**TEMA 23. LA FORMA DEL NEGOCIO JURÍDICO. EXAMEN ESPECIAL DE LA FORMA DE LOS CONTRATOS: VALOR SUSTANTIVO DE LA ESCRITURA PÚBLICA. VICIOS DE FORMA: SUS EFECTOS. LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA. LA FORMA EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**

#### LA FORMA DEL NEGOCIO JURÍDICO

**CONCEPTO Y CLASES**. A) En sentido AMPLIO, la forma hace referencia al medio o vehículo por el que se declara la voluntad interna. Desde este punto de vista todos los negocios jurídicos son formales, ya que de algún modo la voluntad interna ha de ser exteriorizada.

B) En sentido TÉCNICO JURÍDICO, la forma es una solemnidad determinada que se exige bien para:

. la validez del negocio (forma ad substantiam).

. la obtención de ventajas (forma ad-probationem).

Esta terminología ha sido sustituida por la doctrina moderna, ya que como señala ROCA SASTRE la forma no se exige

- como requisito para crear por sí sola el negocio

- ni tampoco solo a efectos de prueba

Por ello dicho autor prefiere hablar de forma **AD-SOLEMNITATEM Y FORMA AD-UTILITATEM**.

En línea similar GONZÁLEZ PALOMINO diferencia entre forma de ser (cuando afecta a la validez) y forma de valer (cuando influye en la eficacia).

DE CASTRO, de forma minuciosa, distingue las siguientes clases:

Valor constitutivo o ad-substantiam (forma dat esse rei). Tiene lugar cuando la forma de lugar al negocio (sin necesidad de causa e incluso consentimiento), sistema que nunca se ha acogido en nuestro derecho. Pero si en la época arcaica de los contratos “re o verbis” -mancipatio y sponsio).

Valor integrador o ad-solemnitatem. La forma sea un requisito esencial para la validez del negocio, junto a otros.

Valor AD PROBATIONEM, positivo (cuando el negocio de que se trate sólo pueda probarse en la forma legalmente especificada) o negativo (cuando se excluya la posibilidad de probar ciertos negocios si se hace con unas formas determinadas).

Cabe citar la limitación en los medios de prueba que, importada del Code Napoleónico (aun vigente en Francia), existía en el Proyecto de 1851 y todavía en el art. 51 del Código de Comercio (*“...sin embargo, la declaración de testigos no será por sí sola bastante para probar la existencia de un contrato cuya cuantía exceda de 1.500 pesetas, a no concurrir con alguna otra prueba”*) o en el art. 1280 in fine.

AD PUBLICITATEM, facilitando la eficacia erga omnes de un negocio.

Otros valores de la forma (DE CASTRO), por ejemplo AD PRELATIONEM la prelación de créditos… o AD EXECUTIONEM (EP en art. 517 LEC).

Atendiendo al ORIGEN, se diferencia entra forma **LEGAL Y VOLUNTARIA,** impuesta por la ley o en virtud de un acuerdo de las partes respectivamente.

LEGAL. Existe una cierta corriente favorable a la imposición legal de determinadas formas con alcance limitado:

a) En Derecho de Familia y Sucesiones; al no admitirse los negocios atípicos, la eficacia del negocio se hace depender de que las partes se hayan ajustado al esquema legal del mismo.

b) Incluso en materia contractual, se observa una corriente formalista (forma escrita) en aras de una mayor certeza de los derechos, de la seguridad del tráfico y muy especialmente de la protección de los consumidores.

Art 80.1 “a” Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, presupone la forma escrita al exigir la “concreción, claridad y sencillez en la *redacción*, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual”.

VOLUNTARIA. Requiere, señala ALBALADEJO:

. Que el sujeto pueda disponer del negocio de que se trate.

. Que no sea contraria a las leyes, a la moral ni al orden público (1255). Por ello:

- Son nulos los pactos que pretenden suprimir una forma legalmente exigida o modificar las normas sobre la prueba, que tiene carácter imperativo.

- Es válido el acuerdo que exija una forma con carácter ad-solemnitatem o refuerce una forma exigida ad-utilitatem por la ley. Claro está, salvo disposición legal en contrario (art. 737.2)

Por último, atendiendo al MODO DE MANIFESTACIÓN, la forma puede ser **PÚBLICA o PRIVADA**, según intervengan (o no) un Notario o funcionario judicial o administrativo.

**FUNDAMENTO**. Ventajas de la forma (DIEZ PICAZO):

* Desde el punto de vista subjetivo, la forma es un despertador de la conciencia jurídica, por el efecto psicológico de vinculación que tiene entre las partes.

Las dificultades de la forma en la simulación, y en especial de la donación encubierta o de participaciones sociales (la STS 14 abril 2011 interpreta que la forma que impone el art. 106 TR LSC no es esencial sino “ad utilitatem”, reenviando así la cuestión al art. 632 Cc) son analizadas en tema 22

* Desde un punto de vista objetivo, provoca certidumbre:

. Asegura la prueba de la celebración, el contenido y las circunstancias objetivas y subjetivas del negocio (art. 1218, art. 319 LEC). En su caso, su legalidad (evitando nulidades negociales merced a la actuación de profesionales -vgr notarios-).

. Facilita su publicidad con la consecuente protección frente a terceros pues en los Registros Públicos rige el principio de titulación auténtica. Así, el RP (art. 3 LH y art. 5 RRM).

. Da fijeza al contenido, permitiendo su separación de los tratos preliminares.

. Aumenta la aptitud circulatoria de los derechos de crédito, especialmente patente en los títulos valores.

. otorga preferencias (art. 1924 Cc ***DI su punto 3º***)y operan como título ejecutivo (art. 517 LEC).

Sin embargo la forma acarrea también algunos inconvenientes, fundamentalmente:

. Los daños que los vicios de forma puedan acarrear a la parte inexperta.

. La incomodidad y entorpecimiento del tráfico jurídico.

Es misión de una buena política legislativa mantener en punto intermedio entre el excesivo ritualismo y la absoluta libertad de formas. En todo caso, advierte IHERING, que la solución no ha de ser una constante sino una variable que atienda a las especialidades de cada una de las instituciones y a la diversidad de contextos y pueblos.

**EVOLUCIÓN HISTÓRICA**

Los derecho primitivos eran eminentemente formalistas, pues no comprendían la fuerza obligatoria de la mera voluntad.

* En el **Derecho Romano** hubo una primera etapa de formalismo a la que corresponden la mancipatio, la sponsio y otros (vgr. los negocios per aes et libram, la in iure cessio y la stipulatio). Sin embargo, por un lado, las necesidades de agilidad en el comercio van debilitando dicho formalismo y, por otro, la vulgarización de la escritura conlleva la aparición de un medio de prueba práctico y simplificado de la celebración de negocios, haciendo inútil el antiguo simbolismo.
* Con la caída del Imperio Romano, si bien en un primer momento las **invasiones germánicas** suponen una regresión hacia el sistema formalista, en la Edad Media, por influencia del Derecho Canónico se configura el principio “**pacta sunt servanda**” que determina un sistema espiritualista.

En nuestro Derecho, aquel principio se consagra en el **Ordenamiento de Alcalá**, de 1348, determinando que “de cualquier forma y manera que el hombre se obligue, quede obligado”.

Sin embargo, dicho sistema conllevaba un serio peligro de inseguridad e incertidumbre que ha hecho surgir en los ordenamientos modernos una reacción a favor de la forma escrita. Se consagra así lo que denomina CASTÁN **sistema ecléctico**, en los que si bien como regla general basta la voluntad de los sujetos, excepcionalmente se exige:

* La entrega de la cosa objeto del negocio (negocios reales, categoría que algunos como PUIG BRUTAU o JORDANO ponen en tela de juicio por constituir reminiscencia de las obligationes ex re)
* Una forma determinada, ad validitatem o utilitatem.

**LA FORMA EN NUESTRO DERECHO ACTUAL**

Sin perjuicio del estudio detallado de la forma en cada uno de los negocios (REMISION) en líneas generales el ordenamiento español acoge el sistema ecléctico:

- El principio general es la libertad de formas, lo que se deduce de los arts. 1278 y sig. Cc los cuales, aunque dictados para los contratos, parece que pueden extenderse a todos los negocios jurídicos.

- Excepcionalmente, algunos negocios están sujetos a formas que se configuran como conditio sine qua non para su validez. REMISION. Destacan:

+ (**Personas)**:

La adquisición de la nacionalidad española por opción, carta de naturaleza o residencia (art. 23).

+ (F**amilia**), donde con carácter general domina el principio de solemnidad de formas:

* La celebración del matrimonio en forma civil exige la intervención del juez u otros del art. 58
* La adopción (que en la actualidad ha de constituirse por resolución judicial y no por escritura pública como se exigía antes de la reforma de 1987), 176
* La emancipación por quienes ejerzan la patria potestad (ex art. 317 ha de hacerse en EP o por comparecencia ante el juez encargado del Registro Civil) o por concesión judicial.
* El reconocimiento de un hijo no matrimonial (art. 120).
* Las capitulaciones matrimoniales han de constar en EP (art. 1327).

+ **Sucesiones**, donde también prima el derecho formalista, destacan:

* + El art. 687, en virtud del cual **Será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades respectivamente establecidas en este capítulo.**
  + La revocación de los testamentos (art. 738) habrá de hacerse con las mismas solemnidades que para testar.
  + La repudiación de la herencia, art. 1008 “***La repudiación de la herencia deberá hacerse ante Notario en instrumento público***”.
  + La aceptación a beneficio de inventario, ex art. 1011, deberá hacerse ante notario o por escrito ante el juez competente para conocer del juicio de testamentería o del abintestato.

#### EXAMEN ESPECIAL DE LA FORMA DE LOS CONTRATOS: VALOR SUSTANTIVO DE LA ESCRITURA PÚBLICA

en el ámbito de los contratos es donde se ha consagrado de manera casi absoluta la libertad de forma. Así resulta de:

Art. 1254 **El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio.**

Art. 1258 **Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.**

El art. 1261 no enumera dentro de los elementos esenciales del contrato la forma.

Art. 1278 **Los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez.**

Sin embargo, el art. 1280 señala que:

Deberán constar en documento público:

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

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

Las capitulaciones matrimoniales y sus modificaciones.

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

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

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

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

A pesar de los términos imperantes con los que se expresa el mencionado art, la práctica unanimidad de la doctrina y la jurisprudencia interpreta “deberán” como una mera facultad. Pues el TS tiene declarado reiteradamente que el artículo 1280 no modifica sino que complementa el artículo 1279:

Si la ley exigiere el otorgamiento de escritura u otra forma especial para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato, los contratantes podrán compelerse recíprocamente a llenar aquella forma desde que hubiese intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez.

Por tanto los contratos del art. 1280 existen y son eficaces desde que las partes prestan su consentimiento, cualquiera que sea la forma en que se realicen, sin perjuicio de que cualquiera de las partes pueda compeler a la otra a elevarlo en escritura pública para gozar de sus ventajas.

Observaciones:

* Las capitulaciones matrimoniales sí exigen, como antes vimos, EP (no ex art. 1280 sino por imperativo del 1327).
* En cuanto al poder para contraer matrimonio y el poder para pleitos (sea general o especial) por estar destinado a insertarse en procedimientos con solemnidades imperativas, considera MARESA que requieren también EP con carácter ad solemnitatem.
* En contra DÍEZ PICAZO (forma no constitutiva si bien en su ausencia el representante no pueda acreditar su condición ante terceros)
* Art 1008 (repudiación de la herencia). Parece que se trata de una forma ad solemnitatem.
* Para su acceso al RP, tras la reforma del art. 2.5 LH por la LAU, no es preciso que el arrendamiento de bienes inmuebles dure, como todavía dice el art. 1280.2, más de 6 años, sino que el Registro está abierto a todos los arrendamientos, con independencia de su duración. Disponiendo por su parte el art 1549 que, ***con relación a tercero no surtirán efecto los arrendamientos de bienes raíces que no se hallen debidamente inscritos en el Registro de la Propiedad***.

Los **CASOS EXCEPCIONALES EN LOS QUE NUESTRO ORDENAMIENTO EXIGE UNA FORMA AD SOLEMNITATEM** son fundamentalmente:

\* La donación que, ex arts. 632 y 633, exige la forma escrita o entrega simultánea de la cosa cuando sea mueble (incluso tratándose de participaciones sociales, según resulta de la STS 5 de enero de 2012 al afirmar que la forma del art. 106 LSC no es forma de valer) y escritura pública en caso de inmueble.

\* El censo enfitéutico (ex art. 1628 ha de constituirse en EP).

\* Art ***1667 La sociedad civil se podrá constituir en cualquier forma, salvo que se aportaren a ella bienes inmuebles o derechos reales, en cuyo caso será necesaria la escritura pública.*** ES UN CASO DISCUTIDO. La jurisprudencia considera que no es un requisito esencial sino para su *regularidad*.

+ En efecto, si bien el primer inciso del art. 1668 Cc (“***Es nulo el contrato de sociedad, siempre que se aporten bienes inmuebles, si no se hace un inventario de ellos, firmado por las partes, que deberá unirse a la escritura***”) hizo pensar a algún autor que la forma en este caso era “ad solemnitatem”, sin embargo el Tribunal Supremo (STS 2 de marzo 1989) afirma que su omisión determina que frente a terceros, la sociedad carezca de personalidad, pero entre los socios, el contrato produce sus efectos como sociedad irregular o de hecho.

+ Como especialidad, las sociedades CIVILES (las hay tb mercantiles) profesionales requieren de escritura pública e inscripción constitutiva en el Registro Mercantil (arts. 7 y 8 de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales).

\* La hipoteca:

* + La hipoteca sobre inmuebles exige escritura pública y, además, inscripción en el Registro de la Propiedad (art. 1875 CC y 145 LH).
  + La hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento, ex art. 3 LHMPSD 1954, han de constituirse en EP o póliza intervenida.

\* Respecto al derecho de superficie, el art. 53 TRLSRU 30 de octubre de 2015 dispone que “*para que el derecho de superficie quede válidamente constituido se requiere su formalización en escritura pública y la inscripción de ésta en el Registro de la Propiedad*”.

\* También la constitución del régimen de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles (art. 25 Ley 4/2012, de 6 de julio) requiere EP como forma de ser e inscripción en el Registro de la Propiedad (para unos inscripción obligatoria y para otros constitutiva). REMISION tema 41

Por el contrario, los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de producto vacacional de larga duración, de reventa o de intercambio, basta que se formalicen por escrito (art. 11 Ley 4/2012)

Además, requiere **FORMA ESCRITA**, aunque sea privado:

* + Contrato de **A**gencia. L 27 V 1992.
  + Arbitraje (Ley 23 de diciembre 2003- art. 9 ***El convenio arbitral deberá constar por escrito***)
  + Arrendamiento rústico.
  + CV de Bienes muebles a plazos (L 13 VII 1998. Artículo 6.1 Para la validez de los contratos sometidos a la presente Ley (contratos de venta a plazos de bienes muebles corporales no consumibles e identificables, contratos de préstamo destinados a facilitar su adquisición y garantías que se constituyan para asegurar el cumplimiento de las obligaciones nacidas de los mismos) será preciso que consten por escrito
  + Contrato de crédito al consumo. Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo
  + Contrato de edición (art. 58 y ss Ley de propiedad intelectual 12 IV 1996)
  + Contrato de seguro (Ley 8 de octubre de 1980).
  + Compraventa fuera de establecimiento mercantil (tanto la información a facilitar al consumidor como la copia del contrato firmado ha de dársele en papel o, si éste está de acuerdo, **en otro soporte duradero**). Art. 92 y ss LGDCU (RD Leg 1/2007, de 16 de noviembre)

Por último, cuando las partes, por mutuo acuerdo o en virtud de la facultad que les otorga el art. 1279, eleven a documento público un previo acuerdo perfecto y vinculante consignado verbalmente o por escrito privado:

. NUÑEZ LAGOS entiende que se produce una **RENOVATIO CONTRACTUS**, por lo que prevalecerá la escritura pública. Se basa el Art. 193 RN, del que resulta que las partes tienen que prestar un nuevo consentimiento ante el Notario

. En contra, GONZÁLEZ PALOMINO DE CASTRO y la jurisprudencia más reciente considera que, salvo voluntad expresa de novación, si bien el acuerdo privado no podrá perjudicar a los terceros que hayan confiado en la escritura pública, inter partes prevalecerá el acuerdo privado. Posición que encuentra su fundamento en el art. 1224 Cc:

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

#### VICIOS DE FORMA: SUS EFECTOS

Nuestro CC no contiene una regulación específica sobre los vicios de forma. De todo lo expuesto se llega a las siguientes conclusiones:

a) Cuando estamos ante simples **formas de valer o ad utilitatem**, su falta no afecta a la validez del negocio sino sólo a las utilidades que de ella se derivan, y las partes pueden compelerse a rellenar aquellas e, incluso, si la otra no lo hace voluntariamente, exigirlo judicialmente (art. 708 LEC):

Artículo 708. Condena a la emisión de una declaración de voluntad. CORTO

SI ESTUVIESEN PREDETERMINADOS LOS ELEMENTOS ESENCIALES

Cuando una resolución judicial o arbitral firme condene a emitir una declaración de voluntad, transcurrido el plazo de veinte días que establece el artículo 548 sin que haya sido emitida por el ejecutado, el Tribunal competente, por medio de auto, resolverá tener por emitida la declaración de voluntad, del negocio. Emitida la declaración, el ejecutante podrá pedir que el Secretario judicial responsable de la ejecución libre, con testimonio del auto, mandamiento de anotación o inscripción en el Registro o Registros que correspondan, según el contenido y objeto de la declaración de voluntad.

Lo anterior se entenderá sin perjuicio de la observancia de las normas civiles y mercantiles sobre forma y documentación de actos y negocios jurídicos.

Si, en los casos del apartado anterior, no estuviesen predeterminados algunos elementos no esenciales del negocio o contrato sobre el que deba recaer la declaración de voluntad, el tribunal, oídas las partes, los determinará en la propia resolución en que tenga por emitida la declaración, conforme a lo que sea usual en el mercado o en el tráfico jurídico.

SI NO ESTUVIESEN PREDETERMINADOS LOS ELEMENTOS ESENCIALES

Cuando la indeterminación afectase a elementos esenciales del negocio o contrato sobre el que debiere recaer la declaración de voluntad, si ésta no se emitiere por el condenado, procederá la ejecución por los daños y perjuicios causados al ejecutante, que se liquidarán con arreglo a los artículos 712 y siguientes.

b) Por el contrario, cuando **la forma es de ser o ad solemnitatem**, su falta determina la nulidad del negocio (cualquiera de las partes podrá ejercitar la acción de nulidad, vg. 633). Existen sin embargo matices:

\* 1862 Cc **La promesa de constituir prenda o hipoteca sólo produce acción personal entre los contratantes…**

\* La jurisprudencia priva de la acción de nulidad de un testamento a quienes expresa o tácitamente han reconocido su validez (Ss. 26 noviembre 1901).

Hay quien considera que en este caso se da una pérdida de la legitimación pero no propiamente una convalidación –convalescencia- u otra suerte de eficacia negocial.

\* Recuérdese lo antes dicho en relación a los arts. 1667 y 1668 Cc.

No hay que olvidar que en algunos supuestos cabe la **CONVERSIÓN** de un negocio nulo por falta de forma en otro distinto y perfectamente válido, si concurren los requisitos esenciales que éste último exige. Nuestro CC contempla dos supuestos:

- Art. 1223: **La escritura defectuosa, por incompetencia del Notario o por otra falta en la forma, tendrá el concepto de documento privado, si estuviese firmada por los otorgantes.**

- Art. 715: testamento cerrado ológrafo, si estuviera todo él escrito y firmado por el testador y tuviere las condiciones propias de este testamento.

+ En Cataluña, Mallorca y Menorca el testamento nulo por falta de institución de heredero, puede valer como codicilo (art 422-6 Libro IV 10 julio 2008).

Distinta de la conversión formal, por defecto de forma, es la conversión material.

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

* La donación nula, que puede valer como préstamo.
* La pignoración nula, que puede valer como derecho de retención, etc.

#### LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

El contrato celebrado por vía electrónica se define en el anexo de la ley de 11 de julio de 2002, de servicios de la sociedad de información, como aquel en el que la oferta y la aceptación se transmiten por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos conectados a una red de telecomunicaciones.

RÉGIMEN JURÍDICO. Arts. 23 a 29 de la Ley de 2002.

TÍTULO IV - Contratación por vía electrónica

Art 23. **VALIDEZ Y EFICACIA** de los contratos celebrados por vía electrónica.

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

Los contratos electrónicos se regirán por lo dispuesto en este Título, por los Códigos Civil y de Comercio y por las restantes normas civiles o mercantiles sobre contratos, en especial, las normas de protección de los consumidores y usuarios y de ordenación de la actividad comercial.

2. Para que sea válida la celebración de contratos por vía electrónica **no será necesario el previo acuerdo de las partes sobre la utilización de medios electrónicos**.

3. Siempre que la Ley exija que el contrato o cualquier información relacionada con el mismo conste **por escrito, este requisito se entenderá satisfecho** si el contrato o la información se contiene en un soporte electrónico.

4. **No** será de aplicación lo dispuesto en el presente Título a los contratos relativos al Derecho de **familia y sucesiones**.

**Los contratos, negocios o actos jurídicos en los que la Ley determine para su validez o para la producción de determinados efectos la forma documental pública, o que requieran por Ley la intervención de órganos jurisdiccionales, notarios, registradores de la propiedad y mercantiles o autoridades públicas, se regirán por su legislación específica**.

**MOMENTO DE SU PERFECCIÓN** Al no disponerse nada rigen los arts 1262 Cc y 54 Cco, modificados precisamente por la Ley de 11 de julio de 2002: **“… *En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos, hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación”.***

**SEGÚN TIEMPO** En el ámbito admtvo hay una norma especial, el art. 43LPACA (notificaciones a través de medios electrónicos): **Cuando la notificación por medios electrónicos sea de carácter obligatorio**, o haya sido expresamente elegida por el interesado, **se entenderá rechazada** cuando hayan **transcurrido diez días naturales desde la puesta a disposición** de la notificación sin que se acceda a su contenido.

Art. 24. **PRUEBA** Los contratos se sujetan a las reglas generales del ordenamiento jurídico y en su caso a lo establecido en el art. 3 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica. El soporte electrónico es reconocido como prueba documental.

De dicho art. 3 destacar:

- La distinción entre firma electrónica, firma electrónica avanzada (es la firma electrónica que permite identificar al firmante y detectar cualquier cambio ulterior de los datos firmados con un alto nivel de confianza) y firma electrónica reconocida (es la firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido y generada mediante un dispositivo seguro de creación de firma). Sus efectos varían: **solo la firma electrónica reconocida tiene el mismo valor que la firma manuscrita** en papel.

- **Un documento electrónico** (información de cualquier naturaleza en forma electrónica, archivada en un soporte electrónico) **puede tener la naturaleza** y ser soporte **de documento**s **SOLO LO QUE SIGUE EN NEGRITA**

**público**s *(documentos firmados electrónicamente por funcionarios que tengan legalmente atribuida la facultad de dar fe pública, judicial, notarial o administrativa, siempre que actúen en el ámbito de sus competencias con los requisitos exigidos por la ley en cada caso)*,

administrativos *(documentos expedidos y firmados electrónicamente por funcionarios o empleados públicos en el ejercicio de sus funciones públicas, conforme a su legislación específica)* y

privados

Dichos documentos electrónicos tendrán el valor y la eficacia jurídica que corresponda a su respectiva naturaleza.

Art. 25. Resulta posible además, de acuerdo con el art 25, la intervención de un **TERCERO DE CONFIANZA** que archive el documento electrónico por un tiempo no inferior a cinco años, si bien *“no podrá alterar ni sustituir las funciones que corresponde realizar a las personas facultadas con arreglo a Derecho para dar fe pública”.*

Art 26. Para la determinación de la **LEY APLICABLE** a los contratos electrónicos se estará a lo dispuesto en las normas de Derecho internacional privado español.

Arts. 27 (Obligaciones **PREVIAS** a la contratación, destacando el amplio deber de información impuesto al prestador de servicios) y 28 (Información **POSTERIOR** a la celebración del contrato, destacando la obligación –salvo casos especiales- de confirmar la recepción de la aceptación). Estos arts contienen unas normas dirigidas preferentemente a la protección al consumidor.

Art. 29. Respecto al **LUGAR DE CELEBRACIÓN**, si interviene un consumidor se presume celebrado en el lugar en que éste tenga su residencia habitual, mientras que los celebrados entre empresarios o profesionales, en defecto de pacto, se presumen celebrados en el lugar en que esté establecido el prestador de servicios.

**ESTO que sigue SOLO MENCIONAR LA LEY 2001 (remisión a otros temas).**

*EN EL ÁMBITO NOTARIAL y REGISTRAL destaca la incorporación de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas a la seguridad jurídica preventiva mediante la* ***LEY DE 27 DE DICIEMBRE DE 2001****, en sus arts. 106 y ss.*

*Destacan:*

*(Art. 111)* ***Permite la formalización de negocios jurídicos a distancia por conducto electrónico entre dos o más notarios*** *bajo su firma electrónica avanzada. En esta misma línea, el art. 17 bis de la Ley del Notariado, introducido por la Ley de 27 de diciembre de 2001, establece que los* ***documentos públicos autorizados por Notario en soporte electrónico****, al igual que los autorizados sobre papel, gozan de fe pública y su contenido se presupone veraz e íntegro de acuerdo con lo dispuesto en esta u otras leyes*

*(Art. 110) Mediante el uso de la firma electrónica un notario o registrador de la propiedad, mercantil o de bienes muebles* ***podrán remitirse documentación*** *(documentos públicos notariales, comunicaciones, partes, declaraciones y autoliquidaciones tributarias, solicitudes o certificaciones)* ***entre sí o a las Administraciones públicas o a cualquier órgano jurisdiccional****, siempre en el ámbito de su respectiva competencia y por razón de su oficio.*

*De momento,* ***los notarios solo pueden remitir a los particulares copias simples electrónicas*** *(no copias autorizadas); y los registradores de la propiedad y mercantiles, notas simples informativas CONSULTA A TU PREPARADOR ESTO ULTIMO.*

#### LA FORMA EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. El art. 11, partiendo de la regla “locus regit actum” señala:

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

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

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

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

Este art. 11 es una norma general que se ve desplazada por algunas disposiciones específicas. Destacan:

. Arts. 49 y 50 (forma del matrimonio)

. Art. 9.6 (constitución de la tutela o instituciones de protección del incapaz)

. Art. 732 y ss (testamentos hechos en país extranjero)

Por otra parte, este art se encuentra superado en cuanto a lo que sigue:

**FORMA DE LOS CONTRATOS**

Se rige por el convenio de ROMA I (de 17 de junio de 2008, en el que por excepción no participa Dinamarca), que ha sustituido “en los Estados Miembros UE” al Convenio de Roma 1980.

Según el artículo 11 (“validez formal”) de dicho Reglamento ROMA I, en los contratos de **consumo** rige la ley del país en que tenga su residencia habitual el consumidor. En cuanto al resto, se contemplan distintos casos:

. Contrato que se celebra entre personas que se encuentren en el mismo país. El contrato será válido en cuanto a la forma si reúne los requisitos de forma de la ley que lo rija en cuanto al fondo en virtud del presente Reglamento o de la ley del país donde se haya celebrado.

. Contrato que se celebra entre personas que se encuentran en distintos países.

. Acto jurídico unilateral relativo a un contrato celebrado o por celebrar.

En todo caso se aplica la lex rei sitae a la forma de los contratos que tengan por objeto un dº real sobre un **bien inmueble** o su arrendamiento, cuando en virtud de dicha ley su aplicación sea independiente del país donde se celebre el contrato y de la ley que rija el contrato y no pueda excluirse mediante acuerdo.

**FORMA DE LOS TESTAMENTOS**

Se rige por el CONVENIO DE LA HAYA de 5 de octubre de 1961 sobre los Conflictos de Leyes en Materia de Forma de las Disposiciones Testamentarias (los testamentos están excluidos de Roma I –como tb antes de Roma 1980-).

Este convenio de 1961 se distingue de otros dos de la misma fecha, asimismo aplicables en materia de forma:

+ Convenio de 5 de octubre de 1961 Suprimiendo la Exigencia de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros (APOSTILLA)

+ Convenio sobre competencia de las Autoridades y la Ley aplicable en materia de protección de menores, hecho en La Haya el 5 de octubre de 1961.

Según su art. 1, la disposición testamentaria será válida en materia de forma si responde a la ley interna del lugar de otorgamiento, o la de nacionalidad, domicilio o residencia habitual, sea en el momento en que dispuso o en el de su fallecimiento. Respecto a los inmuebles también será válida la ley del lugar en que estén sitos.

Rige también el REGLAMENTO (UE) nº 650/2012 del Parlamento Europeo Y Del Consejo de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo, que declara subsistente y acoge el Convenio HAYA 1961.

*. En efecto, los Estados miembros que son partes contratantes en el Convenio de La Haya, de 5 de octubre de 1961, sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias, seguirán aplicando lo dispuesto en ese Convenio, en lugar del artículo 27 del presente Reglamento,* ***en lo que atañe a*** *la validez en materia de* ***forma de los testamentos y testamentos mancomunados*** *(art. 75).*

*. El art. 27 del Reglamento Sucesorio Europeo recoge, en cuanto a la forma de las disposiciones mortis causa en gral (aplicándolos tb a los pactos sucesorios), los mismos criterios que el Convenio Haya 1961*

Formas de los documentos extranjeros en lo relativo a su **RECONOCIMIENTO EN ESPAÑA y** en especial a su **ACCESO AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD**

Sin perjuicio de remisión a tema hipotecario, GRUPO NORMATIVO

En el ÁMBITO HIPOTECARIO

**Artículo 4 LH***. También se inscribirán en el Registro los títulos expresados en el artículo segundo, otorgados en país extranjero, que tengan fuerza en España con arreglo a las leyes,* ***y las ejecutorias pronunciadas por Tribunales extranjeros a que deba darse cumplimiento en España, con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Civil.***

*Y ello a salvo lo que para su respectivo ámbito disponen los Reglamentos:*

*. Bruselas I - Reglamento (UE) nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.*

*. Bruselas II - Reglamento del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental*

*Artículo 36 RH. Los documentos otorgados en territorio extranjero podrán ser inscritos si reúnen los requisitos exigidos por las normas de Derecho Internacional Privado, siempre que contengan la legalización y demás requisitos necesarios para su autenticidad en España.*

*Se exige cumplir el art 9 Cc (requisitos de capacidad), forma (art. 11), orden público (art. 12.3 Cc).* Sin perjuicio de su estudio en el tema 19 de Derecho hipotecario del programa señalar:

- La RDGRN 23 Febrero 2015, en referencia a poderes otorgados en el extranjero, ha afirmado *que para que un documento público extranjero pueda tener acceso al Registro de la Propiedad, debe cumplir los requisitos mínimos imprescindibles que caracterizan al documento público español (doctrinalmente,* “principio de equivalencia de formas”), lo que supone **fe de conocimiento y juicio de capacidad (basta que sea implícito**).

- El **principio de equivalencia**, ahora **“de efectos” o “funciones”**, aparece recogido en relación a los documentos públicos extranjeros en la LCJI:

. A la hora de tratar su ejecución (art. 56: *Los documentos públicos expedidos o autorizados por autoridades extranjeras serán ejecutables en España si lo son en su país de origen y no resultan contrarios al orden público. A efectos de su ejecutabilidad en España deberán tener al menos la misma o equivalente eficacia que los expedidos o autorizados por autoridades españolas), y*

. A la hora de su inscripción (art. 60, es preciso que la autoridad extranjera haya intervenido en la confección del documento desarrollando funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas en la materia de que se trate y surta los mismos o más próximos efectos en el país de origen)

*(sigue art. 36 RH) La observancia de las formas y solemnidades extranjeras y la aptitud y capacidad legal necesarias para el acto podrán acreditarse, entre otros medios, mediante aseveración o informe de un Notario o Cónsul español o de Diplomático, Cónsul o funcionario competente del país de la legislación que sea aplicable. Por los mismos medios podrá acreditarse la capacidad civil de los extranjeros que otorguen en territorio español documentos inscribibles.*

*El Registrador podrá, bajo su responsabilidad, prescindir de dichos medios si conociere suficientemente la legislación extranjera de que se trate, haciéndolo así constar en el asiento correspondiente.*

*La importante RDGRN de 20 de enero de 2011 en relación a este precepto realiza las siguientes afirmaciones:*

*. La enumeración del artículo* ***36.2 RH no tiene carácter taxativo****. Así, se emplea la expresión “entre otros medios”.*

*. El artículo 281.2 LEC (prueba del Derecho extranjero en cuanto a su contenido y vigencia) es también aplicable en sede de Derecho registral. Pero no en todo:* ***cuando resulte imposible determinar el contenido del Derecho extranjero****, no procede la aplicación subsidiaria de la Ley española sino que* ***debe denegarse la solicitud de inscripción****.*

**La STS 19 junio 2012**, MUY CRITICADA, **acepta que una EP de compraventa otorgada en Alemania puede causar inscripción en un Registro de la Propiedad en España**. Y ello por: **PUEDE SUPRIMIRSE LO QUE SIGUE**

*. existir “equivalencia de forma” entre un documento público notarial alemán (que tb implica fe de conocimiento y juicio de capacidad del otorgante) y otro español*

*. tener también valor traditorio (así interpreta el art. 1462 Cc nuestro TS, pese a que en Alemania la EP carezca per se de efectos traditorios)*

*. carecer de importancia a estos efectos el plus de control (el notario alemán no está en condiciones de emitir un juicio acerca de que el acto que autoriza es conforme al ordenamiento jurídico español) y garantía (asesoramiento, el Notario alemán no puede controlar telemáticamente el estado de cargas y titularidad de la finca en el Registro) que el notario español aporta frente al extranjero.* ***Se trata de no privar de eficacia práctica al art. 11 Roma I****.*

En el ÁMBITO PROCESAL

arts. **323 LEC** (eficacia probatoria) y 523 (eficacia ejecutiva).

EN TODO CASO

La Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica internacional en materia civil, **permite el reconocimiento incidental** (sin necesidad de exequatur) **por parte del Registrador de las resoluciones judiciales extranjeras** a efectos de practicar su inscripción (**art. 59 LCJI**).