

Universidad de Murcia. Facultad de Derecho.

Grado en Derecho

Derecho Civil I: Introducción y parte general

Curso 2024–2025 – Grupo I

Lección 12*

La forma del acto jurídico

Índice

1. La forma del acto jurídico	2
1.1. Ideas generales en torno a la forma	2
1.2. Distintos tipos de forma	3
2. El principio de libertad de forma y sus excepciones	4
2.1. El principio de libertad de forma	4
2.2. Las excepciones al principio de libertad de forma	7
2.2.1. Forma <i>ad solemnitatem</i>	7
2.2.2. La llamada forma <i>ad probationem</i>	9
2.3. La libertad de forma en los actos jurídicos no contractuales	11
3. Documentos públicos y privados	11
3.1. Documentos en general: Concepto	11
3.2. Documentos públicos	12
3.2.1. Concepto y clases	12
3.2.2. Examen especial de los documentos notariales	13
3.2.3. Efectos de los documentos públicos	14
3.3. Documentos privados	16
3.3.1. Concepto	16
3.3.2. La autenticidad del documento privado	16
3.3.3. Valor probatorio de los documentos privados	18
3.4. Documentos electrónicos y firma electrónica	18

* © Joaquín Ataz López, 2009–2024.

El presente texto ha sido confeccionado como material docente. Su última versión está específicamente adaptada para los alumnos del Grupo I del primer curso del Grado en Derecho en la Universidad de Murcia (Curso 2024–2025) . El autor autoriza la copia gratuita del mismo exclusivamente para el uso con finalidad docente, pero no su manipulación, modificación o comercialización de cualquier tipo. Asimismo se prohíben expresamente la distribución o comunicación pública de este texto sin autorización expresa del autor.

Nota Previa:

En este tema no se ha utilizado el código de colores que se emplea en los esquemas usados en las explicaciones en clase. Pero sí se han incluido hipervínculos a los textos legales citados, al menos en su primera mención. Además, se han incorporado enlaces que facilitan la navegación entre las distintas partes del documento, permitiendo saltar de un epígrafe a otro cuando se hace referencia entre ellos. Los hiperenlaces se muestran en color azul.

1. La forma del acto jurídico

1.1. Ideas generales en torno a la forma

Como ya se ha dicho en temas anteriores, para que haya una *declaración de voluntad* no basta con que alguien tenga cierta voluntad, sino que esa voluntad debe exteriorizarse de algún modo; debe declararse manifestándose al exterior, de tal manera que sus destinatarios puedan conocerla. Desde este punto de vista llamamos *forma de la declaración* a la manera en la que la voluntad se exterioriza.

Forma de la declaración de voluntad

Las formas de exteriorización de la voluntad pueden ser variadas y en principio se admiten todas (véase, no obstante, la pregunta 2.2). Así es posible que los autores del acto simplemente *digan* verbalmente lo que quieren (forma oral) o que lo expresen por escrito (forma escrita o documental) en documento privado o ante un notario o funcionario público, o que lo indiquen por signos o gestos, o lo den a entender de cualquier otra manera.

Desde este punto de vista *toda declaración de voluntad tiene alguna forma*; y por eso en ocasiones se dice que la forma es un elemento de los actos jurídicos, en el sentido de que siempre que hay un acto jurídico de naturaleza negocial (declaraciones de voluntad y actos similares), hay alguna forma. Pero en realidad, como un acto (o negocio) sin ninguna forma es impensable, más que un elemento del acto jurídico, puede decirse que la forma es la *vestidura exterior* del acto. Es mediante la forma como la voluntad se declara.

Junto a este sentido inicial del término «forma», en ocasiones se habla de *formalidades* para hacer referencia a ciertos requisitos que, además de la declaración de voluntad propiamente dicha, exige la ley para ciertos actos, como, por ejemplo, la inscripción en algún registro, o la obtención de algunas autorizaciones, o la necesidad de que la declaración se haga delante de ciertas personas, etc.

Forma y formalidades

Como las *formalidades* se exigen sólo a veces, y no siempre se exigen las mismas, no nos ocuparemos de ellas en esta lección, sino que se irán mencionando

conforme se vayan explicando los concretos actos para los que tales formalidades se exigen.

En ocasiones se utiliza el término *formalizar* para referirse al hecho de dar cierta forma concreta a un acto o negocio que ya tenía una forma previa. Como, por ejemplo, si el comprador y el vendedor, que ya manifestaron verbalmente su acuerdo en comprar y vender deciden ir al notario para *eleva su contrato a escritura pública*.

Formalización

En el lenguaje jurídico cotidiano se usa la expresión “*eleva a documento público*” para referirse al acto por el que un acuerdo privado (oral o escrito) adquiere el carácter de documento público al ser formalizado ante un notario o funcionario público. También se emplean a veces los verbos “otorgar” o “autorizar” un documento público. El documento lo *otorgan* las partes, y lo *autoriza* el notario o funcionario público que lo redacta.

En estos casos el acto que se formaliza ya tenía previamente alguna otra forma, lo que ocurre es que sus sujetos deciden darle una forma distinta que, normalmente, es más elaborada; lo que tiene sentido si se tiene en cuenta que aunque en principio todas las formas valen para que el negocio surta efectos, no todas ofrecen las mismas utilidades, sino que, dependiendo del negocio que sea, algunas formas resultan más apropiadas que otras, tal y como en seguida se verá.

1.2. Distintos tipos de forma

Son muchas las maneras (formas) en que se puede exteriorizar una voluntad, y no todas ellas ofrecen las mismas ventajas.

Se distingue principalmente entre:

Forma oral: Los sujetos del acto o negocio jurídico dicen expresa y verbalmente qué es lo que quieren. Tiene la ventaja de su inmediatez, y el inconveniente de que en ocasiones puede ser difícil probar que la voluntad se emitió, o incluso aunque se pueda probar que se declaró cierta voluntad, puede ser muy difícil probar exactamente qué fue lo que se dijo ya que de las palabras, una vez que han sido pronunciadas, no queda constancia sino en el recuerdo de quienes las escucharon (*verba volant*, se decía antiguamente; *las palabras se las lleva el viento*, se dice hoy en día). Por eso la forma oral es apropiada sólo para negocios muy simples. Pero en negocios con cierto nivel de complejidad casi nunca se usa esta forma.

Forma oral

A la forma oral se suelen asimilar otras formas, como la gestual, que tienen en común con aquella el hecho de que al no quedar constancia de lo que se dijo, sólo son adecuadas para declaraciones de voluntad muy simples.

Formas asimiladas a la oral

Forma escrita: En este caso la declaración de voluntad se hace constar por escrito, por lo que queda constancia de ella y resulta más fácil probar qué fue lo que se quiso. A esta forma se le llama también *documental* porque las declaraciones de voluntad se recogen en un documento que puede ser público o privado. En la pregunta 3 se explica qué se entiende por cada uno de ellos, y qué distintos efectos producen.

Forma escrita o documental

El hecho de que en un documento se puedan hacer constar todas las matizaciones y excepciones que se deseen, hace que la forma escrita sea la más adecuada para actos o negocios de cierto nivel de complejidad, que incluyan condiciones y demás estipulaciones específicas que requieran precisión, claridad y un registro duradero para evitar malentendidos y facilitar su interpretación ante posibles controversias.

A la declaración escrita se le suele equiparar la declaración oral en los casos en los que ésta haya sido registrada mediante algún instrumento de filmación, grabación o similar; pues en tal caso sería posible probar exactamente qué es lo que se dijo en la declaración, de modo similar a lo que ocurre cuando las declaraciones se recogen documentalmente.

Formas asimiladas a la escrita

2. El principio de libertad de forma y sus excepciones

2.1. El principio de libertad de forma

Se dice que un sistema jurídico es *formalista* cuando en él lo habitual es que para que un acto jurídico produzca efectos no baste con que sus sujetos manifiesten cuál es su voluntad, sino que se exige que esta voluntad se manifieste de cierta manera, o en cierto lugar, o pronunciando determinadas palabras rituales, o ante cierta autoridad concreta. Por el contrario, cuando en un ordenamiento jurídico se afirma, en general, que los actos jurídicos valen sea cual sea la forma en que se emita la voluntad, se dice que dicho sistema es *espiritualista*; nombre este que se usa por considerar que en los actos jurídicos la voluntad es la esencia (el espíritu), y la forma sólo la vestidura; de manera que si el acto vale siempre que haya voluntad, sea cual sea la forma, eso significa que se presta más atención a la esencia del acto, a su alma, que a su vestidura externa.

Formalismo y espiritualismo

Es corriente que los sistemas jurídicos primitivos tengan tendencia a ser formalistas. Incluso el Derecho romano, tan avanzado como era (en relación con los sistemas jurídicos de su época), resultaba formalista desde nuestro punto de vista actual, pues en negocios tales como la *mancipatio* había que pronunciar ciertas palabras sin las cuales el negocio no valía, y, con carácter general, las simples promesas de hacer algo se consideraban *nuda pacta* de las que no surgía ninguna obligación jurídicamente exigible.

El formalismo, se dice, no deja de ofrecer algunas ventajas. Fundamentalmente la de que otorga seguridad a las relaciones jurídicas, ya que cuando la ley exige una forma concreta, lo habitual es que se trate de una forma que facilite la prueba del acto. Pero además de esta mayor certeza, como normalmente

Ventajas e inconvenientes del formalismo

el cumplir con la forma exigida por la ley lleva cierto tiempo, se dice que el formalismo tiene la ventaja de que evita la realización de actos poco meditados. Si además la forma que la ley exige implica la intervención de un experto en Derecho (como puede ser, por ejemplo, un Notario), ello ayudará a que los negocios se redacten con mayor claridad y a que sea menos probable que incurran en algún defecto que pueda provocar su nulidad.

Pero frente a estas ventajas, hay que tener en cuenta que el formalismo priva al tráfico jurídico de la necesaria agilidad, y provoca un excesivo rigor en virtud del cual habría que declarar ineficaces numerosos actos, simplemente porque no se hicieron en la forma adecuada.

Por ello, ya en la baja edad media, con el renacer del comercio, y posiblemente por influencia del cristianismo, que resaltó el valor de la palabra dada y la repulsa moral de la mentira, empezó a penetrar la idea de que los actos jurídicos deben valer cualquiera que sea la forma en la que se hayan realizado. En el caso concreto del Derecho castellano, esta idea aparece ya reflejada en el Ordenamiento de Alcalá, texto legal promulgado por el Rey Alfonso XI en el siglo XIV (1384), en donde se proclamó: *“que sea valedera la obligación o el contrato que fueren fechos en cualquier manera que paresca que alguno se quiso obligar a otro”* (Tit. XVI, ley única).

La libertad de forma en nuestro Derecho histórico

Esta misma idea es la que hoy día proclama, para los contratos, el [artículo 1278 del Código civil](#), de acuerdo con el cual: *“Los contratos serán obligatorios cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado siempre que en ellos concurran las condiciones necesarias para su validez”*.

La libertad de forma en el CC: Art. 1278

Para entender bien este precepto legal hay que observar cómo en él se distingue entre la *forma de celebración del contrato* y las *condiciones necesarias para la validez de un contrato*. De la literalidad de la norma se desprende que la forma en que el contrato se celebró, no es una de las “condiciones necesarias para su validez”. O sea: la forma del contrato, como regla, no es requisito para la validez del mismo. Lo que, dicho con otras palabras, equivale a la afirmación de que rige el principio de libertad de forma, y el contrato vale, sea cual sea la forma en la que se haya realizado.

Nota: En la última lección del programa se desarrolla el concepto de validez, y su significado preciso. De momento, y hasta que estudiemos dicha lección, podemos entender la palabra validez en su sentido literal: “válido” es lo que “vale”, inválido lo que no vale; requisito de validez es el que tiene que concurrir para que un acto o negocio valgan. Por otra parte, lo que “no vale” no puede producir ningún efecto; y aunque hay algunos casos en los que un acto inválido puede producir ciertos efectos, esos casos son excepcionales y para entender bien este tema es mejor que prescindamos de ellos.

Este principio de libertad de forma no queda contradicho por el hecho de que, en ocasiones, la ley exija alguna forma concreta para ciertos actos, pues en tal caso, tal y como dice el [artículo 1279 del Código civil](#):

El art. 1279 CC

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.

El supuesto de hecho de esta norma consiste en que la ley exija “alguna forma especial”, y que haya tenido ya lugar “el consentimiento y demás requisitos necesarios para la validez”; en tal caso la consecuencia jurídica es la de que los intervinientes en dicho acto “podrán compelerse recíprocamente a llenar aquella forma”.

Obsérvese, por lo tanto, que:

1. Una vez más se vuelve a dar a entender que la forma no es requisito necesario para la validez de los contratos, ya que, igual que hacía el artículo 1278, se distingue entre la forma, por un lado, y “el consentimiento y demás *requisitos necesarios para la validez*” por otro, quedando claro, por lo tanto, que la forma no es uno de esos requisitos para la validez.
2. Incluso aunque la ley exija alguna forma concreta, tal exigencia no debe interpretarse en el sentido de que el contrato no vale sin dicha forma, sino que tal exigencia significa simplemente que las partes pueden exigirse, la una a la otra, que el contrato (o el negocio) se haga de esa forma.

Con un ejemplo del significado conjunto de estos dos artículos, se verá más claro lo que se quiere decir.

Ejemplo

Imaginemos que dos personas, verbalmente, realizan, por ejemplo, la compraventa de una vivienda y que el comprador quiere inscribir su adquisición en el Registro de la propiedad. En tal caso hay que tener en cuenta que:

- (a) Para inscribir en el Registro de la propiedad una adquisición, la ley exige que ésta conste en escritura pública ([art. 3 de la Ley Hipotecaria](#)).
- (b) El [artículo 1280.1º del Código civil](#) señala que los contratos dirigidos a transmitir un derecho real sobre un bien inmueble, deberán constar en escritura pública.
- (c) La compraventa, al ser contrato dirigido a provocar un cambio de propietario, puede ser considerada, a los efectos del artículo 1280.1º, un *contrato de transmisión* de un derecho real.

Pues bien: sumando todo lo anterior resulta que si el comprador quiere inscribir su adquisición en el Registro de la propiedad, y el vendedor se opone a que el contrato conste en escritura pública (por las razones que sean), el comprador podrá demandarle para exigirle que se haga la escritura pública, ya que el artículo 1280 CC así lo exige, y el artículo 1279 CC señala que cuando la ley exija alguna forma las partes podrán exigirse recíprocamente que tal forma se cumpla.

Es importante comprender que, para que este efecto se pueda producir, es decir, para que el comprador pueda demandar al vendedor y exigirle una escritura pública, previamente debemos admitir que la compraventa ya existía y reunía todos sus requisitos de validez, antes de la escritura pública; por lo que la posibilidad de exigir que se haga

una escritura pública, puede considerarse que es un efecto más de la compraventa. Pero si se considerara que la forma (escritura pública) es un requisito de validez, la compraventa, sin ella no podría valer ni producir ningún efecto; ni siquiera el de que una de las partes pudiera exigir de la otra, el cumplimiento de la forma ordenada por el artículo 1280 CC.

En el ejemplo anterior hemos mencionado el artículo 1280 del CC. En él se recogen una serie de actos jurídicos que según dicho precepto, “deben constar en documento público”, y su último párrafo exige documento privado para todo contrato en el que la cuantía de las prestaciones de uno o de los dos contratantes exceda de 1500 pesetas, lo que equivale a 9 euros.

El art. 1280 CC

El artículo 1280, por tanto, contiene unas exigencias formales que afectan a todos los contratos cuya cuantía supere los 9 euros; que son casi todos los contratos. Pero no hay que entender este artículo como si fuera una excepción al principio de libertad de forma que se establece en el artículo 1278, sino que hay que interpretarlo entendiendo que en los casos en los que el artículo 1280 exige cierta forma, no quiere decir que el acto en cuestión no valga si dicha forma no existe, sino que lo que significa es que en todos esos actos será de aplicación el artículo 1279 y las partes podrán *compelerse recíprocamente a llenar la forma* exigida por el artículo 1280.

En 1889, fecha de la redacción original del Código civil, 1500 pesetas era muchísimo dinero. Hoy es una cantidad ínfima. Por ello ha habido muchas propuestas para reformar el artículo 1280 CC incrementando la cuantía para la que se exige forma escrita. La última de estas propuestas tuvo lugar en 2023; fecha en la que la Comisión General de Codificación presentó una “Propuesta para la Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos”, en la que la cantidad a partir de la cual las partes pueden exigirse mutua y recíprocamente que el contrato se haga por escrito se eleva a 10 000 euros.

El Tribunal Supremo suele llamar «forma *ad probationem*» a las formas exigidas por el artículo 1280 CC. Sobre esta denominación y su significado, véase el epígrafe 2.2.2 de esta lección.

2.2. Las excepciones al principio de libertad de forma

2.2.1. Forma *ad solemnitatem*

Tal y como antes se señaló, el formalismo también tiene ciertas ventajas; de ahí que, aunque la regla general sea la de libertad de forma, esta regla tenga algunas excepciones. Es decir: hay casos en los que la ley expresamente señala que si cierto negocio no se hace con determinada forma, *no será válido*. En estos casos se habla de negocios solemnes, o formales, y a ese tipo de forma, que se exige de tal manera que, si no concurre, se entiende que el acto no es válido, se la llama *forma esencial* o *forma ad solemnitatem*, o *ad substantiam*, o *substantial*.

Forma ad solemnitatem

Todas estas denominaciones las podemos considerar como sinónimas; de ellas las más usadas por doctrina y jurisprudencia son las dos primeras.

Un ejemplo de forma *ad solemnitatem* lo tenemos en el [artículo 633 del Código civil](#), que empieza diciendo: “Para que sea válida la donación de cosa inmueble, ha de hacerse en escritura pública...”.

Ejemplo de forma *ad solemnitatem*

Obsérvese la diferencia entre este artículo y el antes citado artículo 1280: El artículo 1280 simplemente exige cierta forma para ciertos actos, pero no dice que si esa forma no se produce esos actos no vayan a ser válidos; por el contrario el artículo 633 exige, en la donación de cosas inmuebles, una forma concreta, indicando que sin esa forma la donación *no será válida*. Es decir: en la donación de bienes inmuebles, la escritura pública es un *requisito de validez*.

A los actos y negocios en los que la forma es requisito de validez y que están, por tanto, sometidos a forma esencial o *ad solemnitatem*, se les denomina *actos formales* o *actos solemnes*. En ellos, como la forma es un requisito esencial para la validez, mientras la forma exigida por la ley no se haya producido, se considera que el acto no existe todavía; y como no existe aún, no puede producir ningún efecto; ni siquiera el efecto propio del artículo 1279, es decir: no puede una de las partes exigirle a la otra que se cumpla la forma, porque el artículo 1279 sólo permite que esta exigencia se haga “desde que hubiere intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez”.

Actos solemnes

Por lo tanto, y a modo de resumen, cuando la ley impone cierta forma para un acto jurídico concreto, debemos siempre preguntarnos si la forma, en ese caso es o no requisito de validez:

Resumen: tipos de exigencias formales

- (a) Si la forma es requisito de validez, el acto no vale ni produce ningún efecto hasta que tal forma haya tenido lugar.
- (b) Pero si la forma no es requisito de validez, el acto ya vale, y podrá aplicarse el artículo 1279 CC que permite a cada una de las partes del mismo exigir de la otra la concreta forma señalada por la Ley.

Y para considerar que una exigencia formal establecida por la ley es requisito de validez es preciso que la propia ley así lo establezca haciendo depender claramente la validez del acto de la concurrencia de la forma.

De modo que si Ticio compra a Cayo verbalmente una vivienda, podrá exigirle que el contrato se formalice en escritura pública, pero si Cayo dona verbalmente a Sempronio un inmueble, éste no podrá exigir nada. Y la diferencia entre ambos casos se debe a que en materia de donación de inmuebles hay un artículo en el Código civil que expresamente afirma que ésta no vale si no se hace con escritura pública (el art. 633 CC), pero para la compraventa no hay ningún artículo que diga lo mismo, por lo que en ella se aplica el principio general de libertad de forma del art. 1278 CC.

Ejemplo: Compraventa versus donación de inmuebles

Tal y como se acaba de indicar, para considerar que un negocio está sometido a forma *ad solemnitatem* no basta con que la ley exija para él cierta forma, sino

Cómo indica la ley que la forma es esencial

que hace falta que quede claro que sin esa forma el negocio no vale, es decir: que sin la forma el negocio es nulo o inválido.

Que en un caso concreto la forma es requisito de validez lo puede indicar la ley de varias maneras:

- (a) Señalando expresamente que la forma se exige como requisito de validez. Ejemplos: Artículos 633 y 1327 del Código civil.
- (b) Indicando con claridad que, sin la forma, se producirá la nulidad. Ejemplo: artículo 1629 del Código civil.
- (c) o que, sin la forma, el acto no producirá efecto. Ejemplo, artículo 632-II del Código civil.

A veces aunque la ley no lo diga expresamente, se puede llegar a esa conclusión tras la interpretación de la norma (ej., art. 120.2º CC). Si bien, en principio habrá que pensar lo contrario, ya que del artículo 1278 del Código civil se deduce que, como regla general, en Derecho español la forma no es un requisito para la validez de los actos jurídicos.

Aunque en realidad el artículo 1278 se refiere exclusivamente a los contratos. En ellos no hay duda de que la regla es la de la libertad de forma. Pero en otro tipo de negocios jurídicos eso no está tan claro. En particular en el caso de los negocios en materia de Derecho de familia. Véase al respecto el epígrafe 2.3.

Debe por último advertirse que cuando se exige una forma *ad solemnitatem*, como, por ejemplo, un documento público, debe distinguirse lo que es la forma en cuanto requisito de validez, de lo que es el documento en cuanto objeto material existente. De manera que la destrucción o alteración del documento no afectará a la validez del negocio ya celebrado.

Requisito formal y realidad del documento

2.2.2. La llamada forma *ad probationem*

El Tribunal Supremo —y muchos autores— tienden a llamar «forma *ad probationem*» a las exigencias formales establecidas en la Ley que no constituyen requisito de validez para el acto de que se trate y no constituyen, por tanto, forma esencial. Esta denominación se usa, sobre todo, para hacer referencia a las exigencias formales establecidas por el artículo 1280 CC.

Uso de la expresión «forma *ad probationem*»

Sin embargo hablar de forma *ad probationem* en estos casos no parece muy adecuado, pues, en el sentido estricto de la palabra una exigencia formal *ad probationem* sería aquella que no siendo necesaria para la validez de un acto, sí lo es para poderlo probar en el sentido de que la Ley no admite que dicho acto se pruebe de otra manera.

Forma *ad probationem* en el sentido estricto de la palabra

La forma *ad probationem* propiamente dicha surgió en el Derecho francés previo a la codificación, donde, ante la desconfianza que provocaba la prueba

Origen de la forma *ad probationem*

testifical, se exigía que aquellos contratos que superaran cierta cuantía, sólo se pudieran probar en juicio si constaban por escrito. Esta idea pasó, pero sólo parcialmente, al artículo 1341 del Code (en su versión original), que señalaba que debería realizarse documentalmente cualquier acto que exceda “una suma o un valor fijados por decreto ... y no se admitirá ninguna prueba por testigos contra el contenido de dichos documentos”.

En la versión actual del Código francés la idea inicialmente reflejada por el artículo 1341 está recogida en el artículo 1359, de acuerdo con el cual “Un acto jurídico que tenga por objeto una suma o un valor superior a una cantidad fijada por decreto debe ser probado por escrito bajo firma privada o autenticada, salvo disposición legal en contrario...”

La base 19 del Código civil español probablemente pretendía establecer un sistema similar, pues literalmente afirma:

Forma *ad probationem* en el CC

Se fijarán, en fin, principios generales sobre la prueba de las obligaciones (...) fijando un máximo pasado el cual toda obligación (...) habrá de constar por escrito para que pueda pedirse en juicio su cumplimiento o ejecución.

Sin embargo, el texto final del Código no implementó esta idea. O la implementó defectuosamente, pues al incluir el artículo 1279 provocó que el artículo 1280 que establece forma escrita para todo contrato que supere la cuantía de 1500 pesetas, deba interpretarse en el sentido de que si el contrato no se hizo por escrito, no es que no pueda pedirse en juicio su cumplimiento, sino que las partes podrán recíprocamente compelerse a llenar aquella forma, para lo cual, es obvio, tendrán que probar que el contrato existía, y eso podrán hacerlo por prueba testifical, o por cualquier otra prueba.

No hay pues, en el Código civil español, supuestos en los que realmente se exija una *forma ad probationem*, es decir: una exigencia legal de forma que sin afectar a la validez del acto limite los medios legales para su prueba. Y, de hecho, parece bastante contradictorio que por un lado se diga que cierto acto es válido (pues la exigencia formal no afectaba a su validez) pero, de otro lado se afirme que no se puede exigir en juicio su cumplimiento porque, aunque sea válido, sólo se puede probar en juicio de cierta manera. Eso sería contradictorio y absurdo.

Aunque, como se acaba de decir, no hay en el Código civil auténticos supuestos de forma *ad probationem*, eso no significa que en Derecho español no exista en absoluto este tipo de forma. Probablemente el ejemplo que más se acerca a ella sea el del [artículo 51 del Código de Comercio](#), que prohíbe considerar probada una obligación mercantil de cuantía superior a 1500 pesetas (9 euros) sólo mediante prueba testifical.

2.3. La libertad de forma en los actos jurídicos no contractuales

Como se ha dicho antes, en Derecho español, el principio de libertad de forma se proclama en el artículo 1278, el cual se refiere exclusivamente a los contratos. Por ello algunos autores entienden que, si bien no hay duda de que este principio existe en materia contractual, es dudoso que exista en otro tipo de actos. Y como ejemplo se indica que en el ámbito sucesorio o familiar, la ley tiende a exigir formas *ad solemnitatem* con más frecuencia, y así es esencial la forma para:

- El matrimonio ([art. 73.3º CC](#)).
- El reconocimiento de filiación extramatrimonial ([art. 120.2º CC](#)).
- La emancipación por concesión paterna ([art. 241 CC](#)).
- Los testamentos ([art. 687 CC](#)).
- Las capitulaciones matrimoniales ([art. 1327 CC](#)).

es decir: se exige forma *ad solemnitatem* en los más importantes negocios del ámbito familiar y testamentario.

No obstante, aunque sea cierto que fuera del ámbito contractual hay más exigencia de formas solemnes; eso no quiere decir que no se aplique el principio de libertad de forma, sino solamente que en esos campos hay más excepciones. Pero el principio de libertad de forma se sigue aplicando en el sentido de que para que se declare la invalidez de un acto jurídico por falta de cierta forma, es preciso que una norma expresamente exija, para ese acto, dicha forma, y, además, lo haga de tal manera que pueda entenderse que la validez y eficacia del acto dependen de que la forma en cuestión concurra.

3. Documentos públicos y privados

Ya hemos visto que, en la práctica, para actos jurídicos de cierta entidad, lo habitual es que se escoja la forma escrita. Por ello a continuación vamos a estudiar qué es un documento público, qué es un documento privado, y qué distintos efectos producen unos y otros, especialmente en lo relativo al valor probatorio.

3.1. Documentos en general: Concepto

Empezaremos aclarando que aunque la noción de documento se suele referir exclusivamente a un *papel escrito*, en realidad desde el punto de vista jurídico la noción de documento es bastante más amplia, pues incluye cualquier objeto material que contenga información o manifestación de un hecho, pensamiento o voluntad, susceptible de ser percibido, almacenado, y utilizado como medio de prueba en un procedimiento jurídico.

Concepto de documento

Sus características son, por lo tanto:

- a. *Corporalidad o materialidad*; o sea: ha de tener un soporte físico o digital. Tradicionalmente ese soporte venía siendo sólo el papel, pero hoy se admiten también otros mecanismos que permiten que quede constancia del contenido tales como una cinta de vídeo, o un fichero informático con un texto o imagen, o una grabación de audio o vídeo.
- b. Aptitud para incorporar, conservar y transmitir una declaración de voluntad, o un relato de hechos, o, en general, cualquier dato que pueda tener relevancia jurídica.

El Código penal, en su [artículo 26](#) contiene una definición de documento que, aunque pensada sólo para el Derecho penal sirve en realidad para cualquier otra rama: «*todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica*».

Documentos en sentido jurídico son, por tanto, los escritos en papel, pero también los documentos electrónicos y los audiovisuales: Un *e-mail*, un *whatsapp* o SMS, una grabación de audio, una grabación de vídeo, un plano, etc.

3.2. Documentos públicos

3.2.1. Concepto y clases

De los documentos públicos se ocupan el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento civil. El primero proporciona una especie de definición —más bien una descripción— de lo que sean documentos públicos ([art. 1216 CC](#)), mientras que la Ley de Enjuiciamiento Civil lo que hace es dar un listado de clases de documentos públicos ([art. 317 LEC](#)).

Noción de documento público

De acuerdo con el artículo 1216 del Código civil: “*Son documentos públicos los autorizados por un Notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley*”. Se señalan, por tanto, dos clases de documentos públicos, los notariales y los demás (a los que se suele llamar administrativos y, a veces, judiciales, según quién sea el funcionario que los confeccione).

La Ley de Enjuiciamiento civil, por su parte, es algo más prolija, pues el artículo 317 distingue, no dos clases de documentos públicos, como hace el Código civil, sino 6 clases. Pero en realidad esas seis clases se pueden reducir a las dos mismas dos clases que menciona el Código civil.

Dejando de lado, por ahora, los documentos notariales, a los que nos referiremos en seguida, hay que señalar que cualquier documento confeccionado por un funcionario público, que sea *competente* para confeccionarlo, será documento público si el documento se ajusta a las especificaciones de la ley que regule ese tipo de documentos y la ley, en cuestión, señala que ese funcionario puede “dar fe”.

La expresión «dar fe» se usa en Derecho para referirse a la certificación o acreditación de la veracidad de un hecho, acto o documento por parte de un funcionario autorizado en el ámbito de su competencia. O sea: implica garantizar la autenticidad, legalidad o existencia de algo ante terceros, generando confianza en su validez jurídica.

Existen, pues, tantas clases de documentos públicos como tipos distintos de funcionarios. Por otra parte, como los funcionarios trabajan para la Administración pública, lo más corriente es que este tipo de documentos, a los que se suele llamar *administrativos*, se generen en el ámbito del Derecho público, siendo muy reducida su trascendencia para el Derecho privado.

Documentos administrativos y judiciales

Por el contrario los documentos judiciales tales como las sentencias, providencias, autos, apoderamientos *apud acta*... tienen gran importancia para cualquier rama del Derecho, incluyendo el Derecho privado. Los distintos tipos de documentos judiciales se estudian en Derecho procesal.

3.2.2. Examen especial de los documentos notariales

También son documentos públicos los notariales, y son estos documentos los que más relevancia tienen en el tráfico jurídico-privado.

La Ley del Notariado de 1862 señala, en su [artículo 1-I](#), que “El Notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales”. Es decir: el notario es un *fedatario público*: da fe de los actos que autoriza. Su actividad se rige por la Ley del Notariado, y por el Reglamento Notarial, de 1944.

La función notarial

Los notarios confeccionan varios tipos de documentos, a los que genéricamente se denomina “*instrumentos*”¹. Los más importantes son las escrituras y las actas²

Clases de documentos notariales

Escrituras: El [artículo 17.1-II de la Ley del Notariado](#), señala que “Las escrituras públicas tienen como contenido propio las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento, los contratos y los negocios jurídicos de todas clases”. Es decir: en la escritura el notario da fe de que, en su presencia, las partes de un negocio han manifestado el consentimiento al mismo, dejando constancia de exactamente en qué consintieron, quiénes lo hicieron y en qué fecha.

¹ En Latín «*instrumentum*» significa herramienta o medio. Ya en el Derecho romano se empezó a llamar «instrumentos» a los documentos escritos que eran una “herramienta” o “medio de prueba”. Esta denominación se consolidó en la Edad Media, pero ya no se refería a cualquier documento escrito, sino exclusivamente a los producidos por los Escribanos, que son los antecesores de los actuales Notarios.

² Junto con las escrituras y las actas, los notarios también intervienen *pólizas*.

La noción de *póliza* es bastante imprecisa y en parte responde a cierta tradición mercantil. Del reglamento notarial ([art. 144-III](#)) se desprende que se llama *póliza* a aquellos documentos que reflejan ciertos contratos del tráfico mercantil y financiero, como los préstamos bancarios, las pólizas de seguros...

Actas: Según el [artículo 17.1-VIII](#) de la misma ley, “Las actas notariales tienen como contenido la constatación de hechos o la percepción que de los mismos tenga el Notario, siempre que por su índole no puedan calificarse de actos y contratos, así como sus juicios o calificaciones”. Las actas sirven, por lo tanto, para que el notario certifique cierto hecho y así éste pueda probarse. El Reglamento notarial distingue entre numerosos tipos de acta: Actas de presencia, de referencia, de notoriedad, etc.

Merece la pena destacar cómo en los tipos básicos de documentos notariales, se refleja la distinción que hicimos en la lección 10 entre, de un lado, hechos jurídicos y actos jurídicos no negociales, que son objeto de acta, y negocios jurídicos o actos de naturaleza negocial, que en cuanto implican la manifestación del consentimiento, se reflejan en escrituras.

Tanto las escrituras como las actas las redacta el notario³. Las partes, previa acreditación de su identidad, firman ante el notario el documento original, al que se denomina *matriz*, el cual queda en poder del notario que lo guarda en su archivo —al que se denomina *protocolo*— para evitar posibles fraudes o alteraciones. Tras ello, si las partes quieren alguna copia, el notario se la facilita, certificando que esa copia es conforme con el original que él tiene guardado⁴.

Matriz, protocolo y copias

Todas estas garantías van dirigidas a impedir, o al menos dificultar, que una de las partes altere fraudulentamente el contenido de un documento notarial; lo cual es importante, porque sólo si estamos razonablemente seguros de que eso no se puede hacer, es posible dar a estos documentos un importante valor probatorio.

El protocolo de un notario no es un archivo público ni de libre acceso, sino más bien todo lo contrario: sólo el notario lo puede consultar ([art. 274 Reglamento notarial](#)), y sólo quienes demuestren un interés legítimo pueden solicitar una copia de los documentos allí almacenados ([art. 224.1 Reglamento notarial](#)).

3.2.3. Efectos de los documentos públicos

Las diferentes leyes otorgan a los documentos públicos distintos efectos,

Efectos variados

³ Tratándose de escrituras, aunque estas reflejan la voluntad de las partes —que son quienes las consienten— la redacción final es responsabilidad del notario quien, tal y como señala el [artículo 147-I del Reglamento notarial](#), deberá “indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico” la voluntad común de los otorgantes.

Hay aquí una diferencia importante, desde el punto de vista teórico, entre las escrituras y las pólizas: ambas pueden reflejar contratos, pero mientras las escrituras las redacta el notario, las pólizas las redactan las partes —normalmente una sola de ellas—. Pero en la práctica son muchas las escrituras que el Notario redacta *según minuta*, es decir: según un texto que le entregan las partes, por lo que la diferencia real práctica no es tan importante.

⁴ En la época en que se confeccionó el Código civil, las copias se hacían a mano, reescribiendo el documento, por lo que era corriente que se produjeran errores; de ahí que los artículos [1220](#) y [1221](#) del Código civil prevean expresamente la posibilidad de que la matriz y las copias no digan lo mismo, o de que varias copias difieran entre sí.

que en general no se entenderán hasta que se estudien ciertas instituciones, por lo que no tiene sentido mencionarlos aquí; basta con que se sepa que existen⁵.

Pero junto con esos efectos, que podemos llamar, particulares o especiales, los documentos públicos tienen un efecto común a todos ellos: se trata de su valor probatorio. Los documentos públicos “dan fe” de ciertas circunstancias, lo que significa que, cuando existe un documento público, las circunstancias de las que éste da fe, deben entenderse definitivamente probadas, a no ser que se demuestre la falsedad del documento —lo que constituye un grave delito— o el fraude cometido por el fedatario que lo redactó (otro delito, aún más grave).

Valor probatorio

Este valor probatorio de los documentos públicos viene recogido por los artículos 318 de la Ley de Enjuiciamiento civil y 1218 del Código civil. El primero se refiere al valor probatorio en los juicios civiles, el segundo se refiere al valor probatorio en general: en juicio y fuera de él.

De acuerdo con esta última norma “*Los documentos públicos hacen prueba, aun contra tercero del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste. También harán prueba contra los contratantes y sus causahabientes, en cuanto a las declaraciones que en ellos hubiesen hecho los primeros*”; lo que a su vez es casi lo mismo —aunque dicho con otras palabras— que afirma el art. 318 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Una lectura precipitada del artículo 1218 puede llevar a pensar que en él se está diferenciando la eficacia probatoria entre las partes y frente a terceros. Al menos eso es lo que literalmente dice. Pero un análisis más detenido, en el que se tenga además en cuenta cómo ha interpretado la jurisprudencia dicho precepto, muestra que, en realidad, no hay tanta diferencia de valor probatorio en uno y otro caso.

Frente a terceros: según el artículo 1218 sólo se entenderá probada la fecha, y “el hecho que motivó su otorgamiento”, expresión esta última que hay que entender de un modo diferente, según se trate de una escritura pública o de otro tipo de documento. En un acta notarial, por ejemplo, el hecho que motiva su otorgamiento es el hecho que el notario ha presenciado y que mediante el acta queda probado. Por el contrario, en una escritura pública, que contiene manifestaciones de las partes, decir que el documento sólo prueba “el hecho que motivó su otorgamiento” significa entender que lo que queda probado por el documento es que esas declaraciones se hicieron, efectivamente, por las partes; pero eso no significa que se deba entender probado que tales declaraciones fueran ciertas. Recuértese, al respecto, lo que en la lección anterior se explicó sobre los supuestos de discrepancia, consciente o inconsciente, entre voluntad interna y voluntad declarada: El documento público solo prueba que la declaración de voluntad se hizo; pero no que la voluntad declarada coincidiera con la interna.

⁵ No obstante, y a título de ejemplo, podemos mencionar los artículos 1462 y 1924 del Código civil, 3 de la Ley Hipotecaria, 517 de la Ley de Enjuiciamiento civil, etc.

Entre las partes: según el artículo 1218 el documento público da fe también de las declaraciones que en ellos se hubieran hecho. Esto a veces se ha entendido en el sentido de que se debe entender probado todo el contenido. Pero la jurisprudencia ha señalado que en realidad el 1218 sólo habla de las declaraciones, y por lo tanto tampoco aquí se considerará probada la veracidad de las mismas.

Es decir: aunque el artículo 1218 del Código parece querer establecer una diferencia de trato, en la práctica se entiende en ambos casos que lo que se prueba es lo mismo: la fecha, los intervinientes y el hecho que motivó su otorgamiento, el cual, tratándose de una escritura pública, incluye las declaraciones, pero no que estas fueran ciertas.

Además de lo señalado en el artículo 1218, el Código civil contiene varias normas adicionales en relación con la eficacia probatoria de los documentos públicos que en general están pensando en las escrituras, que es el tipo de documento público más corriente en el tráfico jurídico privado. Se trata de los siguientes preceptos:

Otras cuestiones relacionadas con la eficacia probatoria

Art. 1220: Establece que en caso de discrepancia entre la matriz y las copias de un documento público, prevalecerá siempre la matriz.

Arts. 1221 y 1222: Para el caso de que haya desaparecido la matriz (por incendio, inundación u otra catástrofe) y si existen discrepancias entre distintas copias, establece algunos criterios para determinar a qué copias hay que prestar más credibilidad.

Art. 1224: Se refiere al supuesto de que exista una discrepancia entre la escritura por la que se formaliza un acto, y el documento privado original en que se consignó dicho acto.

3.3. Documentos privados

3.3.1. Concepto

A diferencia de los documentos públicos, que son descritos por el Código civil y por la Ley de Enjuiciamiento civil, ninguna de estas leyes nos dice qué hay que entender por documento privado. Pero en general se entiende que documento privado es todo aquel documento que no sea público. E incluso un documento público defectuoso, en el que no se hayan respetado las solemnidades exigidas por la ley, hasta el punto de que no deba ser considerado “válido” en cuanto documento público, podrá ser considerado documento privado, si ha sido firmado por las partes ([art. 1223 CC](#)).

Concepto de documento privado

Un documento privado es, por tanto, aquel en el que los particulares reflejan por escrito o por otro procedimiento del que pueda quedar constancia (audio, vídeo, imagen), bien una o varias declaraciones de voluntad, bien ciertos hechos que más tarde pueden intentar ser probados mediante dicho documento.

3.3.2. La autenticidad del documento privado

A diferencia de los documentos públicos, los documentos privados no están rodeados de garantías dirigidas a impedir su alteración fraudulenta. Por lo tanto, en principio, del documento privado no podemos estar seguros ni de la fecha, ni de los autores, ni mucho menos del contenido.

Si quienes figuran como autores del documento, admiten serlo, entonces, en principio, el documento servirá para probar entre ellos su propio contenido, exactamente igual que si fuera un documento público, tal y como señala el [artículo 1225 del Código civil](#).

Admisión por las partes de la autenticidad

Ahora bien: si uno de los pretendidos autores del documento niega haber intervenido en él, o si ha fallecido ya, y no puede admitir o negar haber intervenido, el documento no se podrá tomar en consideración si primero no se determina su *autenticidad* es decir: que quienes figuran en él como declarantes, realmente realizaron dicha declaración de voluntad. Para esto se pueden usar distintos tipos de pruebas: pericial caligráfica, reconocimiento de firma por los herederos..., etc.

Otras formas de probar la autenticidad

En este punto hay que indicar que aunque a veces se piensa que un documento privado sin firma no vale, eso no es estrictamente cierto, pues la firma cumple distintas funciones en un documento:

Valor de la firma en los documentos privados

1. En ocasiones sirve para facilitar la prueba de la autoría de un documento, mediante un dibujo o garabato que sólo su autor sabe hacer, hasta el punto de que si alguien falsifica la firma, puede demostrarse, casi siempre, mediante una prueba pericial, si cierta firma ha sido o no realizada por cierta persona.

Al comprobar la autenticidad de una firma, los grafólogos no sólo comprueban el dibujo de la firma propiamente dicho, sino también otros aspectos tales como la intensidad del trazo, o el flujo del dibujo. En una firma en papel hecha con bolígrafo o pluma estilográfica esos aspectos son sencillos de medir. En una firma hecha con rotulador, o en una pantalla táctil, no pueden medirse bien, por lo que la precisión de la prueba pericial se ve reducida.

Cuando la firma cumple esta función, puede ser suplida por cualquier otro medio de prueba. Por ejemplo, si un documento se redactó a mano, aunque no haya sido firmado podemos saber, a partir de la letra con que fue escrito, si lo escribió o no cierta persona.

2. La firma también constituye a veces una señal de conformidad con el contenido del documento. Así, cuando durante las negociaciones para alcanzar un acuerdo se van redactando distintos borradores, aunque se pruebe que alguien fue el autor de uno de ellos, no puede entenderse aceptado hasta que haya sido firmado, pues en estos casos la firma equivale al visto bueno definitivo; al consentimiento.

Cuando la firma se usa en el primer sentido no es imprescindible; cuando se usa en el segundo sentido sí tiende a serlo.

3.3.3. Valor probatorio de los documentos privados

Una vez probada su autenticidad, señala el [artículo 1225 CC](#) que el documento privado tendrá el mismo valor que la escritura pública entre los que lo hubiesen suscrito y sus causahabientes.

Pero frente a terceros la regla es la de que el documento privado no prueba nada: ni la fecha, ni la autoría, ni mucho menos su contenido.

Esta regla tiene tres excepciones mencionadas en el [artículo 1227 CC](#). Se trata de tres supuestos en los que el documento privado hace prueba, incluso frente a terceros, de la fecha; por eso: como en estos casos el documento privado *da fe*, se dice que el documento se convierte en *fehaciente*. Los supuestos en los que así ocurre son, según el mencionado art. 1227 del Código civil, los siguientes:

Documentos
fehacientes privados

1. Cuando hubiesen sido incorporados o inscritos en un registro público,
2. cuando se entreguen a un funcionario público por razón de su oficio,
3. cuando fallezca alguno de sus autores.

La razón de ser de estas tres excepciones es clara: cuando sucede alguna de estas circunstancias, podemos estar seguros de que el documento ya existía en ese instante. Por eso la fecha de que estos documentos hacen prueba, no es la fecha que conste en el propio documento, sino la fecha en la que sucedió alguna de estas circunstancias que provocan la fehaciencia del documento privado.

Por otra parte, la afirmación de que —salvo en las excepciones que se acaban de ver— un documento privado no hace prueba frente a terceros no quiere decir sino que, a diferencia del documento público, que *hace fe* de ciertos hechos, el Juez no tiene por qué considerar probado un hecho que exclusivamente se justifique mediante un documento privado. Pero eso no quiere decir que el Juez no lo deba tomar en consideración en absoluto, sino que, como señala el [artículo 326-2-II de la Ley de Enjuiciamiento civil](#), el Juez debe valorar los documentos privados “conforme a las reglas de la sana crítica”.

3.4. Documentos electrónicos y firma electrónica

El auge de Internet y de las comunicaciones electrónicas lleva a que cada vez sea más habitual que los documentos se redacten electrónicamente.

Desde el punto de vista legal tan documentos son los hechos en papel como los documentos electrónicos que se puedan almacenar en algún tipo de soporte magnético, tal y como, por otra parte, expresamente admite el [artículo 23.3 de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información](#): “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”.

Pero aún así, si antes hemos señalado que un documento privado es fácilmente manipulable, un documento electrónico lo es todavía más, y por ello durante mucho tiempo hubo reticencias a su uso en el tráfico jurídico ordinario, y a su aceptación como prueba en Juicio.

Esta desconfianza se ha intentado solucionar mediante ciertos procedimientos de cifrado informático dirigidos a garantizar dos cosas:

- Que un documento no haya podido ser modificado desde que fue emitido. O mejor dicho: no es que el documento no se pueda modificar, sino que la modificación es inmediatamente detectada por el sistema.
- Que un documento ha sido emitido por cierta persona.

A los procedimientos informáticos dirigidos a ofrecer estas garantías, se les denomina *firma digital* o *firma electrónica* y su régimen legal se encuentra recogido no por una Ley española, sino por un Reglamento europeo de 2014. Se trata del [Reglamento \(UE\) 910/2014](#) relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas.

El artículo 25 del mencionado Reglamento se refiere a los efectos jurídicos de las firmas electrónicas:

Artículo 25: Efectos jurídicos de las firmas electrónicas:

1. *No se denegarán efectos jurídicos ni admisibilidad como prueba en procedimientos judiciales a una firma electrónica por el mero hecho de ser una firma electrónica, o porque no cumpla los requisitos de la firma electrónica cualificada.*
2. *Una firma electrónica cualificada tendrá un efecto jurídico equivalente al de una firma manuscrita.*
3. *(sin interés para nuestro tema).*

Las «firmas electrónicas cualificadas» a que se refiere este precepto son un tipo especial de firma electrónica que ofrece mayor seguridad. El Reglamento UE las diferencia de las que él mismo llama «firmas electrónicas» (sin ningún adjetivo adicional) y «firmas electrónicas avanzadas».