

EL ABUSO DE LAS FORMALIDADES AD SUBSTANTIAM EN LOS CONTRATOS SOLEMNES. COMENTARIO DEL VOTO 151-2008 DEL TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL, SECCIÓN SEGUNDA DE SAN JOSÉ

***Msc. Yuri López Casal
Juez del Tribunal de Puntarenas***

***Licda. Meylin Arguedas Chaves
Abogada litigante***

1. Introducción

La teoría general del contrato aborda el tema de la clasificación de los contratos con base en múltiples criterios. Uno de ellos es el de si determinado contrato requiere, como requisito de validez, el cumplimiento de determinadas formalidades (formalidades ad substantiam). De este modo, si el contrato requiere tales formalidades, se está en presencia de un contrato solemne. Ejemplo clásico de este tipo de contrato es la donación de inmuebles el cual, para que sea válido, exige que su celebración conste en escritura pública. La ausencia de tal formalidad produce la nulidad absoluta del negocio jurídico.

No obstante que tal criterio de clasificación de los contratos es claro y comprensible, la doctrina y jurisprudencia costarricenses no han tratado, hasta donde se tiene conocimiento, otra faceta muy importante del estudio de los contratos solemnes cual es el tema del abuso de las formalidades ad substantiam. Este tema representa, en el fondo, una aplicación del principio general de la buena fe y la prohibición

del abuso del derecho y trata de dar solución al problema que surge en los contratos solemnes cuando una de las partes del contrato sabe perfectamente que el negocio jurídico que celebró con la contraparte contractual es absolutamente nulo por ausencia de la formalidad correspondiente pero engaña o hace creer al otro contratante que el negocio sí es válido y que puede producir los efectos jurídicos deseados por las partes.

El Voto Número 151 de las 11:10 horas del 30 de mayo de 2008 del Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda de San José dio solución a un caso cuya base fáctica versó, desde nuestra perspectiva, sobre el tema del abuso de las formalidades ad substantiam en los contratos solemnes. Si bien el Tribunal dio la solución correcta al caso sometido a su conocimiento y decisión, también lo es que en ningún momento abordó el tema del presente ensayo. Por ello hemos decidido hacerlo nosotros, para lo cual expondremos el cuadro fáctico del caso y el tratamiento que, en el Derecho Civil alemán, se le ha dado al tema del abuso de las formalidades ad substantiam en los contratos solemnes.

2. El caso

La señora A y el señor B mantuvieron, durante muchos años, una relación sentimental, en cuya virtud, incluso, el señor B le daba ayuda económica a la señora A. Con base en esa relación afectiva, el señor B le manifiesta verbalmente a la señora A su deseo de donarle una finca inscrita en el Registro Público y también le promete que, en cuanto dejara listos unos documentos, formalizarían, por escrito, la donación. Antes de plasmar por escrito la donación, el señor B le hace entrega material de la finca a la señora A, razón por la cual ésta autoriza a su hermano, el señor C, para que ocupe la finca con el fin de que, mediante él, la señora B ejerza la posesión del inmueble. El señor C permanece en la finca durante doce años. La finca pertenecía a la sociedad anónima D, de la cual el señor B era su representante legal y único socio. El señor B, en su carácter ya mencionado de representante legal de la sociedad D, le traspasa la finca al señor E quien, según la señora A, es el hijo de crianza del señor B. La donación verbal celebrada entre la señora A y el señor B no se formalizó en escritura pública. Al enterarse del traspaso que, de la finca, hizo la sociedad D al señor E, la señora A demanda al señor B y al señor E con el fin de que se les condene a inscribir, a su nombre, en el Registro Público, la finca traspasada en virtud de que ella había creído en la palabra del señor B en cuanto éste le había donado la finca, al punto de que hasta le había hecho entrega material del terreno en cuestión.

3. El fallo de primera instancia

El señor Juez Civil de Mayor Cuantía de Limón dispuso declarar sin lugar en todos sus extremos la demanda interpuesta por la señora A contra el señor B y contra el señor E basado en el argumento de que la

donación verbal celebrada entre la señora A y el señor B era absolutamente nula por cuanto el objeto de dicho contrato solemne era un inmueble y respecto a este tipo de bien era absolutamente necesario que la donación se hubiera celebrado en escritura pública. Al estar ausente dicha formalidad *ad substantiam*, la donación inmobiliaria pactada entre la señora A y el señor B era absolutamente nula y, por consiguiente, a la señora A no le asistía la tutela jurídica necesaria (falta de derecho) para poder pretender, frente a los demandados B y E, la inscripción de la finca a su nombre en el Registro Público. Asimismo, el señor Juez de primera instancia condenó a la parte actora, la señora A, al pago de las costas personales y procesales del proceso.

4. Los agravios del recurso de apelación

La actora apeló el fallo de primera instancia con base en los siguientes agravios:

- 4.1. Sí se demostró que el demandado, el señor B, le donó la finca y eso quedó acreditado con la declaración de tres testigos y con la confesión en rebeldía del citado demandado.
- 4.2. Además de lo anterior, otro elemento que prueba la existencia del contrato de donación que hubo entre ella y el demandado B es el hecho de que el inmueble en cuestión haya permanecido ocupado durante más de doce años por el hermano de la actora, el señor C, quien se mantuvo en la finca, a petición de ella, por lo que la actora, a través de su hermano, ha ejercido la posesión del inmueble.
- 4.3. Contrario a lo expuesto por el señor Juez de primera instancia, sí se probó que el demandado B era el dueño de la finca

donada, puesto que es el representante legal de la sociedad propietaria de ese inmueble, sea la sociedad D y además su único socio y en esa medida podía disponer de esa propiedad, tal y como así lo hizo. Ilustrativo de esta situación es que el co-demandado B, en su condición de representante legal de la sociedad anónima D, fue quien le traspasó la finca objeto del litigio al señor E, quien es su hijo de crianza.

- 4.4. Finalmente, la actora alegó ser litigante de buena fe, pues creyó en la palabra que le dio el co-demandado B en el sentido de que éste le había prometido arreglar los papeles para donarle la finca y por ello pidió que se le exonerara del pago de las costas personales y procesales causadas.

5. La sentencia de segunda instancia

El Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda de San José, confirmó parcialmente la sentencia de origen, con base en los siguientes argumentos:

- 5.1. La sentencia de primera instancia es correcta porque el artículo 1397 del Código Civil claramente establece que “la donación verbal sólo se admite cuando ha habido tradición y cuando se trate de bienes muebles cuyo valor no pase de doscientos cincuenta colones”.
- 5.2. Nuestro ordenamiento jurídico no reconoce valor a la donación verbal con respecto a bienes inmuebles pues, en ese caso, es necesario que conste en escritura pública, de ahí que la prueba testimonial ni la confesión en rebeldía del co-demandado B sean eficaces para acreditar la donación que, según la actora, dicho demandado le hizo.

- 5.3. La buena o la mala fe con la que, aparentemente, hubiera actuado el co-demandado B en el ofrecimiento de la donación de la finca a la parte actora carece de relevancia para resolver este asunto, puesto que la promesa de donar no constituye una obligación desde el punto de vista jurídico así como tampoco tiene validez la donación verbal de un inmueble.

- 5.4. Contrario a lo manifestado por la actora, no se demostró que el co-demandado B fuera el dueño original de la finca ni que lo hubiera sido en el tiempo en el que, supuestamente, realizó la donación verbal del inmueble a la actora. Por el contrario, lo que quedó demostrado fue que la sociedad anónima D era la propietaria de la finca y a pesar de que el co-demandado B hubiera sido su representante legal y su único socio, jurídicamente no se puede afirmar que él sea el titular del inmueble en cuestión, pues se trata de sujetos de Derecho diferentes (persona física y persona jurídica).

- 5.5. Sí lleva razón la actora en cuanto su petición de revocatoria de la condena en costas dispuesta por el señor Juez A quo, debido a que sí es litigante de buena fe por los siguientes motivos:

- 5.5.1. Hubo una relación sentimental de muchos años entre ella y el señor B.
- 5.5.2. El co-demandado B, durante ese largo tiempo, le dio ayuda económica a la actora.
- 5.5.3. El co-demandado B le hizo entrega material de la finca a la que se refiere este asunto y por

ello fue que la actora autorizó a su hermano para que ocupara la finca, ocupación que se prolongó durante doce años.

Según el Tribunal Superior, las anteriores tres razones permiten concluir que la actora tenía motivos suficientes para creer que el co-demandado B le había donado el inmueble de este asunto y que él era su propietario.

6. El abuso de las formalidades ad substantiam en los contratos solemnes en el Derecho Civil alemán.

Un caso sorprendentemente similar al que centra su análisis el presente ensayo fue resuelto por el antiguo Tribunal Federal de Casación Civil alemán (Reichsgericht) durante la primera mitad del siglo XX. La doctrina civil alemana lo denomina el “**Edelmann-Fall**” (“El caso del hombre noble”) y en el ámbito universitario alemán reviste siempre obligado estudio y discusión, pues el “Edelmann-Fall” (RGZ 117, 121) representa la ocasión perfecta para meditar sobre cómo la ausencia de formalidades ad solemnitatem puede convertirse en hipótesis de las cuales emerge la figura del ejercicio abusivo del Derecho (**eine unzulässige Rechtsausübung**, parágrafo 242 del Código Civil alemán y artículo 22 del Código Civil costarricense), en el tanto y en el cuanto, por ejemplo, una parte contractual engañe o haga creer falsamente a su contraparte, que no se requiere determinada formalidad para que

el contrato sea válido y ante, por ejemplo, una demanda de ejecución forzosa de la prestación contractual, la parte que engañó o hizo creer falsamente a la otra sobre la innecesariedad de la formalidad en cuestión se refugia, dolosamente, en la ausencia de formalidades ad solemnitatem, para excepcionarse y negarse a cumplir lo pactado¹.

En tesis de principio, al igual que sucede en el Derecho Civil costarricense, el Derecho Civil alemán también estipula, en el parágrafo 125 párrafo 1 del Código Civil, que la inobservancia de la formalidad prevista por la ley (por ejemplo, escritura pública) acarrea la nulidad absoluta del negocio.

No obstante, ante casos como el que resolvió el Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda de San José, la doctrina alemana habla de la **superación de la necesidad de formalidades del negocio** con base en el principio de buena fe y con ello lo que se pretende, en definitiva, es que la parte engañada o inducida dolosamente a error, por parte de su contraparte, pueda considerar el negocio como válido, pese a la ausencia de formalidades ad substantiam y así entonces podría pretender el cumplimiento de lo pactado sin que la contraparte, que actuó dolosamente o con culpa grave, pueda ampararse en la invalidez del negocio por ausencia de formalidades, pues ello constituiría un abuso de derecho, el cual es inadmisibles en todo tipo de vínculo jurídico.

¹ Seguimos específicamente al autor Dieter Medicus, quien en nuestro criterio es quien ha delimitado, puntualmente, en qué casos es que, excepcionalmente, se puede considerar válido el negocio, pese a la ausencia de formalidades ad substantiam, con el fin de impedir el ejercicio abusivo del derecho. Al respecto puede verse Medicus, Dieter. **Allgemeiner Teil des BGB**, 8 ed., 2002, página 245, Rdn. 631 y siguientes.

La mejor doctrina alemana¹ distingue tres grupos de casos en los cuales se trata cómo debe resolverse la relación de tensión existente entre la ausencia de formalidades ad substantiam y el ejercicio del derecho de buena fe:

1. Inobservancia consciente de la forma del negocio: Abarca los casos en los que ambas partes son conscientes de que el negocio debe cumplir con determinadas formalidades, pero, a pesar de esto, las omiten.

Cómo deben resolverse los casos que se agrupan bajo esta primera categoría ha sido objeto de un arduo debate en la jurisprudencia alemana. El Reichsgericht (RGZ 117, 121) había dicho que en vista de que el negocio jurídico no había observado las formalidades ad substantiam correspondientes, entonces el contrato lógicamente era absolutamente nulo y ninguna de las partes podía hacer valer pretensión alguna de cumplimiento con base en el contrato inválido. Según el Reichsgericht, la parte que pensó que el negocio era o podía ser válido sin las formalidades ad substantiam correspondientes, lo había hecho libre y voluntariamente y debido a ello tenía entonces que asumir los riesgos y consecuencias de su errónea creencia. Si no quería entonces verse perjudicado, debía haberse abstenido de celebrar el contrato.

Esta dura posición del Reichsgericht, ha sido, sin embargo, modificada por el Bundesgerichtshof (BGH, Tribunal Federal de Casación Civil alemán) (ver BGH NJW 1969, 1167), el cual ha dicho que cuando a causa de la inobservancia consciente de las formalidades ad substantiam del negocio se produce un resultado realmente inadmisibles,

la parte perjudicada con la omisión de dichas formalidades tiene a su favor una pretensión de cumplimiento de la obligación pactada, con base en el § 242 del Código Civil alemán, que, como ya se indicó, es la norma que establece que el ejercicio de los derechos debe ser de buena fe (Treu und Glaube).

Los autores del presente ensayo consideran que esta nueva orientación jurisprudencial del Bundesgerichtshof alemán no es correcta y, más bien, comparten plenamente los argumentos expuestos en su oportunidad por el Reichsgericht (RGZ 117, 121) para negar cualquier tipo de pretensión de cumplimiento sobre la base de un negocio absolutamente nulo por falta de formalidades ad substantiam.

2. Engaño doloso sobre la necesidad de formalidades ad solemnitanen: Bajo esta categoría se agrupan los casos en los cuales una parte dolosamente engaña a la otra acerca de la necesidad de cumplimiento de determinadas formalidades ad substantiam como requisito de validez del contrato.

La doctrina mayoritaria en Alemania ha dicho que, en estos casos, a la parte perjudicada (es decir, a la parte engañada) le asiste un derecho facultativo de considerar el contrato como válido o no.

3. Inobservancia culposa de las formalidades ad substantiam: Bajo este acápite se incluyen los casos en los que si bien las partes conocen que debe cumplirse con determinadas formalidades ad substantiam, lo cierto es que, por descuido, éstas son omitidas. Estos casos se diferencian del primer grupo en que en el primero, ambas partes saben perfectamente que debe cumplirse con determinadas

formalidades y, pese a ello, no las observan. En contraposición con esto, los casos de esta tercera categoría se caracterizan porque la omisión de cumplimiento de formalidades no es consciente, sino que ocurre por descuido o por desconocimiento puramente culposo.

La jurisprudencia alemana (BGH NJW 1965, 812; 1987, 1070) ha considerado que para este tercer grupo de casos rige el principio según el cual, en caso de producirse un resultado realmente insostenible (*“schlechthin untragbares Ergebnis”*), la parte perjudicada podría, con base en el § 242 del Código Civil alemán (BGB= Bürgerliches Gesetzbuch), considerar el contrato como válido y con base en esto podría solicitar el cumplimiento de la obligación pactada.

No obstante, dicha tesis del BGH ha sido criticada por la doctrina alemana, la cual, mayoritariamente², se ha pronunciado en contra de considerar, en los casos de este tercer grupo, que el contrato sea válido o pueda ser considerado como tal, por lo que la única pretensión que le corresponde a la parte a la cual no le es imputable ni culpable la omisión de la formalidad ad substantiam, es la de daños y perjuicios con base en los § 280 párrafo 1 en relación con el § 311 párrafo 2 del Código Civil alemán.

7. Conclusión

Después de haber expuesto el análisis que hacen la doctrina y jurisprudencia alemanas sobre la ausencia de formalidades ad substantiam en relación con el principio de que el ejercicio de los derechos debe hacerse de buena fe, consideramos que si bien es loable el hecho de que, en aras de

tutelar la confianza, la buena fe e impedir el ejercicio abusivo del Derecho, en Alemania en algunos casos se haya resuelto que la parte perjudicada pueda considerar el contrato como válido y, por consiguiente, pudiese hacer valer el cumplimiento de lo pactado, lo cierto es que tal posición no nos parece acertada. No lo es porque la ley (§ 125 párrafo 1 del Código Civil alemán y 835 inciso 3 del Código Civil costarricense) claramente sanciona con nulidad absoluta los negocios jurídicos que no cumplan con las formalidades ad substantiam que el legislador ha dispuesto para ellos. Ante la claridad y contundencia de tales disposiciones legales, no puede quedar al arbitrio de una parte el considerar un negocio, ya de por sí absolutamente nulo por falta de cumplimiento de formalidades legales, como si éste fuese válido. La única pretensión que le puede asistir a la parte perjudicada, sea consciente, dolosa o culposamente (ver los tres tipos de casos expuestos por la doctrina alemana) sería la de pago de daños y perjuicios por ejercicio abusivo del derecho, con base en el artículo 22 del Código Civil costarricense, es decir, se trataría de una pretensión meramente resarcitoria, sin que se pudiese, en consecuencia, pretender hacer valer alguna petición consistente, por ejemplo, en ejecución forzosa de lo pactado.

BIBLIOGRAFÍA

Díez-Picazo, Luis. **Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen I**, 5. ed., 1996.

Medicus, Dieter. **Allgemeiner Teil des BGB**. 8. ed., 2002.

Medicus Dieter. **Bürgerliches Recht**. 20 ed., 2003.

2 Medicus, Dieter. Bürgerliches Recht, 20 ed., 2003, Rdn. 184.

“LA CREACIÓN DE UNA JURISPRUDENCIA ARBITRAL DIFUSA, Y EL ANÁLISIS CASUÍSTICO COMO MÉTODO DE ESTUDIO DE LOS LAUDOS ARBITRALES COSTARRICENSES.”¹

Lcda. Ana Lucía Ramírez Calderón.

La creación y el desarrollo de la jurisprudencia judicial costarricense, han estado en manos de los Tribunales Superiores de Casación; los cuales han asumido una función unificadora de los criterios e interpretaciones del Derecho. La uniformidad de la jurisprudencia judicial en materia civil y mercantil, se la debemos a la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.²

Por otra parte, la jurisprudencia arbitral costarricense se caracteriza por ser de creación reciente. Todavía no presenta una marcada uniformidad en sus criterios, pues emana de

diversos tribunales arbitrales, conformados no solo por especialistas en Derecho, sino por otros profesionales. Esta jurisprudencia arbitral existe en una forma *difusa*.

El Dr. Víctor Pérez y el Lic. Daniel Pérez, confirmaron la existencia de una jurisprudencia arbitral costarricense, en un artículo publicado en la revista *UNIDROIT Uniform Law Review*. Los autores afirmaron que, desde que se desarrollaron diversos centros de arbitraje institucionalizado, “*el arbitraje en Costa Rica ya ha producido una formación de precedentes conocidos localmente como “jurisprudencia arbitral.”*³

-
- 1 Trabajo Final de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica, Sede Central Rodrigo Facio. San José, Costa Rica. (2007). Tesis presentada el 2 de noviembre de 2007 ante el Tribunal Examinador conformado por el Dr. Fernando Mora Rojas, Dr. Víctor Pérez Vargas, Lic. Federico Torrealba Navas (Director), Lic. Neftalí Garro Zúñiga y el Lic. Jorge Jiménez Bolaños.
 - 2 Acerca de la necesidad del estudio de la jurisprudencia, como fuente *no formal* del Derecho, V. Gutiérrez Rodríguez, Marcos de Jesús (1982). *La Jurisprudencia como fuente de Derecho*. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro. p.156. La jurisprudencia ayuda a *interpretar, integrar y delimitar* las normas escritas. (Cfr. Artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). El Dr. Diego Baudrit señala que: “*la jurisprudencia no es una verdadera fuente del derecho civil, comparable a la ley, o aún a la costumbre. Pero ella es (...) una autoridad considerable en derecho civil.*” En la jurisprudencia, se pueden identificar *pronunciamientos de principio* y, en ocasiones, la creación de *reglas de aplicación general*. (V. Baudrit Carrillo, Diego (2000). *Los contratos traslativos del Derecho Privado. Principios Jurisprudenciales*. 2 ed. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro, S.A. p. 9.). Según indica el Dr. Víctor Pérez, una revisión del Derecho Privado de ninguna manera puede limitarse al Código Civil, pues deben examinarse “*los aciertos y aportes de la jurisprudencia*”. (V. Pérez Vargas, Víctor (1994). *Derecho Privado*. 3ª ed. San José, Costa Rica: Litografía e Imprenta LIL, S.A. p. 445)
 - 3 V. Pérez, Víctor y Pérez, Daniel (2006). “*The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts in Costa Rican Arbitral Practice*”. *UNIDROIT Uniform Law Review*. Vol. (XI) Enero. p.180. La traducción al idioma español es de la suscrita. Los denominados “Principios UNIDROIT” fueron desarrollados por la Cámara de Comercio Internacional de París, como reglas generales aplicadas en los contratos mercantiles y los arbitrajes comerciales internacionales. Han sido sistematizados al presentar un uso reiterado. V. Principios UNIDROIT de Arbitraje Comercial Internacional, en el sitio en Internet: <http://www.unidroit.org>.