

ALGUNOS COMENTARIOS SOBRE LA FORMALIDAD CONTRACTUAL

MARCO ANTONIO ORTEGA PIANA

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Profesor de Derecho Civil Patrimonial en la Universidad de Lima.
Miembro del Consejo Consultivo de **ADVOCATUS**.

"La crítica no ha de ser un microscopio que nos muestre un grosero detalle, sino un telescopio que nos permita descubrir nuevos mundos de luz donde todos veamos seguridad".

J.M. Barrino

SUMARIO:

I. Introducción.- II. Marco normativo general.- III. Sobre el perfeccionamiento contractual.- IV. Sobre la solemnidad consensual.- V. Sobre la formalidad probatoria.- VI. Sobre la formalización de los modificaciones contractuales.- VII. Formalidades y rigidez contractual.- VIII. A modo de conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo tiene como propósito compartir algunas reflexiones respecto al tema de la formalidad contractual con el objeto de precisar el margen de autonomía de la voluntad que las partes poseen o podrían poseer sobre esta materia, asociando adicionalmente los conceptos vertidos con algunos comentarios sobre la regulación de las formalidades en el Código Civil.

En ese orden de ideas, el presente estudio representa un conjunto de tesis que exponemos y que representan una invitación para que, previa evaluación, el lector pueda extraer sus propias conclusiones, proponiéndose nuevos enfoques interpretativos para las disposiciones del Código Civil, considerando no solo la eficiencia del intercambio comercial, sino además la seguridad jurídica que no debemos dejar de preservar.

Agradeciendo a **ADVOCATUS** por la oportunidad brindada de publicar este trabajo, y por la implícita tolerancia que ello significa, reitero lo que en oportunidades anteriores he manifestado sobre la necesidad de que, sin perjuicio de la rigurosidad en el empleo de los conceptos jurídicos, quienes hemos asumido una función docente, realicemos también nuestros mejores esfuerzos para dirigarnos en términos inmediatamente comprensibles a quienes están interesados en escucharnos o leerlos, ya que, así como la puntualidad es la cortesía de los reyes (en palabras de Luis XIV de Francia), la claridad es el deber de los profesores.

II. MARCO NORMATIVO GENERAL

Nos interesa destacar, como marco normativo general del presente trabajo, las siguientes disposiciones de nuestro Código Civil, tanto en materia de acto jurídico como de contratación:

Artículo 143.-

"Cuando la ley no designe una forma específica para un acto jurídico, los interesados pueden usar la que juzguen conveniente."

El artículo anteriormente transcrito reconoce la denominada "libertad de forma"; esto es, que el agente o los agentes jurídicos pueden manifestar su voluntad de la manera que mejor lo estimen: expresa o tácitamente.

Artículo 144.-

"Cuando la ley impone una forma y no sanciona con nulidad su inobservancia, constituye sólo un medio de prueba de la existencia del acto".

Bajo la norma en cuestión, ya no estamos en el ámbito puro de la libertad de forma para expresar la voluntad (consensualismo puro), sino que ingresamos al campo de la forma prescrita (que corresponde al concepto de formalidad), la cual, siendo de carácter documental, puede ser simplemente probatoria (relativa) o consustancial (absoluta) al acto: forma *ad probationem* y forma *ad solemnitatem*, respectivamente.

Artículo 1352.-

"Los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos que, además, deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad".

Conforme este artículo, tratándose del perfeccionamiento constitutivo de los contratos, sean típicos o atípicos, se reconoce la existencia de los contratos consensuales y de los contratos formales. Tratándose de los primeros, impera la libertad de forma. Tratándose de los segundos, la manifestación de voluntad se confunde con la exigencia legal de una determinada forma que se establece bajo sanción de nulidad, generándose identidad esencial entre documento y manifestación de voluntad (formalidad absoluta).

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".

Esta norma legitima las denominadas solemnidades convencionales, esto es, las formalidades necesarias establecidas por las propias partes contratantes y no por la ley. Para fines de asociar esta norma de carácter contractual con las precedentemente enunciadas, debemos considerar que la categoría de actos jurídicos solemnes (sujetos a una formalidad *ad solemnitatem*) corresponde a la clasificación de los contratos formales (en cuanto a su perfeccionamiento constitutivo), a lo que podemos denominar formales absolutos (para diferenciarlos de los relativos, que son estrictamente contratos consensuales pero con indicación legal o convencional de forma probatoria).

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 bajo sanción de nulidad, éstos pueden compelerse recíprocamente a llenar la formalidad requerida.

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

Solo nos interesa, para fines del presente estudio, el primer párrafo de la norma transcrita, conforme al cual la posibilidad de compelerse recíprocamente al cumplimiento de una formalidad solo es posible tratándose de aquellos contratos en que la forma no se identifica constitutivamente con la manifestación de voluntad que corresponde al acuerdo, esto es, tratándose de los contratos consensuales y que estén sujetos, a su vez, a una formalidad *ad probationem* (contratos formales relativos).

Artículo 1413.-

"Las modificaciones del contrato original deben efectuarse en la forma prescrita para ese contrato".

Por último, este artículo, que tantas veces se invoca en la práctica, está relacionado a la formalidad que debe observarse en el escenario de modificaciones contractuales, correspondiendo determinar si su aplicabilidad se limita a los contratos formales o si puede hacerse extensiva inclusive a los consensuales, sujetos o no a determinada formalidad *ad probationem*.

III. SOBRE EL PERFECCIONAMIENTO CONTRACTUAL

1. Es manifiesto que los contratos se perfeccionan por el acuerdo de voluntades de las partes, no siendo necesario que el consentimiento esté materialmente exteriorizado a través de documento alguno, menos aún que se proceda a ejecutar las prestaciones para que recién se entienda celebrado el contrato; en ese sentido, es suficiente el acuerdo verbal para que, a todo efecto legal, se tenga por celebrado el respectivo contrato desde el momento en que la aceptación llega a conocimiento del oferente¹, no siendo indispensable que las partes deban documentar su voluntad.

Esa es la regla general y, como toda regla general, admite excepciones. En ese sentido, así como la ley consagra la existencia de los denominados contratos consensuales, también reconoce a los llamados contratos formales, esto es, aquellos en que la voluntad común solo existe jurídicamente si es que se manifiesta a través de determinada forma. En nuestra legislación dicha forma es documental hasta de tres maneras distintas: por escrito, por escrito de fecha cierta y por escritura pública; fuera de ellas no hay otra forma de la cual se pueda hacer uso para acreditar la voluntad.

El artículo 1352 del Código Civil, transcrito en la primera parte del presente trabajo, se refiere específicamente a esta situación: los contratos son consensuales (celebrados bajo el principio de libertad de forma, lo cual significa que las partes pueden exteriorizar libremente su voluntad bajo cualquier forma: expresa o tácita), salvo que posean legalmente el carácter de formales, lo cual se asocia al concepto de formalidad o exigencia necesaria de una determinada forma.²

2. Ya se ha expresado en múltiples oportunidades y con la solvencia académica de distinguidos profesores especializados en materia de contratos, que la redacción del artículo 1352 del Código Civil no es la más feliz. Y para acreditarlo solo necesitamos plantear un sencillo ejemplo, que ya es casi un clásico en nuestro curso de Contratos Típicos: Otto se propone donar una casa a Max y, para dicho efecto, luego de ponerse de acuerdo en los términos y condiciones de la respectiva donación, suscriben la respectiva minuta, siendo que Max es el encargado del trámite notarial y registral. A los pocos días, la notaria llama a las partes para que procedan a otorgar la escritura pública derivada de la minuta de donación anteriormente señalada. Otto no solo no concurre, sino que, además, sus pretextos para justificar su inacción se convierten finalmente en una simple y rotunda negativa. Por último, Max demandó a Otto el otorgamiento de la escritura pública de donación inmobiliaria sobre la base de la minuta que, en su oportunidad, ambas partes suscribieron y que correspondría a su voluntad común de transferir gratuitamente la propiedad de cierto inmueble.

Conocemos bien que la donación inmobiliaria es un contrato formal, dado que la ley establece que debe otorgarse una escritura pública bajo sanción de nulidad, siendo pertinente aplicar los artículos 1625 y 140 (inciso 4) del Código Civil. En ese sentido, el tema radica en la manera de asociar dichas normas –y los conceptos que representan su presupuesto– con lo establecido en el artículo 1352 del Código Civil.

Si nos ceñimos a lo que se expresa literalmente en el artículo 1352 de nuestro Código Civil, el legislador habría considerado que los contratos formales son aquellos en los que la manifestación de voluntad debe acompañarse de determinada formalidad; por ello es que al texto de la norma en cuestión establece que se requiere (y, para enfatizarlo, inclusive ha sido

¹ Artículo 1373 del Código Civil.

² Sobre esta particular merece destacarse que, con toda razón, Guillermo Lohmann manifiesta que en rigor, la “forma” siempre se da en todo acto jurídico y, en particular, tratándose de contratos, puesto que la voluntad para poseser, disponer, debe expresarse, exteriorizarse, sea de manera expresa o tácita, siendo muy bien que el requisito de validez de la manifestación de voluntad en algunos casos se asocia a la observancia de una determinada forma necesaria, lo cual implica una formalidad. En ese sentido, la formalidad no es sino la exigencia de una determinada forma necesaria, lo cual implica una formalidad. En ese sentido, la formalidad no es sino la exigencia de una determinada forma necesaria, lo cual implica una formalidad. En ese sentido, la formalidad no es sino la exigencia de una determinada forma necesaria, lo cual implica una formalidad. En ese sentido, la formalidad no es sino la exigencia de una determinada forma necesaria, lo cual implica una formalidad. Véase: LONPANHÉ, Guillermo, *El Negocio Jurídico*, Primera Edición, Librería Sudburo, Lima, 1986, p. 102.

enunciado entre comas) "además" de una forma (entiéndase formalidad), por lo que se estaría reconociendo implícitamente que ya se habría generado un acuerdo de voluntades, consenso o consentimiento previo. Bajo esa lectura, en el ejemplo propuesto, sobre la base del pretendido acuerdo de voluntades que representaría la minuta, Max demanda el otorgamiento de la escritura pública de donación inmobiliaria, ya que se considera legalmente legitimado para requerir la formalidad adicional que, en su momento, le permitirá mejorar su situación como acreedor del bien o para efectos registrales. Estoy seguro que en más de alguna oportunidad hemos tenido ocasión de conocer alguna resolución judicial por la cual se ordena otorgar, en rebeldía del demandado (Otto, en el ejemplo propuesto), la escritura pública de donación. Frente a ello, ¿cómo queda el concepto de lo que es un contrato formal, de lo que es un acto jurídico solemne?, ¿cuándo puede demandarse el otorgamiento de escritura pública o el cumplimiento de otra forma?

3. En materia contractual el consentimiento puede expresarse en forma simple (bajo el principio de libertad de forma, en donde el simple acuerdo de voluntades en sí mismo es suficiente para el nacimiento del contrato) o calificada. En este último caso, estamos ante los contratos en los que el consenso se confunde con la observancia de determinada formalidad o, inclusive, de determinada actividad. Los contratos en los que el consentimiento se expresa de manera simple son los consensuales; en cambio, cuando el consentimiento es calificado, estamos frente a los contratos formales y a los contratos reales. Conforme ya hemos indicado, nuestro Código Civil reconoce la existencia de los contratos consensuales (regla general) y formales (excepción a la regla general); no se reconoce a los contratos reales porque la entrega del bien no corresponde a un tema de celebración sino de ejecución contractual, lo que presupone ya un acuerdo de voluntades eficaz.¹

En ese orden de ideas, los contratos formales que corresponden a la categoría de negocios ad solemnitatem, son aquellos en los que la forma o manera prevista de declarar la voluntad es consustancial; la formalidad se identifica con el fondo (de allí la aplicación de la denominada nulidad refleja²). De no cumplirse con la observancia de la formalidad esencial (exigencia de determinada forma), no habrá manifestación de voluntad común alguna; no habrá génesis contractual.

En ese sentido, la redacción del artículo 1352 es defectuosa porque invita a sostener que el concepto de manifestación de la voluntad va por un lado, mientras que el tema de la formalidad va por otro. Ello es un error que no solo ha sido reiteradamente advertido en doctrina, sino que inclusive ha derivado en una propuesta normativa para modificar la redacción del señalado dispositivo legal.³

¹ La posición del legislador peruano ha sido clara en este tema. Es así que HUGO ARIAS SCHIEBER manifiesta, en su emblemática obra *Exégesis*, que "se ha dado, pues, un *acto reconocible*" al implementarse el sistema de la consensualidad otorgando la entrega o tradición, como regla general. *El acto de la entrega debe entenderse, en consecuencia, no como un elemento constitutivo o formal sino como parte del momento en el cumplimiento de la promesa*" (lo resaltado es nuestro). Ver: ARIAS SCHIEBER, Hugo, *Exégesis*, Tomo I (Contratos: Parte General), Gaceta Jurídica Editores, Lima, 1995, p. 101. De la misma manera, el maestro Manuel de la Puente y Lavalle no solo suscribe una posición acorde con la supresión de los contratos reales, sino que además considera que ello facilita la contratación moderna, evitando la necesidad de elaborar un doble acuerdo para un mismo negocio: contrato consensual preliminar y consorcio definitivo real. Ver: DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *El Contrato en General*, Comentarios a la Sección Primera del Libro III del Código Civil, Primera Parte (Artículos 1351 a 1413), Tomo I, Primera Edición, En: *Biblioteca para los el Código Civil*, Vol. 10, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1991, p. 194. Aunque con permisión, desgraciado de este libro, opino en lo que se refiere a la posibilidad de poder poner el carácter real fundante de contratos atípicos. Diferencia que escapa al objeto del presente artículo.

² Sobre este particular, dado que la regla general es la libertad de forma para expresar la voluntad, el artículo 225 del Código Civil prescribe que: "No debe confundirse el acto con el documento que sirve para probarlo. Puede subsistir el acto aunque el documento se declare nulo". Resulta evidente que el documento no solo sirve para probar sino que es el acto, por representar la voluntad misma, la nulidad del documento significa la nulidad del respectivo acto.

³ Me refiero con ello a la propuesta de reforma del Código Civil en cuanto a los alcances del artículo 1352, apostada por la Comisión de Reforma del Código Civil Peruano (denominada Comisión encargada de estudiar el Anteproyecto de Ley de

4. Pero cuando hemos señalado que la redacción del artículo 1352 del Código Civil no es la más feliz, no solo nos referimos a la falta de precisión en enunciar el sentido de los contratos formales, sino también a la inadecuada referencia al origen de estos últimos, ya que el texto invita a sostener que la forma esencial debe estar señalada por la ley o, presentado de otra manera, que únicamente la ley puede categorizar a determinado contrato como formal. Y ello no es así. En ese orden de ideas, la reforma legislativa debería ser más precisa, ya que lo que se pretende finalmente es ganar claridad respecto al texto actual. Sabemos, conforme a la expresión popular rusa, que lo perfecto es enemigo de lo bueno, pero si estamos en un proceso de reforma para mejorar, podemos culminar con el esfuerzo ya iniciado, más aún cuando no se trata de un tema grave o crucial.

¿Por qué sostenemos que hay actualmente una inadecuada referencia al origen de los contratos formales? Porque nuestro Código Civil reconoce la posibilidad que, sin perjuicio de la ley, las partes también puedan establecer solemnidades convencionales, esto es, que subordinen la existencia, el nacimiento, la concertación misma del contrato a una formalidad: a la necesaria observancia de determinada forma. No se trata que se afecte la eficacia contractual en el tema de la forma, sino que se supedita la validez del negocio a determinada manera en que se exprese la voluntad común. El artículo 1411 del Código Civil reconoce esta posibilidad a través de una presunción relativa, conforme a la cual se asume que la forma que las partes hubiesen acordado de manera previa y escrita es requisito de validez. Esto corresponde a un tema específico que analizaremos más adelante.

Atendiendo a lo expuesto, consideramos que el artículo 1352 del Código Civil no solo debería precisarse en cuanto al tema de la noción de los contratos formales, sino que además debería incorporar expresamente la posibilidad que la observancia de la forma esencial puede provenir también de un pacto, concordándose con la previsión contenida en el artículo 1411 del mismo cuerpo normativo.

5. Por último, ¿qué es lo que justifica que se haya establecido esta excepción de los contratos formales respecto a la existencia de los consensuales? Para fines de promover la contratación y el fluido intercambio de bienes y servicios, no tenemos duda que los contratos se perfeccionan de manera instantánea por el simple acuerdo de voluntades, pero existen casos en los cuales se justifica establecer ciertos límites, en el más puro sentido de la palabra, para que las partes puedan evaluar si están efectivamente interesadas en cerrar el contrato, límites que se asocian a la necesidad de expresar por escrito o de manera documental su acuerdo; por ello es que entendemos que los contratos gratuitos son generalmente contratos formales, ya que en el fondo lo que se pretende es que quien realiza el sacrificio patrimonial sea consciente de lo que acuerda, por ello la necesidad de volcarlo en un documento (más allá de la forma exigida en particular).

Pero no se trata únicamente de generar un espacio o momento para que las partes tomen la decisión de contratar plenamente conscientes, en el escenario de los contratos gratuitos*, sino que además las formalidades cumplen otras funcionalidades: permiten, en algunos casos,

Reforma del Código Civil, conforme a las Leyes 26394 y 26673, en su sesión del 14 de abril de 1997 (reconsideración, aprobada el 21 de abril de 1997), se propone el siguiente texto: "Los contratos quedan concertados por el consentimiento de las partes, excepto aquellos en que el consentimiento debe expresarse con la formalidad prevista por la ley". Ver: Instituto de Investigaciones Jurídico-Notariales / INDI, *Reforma del Código Civil Peruano. Decretos y Proyectos*. Primera Edición, Gaceta Jurídica Editores, Lima, 1998, pp. 262-264.

* STOLFI, Giuseppe, *Teoría del Negocio Jurídico*, Editorial Reintz de Derecho Privado, Madrid, 1959, pp. 215 y 214.

asegurar la autenticidad de la manifestación de voluntad (es el caso manifiesto, por ejemplo, de la escritura pública), permiten preservar la manifestación de voluntad (lo escrito puede mantenerse archivado, con mayor razón cuando estamos nuevamente, por ejemplo, frente a una escritura pública) o, simplemente, permiten probar la existencia del respectivo acto, sobre todo cuando el mismo ha sido celebrado mas no ejecutado.

Sobre esta materia, resulta relevante reproducir las expresiones de Messineo sobre la denominada solemnidad contractual:

"La razón jurídica de esta imposición por parte del ordenamiento jurídico, estriba, como es sabido, en la exigencia de que las partes se vean forzadas por la necesidad del uso de la forma solemne, a reflexionar sobre la importancia económica del acto que van a realizar al estipular el contrato y se decidan a ello después de un maduro examen; es, por tanto, un medio indirecto de defensa de las partes contra su propia ligereza posible. Pues, si esto mismo no es suficiente, aquella de las partes que estipula atónticamente un contrato solemne, sin percatarse de su importancia, tiene ya que imputárselo a sí misma".¹

IV. SOBRE LA SOLEMNIDAD CONVENCIONAL

1. Conforme hemos expresado, las partes pueden pactar solemnidades convencionales. La cuestión radica en cuándo y cómo hacerlo. Sobre la base de que la regla general es que el perfeccionamiento constitutivo contractual es consensual, y que la forma solemne contractual fijada legalmente corresponde a normas imperativas, la posibilidad de pactar solemnidades convencionales está reservada únicamente para los contratos consensuales. Así, puede convenirse que la compraventa solo existirá si el respectivo acuerdo de voluntades consta por escritura pública; pero si no se pacta nada sobre la materia, se aplicará supletoriamente el Código Civil y, en ese orden de ideas, el contrato quedará constitutivamente perfeccionado por el simple acuerdo de voluntades, el cual puede ser inclusive verbal. Sin embargo, no puede convenirse que la donación inmobiliaria será válida y exigible por el simple acuerdo escrito, ya que ello sería contravenir la forma establecida por la ley, bajo sanción de nulidad, señalamiento que se desprende de una norma mandataria.²
2. Son las partes, antes de la conclusión del contrato consensual que se proponen celebrar, las que deben considerar la necesidad insoslayable de satisfacer una exigencia de solemnidad; en caso contrario, si el acuerdo se produjese al momento en que, por aplicación supletoria de la ley, nace el contrato, ya no cabe la posibilidad de subordinar el nacimiento del contrato sino tan sólo su eficacia, y menos aún correspondería pretender subordinar la validez del contrato cuando el acuerdo sobre forma es inclusive posterior, o muy posterior, al perfeccionamiento constitutivo consensual (en la medida que el vínculo contractual no se haya extinguido aún). Por lo tanto, mediando el acuerdo previo en cuestión sobre solemnidad convencional, si Baco y Fritz ya se pusieron de acuerdo sobre "cosa y precio" (y no existe desacuerdo alguno sobre cualquier otro aspecto contractual), ello no significará el nacimiento de la compraventa (como podría ser en circunstancias ordinarias), ya que para fines del perfeccionamiento constitutivo deberá satisfacerse la formalidad esencial pactada para que el acuerdo sea jurídicamente una auténtica manifestación de voluntad; en otras palabras, el acuerdo sobre bien, precio y observancia de determinada forma se convierten en temas o aspectos esenciales del respectivo negocio.

¹ MESSINEO, Francesco, *Doctrina General del Contrato*, Tomo I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986, p. 151.

² Este carácter imperativo es admitido, hasta donde conozcamos de manera uniforme, siendo destacado en nuestra doctrina nacional, por Vidal, Fernando. Ver: *El Acto Jurídico en el Código Civil Argentino*, Cultural Cuzco S.A., Lima, 1989, p. 122.

Por ello es que el artículo 1411 del Código Civil exige un acuerdo "previo", un acuerdo originado antes que nazca (legalmente) aquello que se desea que nazca en una oportunidad distinta, posterior; un acuerdo que se sustenta en la libertad misma de contratar o no.

3. Ahora bien, no basta el acuerdo previo sino que además es necesario que se pueda acreditar. Siendo que la posibilidad de solemnidades convencionales está dirigida a los contratos (supletoriamente) consensuales, en los que, al existir libertad de forma, se pueden perfeccionar constitutivamente de manera verbal, para efecto de probar lo contrario, esto es, que el simple acuerdo de voluntades aún no determina la génesis contractual, debe mediar preferentemente una prueba objetiva: una de carácter documental. En ese sentido, si durante el proceso de negociación, Baco y Fritz convienen en que la compraventa solo se entenderá celebrada cuando se otorgue una escritura pública, como requisito de validez, dicho acuerdo deberá acreditarse por escrito como forma probatoria privilegiada (artículo 144 del Código Civil), aunque a nuestro entender ello no significa que sea la forma escrita el único medio probatorio.
4. Sobre la base de lo expuesto, el artículo 1411 del Código Civil establece una presunción relativa sobre solemnidad convencional. No podemos dejar de considerar que estamos ante una presunción, lo que significa que se asume como cierto aquello respecto de lo cual se carece de certeza, pero se trata de una asunción de certeza de carácter relativo porque permite la prueba en contrario (aunque no se indique en el texto de la norma bajo comentario).

En ese sentido, la ley asume, presume, que el acuerdo previo y escrito sobre formalidad contractual representa una solemnidad convencional, salvo que se acredite cosa distinta, por ejemplo: a) cuando se trata de una formalidad convenida por las partes con un carácter simplemente probatorio, siendo que su conducta contractual es concluyente en el sentido que se aprecia el reconocimiento al nacimiento del contrato aun cuando no se había cumplido con la observancia de la forma identificada en su oportunidad, o b) que si bien se acordó una solemnidad, dicho acuerdo fue posteriormente dejado sin efecto como consecuencia del mismo desarrollo de las negociaciones o de las necesidades comerciales, de manera que el contrato finalmente quedó perfeccionado consensualmente.

Atendiendo a lo expuesto, conforme a su inteligencia y voluntad, las partes pueden establecer por escrito, clara y directamente, que determinado contrato solo se entenderá celebrado cuando se satisfaga mutuamente la forma documental identificada, de manera que no operará supletoriamente el perfeccionamiento constitutivo legalmente previsto (principio de consensualidad). En ese sentido, no será necesario invocar la presunción de la que trata el artículo 1411 del Código Civil, porque no hay nada que presumir; hay un acuerdo expreso, cierto, sobre el tema. Sin embargo, de no mediar un acuerdo preciso, resulta aplicable la presunción relativa bajo comentario. Queda entendido que, en caso de duda, deberá preferirse la aplicación de la regla general sobre perfeccionamiento consensual, por lo que la formalidad pactada solo sería probatoria (formalidad relativa) y no sustancial (formalidad absoluta).

Ahora bien, lo que sí merece destacarse es que la presunción legal comentada exige de una situación de hecho sobre cuya base se estructura, situación representada por la exigencia de un acuerdo previo y escrito sobre formalidad. No habrá nada que presumir, y más bien habrá que demostrar el acuerdo sobre solemnidad, si es que las partes no convinieron por escrito la formalidad esencial.⁹ Solo en la medida en que se pruebe ese acuerdo, aunque no sea escrito,

⁹ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *El Contrato en General* Comentarios a la Sección Primera del Libro VI del Código Civil, Primera Parte (Artículos 1351 a 1413), Tomo III, Primera Edición. En: *Biblioteca para leer el Código Civil*, Volumen XI, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1991, pp. 457 y 460.

pero siempre previo, podrá entonces sostenerse la existencia de una solemnidad convencional que, identificándose con el acuerdo mismo de voluntades, represente la celebración del respectivo contrato.

5. Un último comentario que tenemos sobre este tema se refiere a la posibilidad que, mediante pacto, pueda modificarse la formalidad esencial prevista legalmente para algunos contratos. Nos explicamos.

Volvamos al ejemplo que propusimos respecto a la donación inmobiliaria entre Otto y Max. Si la ley establece que la donación de inmuebles debe celebrarse por escritura pública, bajo sanción de nulidad, ¿podrían Otto y Max convenir cosa distinta y acordar, por ejemplo, que la donación inmobiliaria quedará perfeccionada si consta simplemente por escrito? No tenemos duda alguna que no, dicho pacto es nulo porque significa desconocer la forma legalmente prescrita: el acuerdo de Otto y Max atenta contra una norma imperativa mandatoria.

Sin embargo, distinta podría ser la conclusión si nos colocamos en un supuesto diferente en cuanto a la graduación legal de la forma documental legalmente prevista para fines de perfeccionamiento constitutivo. Asumamos que ya no se trata de una donación inmobiliaria sino de una donación de bienes muebles cuyo valor es superior a la cuarta parte de una Unidad Impositiva Tributaria (UIT). De acuerdo a los artículos 1623 y 1624 del Código Civil, si el valor de los muebles donados excede al 25% de la UIT, la donación debe celebrarse por escrito de fecha cierta, bajo sanción de nulidad.

En ese escenario, ¿podrían Otto y Max convenir que la referida donación mobiliaria solo se entenderá celebrada cuando conste por escritura pública?, ¿podrían apartarse de la específica previsión legal y asumir que la donación solo existe cuando se otorgue la escritura pública?, ¿puede pactarse por encima de lo legalmente reglado?

Atendiendo a la graduación de las tres formalidades legalmente previstas: simple forma escrita, documento de fecha cierta y escritura pública, en donde la forma posterior presupone la anterior, de acordarse la necesidad de una escritura pública para fines de una donación mobiliaria, con ello se cumpliría cualquier exigencia de forma escrita o de forma escrita con fecha cierta (según sea el valor involucrado de los bienes), con lo cual siempre se estaría satisfaciendo la exigencia legal. Pero el tema no va por allí, porque las partes habrían convenido una determinada forma como requisito de validez (o acogiéndose indebidamente al artículo 1411 del Código Civil, aplicándolo en términos tales en que se desconoce que aquel solo está reservado para los contratos consensuales), lo cual significa que el cumplimiento de la formalidad esencial legal no representaría celebración de contrato alguno, ya que para esto último sería necesario satisfacer la forma esencial que las propias partes han identificado como necesaria.

Somos de opinión firme que la forma solemne establecida por la ley no permite discrecionalidad alguna en cuanto su cumplimiento. La donación inmobiliaria se constituye, queda perfeccionada, desde el instante preciso en que se otorga la escritura pública, y ello no puede modificarse. Y en el caso de la donación mobiliaria de bienes cuyo valor sobrepase la cuarta parte de una UIT, la donación habrá quedado constitutivamente perfeccionada desde que se satisfaca la exigencia legal de documento de fecha cierta, por lo que cualquier acuerdo distinto (cierto o presumido) será inválido, ya que contraviene las normas imperativas aplicables. Si pudiésemos hacer una analogía, la solemnidad es como la caducidad: cuando la ley la establece, las partes no pueden modificar el respectivo término (forma, en este caso), pero si la ley no lo establece, las partes pueden hacerlo (fijación de un término, o de una forma sustancial, según corresponda).

No obstante, no podemos dejar de mencionar que el criterio precedente no sería uniforme, o aparentemente no lo sería, por cuanto el tratadista italiano Ferri sostiene que:

"Las partes pueden convenir por escrito que adoptarán determinada forma para la futura celebración de un contrato; la forma para el futuro contrato puede ser querida con carácter ad substantiam o ad probationem. Dado que, como se ha señalado antes, las normas que prescriben ad substantiam formas determinadas son inderogables, las partes solo pueden establecer que el contrato debe revestir una determinada forma cuando la ley no prescribe ninguna; o bien pueden establecer que sea adoptada la escritura pública, cuando para la ley sea suficiente el documento privado. Esto significa que las partes pueden derogar la normativa legal sobre las formas con el solo hecho de valerla más onerosa, es decir, con la adopción de formas más garantizadas o más solemnes que las dispuestas en la ley, pero jamás siguiendo el procedimiento inverso, es decir, disminuyendo la solemnidad".¹²

En realidad, no nos resulta suficientemente claro lo señalado en la cita trascrita; si bien podría entenderse literalmente que el indicado autor señala que la solemnidad convencional resulta procedente si representa una mayor onerosidad o seguridad respecto a la solemnidad legalmente prevista (así, podría convenirse que la fianza solo existirá en la medida que se otorgue una escritura pública, siendo insuficiente la forma escrita simple, que es la formalidad esencial legal), consideramos que ello sería contradictorio con su propia opinión en el sentido que las normas que prescriben formas sustanciales, esenciales o solemnes son inderogables (ya que poseen carácter imperativo, identificándose con el orden público). Por ello, en una línea interpretativa que podemos postular, consideramos que Ferri no se refiere a las solemnidades propiamente dichas sino a las simples formas probatorias (que también las señala la ley, al igual como lo pueden hacer las partes), esto es, no se refiere a la formalidad *ad solemnitatem* (contratos formales absolutos), sino a la de carácter *ad probationem* (contratos formales relativos), de manera que si la ley establece, como ocurre en materia de prenda, que la forma a respetarse es la escrita (como medio privilegiado de prueba: artículo 1062 del Código Civil), nada impide conceptualmente que las partes puedan acordar que el medio idóneo de prueba será una escritura pública.

Lo que nos queda muy claro es que las partes, por más loable que nos pueda parecer su propósito o que entendamos que, por razones de seguridad, constituyen mayores exigencias que las legales, no pueden dejar sin efecto la aplicación de las normas imperativas. No hay margen para el juego de la autonomía de la voluntad.

V. SOBRE LA FORMALIDAD PROBATORIA

1. Hemos señalado que los contratos se clasifican por su perfeccionamiento constitutivo en consensuales y formales, siendo que estos últimos corresponden al concepto de los negocios solemnes en Teoría del Acto Jurídico. Tratándose de los contratos consensuales, que se constituyen por el simple acuerdo sin necesidad de formalidad alguna, podemos incorporar la noción de la denominada forma probatoria o *ad probationem*, la cual puede estar legalmente prevista o derivar de un pacto.
2. Cuando la ley establece una forma a respetar y no sanciona con nulidad su inobservancia, estamos ante un contrato que ya nació como consecuencia del consenso entre las partes,

¹² FERRI, Luigi, *Lecciones sobre el Código de Derecho Civil*, Primera Edición en castellano, Editora Jurídica Grifex E.I.R.L., Lima, 2004, pp. 131 y 132.

pero que no obstante ello, establece una manera preferencial o privilegiada de acreditar dicha existencia, es así que podemos referirnos a un contrato formal relativo (en contraposición a los contratos formales absolutos que serían, estrictamente, los contratos formales o con solemnidades legales o convencionales). Es el caso del suministro oneroso, por ejemplo, conforme al primer párrafo del artículo 1605 del Código Civil: "La existencia y contenido del suministro pueden probarse por cualesquiera de los medios que permite la ley, pero si se hubiera celebrado por escrito, el mérito del instrumento respectivo **prevalecerá sobre todos los otros medios probatorios**" (lo destacado con negrita es nuestro).

¿Se contradice esa noción de formalidad *ad probationem* con los alcances del artículo 144 del Código Civil, en cuanto éste establece que la formalidad cuya inobservancia no está sancionada con nulidad, **constituye solo un medio de prueba** de la existencia del acto, del contrato en particular?

De primera intención pareciera que sí, ya que una cosa es ser "un" medio de prueba, de manera que se reconoce la existencia de diversos medios en igualdad de condiciones, y otra cosa es ser "el" medio de prueba, con lo cual se asume una prevalencia para solucionar un determinado concurso. No obstante, creemos que podemos releer la disposición para reorientarla a lo que hemos presentado como sentido o significado de la formalidad probatoria. Nos explicamos.

En primer lugar, partimos de una premisa que consiste en que, ante lo que nos parece obvio o evidente, y que no justificaría la existencia de una determinada norma, debemos interpretar positivamente, procurando dar sentido, en términos contextuales, a lo que por sí mismo quizás no sea trascendente. En ese orden de ideas, si por formalidad *ad probationem* entendemos libertad de forma, siendo que la existencia del acto se puede probar de cualquier manera: expresa o tácitamente, no nos resulta lógico ni consistente que el Código Civil se pronuncie sobre esta clasificación de negocios, ya que si el acto no es solemne, si el contrato no es formal, simple y llanamente se perfecciona de cualquier manera no habiendo una en particular que sea preferida, es más, no se justifica que la ley enuncie una ya que la discrecionalidad de las partes trasciende a la ley (la cual se aplica en materia contractual esencialmente con carácter supletorio). Bajo esa lógica, el artículo 144 del Código Civil representaría una norma que no se justificaría, ya que se estaría ante la misma situación jurídica con o sin ella, por cuanto las partes pueden expresarse libremente, salvo que la ley imponga, exija, una determinada forma para considerar válidamente expresada la voluntad y, por consiguiente, para reconocer la existencia, el perfeccionamiento constitutivo, del respectivo negocio. De acuerdo a lo que hemos señalado, en el sentido de interpretar contextualmente y de manera positiva, esa lectura del artículo 144 del Código Civil no debería prosperar.

Consideramos que el referido artículo requiere leerse de una manera distinta, acorde con el concepto que pretende regular. Dentro del universo de los contratos consensuales, las partes pueden manifestar su voluntad de la manera en que mejor lo estimen, pudiendo ser expresa o tácita, verbal, escrita o fáctica, siendo que a ellas compete probar la existencia del acto celebrado, que puede realizarse a través de cualquiera de las formas señaladas. No obstante, en algunos casos, sin afectar la naturaleza consensual del contrato, la ley señala una forma, y lo hace sin indicar que su inobservancia genera nulidad, por lo que al no tratarse de una formalidad *ad solemnitatem* es una simplemente *ad probationem*. ¿Para qué se señala la UIT formalidad?, ¿No es que las partes pueden manifestarse bajo la forma que mejor estimen? Entendemos que se trata de establecer que, entre los

distintos medios probatorios, se privilegia uno de ellos, y esa prevalencia, en defecto de estipulación, solo la puede señalar la ley.

Sobre esta materia, conviene referirnos a autorizada doctrina conforme a la cual "(...) Por forma *ad probationem*, debe entenderse (...) la que sirve para la prueba, y cuya ausencia, por ende, no afecta la validez del contrato (...). No es ésta una forma 'impuesta' sino meramente 'aconsejada'. La contratación sujeta a ella es 'no formal' (...)".¹¹

Por lo tanto, el tema de la formalidad probatoria al cual se refiere el artículo 144 del Código Civil debe interpretarse en el mismo sentido conforme al cual ha sido redactado el artículo 1605 del Código Civil (interpretación sistemática). No se trata que estemos ante "un medio de prueba", reconociéndose con ello implícitamente que hay otros del mismo rango, sino que más bien nos hallamos ante "el medio de prueba", con un rango o nivel superior a cualquier otro. Podemos concluir, en esa tónica, que las partes pueden expresarse de la manera que mejor estimen por conveniencia, salvo que la ley establezca la necesidad de observar cierta formalidad, bajo sanción de nulidad; y en ese escenario de libertad de forma, si la ley enuncia una, esa formalidad representa un medio privilegiado (no el único)¹² para probar la existencia del acto. En síntesis, cuando nos referimos a formalidad *ad probationem* no nos referimos a cualquier forma para probar la existencia del acto o contrato celebrado, sino a la forma que ha sido legalmente establecida para dicho efecto, aunque ello no significa que, en su ausencia, no pueda demostrarse la existencia del acto o contrato¹³, ya que ello significaría desconocer su perfeccionamiento por el mérito de la simple declaración de voluntad.

3. Sin embargo, la formalidad *ad probationem* no tiene como única fuente la ley, ya que las partes también pueden acordar dicha formalidad. Y en este caso no debemos perder la perspectiva; no se trata de asumir que estamos prácticamente ante una solemnidad. No estamos frente a un tema documental de carácter únicamente probatorio, conforme al cual las partes identifican que cierta forma será preferida para acreditar la existencia del contrato o sus modificaciones, de ser el caso. Bajo el principio de autonomía de la voluntad, de manera específica por la libertad contractual, nada impide que se pueda acordar determinada formalidad probatoria.¹⁴
4. Lo enunciado precedentemente está reconocido en el primer párrafo del artículo 1412 del Código Civil, en cuanto dispone que si por ley o pacto corresponde observarse determinada forma (como podría ser el otorgamiento de escritura pública), que carece de contenido solemne o sustancial, las partes pueden complerse recíprocamente a cumplir con la formalidad requerida.

¹¹ LOPEZ DE ZAVALA, Fernando, *Teoría de los Contratos*, Tomo I (Parte General), Tercera Edición, Victor E. de Zúñiga, Editor, La Plata, 1984, p. 196.

¹² No podemos dejar de expresar que, conforme señala Lohmann, en una posición que rechaza el indicado autor, si podría llegar al extremo de sostenerse que por el mérito de una formalidad *ad probationem* la existencia de determinado negocio, acto o contrato sólo puede ser probada a través de ella y no de maneras distintas, por lo que se requeriría cumplir necesariamente con la formalidad probatoria establecida (o pactada). En ese caso, es obvio que estaríamos estableciendo, de hecho, una solemnidad, porque ya no se trata que la forma probatoria señalada sea una que posee prevalencia (lo cual presupone pluralidad de medios probatorios), sino que excluye a cualquier otro medio probatorio, desconociéndose el principio de libertad de forma inherente al perfeccionamiento consensual.

¹³ Conforme señala BIGLIAZZI, Luis, BRECCIA, Umberto, BUSNELLI, Francesco y NATOLI, Ugo en: *Derecho Civil*, Tomo I (Volumen I) (Hechos y Actos Jurídicos), Primera Edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1992, p. 807, debe considerarse que "lo anulo de la formalidad produce casi necesariamente decir (en los casos de forma *ad probationem*) una limitación de los medios de prueba o lo que se puede decir para demostrar la existencia y la validez del negocio (por ejemplo, en la hipótesis de que la contraparte no preceda a cancelar el acto o se oponga en caso de haberlo celebrado)".

¹⁴ LOHMANN, Guillermo, *Op. Cit.*, p. 166; HESSINEO, Francisco, *Op. Cit.*, pp. 157-159.

Se concluye inmediatamente en dos temas: primero, requerir el cumplimiento de la formalidad (legal o convencional) solo es posible en los contratos consensuales, esto es, en aquellos que ya han quedado perfeccionados constitutivamente. Segundo, no es posible requerir el cumplimiento de forma tratándose de los contratos formales, porque en ellos la solemnidad es la celebración misma del contrato, ya que la forma esencial exigida legal o convencionalmente representa la manifestación de voluntad calificada: *"En otras palabras, si el contrato no existe las partes no están obligados a celebrarlo, en aplicación del principio sobre libertad de contratación, de tal manera que uno de ellos no puede compelir a la otra a llenar la formalidad establecida bajo sanción de nulidad, pues la observancia de esta formalidad dará lugar a la celebración del contrato. De no ser así, se estaría estableciendo una manera indirecta de obligar a una persona a celebrar un contrato".*¹⁹

Conforme lo señalado, retomemos el ejemplo inicial que hablamos propuesto respecto a la donación inmobiliaria que habría sido celebrada entre Otto y Max. ¿Es posible requerir, compeler, exigir, demandar que se otorgue la escritura pública de donación inmobiliaria? No, porque eso significaría obligar a contratar; el cumplimiento de la formalidad solo es posible cuando estamos ante contratos que ya han nacido y que requieren, adicionalmente, para efectos probatorios, acreditarse mediante determinada forma. Por lo tanto, representa una aberración que, sobre la base del artículo legal comentado, pudiese disponerse judicialmente que el donante, Otto, otorgue la escritura pública a favor del donatario, Max.

Distinto es el caso en materia de hipoteca. De acuerdo al artículo 1098 del Código Civil, *"la hipoteca se constituye por escritura pública, salvo disposición diferente de la ley"*, lo cual significa que estamos ante un contrato consensual, pero sujeto legalmente a una formalidad *ad probationem* (contrato formal relativo); en ese sentido, las partes pueden requerirse recíprocamente el cumplimiento de esa forma privilegiada, más aún tratándose del acreedor hipotecario, ya que mediante el cumplimiento de la formalidad podrá acceder posteriormente a la inscripción registral de su derecho para fines de la necesaria publicidad constitutiva de la garantía.

5. Ahora bien, ¿podemos aplicar el artículo 1412 del Código Civil al cumplimiento de cualesquiera formalidades probatorias? Creemos que no. En esta materia, proponemos una primera lectura restringida del artículo en cuestión.

Hemos señalado que en materia de manifestación de voluntad formal, ello solo es posible a través de tres únicos medios: simple forma escrita, documento de fecha cierta o escritura pública, según corresponda. En materia de contratos típicos, la única formalidad probatoria regulada es la documental, es decir, la forma escrita; en cambio, las formalidades solemnes no solo son la simple forma escrita (caso del suministro gratuito), sino también la forma escrita con fecha cierta (caso de la donación mobiliaria, en función de la cuantía comprometida) y la escritura pública (caso de la donación inmobiliaria).

Destaquemos el tema de la simple formalidad probatoria escrita que, por ejemplo, es regulada en materia del contrato de suministro oneroso y del comodato (artículos 1605 y 1730 del Código Civil, respectivamente). Si una de las partes, por ejemplo, sea el suministrante o el comodante, desea exigir el cumplimiento de la forma probatoria legalmente señalada, ¿tiene sentido sostener que, en aplicación del artículo 1412 del Código Civil, pueda demandar que se suscriba un documento?, ¿tendría sentido que ello lo realice el juez en rebeldía del emplazado? Podría sostenerse que lo que correspondería es demandar

¹⁹ DE LA PUENTE Y LAVALLE, *Manuel*, Op. Cit., p. 473.

el otorgamiento de una escritura pública, ya que con ello siempre se cumple (en exceso) el requisito de la simple forma escrita, de manera que el juez otorgaría una escritura pública en rebeldía del obligado a hacerlo. No obstante, creemos que ello no resulta posible y, para dicho efecto, debemos considerar como regla general, y salvo las excepciones previstas en el artículo 58 del Decreto Ley 26002, Ley del Notariado, que toda escritura pública demanda de una minuta; en ese sentido, sin minuta no corresponde extender escritura pública, al margen que la suscriban las partes o el juez en rebeldía de una de ellas. No obstante, asumamos que hubiese una minuta: ¿qué sentido tendría entonces demandar el otorgamiento de la formalidad probatoria sancionada en los artículos 1605 y 1730 del Código Civil cuando ya se posee una minuta y, por lo tanto, ya puede acreditarse por escrito la celebración de los respectivos contratos de suministro oneroso y comodato, según corresponda? ¿o es que la escritura pública podría ser demandada para fines de mejorar la posición de un acreedor de la entrega del respectivo bien en el hipotético caso de un concurso de acreedores?

Atendiendo a lo expuesto, somos de la opinión que la aplicación del artículo 1412 del Código Civil está reservada a escrituras públicas como formas más elaboradas de manifestación de voluntad, lo cual presupone que ya se cuenta con una minuta u otro documento que permite, precisamente, legitimar la pretensión del demandante; no encontramos sentido que, tratándose de la simple forma escrita o de una forma escrita con fecha cierta, corresponda realizar emplazamiento judicial alguno si es que ello no es atendido inter partes.

6. Sin embargo, nuestra lectura restrictiva del artículo 1412 del Código Civil no se agota en asociarlo al requerimiento de otorgamiento de una escritura pública, sino que además la legitimidad para su ejercicio presupone que estemos ante una formalidad no esencial legalmente prescrita o convencionalmente establecida. En otras palabras, solo es posible aplicar dicho artículo cuando la ley o el pacto consagran una formalidad probatoria, por lo que la norma está reservada solo para cierta clase de contratos consensuales, esto es, para los contratos formales relativos.

Conforme hemos expresado, las formalidades probatorias no representan un simple medio de prueba (como pareciera desprenderse del artículo 144 del Código Civil), sino que corresponden al medio de prueba privilegiado (en la tónica de lo establecido, por ejemplo, en el artículo 1605 del Código Civil), por lo que el mérito de lo expresado en el respectivo documento (según sea la forma establecida) debería ser preferido respecto a cualquier otra prueba relacionada a la existencia y contenido de lo acordado. Pero las formalidades probatorias representan algo más. Y ese algo más radica en que su previsión, sea legal o convencional, permite la aplicación del artículo 1412 del Código Civil. En otros términos, cuando estamos ante un contrato consensual puro, respecto al cual ni la ley ni el pacto instituyen formalidad (no esencial) alguna, las partes no pueden compelerse el cumplimiento de determinada formalidad, salvo que ella corresponda a los fines del respectivo negocio.

Nos explicamos. El arrendamiento es un contrato consensual y carece de toda formalidad, ya que la ley no establece la observancia de determinada forma por más que no sancione con nulidad su inobservancia. En ese orden de ideas, ¿a título de qué podría el arrendador o el arrendatario demandar, por ejemplo, el otorgamiento de una escritura pública? Para efecto de la procedencia de dicha demanda, debería haberse pactado, expresa o implícitamente, la observancia de la indicada forma, de manera que ante el respectivo incumplimiento procedería demandar. Es así que si la ley señala una formalidad no esencial (como en el caso de la hipoteca), o es acordada por las propias partes (como podría ser en el caso de un

arrendamiento), cualquiera de las partes podrá compeler el cumplimiento de lo previsto por la ley o por pacto.

Distinto es el caso de la compraventa, contrato que al igual que el arrendamiento es absolutamente consensual, en el sentido que la ley no establece siquiera formalidad probatoria; empero, por su finalidad, y en atención a la posibilidad de inscribir el derecho de propiedad adquirido o por adquirirse en el registro para efectos de su oponibilidad (inherente al derecho de propiedad, a nuestro entender, ya que permite excluir), sobre la base del artículo 1549 del Código Civil, resulta posible demandar el otorgamiento de una escritura pública (para poder acceder a la inscripción requerida); de lo contrario, salvo pacto sobre la materia, se carecería de legitimidad para demandar el otorgamiento del instrumento en cuestión, ya que la ley no ha reconocido la conveniencia de cuidar de determinada forma.¹⁶

En ese sentido, adviértase que se puede poseer legitimidad para compeler al otorgamiento de una escritura pública probatoria no solo por la vía del artículo 1412 del Código Civil (reservado para los contratos consensuales con formalidad probatoria, legal o convencional), sino también en casos especiales, como sería respecto al artículo 1549 del mismo cuerpo normativo.

Por lo tanto, a modo de conclusión, solo resulta posible invocar la aplicación del artículo 1412 del Código Civil cuando estamos ante contratos formales relativos o, dicho de otro modo, respecto a aquellos consensuales en que la ley o el pacto establecen una formalidad probatoria; tratándose de los consensuales puros, absolutos, dicha aplicación será excepcional, atendiendo a la finalidad del contrato, porque en principio se aplica la libertad de forma, siendo que la forma puede ser inclusive verbal, no pudiéndose imponer una en particular de manera unilateral.

Lo anterior nos lleva a sostener que la formalidad probatoria implica no solo generar un medio privilegiado de prueba, sino que además permite la aplicación del artículo 1412 del Código Civil para compeler el otorgamiento específicamente de una escritura pública, aunque reconocemos que hay contratos que carecen de formalidad probatoria legal o convencional que también pueden "formalizarse" en escritura pública, sin necesidad de aplicarse la referida norma legal, en razón de su finalidad (caso de la compraventa, por ejemplo).

VI. SOBRE LA FORMALIZACIÓN DE LAS MODIFICACIONES CONTRACTUALES

1. En materia contractual, con relación a la aplicación del artículo 1413 del Código Civil, la experiencia y las propias discusiones en clase nos demuestran que pueden presentarse al menos cinco situaciones distintas:

Uno, Otto y Max celebran un contrato de donación inmobiliaria y, encontrándose vigente dicho vínculo, deciden modificar ciertos aspectos contractuales. ¿Deben observar alguna formalidad? Debemos considerar que estamos ante un contrato formal o que exige de una formalidad od solemnitatem.

¹⁶ Sobre este tema, nos remitimos a la tesis de Freddy Escobar, quien manifiesta que el artículo 1549 del Código Civil solo es aplicable tratándose de la compraventa de bienes registrables y permite demandar la escritura pública, por ser este el título necesario para poder inscribir el derecho de propiedad adquirido. Ver: ESCOBAR, Freddy, *En el Código Civil Peruano. ¿es el contrato de compraventa el que transfiere la propiedad inmueble?* En: *las y Leyes*, revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, No. 7, Lima, 1992, pp. 121 y 122.

Dos, Otto y Max celebran por escrito un contrato de suministro oneroso y, encontrándose vigente el referido contrato, acuerdan modificar determinados aspectos del mismo. ¿Deben observar alguna formalidad? Debemos considerar que si bien estamos ante un contrato consensual, el mismo requiere legalmente de una formalidad, aunque no se sanciona con nulidad su inobservancia (formalidad relativa o meramente probatoria).

Tres, Otto y Max celebran un comodato y deciden que el mismo, para todo efecto probatorio, constará por escritura pública, siendo que de manera sobreviniente deciden modificar el contrato. ¿Deben observar alguna formalidad? Debemos considerar que si bien estamos ante un contrato sujeto a una formalidad legal *ad probationem*, las partes han acordado una formalidad probatoria más onerosa: una escritura pública y no un simple documento.

Cuatro, Otto y Max celebran un arrendamiento, el mismo que es elevado a escritura pública y, encontrándose también vigente dicho vínculo, acuerdan determinadas modificaciones, ¿Deben cuidar de observar alguna formalidad en especial? Debemos considerar que si bien estamos ante un contrato consensual, las partes habrían acordado, de hecho, una formalidad convencional *ad probationem*.

Por último, nuestros tantas veces mencionados Otto y Max celebran una compraventa, con carácter verbal y, encontrándose vigente dicho vínculo, acuerdan ciertas modificaciones. ¿Deben cuidar de observar alguna formalidad en especial? Debemos considerar que estamos ante un contrato consensual, ante un consensual absoluto, celebrado bajo la más amplia libertad de forma: ni la ley ni el pacto han establecido la observancia de una determinada formalidad.

2. No tenemos duda alguna que, en el primer caso, existiendo de por medio el concepto de formalidad consustancial, las modificaciones contractuales tienen que observar los mismos requisitos exigidos para la válida celebración contractual. En ese orden de ideas, la manifestación de voluntad con relación a una donación inmobiliaria es calificada para todo efecto, debido a que la regla enunciada se aplica por igual tratándose de una solemnidad legal o convencional, ya que, en ambos casos, la manifestación de voluntad solo se entiende exteriorizada cuando se cumple con la formalidad pertinente. El tema, no merece mayor comentario. Resulta obvio que el artículo 1413 del Código Civil, reproducido al inicio del presente trabajo, no puede referirse a esta hipótesis de trabajo.
3. Tratándose del segundo caso, surge la siguiente cuestión. Si la ley establece que la forma escrita (que es una de las tres formalidades legalmente previstas en materia contractual) es un medio para probar la existencia del acto, específicamente el medio preferido para acreditar existencia y contenido, conforme postulamos en la parte pertinente del presente trabajo, resulta manifiesto que dicha formalidad debería ser observada para fines de dejar constancia de las modificaciones acordadas, siendo que en caso pudiese acreditarse dichas modificaciones por otros medios, lo que será preferido es lo escrito. En caso que las partes no observasen la señalada formalidad, ello no significará en caso alguno que no pueda demostrarse la existencia y contenido de las modificación contractual a través de otros medios, conforme ya hemos analizado.

En ese sentido, lo sancionado en el artículo 1413 del Código Civil adquiere relevancia en el escenario que, de generarse un concurso de medios probatorios, se prefiera lo que está por escrito. El legislador recomienda, por lo tanto, que las modificaciones acordadas consten también por escrito, conforme al artículo 1605 del Código Civil.

4. El tercer caso es esencialmente la misma situación objeto del segundo caso, solo que posee un elemento particular: las partes han acordado una formalidad más gravosa a la legalmente prevista. No tenemos duda que ello es jurídicamente posible por la naturaleza probatoria de la formalidad; distinto sería el caso de la formalidad esencial. Conforme hemos analizado precedentemente, dado que el carácter *ad solemnitatem* se deriva de una norma de Orden Público, resulta nula la posibilidad de pactar cosa distinta: "Las partes pueden volver formales negocios que por ley no lo son, en uso de la autonomía de la voluntad (...). Pero no podrán, en cambio, dejar de lado las solemnidades dispuestas por el legislador *ad substantiam*, por estar de por medio un interés público".¹⁷

En dicho sentido, si la ley establece como formalidad probatoria la simple forma escrita, y las partes acuerdan que esa forma escrita sea una escritura pública, consideramos que lo que predomina es la voluntad de las partes y, en ese orden de ideas, dado que ellas mismas han identificado como medio de acreditación de existencia y contenido del contrato a la escritura pública, esta debería ser preferida para el caso propuesto por una razón de consecuencia. Estamos, en pocas palabras, ante un tema de aplicación de norma supletoria, siendo que en el caso propuesto por no haber "laguna contractual" no corresponde pretender que prevalezca la ley respecto a la propia declaración de las partes.

Por lo tanto, las modificaciones pactadas deberían constar para fines probatorios en escritura pública, forma que será preferida en caso de conflicto de medios probatorios, aunque se estará finalmente al querer de las partes sobre la materia, ya que en cualquier caso no estamos ante solemnidades.

5. Conforme al cuarto caso, las partes habrían acordado de hecho una formalidad probatoria tratándose de lo que, en principio, es un contrato consensual puro; en ese sentido, las modificaciones deberían cumplir, por la misma razón de consecuencia anteriormente comentada, con la misma forma observada tratándose del contrato original.

El problema radica en que, conforme se desprende de la redacción del artículo 1413 del Código Civil, pareciera que la conclusión contenida en el párrafo anterior no es la adecuada. Nos explicamos: el señalado artículo establece que las modificaciones del contrato original deben cumplir con la misma forma "prescrita" para este último. Al respecto, el término "prescrita" se asocia a una expresa disposición legal (conforme se aprecia de la redacción del artículo 1412 del Código Civil, en la que el legislador claramente distingue entre formalidad "prescrita" legalmente y formalidad "convenida" por las partes); en ese contexto, dado que el arrendamiento no es un contrato formal relativo (consensual con indicación legal o "prescripción" de observarse determinada forma probatoria), llegaríamos a la conclusión que, si el contrato posee una formalidad probatoria convencional, la misma no requiere observarse para fines de sus modificaciones.

No obstante, de acuerdo a la Exposición de Motivos elaborada por quienes fueron miembros de la denominada "Comisión Reformadora" del Código Civil de 1936, cuyo proyecto de Código Civil derivó finalmente, con la intervención de la llamada "Comisión Revisora", en el actual Código Civil de 1984, se indica expresamente cosa distinta, ya que al comentar los alcances del artículo 1413 del Código Civil, Arias Schreiber expresa: "Tomemos como ejemplo el arrendamiento de un inmueble. Si las partes estipularon que el contrato fuese formalizado por escritura pública, cualquier modificación del mismo deberá ceñirse a esta forma para que tengo

¹⁷ MOSSET, Jorge, *Contratos*, Edición Actualizada, Rulenzal-Cubero Editores, Buenos Aires, 1998, p. 260.

validez”.¹⁸ En otras palabras, el artículo 1413 se aplicaría no solo para los contratos formales relativos sino inclusive para los contratos consensuales puros, regulados (de ser el caso, en el sentido de tipificados) bajo la más amplia libertad de forma.

Suscribimos lo expresado por el desaparecido profesor Arias Schreiber. En efecto, el pacto de formalidad puede ser expreso o tácito; puede ser que en el documento contractual (de existir) las partes no expresen un ápice sobre el tema, pero si convienen que el contrato presente determinada forma (escritura pública, en el caso propuesto), se entiende que hay un acuerdo complementario sobre la materia, por lo que implícitamente, por su conducta, han pactado una forma de carácter *ad probationem*. Desde ese punto de vista, dado que la forma probatoria entraña generar un medio privilegiado de acreditación del negocio, en razón que el contrato original consta de determinada forma, la misma debería considerarse para fines de cualquier modificación con el objeto de solucionar preventivamente cualquier posible conflicto entre los distintos medios probatorios del acuerdo modificatorio de los cuales podría hacerse uso.

Sobre este particular, merece destacarse que, si bien la formalidad *ad probationem* no tiene origen legal en el caso propuesto, si posee carácter convencional, siendo que más allá de la fuente estamos siempre ante una formalidad no esencial, meramente probatoria. Por lo tanto, convendría precisar en el texto del artículo 1413 del Código Civil, que la forma del contrato original puede ser legalmente prescrita o convencionalmente acordada.¹⁹ Nuevamente ganaríamos en claridad.

Como último comentario respecto a lo expresado por Arias Schreiber en la cita anteriormente reproducida, se indica que cualquier modificación del contrato original deberá ceñirse a la forma probatoria del contrato original “para que tenga validez”. Discrepamos. La inobservancia de la formalidad probatoria no deriva en la invalidez, porque de lo contrario no estaríamos ante un tema de formalidad *ad probationem* sino ante uno *ad solemnitatem*; en todo caso podría derivar en una ineficacia. Sin embargo, somos de la opinión que inclusive no se trata de un tema de ineficacia (dado que la forma no esencial no es el único medio de probar la existencia y contenido del contrato, sino que es el medio privilegiado), en razón que siempre hay un universo de otros medios probatorios para hacer uso en defecto de la forma probatoria legal o convencional.

6. Por último, tratándose del quinto caso, somos de la opinión que, tratándose de contratos consensuales puros, que se perfeccionan constitutivamente por el simple acuerdo de voluntades, por lo que es legalmente suficiente el acuerdo verbal, las modificaciones pueden realizarse observándose cualquier forma, cualquier forma documental, sin restricción alguna, por lo que no tiene que cumplirse necesariamente con la primigenia.

VII. FORMALIDADES Y TIPICIDAD CONTRACTUAL

1. Nuestro Código Civil, por una cuestión de técnica legislativa que proviene desde el Código Civil de 1936, regula a los contratos típicos no solo en el Libro de Fuentes de las Obligaciones sino también en otros, como es el caso del Libro de Derechos Reales. Por ello es que en el presente trabajo hemos hecho referencia a los contratos de hipoteca y prenda, destacando

¹⁸ ARIAS SCHREIBER, *Man. Exposición de Motivos y Comentarios-Comentarios general*. En: Código Civil, Tomo VI (Exposición de Motivos y Comentarios), compilación a cargo de REVOREDO DE DEBAREY, Deka, Oveja Editores S.A., Lima, 1985, p. 73.

¹⁹ Resulta pertinente remitirse a los antecedentes del artículo 1413 del Código Civil, en el sentido que la forma original hacía referencia a “forma prescrita (legalmente) o utilizada (por acuerdo expreso o tácito)”. Ver: DE LA PUENTE Y LAVALLE, *Manual. Op. Cit.*, pp. 477 y ss.

VIII. A MODO DE CONCLUSIÓN

Cómo y de qué manera se entiende exteriorizada la voluntad común en materia contractual es un tema de esencial importancia, porque permite determinar la oportunidad del nacimiento del respectivo contrato, medio este último por excelencia para fines del tráfico comercial; en dicho sentido, reviste particular relevancia tener presente ciertas nociones sobre las maneras en que puede expresarse la voluntad negocial, al margen que la vinculación sea inmediatamente eficaz o no.

Confiamos que el presente trabajo sea de utilidad para los estudiantes de nuestra Facultad de Derecho, a quienes está finalmente dirigido como un particular reconocimiento a sus primeros veinticinco años de prestigiosa existencia. Asimismo, confiamos que al contenido del presente trabajo pueda ser superado en el debate académico que siempre debemos promover como función inherente al quehacer universitario.