...]*» (disponible en: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000032042311); habiéndose establecido con el *Decret 2016-1278* del 29.09.2016 que: «*La somme ou la valeur visée à l'article 1359 du code civil est fixée à 1 500 euros. [...]*» (disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/LEGIARTI000033202239/#LEGIARTI000033202239>).

tensiones no vengan acompañadas de una prueba documental usual y adecuada (no solo un «principio de prueba por escrito»), esa deficiencia probatoria debería impedir que, confiándose todo a la «sana crítica» del juez y sujetándose en cualquier otro medio de prueba, como una testifical, pueda llegar a fundentarse una decisión de condena en base a la cual «queden definitivamente resueltos ... [el] cumplimiento o ejecución [de un] contrato». Ahora bien, en aras de equilibrar el principio de seguridad jurídica con el derecho a la tutela judicial efectiva (ex art. 24 CE), podría considerarse exonerada la parte que demostraría haber compelido (expresa e infructuosamente) la otra para su obtención o que, en cualquier caso, pueda demostrar que dicha carencia probatoria respondería a caso fortuito o fuerza mayor¹⁶⁴. Todo ello a la vista de las enormes posibilidades técnicas actualmente disponibles para la ágil obtención —incluso unilateral— de «resguardos ostensibles» de indubitable valor probatorio respecto a la celebración «informal» de un contrato y su contenido obligatorio (a modo de ejemplo, la transcripción notarial de las conversaciones mantenidas por medio de aplicaciones de mensajería instantánea¹⁶⁵).

No parece que las argumentaciones hasta aquí apuntadas, favorables a un replanteamiento global del valor imperativo (cuando menos *ad probationem*) de la forma escrita en materia de contratos, sean desorbitadas o reflejen un «peligro» para la libre contratación. Al contrario, representarían una garantía y hasta un impulso para favorecer un desarrollo más eficiente de la misma, recuperando la necesaria consonancia del CC con las auténticas aspiraciones contenidas en la vigente Ley de Bases (en particular, la base 19) y poniendo al centro de los esfuerzos interpretativos el superior principio constitucional de seguridad jurídica ya citado.

¹⁶⁴ Cfr. el artículo 2184 del Proyecto de 1836, en base al cual: «En ningún caso en que la ley exija la escritura pública o privada para acreditar las obligaciones contraídas, tendrá valor la prueba de los testigos, a menos que se justifique la pérdida del documento ocurrida por caso fortuito, o que el acreedor no hubiere podido conseguirlo del deudor»; y, sucesivamente, el artículo 1224 del Proyecto de 1851: «También se exceptúa el caso en que no haya sido posible al acreedor obtener una prueba instrumental de la obligación. Esta excepción tiene lugar: 1.º En las obligaciones que se contraen, sin convención señalada en el título 21 de este libro. 2.º En los depósitos necesarios, de que se trata en los artículos 1686 y 1689. 3.º En las obligaciones contraídas en casos de incidentes imprevistos, en que no se hubiera podido extender documento*. 4.º En el caso de haber perdido el acreedor el documento que le servía de título, a consecuencia de un caso fortuito o que provenga de una fuerza mayor». (*Los actos u omisiones que sean fuente de responsabilidad extracontractual, donde el testimonio sí es usualmente la prueba estelar).

¹⁶⁵ *Passim* RIPOLL SOLER, *Rev. Boliv. de Derecho*, 2015, pp. 404-425.

V. CONCLUSIONES (CON UNA PROPUESTA DE *LEGE FERENDA*)

Abordando el objeto del análisis desde una óptica de sociología del Derecho, no parece tan extravagante ni descabellado afirmar que (a diferencia de lo que se sigue sosteniendo sin ambages entre «los juristas») cualquier ciudadano medio, cualquier *buen padre de familia*, cuando piensa en un contrato se refiere a un documento redactado y suscrito por los contratantes. En efecto, más que el Ordenamiento de Alcalá y el principio «espiritualista» en él supuestamente inaugurado, podría sostenerse sin miedo a una desmentida que sigue estando en boga el refrán «*verba volant, scripta manent*». Es pacífico que, en lugar del antiformalismo, hay señales incontrovertibles de un uso generalizado de las formas como nítido reflejo de unas difusas aspiraciones de mayor seguridad jurídica en la realidad del tráfico.

Considérese la enorme relevancia atribuida por la práctica totalidad de los sujetos a la escritura notarial en la compraventa de inmuebles (en particular, de viviendas), forma en teoría innecesaria para la validez y eficacia de los efectos obligatorios *inter partes* del contrato, pero dotada de tales ventajas (la inscripción en el Registro de la Propiedad y la oponibilidad *erga omnes* de ello derivada, así como el contextual efecto traslativo típico del negocio¹⁶⁶), que en la práctica hacen esencial su otorgamiento. También hay que pensar en el muy dilatado empleo de la (a menudo extensa y puntiñosa) redacción por escrito (privado) de los complejos y variables esquemas por medio de los cuales puede desenvolverse la autonomía de la voluntad. Una forma considerada casi irrenunciable cuando el valor del acuerdo tenga suficiente relevancia económica.

Incluso se podría llegar a sostener que la práctica totalidad de los sujetos, cuando se dispone a prestar su consentimiento sobre un esquema contractual de cierta relevancia económica, considera no solo conveniente sino necesaria la redacción escrita de un documento para entenderse eficazmente vinculado a un quehacer jurídico. Muestra de lo anterior es el hecho que, de manera coloquial, se habla de «firmar un contrato» identificando *de facto* el instrumento con su fin; esto es, identificando el escrito con el acuerdo jurídico

¹⁶⁶ La denominada «*traditio* simbólica», ex art. 1462 CC. En cierto modo, es curioso que, respecto al contrato de compraventa, en el ordenamiento jurídico español (que erige el consentimiento a elemento decisivo) la perfección puramente consensual del contrato no determina *per se* el efecto traslativo del dominio (su causa típica), sino que se limita a originar la obligación del vendedor de dar cumplimiento al *vestimentum* propio de los contratos reales: la *traditio* (cfr. art. 1461 CC).

en él reproducido y sublimando la idea de «contrato» en la de «documento» en el que queda redactado su contenido¹⁶⁷.

No es superfluo recordar que, pese a la superación del original modelo más formalista predisuelto en el Código de Comercio de 1829 y en el Proyecto de CC de 1851, también en el CC definitivo se mantuvieron numerosos preceptos en los cuales el legislador quiso (o tuvo que) reconocer expresamente un indubitable valor sustantivo a la forma escrita. Al margen de los artículos 632 *in fine* y 633 CC relativos a la donación¹⁶⁸ pueden citarse: el originario artículo 1321 CC¹⁶⁹ (hoy art. 1327 CC, tras la Ley 11/1981) sobre capitulaciones matrimoniales; el artículo 1628 CC sobre el censo enfitéutico; los artículos 1667 y 1668 CC sobre sociedades con aportación de bienes inmuebles; el artículo 1875 CC (en conexión con el art. 145 del Decreto 8 de febrero 1946, por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria¹⁷⁰), y el originario artículo 1793 CC¹⁷¹ sobre el contrato de seguro (*cfr.* el actual art. 5 de la Ley 50/1980 de Contrato de Seguro¹⁷²). Todas estas son dis-

¹⁶⁷ Llevadas a las extremas consecuencias, estas consideraciones podrían incluso abrir la puerta a unas atrevidas preguntas: si se tiene en cuenta la realidad actual del tráfico, junto al innegable «neoformalismo» que caracteriza la legislación moderna en materia de contratos, ¿podría entenderse producida la completa *desuetudo* del artículo 1278 CC y la correlativa consolidación de una costumbre *propter legem* (ex art. 1280 CC) acerca de la obligatoriedad legal de la documentación escrita de los contratos? Y, al hilo de lo anterior, ¿se podría ademá identificar dicha costumbre como notoria y generalizada exonerando así al interesado de la necesidad de su prueba en juicio (ex art. 281.4 LEC)? *Cfr.* CUEVILLAS SAYROL, 2004, p. 115: «[C]ualquier que sea la clase de norma jurídica, nacional o extranjera, escrita o consuetudinaria, su existencia, contenido y vigencia son siempre cuestión de hecho»; *ibidem*, p. 139: «Entendemos que, efectivamente, nada obsta a que pueda aplicarse la notoriedad en sede de derecho consuetudinario [...]. La doctrina se muestra asimismo mayoritariamente favorable a admitir la notoriedad en sede de costumbre. E incluso la jurisprudencia ha admitido en alguna ocasión la posibilidad de eximir de prueba la costumbre por notoriedad [citando la STS 27 de abril 1945]. Obviamente, para que la notoriedad produzca el efecto de eximir de prueba a la costumbre aplicable, debe tratarse de una notoriedad absoluta y general (art. 281.4 LEC) [...].»

¹⁶⁸ GORLA, *Op. cit.*, p. 118 (nota del traductor): «Es evidente que de estas disposiciones se desprende una importante limitación al principio consensual, que prácticamente viene a quedar excluido en materia de donaciones [...]. Con estas exigencias de forma, el Código viene a continuar dentro de la línea tradicional de la desconfianza frente a la donación que del Derecho romano había pasado al medieval y que no desapareció tampoco cuando el Ordenamiento de Alcalá introdujo en nuestro sistema el principio espiritualista [...].»

¹⁶⁹ «Las capitulaciones matrimoniales y las modificaciones que se hagan en ellas habrán de constar por escritura pública, otorgada antes de la celebración del matrimonio [...].»

¹⁷⁰ «Para que las hipotecas voluntarias queden válidamente establecidas se requiere: Primero. Que se hayan constituido en escritura pública [...].»

¹⁷¹ «El contrato de seguro deberá consignarse en documento público o privado, suscrito por los contratantes»; *Cfr.* PUIG BRUTAU, *Op. cit.*, p. 191: «La sentencia de 24 de febrero de 1927 afirma terminantemente que “para que tengan existencia legal y produzcan efectos jurídicos los contratos de seguro, no basta que vayan precedido de mero consentimiento... sino que es absolutamente indispensable que se hagan constar en documento público o privado [...]”».

¹⁷² En el cual se establece que: «El contrato de seguro y sus modificaciones o adiciones deberán ser formalizadas por escrito [...]; *Cfr.* respecto al «formalismo» o «consensualismo» del contrato de seguro, DURANY PICH, *ADC*, 1990, pp. 1321-1330

posiciones cuyo contenido normativo parece claramente dirigido a una más estricta exigencia legal de forma escrita *ad substantiam*¹⁷³, pese a que la doctrina y la jurisprudencia hayan procedido a matizar dicha conclusión¹⁷⁴ (o, en cualquier caso, a puntualizar que su previsión legal expresa se limitaría a representar la excepción que confirmaría *a contrario* la regla general de la plena libertad de forma¹⁷⁵). A mayor abundamiento, no puede obviarse que «tales reglas van en continuo aumento»¹⁷⁶, pues en las últimas décadas la tendencia hacia una siempre más apremiante vinculación a la forma escrita en materia de contratos se ha ampliamente consolidado a nivel positivo, en particular en la disciplina de la contratación de masa entre empresarios y consumidores, siendo «lugar común en la doctrina la afirmación según la cual se [estaría] ante un fenómeno de *neoformalismo contractual* [especialmente] relevante en el Derecho del consumo»^{177 178}.

De este modo, resultaría siempre menos arriesgado responder en sentido afirmativo a la pregunta sobre si, en la actualidad, cabe realmente hablar de libertad absoluta de forma en materia de con-

¹⁷³ GORLA, *Op. cit.*, p. 238: «[A]demás de la donación, hay otros muchos casos en los que se impone un requisito de forma bajo pena de nulidad [...] en los distintos códigos de *civil law*. Se trata muy a menudo de contratos que tienen por objeto la transmisión o la constitución de un derecho real inmobiliario o la cesión del goce de un inmueble durante cierto período de tiempo, etc. A estos se pueden añadir ciertos contratos de sociedad, los contratos de seguro [...] los contratos de adhesión y los contratos tipo [...].»

¹⁷⁴ *Vid.* SANTOS MORÓN, 2022, *Op. cit.*, p. 1230, y el sintético pero exhaustivo análisis que hace la autora respecto a dichos artículos: «[m]ientras que el carácter solemne de la donación [de bienes inmuebles, ex art. 633 CC] nunca ha ofrecido dudas, la naturaleza de la forma exigida para las capitulaciones matrimoniales era, por ejemplo, controvertida antes de la reforma de la Ley 11/1981, ya que el antiguo art. 1321 (a diferencia de lo que sucede en el actual art. 1327 CC) no preveía ninguna sanción para su inobservancia (SANTOS, 1996, pp. 87 y ss.). También ha suscitado dudas la interpretación del art. 1667, que exige escritura pública para el contrato de sociedad con aportación de inmuebles, habiéndose inclinado el TS, a partir de la S. de 2 diciembre 1902 (ROJ 31/1902) por negar que dicha forma sea requisito de validez. Se ha discutido si la forma exigida para el contrato de enfeusis tiene carácter *ad substantiam* (art. 1628), aunque la cuestión actualmente, dado lo inusual de dicho contrato, tiene escaso interés. En cuanto al contrato de hipoteca, no está claro si la necesidad de escritura pública a que alude el art. 1857 se refiere al propio contrato de hipoteca o al derecho real de hipoteca, en tanto presupuesto para su inscripción registral».

¹⁷⁵ En este sentido, ALBALADEJO, *Op. cit.* p. 345 (nota 2).

¹⁷⁶ GORLA, *Op. cit.*, p. 238

¹⁷⁷ ARROYO AMAYUELAS, *ADC*, 2008, p. 520.

¹⁷⁸ Esbozando unas escuetas referencias acerca de conceptos sobradamente conocidos, interesa recordar que la forma escrita tendría un primordial carácter de protección del consumidor en el proceso de contratación con el empresario para la reducción de las asimetrías informativas, siendo su manifestación más evidente el denominado «derecho de información» (que, si se piensa, no sería otra cosa que derecho a «obtener en forma escrita» la expresión de la voluntad del empresario para que sobre aquella pueda también «tomar forma» y manifestarse válidamente el consentimiento del consumidor). Junto a ello, la forma escrita respondería a típicas exigencias de seguridad jurídica, para acreditar *ex post*, con suficiente precisión y estabilidad en el tiempo, el contenido exacto de los compromisos concluidos entre adherente y predisponente.

tratos o si, por el contrario, el artículo 1278 habría conservado un valor meramente enfático¹⁷⁹.

Como se ha recordado en el breve *excursus* histórico arriba apuntado, la libertad de contratación del individuo según la regla «*solus consensus obligat*» (de matriz «naturalista») ya quedaba perfectamente reconocida en el artículo 1258 CC (en conexión con el art. 1261). En base a este, debería entenderse que (salvo para aquellos contratos que, de forma expresa, siguen requiriendo la forma escrita *ad substantiam* para su válida existencia), una vez producido el encuentro libre (no viciado y anulable, ex art. 1300) de consentimientos (incluso verbales) sobre un determinado contenido contractual obligatorio, los contratantes (y sus causahabientes) quedarían válidamente obligados a ello (cfr. arts. 1254 y 1257). Esto, a efectos prácticos, significaría que nadie podría invocar la falta de forma escrita como un defecto idóneo para declarar nulo (o inexistente) el acuerdo en cuestión y, de esta manera, impedir el efectivo cumplimiento de su contenido obligatorio *inter partes*. En base al artículo 1258, ni el juez de oficio ni la parte interesada ni sus causahabientes ni ningún tercero (por ejemplo: un acreedor, un fiador, un futuro legitimario o un alimentista) podrían aducir la nulidad absoluta (o inexistencia) de un contrato por el hecho de haber sido celebrado sin forma escrita y, así, ocasionar (cuando la ejecución del contrato ya hubiese empezado o terminado) los efectos restitutorios *ex tunc* conexos a la declaración de nulidad (ex art. 1303 CC). Ahora bien, el mismo artículo 1258 afirma la vinculación de las partes no solo al cumplimiento del pacto, «sino también a todas las consecuencias que, *según su naturaleza*, sean conforme a la buena fe, al uso y a la ley». Consecuencias entre las cuales bien pueden acomodarse las prudentes exigencias de forma expresadas en los artículos 1279 y 1280.

Al contrario, el artículo 1278 se acabó colocando en el CC definitivo como una especie de tótem redundante, sobre todo si se considera que su principal (o única) función acabaría siendo la de imposibilitar la interpretación y aplicación correcta (libre de ataduras dogmáticas) del contenido normativo establecido —hasta ahora en vano— en otras disposiciones aparentemente muy claras.

En conclusión, no parece desconsiderado sostener que la concepción dogmática consolidada acerca de una pretendida primacía absoluta reservada por el legislador al artículo 1278 CC no resultaría conforme a ninguno de los criterios hermenéuticos del artículo 3 CC: históricamente matizada y poco sentida en la actual realidad social, esa interpretación no parecería sujetarse de manera

¹⁷⁹ *Vid. LASARTE, Op. cit.*, p. 43.

indubitable en ningún dato positivo trascendente, sobre todo en consideración de las numerosas disposiciones que, de forma más o menos intensa, atribuyen un claro valor normativo vinculante a la forma escrita en materia de contratos en un contexto de inequívoca evolución del conjunto del sistema normativo inspirada al superior principio constitucional de seguridad jurídica.

Objetivamente, el único «punto de fuerza» de esa concepción tradicional parecería estar representado por una doctrina jurisprudencial vinculada a sus precedentes. A pesar de esto, debe subrayarse que este elemento tampoco puede representar un factor decisivo para impedir un necesario cambio de enfoque a nivel interpretativo, pues el sistema jurídico español es un sistema normativista de *civil law* en el cual los jueces están sometidos en exclusiva al imperio de la ley (ex arts. 9.3 y 117.1 CE), no al precedente jurisprudencial, por lo que siempre debe tenerse presente que, como ha afirmado el Tribunal Constitucional, la «esclerotización» de la función judicial alrededor de una supuesta vinculación a los precedentes «[s]ería incompatible con el principio de seguridad jurídica que consagra el art. 9.3 de la C.E. o, al menos, entorpecería la necesaria evolución de la jurisprudencia» (*vid. STC 132/1997 del 15 de julio*¹⁸⁰).

En cualquier caso, a pesar de los esfuerzos interpretativos profusos, es innegable que la actual disciplina de la forma en materia de contratos cuenta con una redacción «ecléctica» o confusa¹⁸¹. Pues bien, la confusión es la peor enemiga para un código moderno entendido como un conjunto normativo sistemático con vocación de autosuficiencia que aspira a proporcionar certeza jurídica y evitar los arbitrios interpretativos, sobre todo en una materia «donde precisamente debería haber mayor fijeza y seguridad, para que todo el mundo pudiera calcular de antemano las consecuencias legales de sus actos»¹⁸². A tal propósito, téngase en cuenta que, siempre el Tribunal Constitucional, con la STC 234/2001 del 13 de diciembre¹⁸³, ha afirmado que:

«[...] la seguridad jurídica ha de ser entendida [...] como la claridad del legislador y no la confusión normativa (STC 46/1990, de 15 de marzo, FJ 4). En suma, [...] si en el Ordenamiento jurídico en que se insertan, y teniendo en cuenta las reglas de interpretación

¹⁸⁰ BOE núm. 187, de 6 de agosto de 1997, pp. 20-26.

¹⁸¹ *Cfr. a contrario* DE LOS MOZOS, *Op. cit.*, p. 763: «El Código civil regula la materia de una manera que, a primera vista, parece fragmentaria, pero más que un defecto de técnica legislativa del que no hay por qué culpar al Código, responde a un criterio sistemático, al aceptar el principio general de libertad de forma, en el artículo 1.278, rectificando, conforme a la Ley de Bases, los errores en que había incurrido el Proyecto de 1851».

¹⁸² HERMIDA LINARES, *Op. cit.*, p. 634

¹⁸³ BOE núm. 14, de 16 de enero de 2002, pp. 11-18.

admisibles en Derecho, el contenido o las omisiones de un texto normativo produjeran confusión o dudas que generaran en sus destinatarios una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos, podría concluirse que la norma infringe el principio de seguridad jurídica (SSTC 150/1990, de 4 de octubre, FJ 8; 142/1993, de 22 de abril, FJ 4; 212/1996, de 19 de diciembre, FJ 15; y 104/2000, de 13 de abril, FJ 7)».

Aplicando estas conclusiones al conjunto normativo en cuestión (arts. 1278 a 1280), respecto al requisito de forma escrita en materia contractual no puede no verse cómo las dificultades que notoriamente encuentra el intérprete, *a fortiori* se agudizan para cualquier ciudadano lego en derecho, el cual, a la hora de contratar y consultar la ley con el deseo de encontrar en ella un modelo de acción seguro para poder negociar y disponer de sus derechos e intereses, puede tener la neta sensación de una «incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos». Es por ello que, pese a auspiciar —*de lege data*— una renovada interpretación del conjunto de los referidos artículos más conforme a la actual realidad social del tráfico, no resulta del todo ocioso proponer —*de lege ferenda*— una reforma legislativa que, aun dejando inmutado el artículo 1278 CC, dote a los otros dos preceptos de una nueva redacción del siguiente tenor:

- Artículo 1279: «Si esta u otra ley exigiese el otorgamiento de escritura notarial para que todas las consecuencias propias de determinados contratos puedan ser oponibles a terceros, los contratantes quedarán recíprocamente obligados a llenar aquella forma desde que hubiese intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para la validez del contrato. En caso de incumplimiento voluntario de la anterior disposición, el contratante perjudicado dispondrá del plazo de caducidad de un año para poder actuar de conformidad a las previsiones del artículo 1124».
- Artículo 1280: «Para pedir en juicio el cumplimiento o ejecución de un contrato en que la cuantía de las prestaciones de uno o de los dos contratantes exceda de 1500 euros, a la demanda deberán necesariamente acompañarse los documentos idóneos a fundar la tutela judicial que se pretenda, o al menos un principio de prueba por escrito, salvo que su aportación se demuestre objetivamente imposible debido a caso fortuito o fuerza mayor».

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, Manuel: *Derecho Civil, tomo I: Introducción y parte general, vol. II: La relación, las cosas y los hechos jurídicos*, Barcelona, 1977.
- ALONSO PÉREZ, Mariano: «Ideal codificador, mentalidad bucólica y orden burgués en el Código Civil de 1889», en *Centenario del Código Civil: (1889-1899)*, vol. II, Madrid, 1990, pp. 17-50.
- ARROYO AMAYUELAS, Esther: «¿Qué es “forma” en el derecho contractual europeo de consumo?», *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXI, fas. 2, 2008, pp. 519-542.
- CAICOYA CORES, José Antonio: «Significado de la exigencia de forma del artículo 1.279 del Código Civil», *Anales de la Academia Maritense del Notariado*, tomo XXVII, 1987, pp. 185-216.
- CARRIÓN OL莫斯, Salvador: «Incumplimiento de la obligación de elevar a escritura pública y resolución del contrato. Comentario a la STS de 16 de septiembre de 2014», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 2, 2015, pp. 503-516.
- CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho Civil Español, Común y Foral, tomo III: Derecho de Obligaciones (La obligación y el contrato en general)*, Madrid, 15.^a ed., 1988.
- CUEVILLAS SAYROL, Jaume Alonso: *Las normas jurídicas como objeto de prueba: tratamiento del derecho extranjero y de la costumbre en el proceso civil español*, Valencia, 2004.
- DE ASSO Y DEL RÍO, Ignacio Jordán y DE MANUEL Y RODRÍGUEZ, Miguel: *El Ordenamiento de leyes que D. Alfonso XI hizo en las Cortes de Alcalá de Henares, el año de mil trescientos y quarenta y ocho / publicarlo con notas, y un discurso sobre el estado y condición de los judíos en España*, Madrid, 1774, disponible en: https://bibliotecadigital.jcyl.es/es/catalogo_imagenes/grupo.do?path=10072203.
- DE CASTRO, Federico: *El negocio jurídico*, reed. facsímil de la edición del I.N.E.J. de 1971, Madrid, 1985.
- DE COSSÍO, Alfonso: *Instituciones de Derecho Civil, tomo I: Parte General. Derecho de Obligaciones*, Madrid, 1975.
- DE LOS MOZOS, José: «La forma del negocio jurídico», *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXI, fas. 4, 1968, pp. 745-778.
- DURANY PICH, Salvador: «Oferta, consensualidad y voluntad unilateral en el contrato de seguro (Comentario a la sentencia TS de 2.2.1990)», *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLIII, fas. 4, 1990, pp. 1321-1330.
- GORLA, Gino: *Il contratto: problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, tomo I, Milano, 1954; Trad. Esp. de Ferrandís Vilella, José: *El contrato: problemas fundamentales tratados según el método comparativo y casuístico*, tomo I, Barcelona, 1959.
- HERMIDA LINARES, Mariano: «Interpretación de los artículos 1.278, 1.279 y 1.280 del Código Civil», *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, n.º 304, 1953, pp. 629-649.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Elementos de Derecho Civil, tomo II: Derecho de obligaciones, vol. II: Contrato y negocio jurídico “inter vivos”*, Barcelona, 1977.
- LASARTE, Carlos: *Principios de Derecho Civil, tomo III: Contratos*, Madrid, 19.^a ed., 2017.
- LASSO GAITÉ, Juan Francisco: *Crónica de la Codificación Española*, tomo IV, vols. I y II, Madrid, 1970.

- LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, Isidoro: «La seguridad jurídica del contrato», *Revis- ta de Derecho Notarial*, CXVI, 1982, pp. 37-126.
- LUNA SERRANO, Agustín: «Hacia el abandono de la mención de la causa en la conformación definitoria del contrato», *Cuadernos de derecho transnacio- nal*, II, 2, 2010, pp. 140-148.
- MANRESA NAVARRO, José María: *Comentarios al Código Civil Español*, tomo VIII, Madrid, 2.^a ed., 1907.
- MARRONE, Matteo: *Manuale di diritto privato romano*, Torino, 2004
- MESSINEO, Francesco: *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1948, Trad. Esp. de Fontanarossa, Sentís y Volterra: *Doctrina General del Contrato*, tomo I, Buenos Aires, 1952.
- MINGUÍJÓN, Salvador: *Historia del Derecho Español, cuaderno IX: Contrata- ción*, Zaragoza, 1924.
- MONTERO AROCA, Juan: «La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española y la oralidad», *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, n.^o 53, 2000, pp. 583-668.
- NUÑEZ LAGOS, Rafael: *La estipulación en las Partidas y el Ordenamiento de Alcalá*, Madrid, 1950.
- PADOA SCHIOPPA, Antonio: *Storia del diritto in Europa*, Bologna, 2.^a ed., 2019.
- PIERGIOVANNI, Vito: «La giustizia mercantile», en *Il diritto fra scoperta e crea- zione. Giudici e giuristi nella storia della giustizia civile. Atti del Convegno internazionale della Società italiana di storia del diritto*, Napoli, 18-20 otto- bre 2001, M. G. Di Renzo Villata (a cura di), Napoli, 2003, pp. 409-430.
- PRIETO CASTRO, Leonardo: *Derecho Procesal Civil, vol.I: Conceptos generales. Procesos declarativos. Recursos*, Madrid, 1973.
- PUIG BRUTAU, José: *Fundamentos de Derecho Civil, tomo II, vol. I: Doctrina general del contrato*, Barcelona, 1954.
- PUIG PEÑA, Federico: *Compendio de Derecho Civil Español, tomo III: Obliga- ciones y Contratos*, Pamplona, 2.^a ed., 1972.
- REGLERO CAMPOS, Fernando: «Comentario artículos 1278 y 1279», en *Comenta- rios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XVII, vol.1-B (Artículos 1261 a 1280 del Código Civil), ALBALADEJO Y DÍAZ ALABART (dir.), Madrid, 1993, pp. 621-750.
- «Comentario artículo 1280», en *Comentarios al Código Civil y Compilacio- nes Forales*, tomo XVII, vol.1-B, (Artículos 1261 a 1280 del Código Civil), ALBALADEJO Y DÍAZ ALABART (dir.), Madrid, 1993, pp. 750-771.
- RIAZA, Román y GARCÍA-GALLO, Alfonso: *Manual de la Historia del Derecho Español*, Madrid, 1935.
- RIPOLL SOLER, Antonio: «El acta notarial perfecta de comunicaciones por whats- app», *Revista Boliviana de Derecho*, n.^o 19, 2015, pp. 404-425.
- ROCA JUAN, Juan: «Sobre forma, prueba y documento (observaciones al artículo 1248 del Código Civil)», en *Centenario del Código Civil: (1889-1989)*, vol. II, Madrid, 1990, pp. 1806-1818.
- ROCA SASTRE, Ramón-María: *Estudios de Derecho Privado*, vol. I, Madrid, 1948
- SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe: *Estudios de Derecho Civil*, tomo IV, Madrid, 2.^a ed., 1899.
- SANTAMARÍA CRISTOBAL, José Luis: *Comentarios al Código Civil, tomo II (Artí- culos 1088 a final)*, Madrid, 1958.
- SANTOS MORÓN, María José: *La forma de los contratos en el Código Civil*, Madrid, 1996.

- «La forma del contrato en el Código Civil y en el Derecho actual», en *Estudio de Derecho de contratos*, ANTONIO MANUEL MORALES MORENO (dir.), EMI-LIO V. BLANCO MARTÍNEZ (coord.), Madrid, 2022, pp. 1227-1252.
- SAVIGNY, Frederich: *Vom Beruf unserer Zeit für Gezelggebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1814; Trad. Esp. de Posada, Adolfo: *De la Vocación de nuestro Siglo para la Legislación y para la Ciencia del Derecho*, Granada, reed. 2008.
- SCAEVOLA, Mucius: *Código Civil Comentado*, tomo XX, Madrid, 2^a ed. rev. por MARÍN PÉREZ, 1958.
- TENELLA SILLANI, Chiara: «La riforma francese del diritto dei contratti e il destino della causa», en *Dialoghi con Guido Alpa: un volume offerto in occasione del suo 71. compleanno*, G. CONTE, A. FUSARO, A. SOMMA, V. ZENCOVICH (coord.), Roma, 2018, pp. 537-549.
- VERLANGA HUERTA, Fermín y MUÑIZ MIRANDA, Juan: *Concordancia entre el Código Civil Francés y los Códigos Civiles Estrangeros*, Madrid, 1847, disponible en: https://books.google.es/books?id=byrt-Zbb4CgC&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false