

LA FORMA DEL CONTRATO

*Mario Castillo Freyre**

*César Cortez Pérez***

SUMARIO: 1. PRINCIPIO DE LIBERTAD DE FORMA.— 2. FORMALIDAD *AD SOLEMNITATEM* Y *AD PROBATIONEM*.— 3. PRESUNCIÓN *IURIS TANTUM*.— 4. FACULTAD PARA COMPELVERSE RECÍPROCAMENTE A CUMPLIR DETERMINADA FORMALIDAD.— 5. FORMALIDAD DE LA MODIFICACIÓN DEL CONTRATO.

Es importante comenzar el presente trabajo sobre la forma del contrato explicando brevemente algunos temas, como el principio de libertad de forma y las formalidades *ad solemnitatem* y *ad probationem* presentes en nuestro Código Civil, al ser éstas materias consustanciales con la forma que toma el contrato al exteriorizar la voluntad de las partes que integran la relación contractual.

1. PRINCIPIO DE LIBERTAD DE FORMA

Por medio de este principio las partes pueden decidir la forma que crean conveniente para manifestar su voluntad. Ésta tiene que ser la más idónea para la concreción del acto y dar a conocer exactamente su intimidad por medio de la manifestación de la voluntad. Este principio de libertad de forma ha sido recogido por la Convención de Viena de 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías y también en los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales.

Tanto en la Convención de Viena de 1980 como en los Principios Unidroit, queda expresamente contemplado el principio de libertad de forma, por el cual no se requiriere de ningún medio específico para la concreción del acto, teniendo este

* Mario Castillo Freyre, Magíster y Doctor en Derecho, Abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre; profesor principal de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Catedrático de las mismas materias en la Universidad de Lima. Director de la Biblioteca de Arbitraje y de Derecho de su Estudio. www.castillofreyre.com.

** César Cortez Pérez, Abogado por la Universidad Señor de Sipán de Chiclayo; asistente de Cátedra del Curso de Derecho Civil I (Personas y Acto Jurídico) en la Facultad de Derecho de dicha Casa de Estudios.

principio en ambos documentos internacionales similar propósito.

El principio de libertad de forma es reconocido por muchos ordenamientos jurídicos y el Derecho Peruano no constituye la excepción, hallándose regulado en el artículo 143 del Código Civil, el cual expresa «cuando la ley no designe una forma específica para un acto jurídico, los interesados pueden usar la que juzguen conveniente». Es así que las partes pueden decidir qué forma utilizar para manifestar su voluntad y probar la existencia del acto celebrado.

El principio en materia de forma contractual en el Código Civil es el de plena libertad, pero la ley puede exigir el cumplimiento de determinada forma «para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato».¹

Como indica Lohmann,² el artículo 143 establece, en suma, que las partes pueden convenir una formalidad determinada para la conclusión de cierto negocio. Ello obedece al principio de autonomía privada que inspira la figura negocial, según el cual los negociantes son libres de establecer los preceptos reguladores de sus intereses, intereses que bien pueden comprender el de dotar a tales preceptos de las seguridades y garantías que proporcionan las formalidades.

Asimismo, el citado autor señala que además de poder utilizar cualquier formalidad que deseen cuando no exista formalidad legal previamente ordenada, las partes interesadas pueden también indicar la función de tales formalidades en la vida negocial. Es decir, señalar si la formalidad elegida es *ad solemnitatem* o *ad probationem*. Pueden hacerlo de manera explícita o implícita».

2. FORMALIDAD AD SOLEMNITATEM Y AD PROBATIONEM

La función de elemento constitutivo del contrato y la función de límite de la prueba del contrato se han desarrollado por medio de la forma *ad solemnitatem* y la forma *ad probationem*, utilizadas ya sea por mandato imperativo de la ley o por decisión e imposición de las partes intervinientes en el contrato, como forma de exteriorización de la voluntad.

¹ DÍEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil*. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1999, vol. II, p. 47.

² LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *El Negocio Jurídico*; Lima: Editorial Jurídica Grijley E.I.R.L., 1997, segunda edición, p. 139.

«Emilio Betti plantea el problema en sus justos términos: los interesados pueden convenir en que se introduzcan requisitos de forma en un contrato para el que la ley no señale forma alguna o bien reforzar los requisitos de forma que la ley establece (así, por ejemplo, elevar al rango sustancial lo que la ley no considera como tal) ».³

En nuestro Código Civil encontramos establecidas dos formalidades: la formalidad *ad solemnitatem* y la formalidad *ad probationem*.

En la primera, la forma solemne (forma *ad solemnitatem*) es requisito de validez del acto jurídico y su inobservancia invalida a éste. Se prescribe que «El acto jurídico es nulo cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad», lo que se encuentra regulado en el artículo 219 inciso 6 del Código Civil.

Sobre el particular, Aníbal Torres Vásquez manifiesta que «La solemnidad vale el acto jurídico mismo; es un elemento constitutivo del acto y, por consiguiente, el único medio probatorio de su existencia».⁴ La formalidad *ad solemnitatem* está dirigida a dotar de eficacia constitutiva al negocio.

En cambio, la forma probatoria (forma *ad probationem*) no es requisito de validez del acto jurídico; se puede prescindir de ella sin que por eso se vea afectada la validez y eficacia del acto. La forma impuesta por la ley sin sancionar su inobservancia con la nulidad, sirve únicamente para facilitar la prueba de la existencia y del contenido del acto; tiene una función procesal y no sustantiva, por ser un medio probatorio y no un elemento necesario para la validez del acto.⁵ La formalidad *ad probationem* es usada para probar la existencia de un negocio de manera fehaciente. Esta formalidad consiste en documentar —ya sea por un instrumento público o privado— la manifestación de voluntad.

En ese sentido, podemos recordar el aforismo: *Verba volant, scripta manent*. Las palabras desaparecen, los escritos permanecen.

³ Citado por DÍEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil. Op. cit.*, vol. II, p. 51.

⁴ El artículo 243 del Código Procesal Civil establece lo siguiente:

Artículo 243.- «Ineficacia por nulidad de documento.-

Cuando en un documento resulte manifiesta la ausencia de una formalidad esencial que la ley prescribe bajo sanción de nulidad, aquél carece de eficacia probatoria. Esta declaración de ineficacia podrá ser de oficio o como consecuencia de una tacha fundada».

⁵ TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Acto Jurídico*. Lima: Editorial Moreno S.A., 2001, segunda edición, p. 313.

En doctrina se han propuesto otras clasificaciones, a entender de los autores, más acordes con la realidad. Una, de predicamento en sede argentina, propugna que los actos formales deben dividirse en tres clases: de solemnidad absoluta, de solemnidad relativa y de formalidad no solemne. Los primeros, son aquéllos en que la forma es propiamente constitutiva, de no satisfacerse los actos son nulos o, mejor, de nulidad total. En este caso, la nulidad del negocio concluido sin observar la forma prescrita con carácter obligatorio es la única posibilidad de garantizar la observancia de los preceptos sobre la forma, los cuales tendrían sólo el significado de recomendaciones no obligatorias, si el ordenamiento jurídico renunciara a ese medio. Los segundos, son aquellos en que la forma es requerida para que el acto produzca sus efectos típicos; pero, de no observarse ella, pueden producir un efecto distinto. Ellos, según López de Zavalía, están afectados de una nulidad sólo efectual. Los terceros, es decir, los formales no solemnes, son aquellos negocios en que la exigencia de la forma es impuesta *ad probationem*.⁶

Nuestro Código Civil de 1984 mantiene o acoge la bipartición tradicional de *ad solemnitatem* y *ad probationem* ya explicada, la cual se encuentra regulada en su artículo 144, el mismo que indica que: «Cuando la ley impone una forma y no sanciona con nulidad su inobservancia, constituye sólo un medio de prueba de la existencia del acto».

Como ejemplos de actos jurídicos solemnes podemos mencionar a la donación de bienes inmuebles o a la constitución de hipoteca. De igual forma, son ejemplos de actos jurídicos probatorios, los contratos de suministro y mutuo.

3. PRESUNCIÓN IURIS TANTUM

El artículo 1411 del Código Civil se encarga de regular la presunción *iuris tantum* de formalidad en materia de contratos:

Artículo 1411.- «Se presume que la forma que las partes convienen adoptar anticipadamente y por escrito es requisito indispensable para la validez del acto, bajo sanción de nulidad».

⁶ LEYVA SAAVEDRA, José. «Forma y Formalismo Contractual». En: *Revista Esden*, n.º 4, Lima, 2008, p. 18.

A decir de Leyva Saavedra,⁷ en el citado dispositivo podemos advertir dos enunciados: uno, no expresado, que reconoce a la autonomía contractual el poder de incidir no sólo sobre el contenido del contrato, sino también sobre la forma; y otro, estatuido *expressis verbis*, precisa que ante la duda de la naturaleza de la forma establecida, y sin que las partes hayan aclarado el valor atribuido al requisito formal, se entiende en el sentido que (sic) la forma convenida por las partes es para la validez del contrato.

En general, a toda exteriorización de la voluntad le corresponde una determinada forma.⁸ La voluntad interna, como bien señala Gete-Alonso,⁹ se da a conocer siempre a través de las palabras, los signos o la actuación que realiza la persona, de donde se sigue que en realidad todas las declaraciones son formales.

En palabras de Gete-Alonso y Calera,¹⁰ cuando se habla de la forma como elemento del contrato se alude a aquel elemento de más (plus) que exige la ley, o las partes, a la declaración o al contrato, bien para su validez, bien para su eficacia, o para otra finalidad distinta, y que se traduce en requerir que se exprese utilizando un determinado vehículo o medio (la escritura pública, un documento privado...). El plus que representa la forma para el contrato no siempre tiene el mismo alcance y relevancia.

Señala al respecto Scognamiglio¹¹ que el contrato —como cualquier acto de autorregulación de intereses— debe asumir una forma para surgir a la vida y, en tal sentido, se exige en el derecho moderno, que en principio no requiere formalidad especial para el perfeccionamiento del contrato, una indispensable correspondencia entre el momento de la celebración del contrato y el de adopción de la forma, para que se realice adecuadamente la autorregulación de los intereses privados.

Según Manuel de la Puente, en lo que respecta a la forma del contrato, lo que importa es que el consentimiento sea exteriorizado con un hecho socialmente evaluado como acuerdo.

⁷ LEYVA SAAVEDRA, José. *Op. cit.*, p. 21.

⁸ LEYVA SAAVEDRA, José. «La forma en el negocio jurídico y en el leasing». En: *Revista de derecho y ciencia política*, Lima, 1994-5, n. 1, p. 40.

⁹ GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen. *El Contrato.*, En: LUÍS PUIG, I. Ferriol. *Manual de Derecho Civil*. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. 1998, Segunda Edición, vol. II, p. 549.

¹⁰ GETE-ALONSO, María del Carmen. *Op. cit.*, p. 549.

¹¹ SCOGNAMIGLIO, Renato. *Teoría del Contrato*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 119.

No es sino el contenido, desde el punto de vista de su visibilidad, ya que el contenido es lo que se dice en el contrato, en tanto la forma es cómo se lo dice.

Subraya De la Puente, que *forma* es diferente de *formalidad*, puesto que la formalidad es la forma que es exigida por la ley para que la declaración de voluntad tenga determinado sentido y produzca cierto efecto.

Como indica Lohmann,¹² lo que ocurre es que la redacción de los numerales 140 y 143 se presta a confusión, pues no han querido referirse a la forma, sino a la formalidad en el sentido de ritos o solemnidades con que debe emitirse la declaración de voluntad o que debe tener el negocio en conjunto.

Así, a pesar de que todo contrato para serlo debe revestir una forma, se admite —en estricto sentido técnico jurídico—, que sólo son formales los contratos para los cuales la ley o la voluntad de las partes exige una forma determinada, a efectos de diferenciarlos de los otros que tienen forma libre.

Por lo que los contratos denominados formales, tienen que cumplir con la forma requerida por nuestro Derecho Civil. Así, su inobservancia se sanciona con la nulidad del acto jurídico, lo cual se encuentra prescrito en el artículo 140 inciso 4 de nuestro Código Civil.

El artículo en mención fue objeto de tratamiento por parte de la Comisión encargada del Anteproyecto de reforma del Código Civil Peruano de 1984 (en adelante la Comisión), donde se pretendía que el inciso 4 diga: *observancia de la formalidad que la ley establezca con carácter imperativo o bajo sanción de nulidad*.

Esto significa que *la Comisión* pretendió suprimir los actos jurídicos con formalidad *ad probationem*, estableciendo que en todos los supuestos en que la ley establezca una formalidad, sea o no sancionada ésta con nulidad por la propia ley, si las partes no siguen dicha formalidad, el acto jurídico sería necesariamente nulo.

Como bien se explicó en otro trabajo,¹³ pensamos que los casos de nulidad deben estar taxativamente enumerados por la propia ley, fundamentalmente al

¹² LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *Op. cit.* p. 132.

¹³ Al respecto recomendamos ver: CASTILLO FREYRE, Mario. *Ni urgente, ni necesario; más bien: defectuoso. Comentarios muy críticos al Anteproyecto oficial de Reforma del Código Civil de 1984*. Lima: Palestra

tratarse de la sanción más grave que pueda merecer un acto jurídico dentro del Derecho Civil, cual es su invalidez absoluta.

No creemos conveniente que el tema de las nulidades sea dejado como regla general, a la interpretación de las partes, sobre todo, dentro de un medio jurídico donde la claridad hace falta por sobre todas las cosas.

Decimos que el inciso 4 propuesto por *la Comisión* era contrario al principio de conservación del contrato, en la medida de que estaba pasando a considerar nulos todos los actos jurídicos que a la luz del marco legal actual son válidos por tener formalidad *ad probationem*.

Entonces, «en un sentido más técnico y preciso, el concepto de forma hace referencia a un medio concreto y determinado que el ordenamiento jurídico o la voluntad de los particulares exige para la exteriorización de la voluntad. La eficacia negocial se hace depender entonces de la observancia de ciertas formas, que son las únicas admitidas como modo de expresión de voluntad. La forma es aquí manera de ser del negocio, según el conocido tópico *forma dat esse rei*».¹⁴

Partiendo de lo expuesto, no debemos confundirnos y pensar que en la clasificación de contratos formales y no formales sólo los primeros tienen forma. Pensar algo semejante sería un grave error, pues todo contrato tiene forma, al punto de que es posible afirmar que un contrato sin forma es inconcebible.

Al respecto resulta relevante recordar lo expresado por Emilio Betti:

«La antítesis entre los negocios formales y no formales no significa que los primeros estén dotados de forma y que los segundos estén privados de ésta. El problema de la forma de los negocios (a todos los cuales les es indispensable una forma, pues sin ella no serían socialmente reconocibles) tiene otro sentido. De lo que se trata es de apreciar si, entre una pluralidad de formas igualmente idóneas para hacer reconocible un determinado precepto de la autonomía privada, el derecho debe o no establecer, con carácter necesario, una forma específica o varias formas optativas, de modo tal que un contenido preceptivo que se enunciara en forma distinta de las prescritas (por ejemplo, un testamento oral, en la actualidad) no podrá producir alguno o todos los efectos legales propios de aquel tipo de negocio. Son

Editores S.A.C. 2005, 299 pp.

¹⁴ DÍEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil. Op. cit.*, vol. I, p. 96.

formales, precisamente, aquellos negocios cuya forma ha sido taxativamente prefijada, es decir, vinculada a la ley; son no formales, aquéllos cuya forma es libre, y que pueden cumplirse, por lo tanto, en cualquier forma que la costumbre entienda como instrumento de exteriorización atendible y unívoco, suficiente para hacer socialmente reconocible el contenido preceptivo del caso. Y aquí se tiene que recordar una diferencia entre declaración y comportamiento: la declaración señala un apartamiento entre enunciación de la estructura de intereses en juego y su actuación en el mundo físico; en cambio, el comportamiento señala una compenetración, al menos parcial, entre ellas, cuya univocidad se supone siempre.¹⁵

La forma, citando a López de Zavalía,¹⁶ es la exterioridad, la visibilidad del acto, abstraída de su contenido, y ningún acto tiene el carácter voluntario sin un hecho exterior por el cual la voluntad se manifieste.

Vistas así las cosas, debe quedarnos claro que cuando se dice que los contratos son formales o no formales, se emplea la expresión en un sentido específico, llamando *forma* a una clase especial de forma.¹⁷

En sentido genérico, con la palabra *forma* se designa a cualquier manera de exteriorizar la voluntad. Se emplea el vocablo en esta acepción cuando afirmamos que todo contrato tiene una forma. Forma, en sentido amplio o lato, es el medio de exteriorización de la voluntad. A través de ella logra su exteriorización objetiva; es la envoltura con la cual el contrato se presenta ante la sociedad.

En sentido específico, con la palabra *forma* se designa a algunas maneras exteriorizantes de la voluntad. De entre todas las formas *esenciales* posibles se eligen algunas —o la mayoría de ocasiones sólo una— y se declara que es la que debe ser utilizada. Se trata, en estos casos, de una forma impuesta. Se entiende que, en sentido estricto, indica un modo de exteriorización de la voluntad requerida expresamente por ley o por las partes, para que el contrato no comprometa su validez y, por ende, su eficacia.¹⁸

La división entre contratos formales y no formales resulta, como es evidente,

¹⁵ BETTI, Emilio. «Reflexiones sobre la noción de negocio jurídico». En: *Teoría General del Negocio Jurídico. 4 estudios fundamentales*. Lima: ARA, 2001, p. 55.

¹⁶ LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J. *Teoría de los contratos. Parte General*. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía- Editor, 1984, *Op. cit.*, p. 194.

¹⁷ LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J. *Op. cit.*, p. 194.

¹⁸ LEYVA SAAVEDRA, José. *Forma y Formalismo Contractual. Op. cit.*, p. 18.

del sentido específico del término *forma*.

Tomando en consideración el sentido específico del vocablo, puede aseverarse que el contrato es *formal* cuando tiene una forma *impuesta* por la ley o por las partes y no formal en los demás casos, es decir, cuando presenta *una forma libre*.¹⁹

Dentro de tal orden de ideas, el principio del artículo 1411 es el de la libertad de forma. Esta libertad implica que la eficacia y la validez contractuales son independientes de la forma.

Siguiendo a Scognamiglio²⁰ podemos decir que la experiencia indica la aceptación de diversas formas, de acuerdo a las exigencias prácticas, pero todas idóneas para satisfacer la finalidad indicada.²¹

Se advierte, así, que la libertad de forma conlleva a que los particulares pueden adoptar una forma cualquiera para el contrato o acto jurídico que celebren, con tal de que la misma sea idónea para ese fin.

De igual manera, podemos advertir que el ordenamiento jurídico plantea, en esta materia, una serie de límites a la autonomía de las partes, disponiendo para ciertos actos, la adopción de determinadas formas. En estos casos, no se pone en juego la realización del contrato desde el punto de vista formal, sino su adecuación a las reglas que dicta el Código para su disciplina en esta materia y, por ende, su

¹⁹ LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J. *Op. cit.*, p. 195.

²⁰ SCOGNAMIGLIO, Renato. *Op. cit.*, p. 119.

²¹ Recuerda Scognamiglio que la doctrina tradicional concibe a la declaración como la forma necesaria siempre para la existencia del acto negocial, lo que —afirma— la lleva a nociones equívocas de la declaración tácita y el negocio de voluntad, para explicar lo que ocurre cuando todo se traduce en una conducta concluyente o en un comportamiento de actuación.

El citado autor precisa, por el contrario, que o se entiende por declaración la revelación de la autorregulación de intereses, cualquiera sea la forma en que se realiza, identificándola así con la propia idea de forma esencial del acto, y entonces *nulla quaestio*, o bien se retiene su significado técnico de acto dirigido a producir un efecto psíquico en la mente del otro y, en tal caso, debe aceptarse que el acto negocial puede cumplirse también en otras formas (distintas de la declaración), sin perjuicio de reconocer que la declaración es la forma más difundida, por ser la que corresponde mejor a la necesidad práctica más intensa, la de hacer conocible el contenido del acto a los otros interesados. Por ello, la conducta concluyente y unívoca del sujeto en una forma idónea a dicho fin, que representa por cierto una mayor economía de esfuerzos, de la cual puede inferir cualquier interesado su efectiva determinación, habida consideración de su incompatibilidad con una voluntad diferente. Y, según otro orden de ideas, tanto la declaración como la conducta concluyente y unívoca pueden ser o no actos recepticios, según que se exija o no que el acto llegue al conocimiento de un destinatario, para la tutela de un interés específico de éste. (SCOGNAMIGLIO, Renato. *Op. cit.*, p. 119).

validez.²²

Estas limitaciones a la libertad de los contratantes se fundamentan en una serie de razones. Sconamiglio²³ subraya algunas de ellas:

«Las razones de mayor importancia para justificar este sacrificio de la libertad contractual son, como lo sugiere la experiencia, la de llamar la atención de las partes sobre la trascendencia y las consecuencias del contrato que van a estipular y, en consideración a la entidad de sus efectos, la de eliminar toda incertidumbre sobre su celebración y su contenido y sentar las bases para una adecuada publicidad. Debiendo servir a estos propósitos, las formas requeridas por el derecho moderno no consisten, como en el antiguo, principalmente en el uso de esquemas o fórmulas solemnes, sino en la adopción de un instrumento para revelar el contenido contractual al mundo exterior: forma escrita o documentación; sin que por ello deba pensarse en que la suerte del contrato se halle estrechamente ligada a la del documento representativo. Lo que interesa, de acuerdo con la *ratio* de la solución normativa, es que las partes cumplan con la carga formal; de ahí que en caso de pérdida o extravío del documento, se les permita suministrar la prueba de que se observó la forma prescrita en el momento de la estipulación (la llamada reconstrucción del documento)».

El ordenamiento jurídico, asimismo, puede prescribir la observancia de requisitos formales determinados, con el único objetivo de posibilitar la prueba de ciertos contratos o cláusulas. El propósito, como se infiere, es simplemente sustraer tales actos de las graves incertidumbres de la prueba testimonial.

Gullón Ballesteros, secundado por Puig Brutau,²⁴ manifiesta que las formalidades contribuyen a los siguientes propósitos:

- Evitar que las partes actúen y se obliguen impremeditadamente, por lo que se constituye en protección contra la precipitación de los declarantes y garantiza madurez en la decisión. A lo cual se agrega la virtud de la forma de separar las conversaciones preliminares y actos preparatorios, de la declaración y actos definitivos.

²² SCOGNAMIGLIO, Renato. *Op. cit.*, p. 120.

²³ SCOGNAMIGLIO, Renato. *Op. cit.*, p. 120.

²⁴ Citados por LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. *Op. cit.*, p. 133.

- Complemento de lo anterior es que las formalidades facilitan la interpretación y ejecución del negocio, al existir una manifestación sensible de la voluntad y de su contenido completo.
- Al existir huellas de la celebración del negocio y de la voluntad expresada, se reducen las dificultades probatorias disminuyendo litigios.
- También como consecuencia de la formalidad, el negocio adquiere visibilidad ante terceros, por lo que a favor de ellos cumple una función de publicidad y de seguridad.
- Por último, en cierto tipo de negocios, la formalidad predeterminada obedece a la necesidad de incorporar el derecho en un documento que permita su circulación.

Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón,²⁵ por su parte, sintetizan las finalidades prácticas que pretende cumplir el formalismo, reduciéndolas, básicamente, a cinco funciones:

- Obtener claridad en lo que respecta a las circunstancias de la conclusión de un negocio y a las de su contenido.
- Garantizar la prueba de su existencia.
- Tutelar a las partes, previniéndolas contra precipitaciones y decisiones poco meditadas.
- Servir de vehículo para alcanzar una publicidad del negocio, haciendo que sea reconocible por los terceros.
- Evitar, en lo posible, las nulidades negociales por la intervención de técnicos (el notario en la escritura pública, por ejemplo).

Lo expuesto nos conduce a recordar lo antes mencionado, en el sentido de que los contratos formales se dividen, siguiendo a la doctrina tradicional, en aquellos que son *ad probationem* y aquellos otros que son *ad solemnitatem*.

²⁵ DÍEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN. *Op. cit.*, vol. I, p. 97.

Así, si el contrato carece de forma y es *ad probationem*, resultará ineficaz — salvo, como ya señalamos, que se logre probar su existencia por otro medio—, pero si es *ad solemnitatem* y carece de forma, entonces, resultará inválido.

La forma *ad substantiam* o *ad solemnitatem* se exige, entonces, en orden a la validez del contrato, de manera que sin ella éste es nulo, puesto que la forma constituye un elemento de aquél, de aquí que también se le denomina como forma constitutiva o sustancial.

Algunos autores incluso han llegado a calificar la forma solemne como una forma visceral, entendiendo que así como un hombre no puede concebirse sin órganos vitales o fundamentales, así también en ciertos supuestos la forma desempeña una función similar a la de uno de esos órganos fundamentales. De esta manera, en la forma constitutiva, la formalidad viene a ser la sustancia del acto; sin la forma no hay declaración negocial por más de que la prueba más terminante llegare a esa conclusión.

No hay forma solemne si la ley no sanciona con nulidad su inobservancia (artículo 219, inciso 6 del Código Civil).

En cambio, la forma *ad probationem* tiene por función permitir y facilitar la prueba de la existencia de la relación contractual en un proceso y fuera de él. Así, el contrato es válido a pesar de que no reúna una determinada forma e inclusive, a pesar del defecto formal, puede ser probado, aunque únicamente por los medios excepcionales de la confesión y el juramento²⁶ que ofrecen plena garantía.

Es de destacar, siguiendo a Gete-Alonso²⁷ que además de la forma *ad solemnitatem* y *ad probationem*, importante doctrina distingue también la denominada forma *ad exercitium* o *ad utilitatem*, la cual es exigida para que pueda tener lugar el ejercicio de las obligaciones generadas por el contrato. El contrato es válido y eficaz

²⁶ El Código de Procedimientos Civiles de 1912 contemplaba la figura del juramento decisorio, como medio probatorio que consistía en ofrecer como prueba la «confesión» de la contraparte. Esta era una prueba a la cual los litigantes casi nunca recurrían, pues, en la práctica, implicaba que el proceso terminara con una sentencia que recogiese íntegramente la declaración de la contraparte (la misma que, como es evidente, de modo muy improbable iba a favorecer a las pretensiones de aquel que ofreciera dicho juramento decisorio).

Su obvia ausencia de uso condujo a que no se incluyera en el Código Procesal Civil de 1993.

²⁷ GETE-ALONSO, María del Carmen. *El Contrato. Op. cit.*, p. 549.

inter partes sin necesidad de forma, pero para oponer su existencia a terceros o para la consecución de determinados efectos, cada parte puede exigir a la otra que se cumpla la forma exigida. Este tipo de forma es la que la doctrina italiana califica como forma *ad regularitatem* o integrativa, y la doctrina francesa como forma complementaria, expresiones en las que se contiene la idea de forma precisa para que se despliegue la total eficacia del contrato.

Así, la forma en algunos supuestos persigue efectos diferentes a los descritos. En ocasiones la forma se impone para que el negocio produzca efectos frente a terceros, para que pueda ser oponible a ellos. En tal sentido, la forma repercute de una manera limitada en la eficacia negocial: los terceros no tienen que reconocer la instalación en el mundo jurídico del negocio en cuestión si no aparece en aquella forma.

Hay que recordar que la forma del contrato ha recibido algunas pinceladas negativas, entre las cuales resaltan: *a)* la peligrosidad de la forma documental para los contratantes inexpertos, que han de quedar atrapados en las páginas del escrito, principalmente tratándose de consumidores con escaso o nulo poder negocial; *b)* la incomodidad y la falta de rapidez en un mundo cada vez más dinámico; y *c)* el peligro de la apariencia creada, principalmente frente a terceros.²⁸

Recuerda De la Puente que se señala como inconveniente de los contratos formales el que éstos traban la circulación jurídica.

Por nuestra parte, pensamos que ello es cierto en la medida de que siempre resultará más fácil celebrar un contrato de manera verbal o hacerlo por cualquier otro medio que revista igual rapidez, que contratar empleando la formalidad escrita, o incluso la formalidad de la escritura pública, que son —precisamente— las dos formalidades que suele establecer el Código Civil Peruano para los contratos formales.

No obstante ello, dudamos de que esa lentitud que se presenta al contratar cuando se exige una formalidad determinada, se pueda comparar con las enormes ventajas que ofrece la formalidad y que el mismo De la Puente se encarga de recordar.

²⁸ GARCÍA AMIGO. *Instituciones de derecho civil*. Madrid: 1979, pp. 710 ss.; REZZÓNICO, Juan Carlos. *Principios fundamentales de los contratos*. Buenos Aires: Astrea de A. y R. Depalma, 1999, p. 261.

La primera ventaja señalada por el citado profesor, es la relativa a que los contratos formales favorecen una adecuada reflexión de las partes.

En tal sentido, nosotros solemos poner como ejemplo de clase, el de la donación de un inmueble.

Como se sabe, la donación de inmuebles es un contrato formal, debiendo celebrarse por escritura pública bajo sanción de nulidad, tal como lo establece el artículo 1625 del Código Civil.

Ello implica que cuando las partes, donante y donatario, *se han puesto de acuerdo* en que una le regale su casa a la otra, aún no hay contrato, pues resulta evidente que al ser el contrato uno formal (con formalidad solemne), sólo habrá contrato cuando se suscriba la escritura pública.

Por tanto, tampoco habrá contrato cuando las partes *se pongan de acuerdo en todos y cada uno de los términos de la minuta y la firmen*.

Ahí tampoco habrá contrato, pues lo único que habrán hecho es cumplir con un paso previo a la suscripción de la escritura pública.

Así, reunidos en la Notaría y una vez leído por el Notario el texto completo de la escritura pública que ha redactado, el dueño del inmueble podría decirle al otro futuro contratante que se ha arrepentido de regalarle la casa, que lo disculpe, pero que no se la va a regalar y, evidentemente, que le diga a qué monto ascienden los eventuales gastos incurridos en abogado, notario o el lucro cesante por las horas que haya podido dejar de trabajar; todo ello, relacionado con el contrato cuya celebración estaba en marcha, es decir, que aquel contratante que decide romper las tratativas de manera deliberada, deberá indemnizar al otro, en aras de la buena fe precontractual, contenida en el artículo 1362 del Código Civil.

Pero, lo que será evidente es que no se podrá obligar a aquél que quería regalar su casa, a que la regale si es que ha cambiado de opinión. Menos aún se le podría exigir judicial o extrajudicialmente, el otorgamiento de la escritura pública, en virtud de lo dispuesto por el artículo 1412 del Código Civil, habida cuenta de que ese mecanismo sólo funciona cuando ya se ha celebrado el contrato y las partes se han autoimpuesto una formalidad adicional que no revista carácter solemne.

La segunda ventaja mencionada por De la Puente, conste en que los contratos formales aumentan la claridad y precisión de la declaración contractual.

Convenimos con esta apreciación, en la medida de que en los contratos formales, necesariamente las partes van a tener que traducir por escrito, de manera ordenada, todas las cláusulas y estipulaciones que desean incluir en el contrato. Y, en tal sentido, esas partes tendrán un tiempo mayor para ingresar detalladamente en el análisis de dichas estipulaciones, revisando borradores, puliendo ideas, perfeccionando términos, de modo tal que el producto, es decir, el texto del contrato que terminarán celebrando, será —obviamente— muchísimo más logrado que si se hubiese tratado de un contrato verbal.

La tercera ventaja señalada por De la Puente, se basa en que los contratos formales tienden a cuidar la seguridad jurídica; lo que es cierto, por cuanto la formalidad escrita otorga una mayor certeza sobre la celebración del acto, de modo tal que las partes y terceros se sientan más seguros sobre el contenido de los derechos y obligaciones nacidos de dicho acto.

En cuarto lugar, se señala que los contratos formales dan certeza al acto, pues dotan a la declaración de un medio duradero de conocimiento.

Sin duda, esta ventaja tiene directa relación con la anterior, y es evidente que cuando el contrato consta por escrito, ante cualquier duda sobre el contenido del acto, las partes contarán con un instrumento que les permita tomar cabal conocimiento sobre las expresiones vertidas en el contrato celebrado.

En quinto lugar, De la Puente menciona como ventaja de los contratos formales el que de esta forma los contratos pueden probarse fácilmente.

No cabe duda de que ante eventuales problemas que surjan de la ejecución de los contratos, si éstos no constaran por escrito, sería muy difícil para las partes probar sus puntos de vista o sus posiciones en torno al verdadero contenido de las estipulaciones contractuales.

A pesar de los múltiples medios probatorios que establece el Código Procesal Civil, no cabe duda de que el medio escrito en materia del texto o tenor de los contratos, es, en muchos casos, el más eficaz, ayudando de una manera importante a las partes y a los tribunales, a demostrar no sólo el tenor literal de los actos, sino —

en base a dicho tenor— a interpretar correctamente el sentido de las expresiones contractuales.

Como sexta ventaja, De la Puente señala que la forma tiene un efecto psicológico, en el sentido de *obligar más* a los contratantes.

Por nuestra parte pensamos que eso es absolutamente cierto, lo que no implica que un contrato verbal no obligue de igual forma que un contrato escrito. Pero, no olvidemos la veracidad de esa vieja frase que reza que *las palabras se las lleva el viento*; lo que, sin duda, tiene mayor vigencia en sociedades como la nuestra, en donde no existe verdaderamente culto con respecto al respeto a la palabra empeñada.

En ese sentido, muchas veces el tener un documento escrito donde consten en detalle todas las obligaciones asumidas por las partes, hará que los contratantes recuerden permanentemente que se encuentran obligados y les sea más difícil querer desligarse de manera indebida de las mismas, incumpléndolas.

Y, por último, De la Puente señala como séptima ventaja de los contratos formales, el que éstos facilitan el control oficial, en especial, en materia tributaria.

Eso es cierto, pero no necesariamente aquellos actos formales que revisten plena validez para el Derecho Civil, revestirán las mismas consideraciones en materia tributaria, especialmente a efectos de su evaluación por la administración tributaria, en donde se aplica muchas veces la famosa *regla de la experiencia vivida*, que prima sobre diversos actos formales que se someten a su consideración, como es el caso —por citar un ejemplo recurrente y emblemático— de contratos de mutuo con fecha cierta, en donde un familiar le presta a otro una cantidad enorme de dinero, o una donación de inmueble con fecha cierta, por la cual un hermano le regala a otro una propiedad, etc.

Para la administración tributaria todos estos actos —que revisten validez y eficacia en el plano civil— son ineficaces, pues se considera que los mismos constituyen figuras absolutamente típicas, a través de las cuales los contribuyentes buscan eludir o evadir los tributos que les corresponde pagar.

Sin duda, este desfase con respecto a la validez y eficacia de los contratos civiles en materia tributaria, constituye uno de los puntos más importantes del

Derecho, que resultará indispensable afrontar en el futuro a efectos de que el Derecho Civil y el Derecho Tributario, en esta materia transiten por un mismo camino.

Ahora bien, al amparo del principio de autonomía contractual, las partes pueden pactar, como requisito del contrato, la exigencia de determinada forma; se está entonces, en palabras de Gete-Alonso, en presencia de la denominada forma voluntaria. Generalmente la manera en que su ausencia influye en el contrato depende del pacto que haya existido entre las partes. Si expresamente no se hizo depender el contrato del otorgamiento de la forma, ésta no influye en la validez del mismo.²⁹

La lectura del texto del artículo 1411 del Código Civil, nos permite afirmar que el legislador ha regulado estos supuestos de *forma voluntaria*, recogiendo una presunción *iuris tantum*.

Esta misma hipótesis se encuentra expresamente prevista en el artículo 1352 del Código Civil Italiano. En dicha norma se prescribe que si las partes convienen en adoptar una determinada forma para la celebración de un contrato o de una serie de contratos sucesivos, se presume que la forma se dispuso para la validez del contrato.³⁰

Messineo³¹ señala que con dicha norma el legislador italiano vino a resolver una problemática particular que sobre la forma se había planteado. Tal problema consistía, básicamente, en establecer el valor que adquiriría el pacto —anterior al contrato— en cuya virtud las partes convienen, verbalmente o por escrito, en que el futuro contrato, para el que la ley no requiere la forma *ad solemnitatem*, deba celebrarse siguiendo determinada forma. La contrariedad radica —así— en si la forma pactada debe considerarse como requerida *ad solemnitatem* o tan sólo como *ad probationem*.

Al examinar el artículo 1352 del Código Civil italiano³² —norma en que

²⁹ GETE-ALONSO, María del Carmen. *Op. cit.*, p. 551.

³⁰ SCOGNAMIGLIO, Renato. *Op. cit.*, p. 123.

³¹ MESSINEO, Francesco. *Doctrina General del Contrato*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1986, tomo I, p. 157.

³² Artículo 1352.- «*Forme convenzionali*

Se le parti hanno convenuto per iscritto di adottare una determinata forma per la futura conclusione di un contratto, si presume che la forma sia stata voluta per la validità di questo».

claramente se inspiró nuestro legislador—, Messineo³³ realiza una serie de comentarios que vale la pena mencionar, ya que resultan ser aplicables a nuestro sistema legal.

En primer lugar subraya que el pacto en cuestión no es un pacto preliminar en el sentido técnico del término, ya que no obliga a estipular un contrato futuro, sino que únicamente obliga a observar una forma determinada si se estipula el futuro contrato, quedando libres las partes, una respecto de la otra, de estipularlo o no.

Asimismo, destaca que con la fórmula adoptada por el legislador —idéntica a la nuestra—, se otorga un tratamiento genérico al referirse no a la forma escrita en específico, sino a *determinada forma*. Ello significa que las partes podrán pactar que la forma sea la mera escritura privada, como el acto público o cualquier otra que resulte idónea para que el contrato cumpla con la finalidad que se pretende. En todo caso, es menester que el pacto relativo a la forma convencional se haya estipulado por escrito.

Dicho esto, el citado autor infiere tres importantes conclusiones. La primera se centra en el carácter *ius tantum* de la presunción establecida por la norma en cuestión. Así, se considera que las partes han querido una forma dada para hacer depender de ella la validez del contrato; con la consecuencia de que, si la presunción no puede ser combatida con la prueba en contrario, si no se observa la forma establecida, el contrato es inválido.

Si, por el contrario, resulta, gracias a la prueba en contrario, que la forma ha sido pactada tan sólo con un fin limitativo de los medios de prueba, la consecuencia, en el caso de la inobservancia de la forma, será que quedando válido el contrato, se excluirá la prueba por testigos, salvo que el contratante, sin culpa suya, haya perdido el documento que le proporcionaba el documento escrito.

La presunción *ius tantum* nos permite remitirnos a lo que ha sido la voluntad efectiva de las partes, por lo que recurriendo a la interpretación de dicha voluntad se podrá establecer si las partes han querido la observancia de la forma con fin constitutivo, o bien con fin limitativo de la prueba.

³³ MESSINEO, Francesco. *Op. cit.*, tomo I, p. 158.

Como indica Messineo,³⁴ de esta manera, la ley respeta el principio de la libertad contractual y además no confiere al elemento 'forma' una función diversa de la carga: sólo que, en este caso, es una carga que las partes se han impuesto a sí mismas, en lugar de hacerlo la ley (como por lo común ocurre)».

Por su parte, el también destacado profesor italiano Renato Scognamiglio,³⁵ al analizar esta norma, ha enfatizado que la misma se refiere evidentemente a la distinción entre los acuerdos dispositivos de reglas sobre la carga y los modos de la prueba, y los acuerdos dirigidos a fijar un nuevo requisito formal para la celebración del contrato.

En tal sentido, el citado autor señala que el significado de estas últimas convenciones es bastante claro. Los contratantes no asumen ninguna obligación relativa a la celebración del contrato, sino que simplemente se obligan a adoptar para la estipulación una forma preestablecida.

Con este mismo criterio, podemos afirmar, siguiendo a De la Puente, que para que se presente el supuesto del artículo 1411, es necesaria la existencia de un pacto anticipado de las partes por escrito, convenio que no obliga a celebrar el contrato, pero se hace en previsión de la celebración de dicho contrato (teniendo carácter normativo).

Por su parte, Lohmann Luca de Tena³⁶ manifiesta que Es censurable, en cambio, la presunción que establece el numeral 1411 del que venimos hablando, en el sentido de suponer interpretativamente de la voluntad escrita —por cierto presunción *juris tantum*— que la inobservancia de la formalidad querida por las partes constituye causal de invalidez con sanción de nulidad. En lo que concierne a la presunción, no he logrado encontrar la razón legal por la cual el legislador optó por tan severa solución. Ni siquiera De la Puente, tan prolijo y cuidadoso al exponer los orígenes de los preceptos que analiza, explica el por qué de la decisión. Lo lógico en relaciones jurídicas es aliviar las exigencias, y en tema de formalidades la presunción debió ser a favor de la conservación del negocio, o sea a favor de la formalidad *ad probationem*. Pero más censurable aún es considerar que las partes pueden establecer un requisito de validez bajo sanción de nulidad. Esto constituye una gruesa desviación conceptual, porque las partes podrán, si quieren o si así

³⁴ MESSINEO, Francesco. *Op. cit.*, tomo I, p. 159.

³⁵ SCOGNAMIGLIO, Renato. *Op. cit.*, p. 123.

³⁶ LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *Op. cit.*, p. 140.

resulta interpretado presuntivamente, establecer un requisito para la celebración del futuro negocio, pero no pueden hacer calificaciones jurídicas de valor (invalidez), ni de sanción (nulidad).

Lo expuesto deja en claro que la formalidad del contrato puede, entonces, originarse en un precepto o bien en un acuerdo de partes al respecto. Las partes pueden volver formales a negocios que por la ley no lo son, lo que se justifica, como no puede ser de otra manera, en su autonomía privada.

Las partes, sin embargo, no podrían, como también resulta evidente atendiendo a los límites intrínsecos de esa autonomía privada, dejar de lado las solemnidades dispuestas por el legislador *ad solemnitatem*, por estar de por medio el interés público que le otorga carácter imperativo a la norma que prescribe la formalidad.

Para que la forma establecida por los contratantes actúe como condición o requisito de validez del contrato, debe expresarse el acuerdo de por escrito.

De esta manera, si se celebra el contrato, dicho acto debe revestir la forma prescrita por las partes y el acuerdo previo debe constar por escrito.

Según De la Puente, se presume que la forma prevista por las partes es *ad solemnitatem*, a menos que lo contrario se deduzca del convenio celebrado entre ellas; siendo evidente que la forma prevista por las partes debe ser más exigente que la legal, pues de lo contrario, el pacto carecería de sentido.

4. FACULTAD PARA COMPELERSERECÍPROCAMENTE A CUMPLIR DETERMINADA FORMALIDAD

El artículo 1412 del Código Civil regula la facultad para compelerse recíprocamente a cumplir determinada formalidad. El texto original de la norma se limitaba al siguiente párrafo:

Artículo 1412.- «Si por mandato de la ley o por convenio debe otorgarse escritura pública o cumplirse otro requisito que no revista la forma solemne prescrita legalmente o la convenida por las partes por escrito bajo sanción de nulidad, éstas pueden compelerse recíprocamente a llenar la formalidad requerida».

Este artículo fue modificado por la Primera Disposición Modificatoria del Código Procesal Civil (Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial 010-93-JUS; Decreto Legislativo 768; Decreto Legislativo 767; Decreto Ley 25940; y Decreto Ley 25869; publicado en el Diario Oficial «El Peruano», el día 22 de abril de 1993), precepto que dispone lo siguiente:

Artículo 1412.- Se agrega el siguiente párrafo:

«La pretensión se tramita como proceso sumarísimo, salvo que el título de cuya formalidad se trata tenga la calidad de ejecutivo, en cuyo caso se sigue el trámite del proceso correspondiente».

Conforme señala De la Puente, la facultad para compelerse recíprocamente para cumplir determinada formalidad, no se aplica a los contratos *ad solemnitatem*, pues si no se hubiera cumplido la forma, el contrato sería nulo. Por ello, se aplica solamente a los contratos *ad probationem*.

No estamos plenamente de acuerdo con esa afirmación.

Concordamos con ella en el sentido de que el artículo 1412 no se aplica a los contratos solemnes, pero discrepamos en el extremo que considera que se aplica únicamente a los contratos con formalidad *ad probationem*.

Decimos esto, por cuanto los contratos con formalidad *ad probationem* son aquellos en donde la formalidad si bien no sirve para la existencia del propio contrato, sí constituye requisito indispensable para probar dicha existencia, de modo tal que ante el surgimiento de cualquier controversia en torno a la existencia o no del contrato celebrado, si el contratante que desea probar que el contrato sí se ha celebrado, no contara con la formalidad *ad probationem* prescrita por la ley o autoimpuesta por las partes, entonces, simplemente la consecuencia será que no podrá probar la existencia misma del contrato.

Esta situación nos lleva a afirmar que el artículo 1412 se aplica tanto a los contratos *ad probationem* como a aquellos contratos en donde las partes han previsto el otorgamiento de alguna formalidad adicional, pero no con carácter *ad probationem*, sino, por ejemplo, con la exclusiva finalidad de obtener un mejor medio probatorio en torno al propio contrato.

Para ser precisos, debemos señalar que el precepto bajo análisis se refiere a la forma *ad exercitium* o *ad utilitatem*, la cual ya hemos mencionado.

Lohmann Luca de Tena propone una interpretación distinta a la ofrecida por De la Puente, y sustenta esta interpretación en la existencia en el artículo de las locuciones «o», que independizan las posibles diferentes situaciones. El artículo contiene varias hipótesis:³⁷

- a) Que por mandato de la ley deba otorgarse escritura pública, o;
- b) Que por convenio que fluya del propio acto deba otorgarse escritura, o;
- c) Que por mandato legal deba cumplirse un requisito que no revista forma solemne prescrita legalmente, o;
- d) Que por convenio de las partes (el artículo no dice si en el propio contrato o convenio anterior) deba cumplirse otra formalidad (distinta de la escritura) impuesta voluntariamente bajo sanción de nulidad. Nótese que en esta hipótesis ya no hay presunción posible; según el artículo, la sanción de nulidad debe estar acordada por escrito.

Lohmann explica su tesis manifestando que «en cualquiera de tales hipótesis las partes pueden compelerse al cumplimiento de la formalidad. Tengo dos razones para creerlo así, además de la ya dicha de política jurídica conforme a la cual todo vínculo jurídico debe permitir su propio perfeccionamiento sin que una de las partes pueda negarse a hacerlo alegando un inconveniente de formalidad que dicha parte ha propiciado o que ella misma no quiere cumplir. La primera de tales razones es que en el artículo 1412 encuentro cuatro hipótesis independizadas. De la Puente encuentra el núcleo del artículo en la expresión 'que no revista la forma solemne prescrita legalmente o convenida bajo sanción de nulidad', de donde se infiere que el artículo sólo permite compeler a satisfacer la formalidad *ad probationem*. Yo pienso que no hay tal núcleo. La segunda razón es que el artículo no prohíbe en lo absoluto compeler el cumplimiento de la formalidad reclamada legalmente por sanción de nulidad».

Sin embargo las críticas de Lohman Luca de Tena al citado artículo no concluyen ahí, pues le hace tres críticas más, siendo éstas las siguientes:

³⁷ LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *Op. cit.*, p. 143.

- a) «La referencia a que la forma solemne haya sido 'convenida por las partes por escrito bajo sanción de nulidad'. En mejor Castellano se hubiera dicho 'convenida por escrito por las partes bajo sanción de nulidad', pero eso no tiene mayor importancia. Lo importante son otras dos cosas. La primera es el error de facultar a las partes para pactar nulidades. Eso es inconcebible, porque la nulidad es una sanción reservada al ordenamiento jurídico. La segunda es que la exigencia de este convenio con indicación de sanción no encaja con el sentido del 1411, el cual establece una presunción.
- b) La frase 'otro requisito que no revista la forma solemne'. ¿Qué es esto?. ¿Qué otro requisito puede haber distinto a los que requiera la estructura del contrato, según su especie, y que al mismo tiempo sea ajeno a la formalidad?.
- c) La formalidad no se 'llena', como dice el artículo. Se cumple, se ejecuta, se realiza, se lleva a cabo, se materializa..., pero no hay que 'llenarla', como si estuviera vacía.»

Finalmente, Lohmann concluye su crítica manifestando que en lugar de este imperfecto artículo 1412, mucho más sano hubiera sido seguir la pauta del artículo 1185 del Código Civil Argentino, según el cual el contrato con formalidad incumplida no es contrato que genere obligaciones respecto de su contenido, pero sí es válido en cuanto produce la obligación de formalizarlo.

La fenomenología del Derecho enseña que la forma, cuando es elevada al nivel de requisito del acto, sirve para determinar a éste el sello de la juricidad. En las sociedades primitivas no se conciben negocios importantes que no sean formales. Más tarde, una mayor elasticidad de las apreciaciones sociales permitió que el Derecho se desvincule de las formas, y que se adopte, como criterio general, la libertad de forma. Sin embargo —siempre en el Derecho moderno—, el requisito de la forma necesaria tiene varias aplicaciones. Su finalidad es asegurar, contra cualquier duda, la univocidad del acto, y garantizar su seriedad en los actos de mayor relevancia, como los de Derecho familiar, los actos *mortis causa*, los contratos de sociedad y las transferencias inmobiliarias.³⁸

³⁸ BETTI, Emilio. *Op. cit.*, p. 56.

Mucho se ha comentado en doctrina que en el Derecho moderno el principio de libertad formal se ve atenuado por el denominado neoformalismo.

El neoformalismo supone un nexo con las exigencias formales propias del antiguo Derecho, pero ya no con el objetivo de obtener los resultados que buscaban los *primitivos* con el cumplimiento de la solemnidad, esto es, impresionar la mente; sino a la necesidad de afianzamiento de la seguridad en el tráfico jurídico.

Así, aunque hoy ya se ha abandonado en general el formalismo de antaño, rigiendo en su lugar y como regla la libertad de forma, se advierte la aparición del neoformalismo. Éste es distinto al antiguo formalismo, en tanto las formas tienen como mira la prueba del acto y su publicidad, pero la omisión no afecta, en principio, al acto en sí.

Entre las diversas razones que justifican al *neoformalismo*, tal cual lo hemos caracterizado, según refiere Borda, se puede señalar como esenciales las siguientes:³⁹

- Las exigencias formales tienden a cuidar la seguridad jurídica; ello, en tanto las relaciones jurídicas se han hecho tan múltiples y complejas que se siente la necesidad de ponerles un orden y evitar inconvenientes de imprecisión y ligereza.
- Las normas que tienden a la publicidad —y, particularmente, a los registros— se han mostrado tan eficientes como necesarias para proteger a los terceros contra las confabulaciones de quienes se ponen de acuerdo para perjudicarlos antedatando actos o simulándolos.
- El intervencionismo estatal exige que las convenciones particulares tengan una exteriorización sin la cual el control oficial sería imposible; el cumplimiento de estas formalidades facilita, además, la percepción impositiva, porque los escribanos (notarios) actúan como agentes de retención de los impuestos y tasas.

Es de destacar que la norma contenida en el artículo 1412 del Código Civil

³⁹ BORDA, Guillermo A. *Manual de Contratos*. Buenos Aires: Perrot, 1989, p. 96.

Peruano es similar al artículo 1279 del Código Civil Español. En este último se indica que 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 hubiesen intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez.

Como podemos advertir, tanto en la norma española como en la nuestra, se trata de una exigencia de forma que no afecta la validez del contrato, sino su efectividad. Los contratantes pueden exigirse privadamente el ejercicio de las obligaciones dimanadas del contrato, pero cuando intenten el ejercicio de las mismas ante una autoridad judicial, o ante terceros, o para lograr la inscripción en un Registro Público de los mismos, cada parte podrá compeler a la otra para que cumpla con la forma exigida.⁴⁰

Por su parte, el Código Civil Argentino remite a las formas de los actos jurídicos al hablar de la forma de los contratos, dado que éstos son una especie de aquéllos. El mencionado cuerpo legal define la forma como el conjunto de solemnidades prescriptas por la legislación para que se forme el acto jurídico. Enumera las siguientes formas: la intervención de testigos, la escritura, el escribano u oficial público o el juez del lugar. Si la ley no ha establecido formas determinadas, las partes pueden elegir las que consideren convenientes.

Vistas las cosas desde esta perspectiva, resulta evidente que el supuesto regulado por el artículo 1412 del Código Civil Peruano de 1984 implica la presencia de un contrato ya formado y que produce plenos efectos entre las partes. Se trata, simplemente, de satisfacer la exigencia de hacerlo conocible a terceros por medios adecuados.⁴¹

Como podemos inferir, la norma bajo estudio se encuentra íntimamente vinculada con el tema de la publicidad del contrato, el cual constituye un aspecto de gran relevancia en tanto indispensable para el desarrollo adecuado del tráfico mercantil.

Scognamiglio⁴² señala que, en general, el medio preferido es el de imponer a los contratantes el cumplimiento de una actividad subsiguiente a la celebración del

⁴⁰ GETE-ALONSO, María del Carmen. *Op. cit.*, p. 550.

⁴¹ SCOGNAMIGLIO, Renato. *Op. cit.*, p. 125.

⁴² SCOGNAMIGLIO, Renato. *Op. cit.*, p. 125.

contrato, como una carga ulterior para que éste pueda ser opuesto eficazmente a terceros, carga que la ley establece principal o, exclusivamente, con el fin de publicidad.

Por último, convenimos con lo que señala De la Puente, en el sentido de que si el contrato cuya formalización se exige es de prestaciones recíprocas, entonces el acreedor de la obligación podrá optar por la resolución del contrato por incumplimiento, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 1428 del Código Civil.

Antes de concluir con este punto, queremos hacer mención de que en virtud del Código Procesal Civil que entró en vigencia el 28 de julio de 1993, se estableció que la pretensión a que se refiere el artículo 1412 se tramita como proceso sumarísimo, salvo que el título de cuya formalidad se trate tenga la calidad de ejecutivo, en cuyo caso se sigue el trámite del proceso correspondiente.

5. FORMALIDAD DE LA MODIFICACIÓN DEL CONTRATO

El artículo 1413 del Código Civil se encarga de regular la formalidad que se debe seguir para la modificación de los contratos:

Artículo 1413.- «Las modificaciones del contrato original deben efectuarse en la forma prescrita para ese contrato».

Según enseña De la Puente, en criterio que compartimos, en realidad la norma se refiere a la modificación de la relación jurídica patrimonial creada por el contrato o de la relación contractual creada por el mismo y no a la modificación del propio contrato, pues éste ya no existe.

No obstante ello, vamos a seguir refiriéndonos al tema como *la modificación del contrato*, pues ella resulta práctica habitual, y todos conocemos de qué estamos hablando.

Expresa el citado profesor que si se quiere modificar el contrato, dicha modificación deberá hacerse siguiendo la misma reflexión con la que se celebró.

De otro lado, por nuestra parte, quisiéramos subrayar el hecho de que el artículo 1413, bajo comentario, únicamente se refiere a la formalidad que deberá seguirse a efectos de modificar el contrato, pero no hace referencia a la formalidad

que deberá seguirse cuando las partes decidan regular o extinguir dicho contrato.

Sin duda, se trata de un tema en extremo complicado, pues sólo para referirnos al caso de la modificación del contrato, debemos subrayar el hecho de que no necesariamente el precepto contenido en el artículo 1413 se aplicará siempre para la modificación de una relación contractual.

Decimos esto, en la medida de que la norma contempla única y exclusivamente el caso de la modificación de la propia relación contractual concebida de manera tradicional, es decir, que se celebre un nuevo contrato estableciendo cláusulas que modifiquen lo estipulado en las del contrato que se modifica.

Pero ésta no es la única manera de modificar las estipulaciones de un contrato, ya que las modificaciones de un contrato también podrían provenir del empleo de uno de los medios de extinción de obligaciones.

Nos referimos, en concreto, al caso de la novación, medio extintivo de obligaciones a través del cual las partes de una relación obligatoria, que pueden ser también partes de una relación contractual, se ponen de acuerdo para extinguir una obligación sustituyéndola por otra distinta, ya sea con objeto diferente o cambiando uno de sus sujetos.

Sin duda, la novación —sobre todo en su aspecto objetivo— constituye una manera indirecta de modificar el tenor de las estipulaciones contractuales.

Ahora bien, si uno analiza en detalle el texto de los artículos que sobre el tema de la novación contempla el Código Civil, es decir, los numerales 1277 a 1287, podrá comprobar que ninguna de esas normas establece formalidad alguna para la novación.

Ello revela —y la doctrina coincide en este tema— que para novar no se requiere seguir formalidad alguna; para novar, simple y llanamente se requiere que las partes se pongan de acuerdo, incluso de manera verbal.

Esto significa que el artículo 1413 del Código Civil halla excepción en el caso de la novación de las obligaciones, vía indirecta a través de la cual, sin seguir la formalidad del contrato original, se puede modificar el contenido de las cláusulas o

estipulaciones del propio contrato.

En lo que respecta a la regulación del contrato original, como sabemos, ella se hace para establecer determinadas precisiones en lo que respecta al texto de dicho contrato, a efectos de detallar determinados rubros que no fueron materia de acuerdo, pero que no se contraponen con las cláusulas pactadas en origen.

Sin embargo, cabría preguntarse cuál es la razón por la que los contratos regulatorios deberían seguir la misma formalidad prevista por las partes o por la ley para el contrato original.

La razón es muy simple, habida cuenta de que todas las disposiciones que formen parte de la regulación, pasarán a integrar el contrato original o, mejor dicho, la relación contractual creada por el contrato original.

De este modo, resulta impensable que los contratos regulatorios no sigan la misma formalidad prevista para los contratos originales.

Por otra parte, debemos preguntarnos si para el caso de los contratos extintivos que busquen poner término a los efectos del contrato original, debería o no seguirse la misma formalidad prevista por la ley o por las partes para el contrato original.

Independientemente de otras consideraciones, estimamos que si las partes decidieran dejar sin efecto el contrato original, la vía natural para ello sería recurrir al mutuo disenso, medio extintivo de los actos jurídicos regulado en el artículo 1313 del Código Civil.

El mutuo disenso es un acto típico que, en sede de obligaciones y contratos, tiene carácter consensual.

La Comisión Revisora del Código Civil⁴³ expresa, en criterio que no compartimos, que el mutuo disenso ni siquiera debe ser formal en el caso que deje sin efecto un contrato sujeto a formalidad *ad-solemnitatem*. Señala que en esta materia el legislador se aparta de la opinión de Francesco Messineo, quien expresa que el

⁴³ COMISIÓN REVISORA DEL CÓDIGO CIVIL. BIGIO CHREM, Jack. Lima: Comisión Revisora del Código Civil, 1998, p. 7.

mutuo disenso debe revestir igual forma que el contrato originario,⁴⁴ y de Raymundo M. Salvat.⁴⁵

Según la Comisión Revisora del Código Civil, el legislador peruano hace suyo el planteamiento de Sánchez Román, que José León Barandiarán recoge en su obra *Comentarios al Código Civil Peruano, Obligaciones*, tomo II, p. 582, cuando expone lo siguiente:

«Ella sola, sin el consentimiento, ni se concibe ni existe, además de que está exigida como formalidad de la perfección, no lo está como solemnidad de la disolución del contrato; y sabido es que todos los requisitos de carácter formal no se suplen por interpretación extensiva si la ley no lo establece expresamente. Por otra parte, se pregunta Sánchez Román, ¿cómo sería posible desconocer que el mutuo disenso o acuerdo de voluntades en contrario al que dio nacimiento al contrato, constituirá siempre una excepción irresistible, opuesta que fuera a la demanda de cumplimiento de aquél?»

Castañeda⁴⁶ expresa que la ley no exige para el perfeccionamiento del mutuo disenso que se cumpla con alguna formalidad, ni aun cuando el contrato que se deja sin efecto se hubiere perfeccionado por escritura pública. Sin embargo, es evidente que debe llenarse la misma formalidad observada en el contrato que se resilia, ya que si con posterioridad al mutuo disenso quien aparece con derecho en el contrato resiliado otorgó cualquier derecho a un tercero, no podría oponérsele a éste el mutuo disenso si constare en instrumento privado.

Asimismo —dice Castañeda—, si habiéndose resiliado un contrato de compraventa de un inmueble que se inscribió en el Registro de la Propiedad, se omitió inscribir dicha resiliación y el comprador, procediendo de mala fe, transfirió, a título oneroso, dicho inmueble a un extraño, quien cumplió con inscribir —no obstante que el mutuo disenso constare en escritura pública— el derecho de propiedad adquirido por el tercero es inimpugnable, por aplicación del artículo 1052

⁴⁴ MESSINEO, Francesco. *Op. cit.*, tomo II, p. 334.

⁴⁵ SALVAT, Raymundo M. *Tratado de Derecho Civil Argentino, Obligaciones en General*. Edición actualizada con textos de doctrina, legislación y jurisprudencia por Enrique V. Galli. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1952, tomo I, p. 256.

⁴⁶ CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. *Instituciones de Derecho Civil. El Derecho de las Obligaciones, Teoría General de las Obligaciones*, Lima: 1957, tomo III, pp. 388 y 389.

del Código Civil (el autor se refiere al de 1936), solución que se produciría a pesar de que la transferencia se operó después de que la venta hubiera sido resiliada, por lo que el comprador había dejado de ser propietario.

Agrega Castañeda que la resiliación extendida en documento privado es, no obstante lo expresado, válida, porque la ley no establece ninguna formalidad especial. Sin embargo, ella producirá efectos entre las partes.

Ni el Código vigente, ni el derogado Código de 1936, le señalan a la figura una forma definitiva, o una forma solemne para su perfeccionamiento, ni para su validez, por lo cual no estaría, en principio, sujeto a formalidad alguna. No obstante lo cual, la opinión que predomina en la doctrina indica que, cuando la ley exige solemnidad para el contrato que se quiere extinguir, la misma formalidad debe seguirse para su resolución, extinción o mutuo disenso. De esta manera si, por ejemplo, el contrato hubiera sido inscrito en los Registros Públicos, será necesario que su extinción se inscriba ahí, principalmente a fin de que sea conocida por todos.

Hemos dicho que en esta materia discrepamos de las apreciaciones de la Comisión Revisora del Código Civil, por cuanto el mutuo disenso, más allá de ser un medio extintivo de la eficacia de los actos jurídicos (condición con la que está regulado en el Código Civil Peruano), cuando versa sobre materia exclusivamente patrimonial, es un contrato, ya que se ajusta al artículo 1351 del propio Código, al ser un acuerdo de dos o más partes destinado a extinguir una relación jurídica patrimonial.

El artículo 1413 del Código Civil, por su parte, prescribe que las modificaciones del contrato original deben efectuarse en la forma prescrita para ese contrato. Resulta evidente que este numeral es incompleto, ya que los contratos no sólo pueden ser modificados por otros contratos posteriores, sino también regulados o extinguidos, según la lógica que imponen los artículos 1351 y siguientes del Código Civil.

Así, si se tratara de la modificación de un contrato, es evidente que el tema de la formalidad estaría regulado explícitamente.

Pero, si estuviésemos ante un contrato extintivo (caso del mutuo disenso en materia netamente patrimonial), tendríamos que aplicar por analogía el citado artículo 1413 del Código Civil, pues resulta ostensible que, si para sólo modificar un

contrato anterior se exige el cumplimiento de la misma formalidad, con mayor razón deberá exigirse tal formalidad para su extinción, entendiéndose que la extinción es el grado máximo de modificación de una relación contractual, al extremo de que se decide variarla tan radicalmente que llega a extinguir sus efectos.

Ahora bien, de manera independiente del tema del mutuo disenso, cabría preguntarse si resultaría posible poner término a los efectos de una relación contractual a través de un medio distinto.

La respuesta es afirmativa.

Concretamente, podríamos mencionar el tema de la transacción, como medio extintivo de obligaciones y como vía natural para solucionar asuntos dudosos o problemáticos.

Si una relación contractual hubiese devenido en un asunto dudoso o litigioso, todos sabemos que la vía natural para poner fin a dicha controversia sería recurrir a una transacción.

En tal caso, la pregunta que correspondería efectuar es si se tendría que respetar la misma formalidad establecida por la ley o por las partes para la celebración del contrato que ahora es materia de controversia.

En principio, consideramos que no, habida cuenta de que la ley establece una formalidad específica para la transacción, en virtud de lo establecido en el artículo 1304 del Código Civil, norma que señala que la transacción debe hacerse por escrito, bajo sanción de nulidad, o por petición al juez que conoce del litigio.

Lima, noviembre del 2009.