

1. INTRODUCCIÓN

El tema de la forma del acto jurídico, es un tema que siempre ha causado el interés de la doctrina elaborada por juristas de todo lugar y de toda época. En esta oportunidad se dará a conocer brevemente como se regula la forma del acto jurídico en el Código Civil Peruano de 1984, el cual es un código que hoy en día cumple 28 años y que ha sido considerado por muchos juristas extranjeros como un código de avanzada. Si bien es cierto actualmente existe un proyecto de reforma de nuestro código civil, es importante mencionar que las propuestas hechas por esta comisión no son necesarias y que se debería pensar no en estar modificando o derogando sino en dar una correcta interpretación a cada una de las normas que se encuentran en el cuerpo normativo más importante de nuestro país por su contacto más cercano con la sociedad, esto sin desmerecer obviamente la importancia que en toda realidad social y jurídica tiene la Constitución Política.

El fin de este trabajo es como lo mencionaba en estas primeras líneas dar a conocer la regulación de la forma

del acto jurídico en el Perú, esperando que con la presente obra se conozca un poco más de nuestra normativa y sirva por que no para hacer en adelante trabajos de Derecho comparado, como explica Andrini sobre el presente tema el debate se ha replanteado respecto a que si prima en los ordenamientos el principio de libertad de forma o del vinculo: en el sentido que la elección del privado, en orden a la vestimenta o al lenguaje formal, a través del cual expresa el ejercicio de la propia autonomía, sea verdaderamente autónoma, o bien limitada a la observancia de determinadas prescripciones puestas por el ordenamiento, sea en tutela de las mismas partes o de terceros. Este tema y otros serán trabajados con pinceladas en el presente artículo.

2. LA FORMA

Artículo 140.- Noción de Acto Jurídico: elementos esenciales
El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere:

^{1*} César Daniel Cortez Pérez, Abogado por la Universidad Señor de Sipán de Chiclayo, Magister en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional de Trujillo. Docente de la Universidad Señor de Sipán-Chiclayo. Miembro del Instituto Peruano de Derecho Civil. Miembro del comité editorial de la Revista Jurídica Virtual SSIAS de la Facultad de Derecho de la Universidad Señor de Sipán. Premio a la Excelencia Académica en Derecho “José León Barandiarán Hart”. Autor de numerosos artículos jurídicos publicados en diversas revistas especializadas de Derecho del Perú y del extranjero. Correo: cesarcortezperez@hotmail.com

* SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.- 2. LA FORMA.— 3. PRINCIPIO DE LIBERTAD DE FORMA.— 4. LA FORMALIDAD LEGAL.— 4.1 FORMALIDAD AD SOLEMNITATEM.— 4.2 FORMALIDAD AD PROBATIONEM— 5. INCONVENIENTES Y VENTAJAS.

- 1.- Agente capaz.**
- 2.- Objeto física y jurídicamente posible.**
- 3.- Fin lícito.**
- 4.- Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.**

Tengamos en cuenta antes de comenzar con este interesante tema, la definición del acto jurídico, en nuestro caso y me refiero al Derecho Civil Peruano, se encuentra definido en el artículo 140 del Código Civil, el cual lo define como la manifestación de voluntad destinado a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas y que esta manifestación de voluntad debe cumplir con ciertos requisitos los cuales son los siguientes: agente capaz, fin lícito, objeto físicamente y jurídicamente posible y la observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

Ciertos autores manifiestan que debería desligarse del concepto contenido en el 140 del CC, la manifestación de la voluntad y que la misma debería constar en el mismo artículo pero como un requisito más, particularmente creo que dichas opiniones están de más, pues de una simple lectura se entiende que es necesaria la manifestación de la voluntad para la realización del acto jurídico no siendo necesario que esta conste en algún inciso del art. 140 del CC., como un requisito más.

Sobre la manifestación de la voluntad es importante tener en cuenta lo indicado por Martínez Carranza, el cual expresa que esta debe realizarse de alguna forma (expresa o tácitamente) o bien por el silencio, o inducirse por alguna presunción de la ley, para que el derecho pueda tener en cuenta la voluntad esta

ha de revestirse de alguna forma².

Entonces, ¿Qué es forma?, Messineo afirma que la forma es el aspecto exterior que asume la declaración de voluntad, y que por consiguiente es un elemento indispensable ya que sin una forma, la declaración de voluntad no podría emitirse³.

La forma, según el maestro lambayecano León Barandiarán⁴, es esencial para el acto, pues sin forma no caería dentro del ámbito de la vida jurídica.

Por otro lado el profesor Vidal Ramírez explica que la forma es la manera como se manifiesta la voluntad para la celebración del acto jurídico. Es el aspecto externo de la manifestación, pues si la voluntad es el contenido, la forma viene a ser el continente. De ahí, entonces, que no puede haber acto jurídico sin forma y que ésta sea indesligable de la manifestación de voluntad.

Sigue el maestro Vidal explicando que la forma es la manera como se exterioriza la voluntad interna, se admiten formas verbales y formas documentales. Las primeras dan comprensión a todas las maneras de manifestación de voluntad que no se plasmen materialmente, o sea, que la exteriorización de la voluntad queda comprendida en el ámbito de las formas verbales, sea que se realice mediante el lenguaje hablado el mímico o por señas o gestos. Lo mismo no ocurre con las formas documentales que

2 MARTÍNEZ CARRANZA, Eduardo. *La forma en los Actos Jurídicos*. En el boletín del Instituto de Derecho Civil de la Universidad de Córdoba. Año X, N° 01., 1945, p. 245.

3 MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Tomo II., Editorial EJE.A., Buenos Aires., 1945, p. 381.

4 LEÓN BARANDIARÁN, José *Acto* ., Gaceta Jurídica., Lima., 1997, p. 56.

requieren de una plasmación material, o

sea, que la exteriorización de la voluntad se haga por escrito o por cualquier otro medio de comunicación que se plasme materialmente, sea de manera mecánica, electrónica o por cualquier otro medio que materialice la manifestación.

Con quien coincido plenamente y considero es importante es la opinión del Dr. Lohmann Luca de Tena, quien diferencia entre forma y formalidad, considerando a las formalidades como particulares exigencias adicionales a la exteriorización normal de la voluntad. Agrega que toda voluntad con existencia jurídica requiere de una estructura (forma) que la evidencie, pero esta estructura no siempre debe tener ritos especiales (formalidad)⁵.

Atendiendo a la forma como formalidad⁶, la doctrina moderna recomienda referirse mejor a negocios con forma vinculada y negocios con forma libre⁷, antes que a la clásica bipartición de negocios

5 LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *El Negocio Jurídico*; Lima: Editorial Jurídica Grijley E.I.R.L., 1997, segunda edición, p. 132-133.

6 Para evitar confusiones, es conveniente alguna precisión respecto a los términos forma y formalidad. La forma es el modo como se exterioriza la voluntad; todo acto jurídico, entonces, tiene una forma. En cambio, la formalidad es el modo como debe exteriorizarse la voluntad para que el negocio jurídico sea considerado eficaz. Este modo de exteriorización viene establecido bien por ley o bien por las mismas partes. En consecuencia, todos los actos jurídicos requieren de una forma; pero no todos requieren de una formalidad.

7 Negocios con forma vinculada son aquellos que vienen vinculados a la observancia de una determinada forma, considerada por la ley o por las partes como elemento esencial del contrato; la inobservancia de ella hace nulo el contrato. Negocios con forma libre son aquellos que no vienen vinculados a forma alguna. Al respecto, v. BETTI, *Teoria generale del negozio*, cit., p. 126; CARRARA, *La formazione dei contratti*, cit., p. 359; GIORGIANNI, «Forma degli atti», cit., p. 991; LESERRE, «Forma degli atti», cit., p. 2; ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 218; TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto*, cit., p. 208.

formales y no formales, propuesta

en su oportunidad por SAVIGNY, por encontrarla cuestionable, entre otras razones, porque parecería admitir la existencia de negocios sin forma, lo cual es a todas luces imposible, pues «la forma es para los actos jurídicos lo que el cuño para la moneda» (Die form ist für die Rechts-geschäfte, was das Gepräge für die Münzen)⁸.

Como dice BETTI, en la vida de relación un acto no es reconocible a los otros sino a través de su forma. Por eso no hay negocio o acto jurídico que no tenga una forma determinada, por sencilla que ésta sea, aunque se trate de una mera manifestación del consentimiento, y también por eso, cuando se habla de negocios formales y no formales, no debe creerse que existen negocios en los que se puede prescindir de la forma⁹. Esto es claro pues todo acto jurídico tiene una forma desde que esta es considerada como el medio de exteriorización de la voluntad interna por lo cual la forma de manifestación puede ser escrita, verbal, virtual, etc.; por lo cual en la actualidad la diferencia entre actos formales y no formales es desatinada.

En un sentido más técnico y estricto, el concepto de forma hace referencia a

8 De igual modo que el sello dispensa del contraste y peso del metal, la forma evita tener que averiguar si se ha querido celebrar un acto jurídico y cuál es ese acto, apunta VON IHERING, *Geist des römischen rechts*, 1923, t. II, vol. 2, p. 494; citado por REZZÓNICO, *Principios fundamentales*, cit., p. 251. VON IHERING describe la forma desde la perspectiva de su exterioridad o apariencia, y afirma que no existe ni un contenido sin forma ni una forma sin contenido. No hay ningún acto de voluntad sin forma; sería, tomado figurativamente, como un cuchillo sin hoja ni mango (*Geist des römischen rechts*, cit., p. 472 ss.).

9 Citado por DIEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. I, Madrid: Editorial Tecnos S.A., 2004, p. 495.

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 la voluntad. La forma es aquí manera de ser del negocio, según conocido tópico *forma data esse rei*¹⁰.

Hoy el derecho moderno marca un renacimiento de la forma y el nuevo sentido del formalismo. Comienzan a primar criterios de seguridad en torno a los actos jurídicos para preservar el contenido de la manifestación de voluntad, salvaguardar los derechos de terceros y de facilitar la prueba de la existencia del acto. El derecho moderno opone, así, a la consensualidad, la formalidad¹¹.

Sobre lo antes manifestado el Dr. Vidal, en su obra “El Acto Jurídico”, nos explica que el formalismo moderno, o neoformalismo¹², tiene su razón de ser en los inconvenientes de la consensualidad, entendida esta como la manifestación de voluntad despejada de todo formalismo. Colin y Capitant¹³ sustentan el neoformalismo en los siguientes fundamentos:

10 Díez-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. I, Madrid: Editorial Tecnos S.A., 2004, p. 495.

11 VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El Acto Jurídico*. Séptima Edición., Gaceta Jurídica S.A., Lima., Setiembre 2007, p. 132.

12 En la doctrina nacida con el Código Civil alemán aparece el formalismo moderno o neoformalismo, el cual le atribuye a la forma la preservación del contenido de la manifestación de voluntad para darle certeza y facilitar la demostración de la existencia de los actos o negocios jurídicos.

13 Citado por VIDAL RAMÍREZ, Fernando., *Ob. Cit.*, p. 133.

- a) En la importancia de ciertos actos jurídicos, que justifica la imposición de una forma solemne,
- b) En la publicidad que debe darse a ciertos actos jurídicos, y,
- c) En la precisión requerida en ciertos actos jurídicos, los que por ella deben contar con una declaración de voluntad escrita.

El neoformalismo concibe a la forma no como *vestmentum* del acto, sino como instrumento o vehículo de información¹⁴. El fin primario de esta nueva perspectiva, escribe RESCIGNO, se expresa a través del intento de hacer más transparente la operación económica y el mercado de cambios, garantizando certeza al tráfico jurídico¹⁵.

3. PRINCIPIO DE LIBERTAD DE FORMA

Artículo 143.- Libertad de forma
Cuando la ley no designe una forma específica para un acto jurídico, los interesados pueden usar la que juzguen conveniente.

El liberalismo económico del siglo XVIII y su entorno filosófico individualista y voluntarista fue el caldo de cultivo del desarrollo del principio de la libertad de formas, por el cual las partes son libres de elegir la forma en la cual van a realizar sus intercambios económicos. Si la voluntad existe sólo en apariencia no hay contrato, la voluntad es la única que puede obligar a las partes, la

14 Cfr. SCIANCALEPORE, «Clausole vessatorie, tutele individuali e collettive in dispute transfrontaliere», en *Europa e diritto privato*, Milano, 1999, n. 4, p. 1007 ss.

15 «Trasparenza bancaria e diritto comune dei contratti», en *Banca, borsa e titoli di credito*, Milano, 1990, n. 2, p. 297 ss.

voluntad se basa así misma y no tiene necesidad de rodearse del cumplimiento de formalidades. Por el principio del consensualismo, el escrito se exige como medio de prueba, mas no como elemento sustancial del contrato. Pero, si bien “el liberalismo económico es una condición necesaria para el desarrollo completo de la voluntad contractual y de la fuerza obligatoria del contrato mediante el principio del respeto a la palabra empeñada (*pacta sunt servanda*), no siempre es una condición suficiente. Esto ocurre en los sistemas jurídicos, como el Derecho francés, que, poniendo término a una evolución comenzada en el Derecho romano, han fundamentado el contrato sobre las voluntades de las partes, sin perjuicio de las disposiciones legales de orden público”¹⁶. Lo que significa que el principio de la libertad de formas siempre ha tenido excepciones por razones de seguridad y de protección a una de las partes o a terceros, es decir, ciertos actos solamente son válidos con la forma señalada por la ley¹⁷.

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.

16 LARROUMET, Christian. *Teoría General del Contrato*. Vol. I., Trad. De Jorge Guerrero R., Temis., Santa Fe Bogotá, 1993, p. 84.

17 TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Acto Jurídico*. Lima: Editorial Moreno S.A., 2001, segunda edición, p. 312.

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 requiere de ningún medio específico para la concreción del acto, teniendo este principio en ambos documentos internacionales similar propósito.

Tengamos en cuenta que el derecho como regulador de conductas concede la libertad para hacer evidente frente a terceros que la manifestación de la voluntad conste del modo que las partes deseen, es decir, utilizar los medios o formas de emitir la declaración que el declarante considere conveniente para la consecución de los efectos que se desean.

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 peruano, el cual prescribe: «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. Esto último será comentado en los párrafos siguientes.

El ponente del libro II del Código Civil, denomina a la libertad de formas como: Forma Voluntaria e indica que esta es la forma que los interesados adoptan en ejercicio de su autonomía de la voluntad. Es la forma también llamada libre o convencional, que preferimos denominar voluntaria porque es indicativa de la libertad para su adopción y, porque pudiendo resultar de la conveniencia es, por ende, voluntaria.

Sigue el ponente del libro II del Código Civil, explicando que la noción de forma voluntaria se vincula, obviamente, a la de los actos de forma voluntaria, que se caracterizan por su consensualidad, es decir, por perfeccionarse con la sola voluntad del o de los celebrantes, sin que la declaración deba revestir formalidades predeterminadas por la ley, como, por ejemplo, la compraventa, que se formaliza con el solo consentimiento de las partes (art. 1529¹⁸) o el arrendamiento de un bien (art. 1666¹⁹), pero en los que los contratantes deciden hacerlo mediante documento e, incluso, por escritura. La forma voluntaria opera también cuando se señala una forma como la verbal y los interesados optan por una forma documental, como en el caso de la donación de un bien de escaso valor que el Código Civil permite que se realice verbalmente (art. 1623²⁰) pero el donante decide hacerla por escrito. De la misma manera, la forma voluntaria opera cuando la forma prescrita se refiere a la escrita, como en el caso de la donación de un bien mueble de valor considerable (art. 1624²¹) y que el donante decide hacerla por escritura pública.

El principio en materia de forma contractual en el Código Civil es el de plena libertad, pero la ley puede exigir

18 Artículo 1529.- Por la compraventa el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y éste a pagar su precio en dinero.

19 Artículo 1666.- Por el arrendamiento el arrendador se obliga a ceder temporalmente al arrendatario el uso de un bien por cierta renta convenida.

20 Artículo 1623.- Donación verbal de bienes muebles: "La donación de bienes muebles puede hacerse verbalmente, cuando su valor no exceda del 25% de la Unidad Impositiva Tributaria, vigente al momento en que se celebre el contrato."

21 Artículo 1624.- Si el valor de los bienes muebles excede del límite fijado en el artículo 1623 hasta un máximo de ciento cincuenta veces el sueldo mínimo vital mensual, la donación se hará por escrito de fecha cierta, bajo sanción de nulidad.

el cumplimiento de determinada forma «para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato».²²

La norma regulada en el artículo 143 permite que en defecto de formalidades legalmente señaladas las partes utilicen las que les convengan. De este modo, es fácil individualizar dos voluntades claramente distintas: de un lado, la voluntad de que el negocio se sujete a ciertas formalidades, de otro lado, una voluntad negocial expresada con arreglo a las formalidades estipuladas²³.

Como indica Lohmann,²⁴ el artículo 143²⁵ 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

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

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

24 LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *Ob Cit.*, p. 139.

25 El principio de libertad de forma está contemplado en el art. 143 C.c.pe., según el cual, «cuando la ley no designa una forma específica para un acto jurídico, los interesados pueden usar la que juzguen conveniente». En consecuencia, si la ley y el pacto previo de las partes nada imponen, ellas pueden utilizar la forma que les parezca conveniente para probar tal declaración y tal contenido y, eventualmente, señalar que el negocio carecerá de valor si no se cumple la forma establecida. LEYVA SAAVEDRA, José. «Forma y Formalismo Contractual». En: *Revista Esden*, N° 4, Lima, 2008, p. 8.

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. Así tratándose de actos jurídicos de forma libre, las partes podrían darle a dicho acto jurídico el carácter de *ad solemnitatem*, a esta conclusión se podría llegar como dice el Dr. Reyna Mantilla de la interpretación del art. 1411 del CC Peruano, el cual prescribe que “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”.

Sobre el numeral antes mencionado, el Dr. Max Arias Schreiber²⁶, hace referencia que se trata de una presunción *iuris tantum*, pues puede admitirse demostración en contrario a que el convenio sea para una forma *ad solemnitatem* sino, simplemente *ad probationem*, máxime si el artículo 1412²⁷ facultad a las partes a compelerse recíprocamente para cumplir con la forma pactada, cuando esta no lo ha sido con carácter *ad solemnitatem*, lo que confirma que convencionalmente las partes pueden decidir la adopción de una forma *ad probationem* o *ad solemnitatem*.

26 ARIAS SCHREIBER PEZET, MAX. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*; Tomo I., Contratos: Parte General., Gaceta Jurídica., Lima 1995., p. 176.

27 Artículo 1412.- Exigencia de partes del cumplimiento de la formalidad: 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.

Particularmente no comparto la posición del Dr. Reyna, considero que la formalidad *ad solemnitatem* únicamente puede ser establecida por ley, de igual parecer es el Dr. Lohmann Luca de Tena, quien expresa que es censurable considerar que las partes puedan establecer un requisito de validez bajo sanción de nulidad. Esto constituye una gruesa desviación conceptual, porque las partes podrán, si quieren o si así 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)²⁸.

4. LA FORMALIDAD LEGAL

Artículo 144.- Forma *ad probationem* y *ad solemnitatem*. Cuando la ley impone una forma y no sanciona con nulidad su inobservancia, constituye sólo un medio de prueba de la existencia del acto.

Del texto del art. 144 se desprende dos tipos de forma del acto jurídico. La forma probatoria y la forma solemne. Con lo dispuesto en este artículo se da respuesta a la pregunta: ¿Cómo saber si estamos frente a una forma probatoria o a una forma solemne?, la respuesta es la siguiente: Si la ley señala una forma sin sancionar su inobservancia con la nulidad del acto, es probatoria; si la ley señala una forma sancionando su inobservancia con la nulidad del acto, es solemne²⁹.

La regla es la libertad de formas y la excepción es la aplicación de ciertas

28 LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. Ob. Cit., p. 139.

29 TORRES VÁSQUEZ, Anibal. Ob. Cit., p. 313.

normas como esta que exigen o imponen el uso determinado de ciertas formalidades al momento de manifestar la voluntad para la conclusión de ciertos actos jurídicos.

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.

«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)». ³⁰. Aquí obviamente el jurista Emilio Betti no distingue forma de formalidad, no olvidemos que todos los actos jurídicos tienen forma pero que muy pocos tienen formalidad.

4.1. FORMALIDAD AD SOLEMNITATEM

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

La forma solemne (forma *ad solemnitatem*) es requisito de validez del acto jurídico. No tiene una función simplemente probatoria, sino que es una forma esencial: *ad esentiam*, *ad*

³⁰ Citado por DIEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil. Op. cit.*, vol. II, p. 51.

solemnitatem, *ad substantiam* o *ad validitatem*³¹.

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 peruano.

Otra conceptualización es aquella que establece que las formalidades *ad solemnitatem* o *ad substantiam* son aquellas que necesitan una clase de negocios jurídicos para su existencia o nacimiento. La forma en ellos es sustancia, de tal modo que no existen como tales negocios si no aparecen celebrados bajo la forma ordenada legalmente³².

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». ³³ La formalidad *ad solemnitatem* está dirigida a dotar de eficacia constitutiva al negocio.

Solo por excepción el Derecho exige una solemnidad para que la declaración de voluntad llegue a ser eficiente, esto es, para que el acto jurídico llegue a existir válidamente

³¹ ALBALADEJO, Manuel. *Curso de Derecho Civil Español*. Introducción a la parte general. Bosch. 1983., p. 300.

³² DIEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN. *Op. Cit.*, p. 496.

³³ El artículo 243 del Código Procesal Civil establece lo siguiente: «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».

(forma dat esse rei), ya que lo normal es que cualquier manifestación inequívoca de voluntad sea suficiente. La función del acto solemne, conectada con la oportunidad de predisponer una documentación y de tener certeza del exacto contenido de la declaración es, sobre todo, la de llamar la atención del agente sobre la importancia del acto que está por hacer; en efecto, la solemnidad es exigida por la ley para los actos de disposición o gravamen del declarante, para el testamento y para algunos de los más importantes actos de Derecho de familia. Cuando la forma está establecida como un elemento constitutivo del acto jurídico, éste no se perfecciona sino cuando la declaración está rodeada de la solemnidad necesaria exigida por la ley³⁴.

No hay que confundir solemnidad con escritura pública como suele ocurrir en nuestro medio. La solemnidad está establecida por la ley (o en su caso por la voluntad) y puede consistir en la escritura privada, o en la escritura pública, o en la inscripción en los registros públicos, etc. Así, se exige la escritura como solemnidad requerida, bajo pena de nulidad, por ejemplo, para celebrar un contrato de fianza (art. 1871³⁵), una transacción extrajudicial (art. 1304³⁶), una cesión de derechos (art. 1207³⁷). En estos casos la ley exige como elemento constitutivo del acto la escritura, siendo suficiente la escritura privada, si las partes usan la

34 TORRES VÁSQUEZ, Anibal. *Ob. Cit.*, p. 316.

35 Artículo 1871.- Formalidad de la fianza: La fianza debe constar por escrito, bajo sanción de nulidad.

36 Artículo 1304.- Formalidad de la transacción: La transacción debe hacerse por escrito, bajo sanción de nulidad, o por petición al juez que conoce el litigio.

37 Artículo 1207.- Formalidad de cesión de derechos: La cesión debe constar por escrito, bajo sanción de nulidad.

escritura pública, lo hacen por razones de mayor seguridad³⁸.

Para otros actos se exige como solemnidad la escritura pública, bajo sanción de nulidad, por ejemplo, la constitución del régimen de separación de patrimonios dentro del matrimonio (art. 295³⁹), la donación de bienes inmuebles (art. 1625⁴⁰), la renta vitalicia (art. 1925⁴¹), el contrato de constitución anticresis (art. 1092⁴²). Para estos casos, la escritura pública es el elemento ad substantiam del acto jurídico⁴³.

La solemnidad puede consistir en la inscripción del acto en registros públicos, por ejemplo, el art. 1099.3 dispone que sea requisito para la validez de la hipoteca que se inscriba en el registro de la propiedad inmueble. No pueden existir hipotecas secretas, por consiguiente, la falta de publicidad de la hipoteca

38 TORRES VÁSQUEZ, Anibal. *Ob. Cit.*, p. 316.

39 Artículo 295.- Elección del régimen patrimonial

Antes de la celebración del matrimonio, los futuros cónyuges pueden optar libremente por el régimen de sociedad de gananciales o por el de separación de patrimonios, el cual comenzará a regir al celebrarse el casamiento.

Si los futuros cónyuges optan por el régimen de separación de patrimonios, deben otorgar escritura pública, bajo sanción de nulidad.

Para que surta efecto debe inscribirse en el registro personal.

A falta de escritura pública se presume que los interesados han optado por el régimen de sociedad de gananciales.

40 Artículo 1625.- Donación de bienes inmuebles: La donación de bienes inmuebles debe hacerse por escritura pública, con indicación individual del inmuebles o inmuebles, donados, de su valor real y el de las cargas que ha de satisfacer el donatario, bajo sanción de nulidad.

41 Artículo 1925.- Formalidad en renta vitalicia. La renta vitalicia se constituye por escritura pública, bajo sanción de nulidad.

42 Artículo 1092.- Formalidades: El contrato se otorgará por escritura pública, bajo sanción de nulidad, expresando la renta del inmueble y el interés que se pacte.

43 TORRES VÁSQUEZ, Anibal. *Ob. Cit.*, p. 316.

mediante su inscripción determina su invalidez (publicidad constitutiva), no obstante que el Código ha omitido consignar que esta solemnidad es bajo sanción de nulidad⁴⁴.

Así pues el Dr. Torres Vásquez, nos hace recordar que las solemnidades exigidas por la ley para dar vida al acto jurídico deben observarse al tiempo de su formación. Si con posterioridad a la conclusión del acto la formalidad desaparece, eso no puede afectar su validez. Por ejemplo, se celebra un matrimonio cumpliendo con todos los trámites establecidos en los artículos 248 a 268 (trámites que constituyen formalidades, cuyo incumplimiento da lugar a la nulidad del matrimonio –art. 274.8-), si después algunas o todas estas formalidades desaparecen por sustracción, robo, hurto, por una inundación, un bombardeo, etc., no por eso se puede afirmar que el matrimonio se ha disuelto. Habrá si la necesidad de probar que el acto realmente se realizó⁴⁵.

Sobre la forma *ad solemnitatem*, este requisito de validez para la celebración del acto jurídico lo encontramos en el inciso 4 de su artículo 140 el cual establece el de la forma prescrita con carácter *ad solemnitatem*, en cuanto precisa que, además de los otros requisitos enumerados, se requiere también de la “observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad”.

Sobre lo antes mencionado también se pronuncia el Dr. Lizardo Taboada, quien en su obra establece como ya fue mencionado que existen determinados actos jurídicos, que además de dichos elementos, requieren para su formación

del cumplimiento de una determinada formalidad, que la ley impone bajo sanción de nulidad, de tal manera que en ausencia de dicha formalidad el acto jurídico será nulo y no producirá ningún efecto jurídico de los que en abstracto debía producir. Estos actos jurídicos formales, denominados también solemnes o con formalidad *ad solemnitatem*, generalmente son actos jurídicos de derecho familiar o actos jurídicos patrimoniales a título gratuito⁴⁵.

Así, por ejemplo, en nuestro Código Civil son actos formales el matrimonio, la adopción, el reconocimiento de los hijos extramatrimoniales, el testamento, la donación de bienes muebles en algunos casos, la donación de bienes inmuebles, el mutuo entre cónyuges, el suministro a título gratuito, el secuestro, la fianza, la renta vitalicia, entre otros⁴⁶.

El acotado inciso 4 del artículo 140 tiene su antecedente en el inciso 3 del artículo 1075 del Código Civil de 1936, pero hace precisión en cuanto a la sanción de nulidad que no hizo su antecedente, que se limitó a señalar tan solo la “observancia de la forma prescrita o no prohibida por ley” siguiendo la fórmula del artículo 82 del Código brasileño de 1916⁴⁷.

4.2. FORMALIDAD *AD PROBATIONEM*

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

45 TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. “Nulidad del Acto Jurídico”. Editorial Grijley; Segunda Edición. Abril del 2002., p. 119.

46 TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Ob. Cit.*, p. 119.

47 VIDAL RAMÍREZ, Fernando., *Ob. Cit.*, p. 145.

44 TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Ob. Cit.*, p. 316.

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.⁴⁸ 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.

La forma *ad probationem* es requerida como prueba del negocio. No condiciona la eficacia negocial sino en un sentido muy limitado, pues se establece para que aquél pueda ser probado únicamente a través de la forma prescrita legalmente. Más el negocio es existente y válido pese a su inobservancia⁴⁹.

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

El documento *ad probationem* fijado por la ley o por las partes tiene por única finalidad facilitar la existencia o el contenido de un acto jurídico que se presupone celebrado y perfeccionado antes de su documentación, por la sola manifestación de voluntad de las partes. Siendo el acto jurídico preexistente al documento que lo contiene. Al ser el documento un simple medio de prueba de las declaraciones de voluntad emitidas por las partes, puede concurrir en su función de prueba (declaración de parte, declaración de testigos, pericia, inspección judicial, auxilios técnicos o científicos), los mismos que pueden

modificar lo que resulte del documento que quedará sin eficacia probatoria. Por ejemplo, si en el documento que contiene un contrato de mutuo se declara que el mutuuario recibió mayor cantidad que la verdaderamente entregada por el mutuante, el contrato se entiende celebrado por la cantidad verdaderamente prestada, si es que se ha quedado debidamente con la declaración del mutuante u otro medio de prueba idóneo, quedando el mutuo sin efecto en cuanto al exceso (art. 1664)⁵⁰.

La pérdida o destrucción del documento no impide la prueba del acto por cualquier otro medio probatorio.

La forma documental tiene la ventaja de facilitar la prueba tanto de la existencia del acto jurídico como del contenido de la manifestación de voluntad, siendo esta su función fundamental y configura en general a la forma *ad probationem*. Pero, como también lo hemos dejado expuesto, en algunos casos, la forma es consustancial al acto jurídico y el único modo de probar su existencia y contenido es el documento mismo. En estos casos la forma es *ad solemnitatem* y no cumple solo la función probatoria sino que viene a ser el documento mismo, que deviene, por eso, en el único y excluyente medio probatorio respecto del acto jurídico así celebrado. Por el contrario, en la forma *ad probationem* el documento es solo un medio probatorio y el acto jurídico así celebrado puede ser probado por medio probatorio distinto al de la forma empleada⁵¹.

Entonces la distinción de la forma *ad probationem* y en *ad solemnitatem* es, como puede apreciarse, fundamental,

48 TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Ob. Cit.*, p. 313.

49 DIEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN. *Ob. Cit.*, p. 496.

50 TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Ob. Cit.*, p. 314-315.

51 VIDAL RAMÍREZ, Fernando., *Ob. Cit.*, p. 140.

por cuanto el Código Civil dispone una u otra cuando prescribe la forma para la celebración de un acto jurídico. La distinción se infiere del texto del artículo 144, en su interpretación literal para la forma *ad probationem* y en su interpretación *contrarii sensu* para la forma *ad solemnitatem*⁵².

La norma (Art. 144 CC., Peruano) fue propuesta por Manuel de la Puente y Susana Zusman en su ponencia ante la Comisión Reformadora⁵³, quienes en su Exposición de Motivos⁵⁴ expresaron que siendo conocida la dificultad para determinar cuando la forma era *ad probationem* y cuando tenía carácter *ad solemnitatem*, la norma que proponía optaba por establecer que la forma que tiene, como regla general, carácter *ad probationem* y que solo cuando la ley sanciona con nulidad la inobservancia de la forma esta tiene carácter *ad solemnitatem*, pues “conviene defender lo más posible la existencia del acto jurídico y evitar que defectos de forma, que en muchos casos son de importancia secundaria, puedan dar lugar a la invalidez del acto. En consecuencia, cuando el legislador quiera que el incumplimiento de la forma de lugar a la nulidad del acto jurídico, deberá decirlo así expresamente en el texto legal. Si no lo hace, la forma servirá solo para probar la existencia del acto”.

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

52 VIDAL RAMÍREZ, Fernando., *Ob. Cit.*, p. 140.

53 Código Civil Peruano. Compilación de Delia Revoredo. T. I., págs. 143 y 144.

54 Proyectos y anteproyectos de la reforma del Código Civil. T. II., p. 49.

absoluta, de solemnidad relativa y de formalidad no solemne. Los primeros, son aquellos 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*.⁵⁵

Nuestro Código Civil de 1984 mantiene o acoge la bipartición tradicional de *ad solemnitatem* y *ad probationem*, la cual se encuentra regulada en su artículo 144 ya explicado en párrafos precedentes.

Recalcando una vez más, son ejemplos de actos jurídicos solemnes: 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.

5. INCONVENIENTES Y VENTAJAS

El profesor trujillano Reyna Mantilla en su obra *Acto Jurídico* hace mención a la posición de la doctrina, sobre los

55 LEYVA SAAVEDRA, José. «Forma y Formalismo Contractual». En: *Revista Esden*, N° 4, Lima, 2008, p. 18.

inconvenientes y ventajas de la forma, entre los principales inconvenientes de la forma se señalan los siguientes:

- Obstaculizan el tráfico, volviendo lento, desalentando muchas veces a quienes desean celebrar un acto jurídico.
- Albaladejo comentaba que se podría favorecer a las personas menos escrupulosas, a que las más rectas se consideran ligadas incluso por el negocio sin forma, y aquellas no tienen obstáculo en alegar la falta de esta como causa de invalidez. No podría compartir la posición del autor por lo que en líneas precedentes senté la posición clara de que todo acto jurídico tiene forma por lo cual la sola mención al llamado: “negocio sin forma” no tiene razón de ser.

Del otro lado, la doctrina en general considera que el formalismo ofrece muchas ventajas como las siguientes:

- Evitar que las partes se precipiten en la celebración de los actos jurídicos, sobre todo en aquellos que tienen una trascendencia especial.
- Da mayor seguridad respecto a la celebración del acto jurídico y a su contenido.
- Facilidad de la prueba de la existencia y del contenido del acto.
- Da certeza del acto al dotar a la declaración de un medio duradero de conocimiento.
- En palabras del Dr. De la Puente y Lavalle, tendría un efecto psicológico que consiste en la sensación que

experimentan los contratantes de quedar especialmente obligados.

En este punto no quiero dejar de mencionar dos ventajas también importantes pero que en esta oportunidad son alcances del Dr. Torres Vásquez, el primero de ellos, es que el formalismo protege a los terceros por medio de la publicidad, la cual permite el conocimiento del acto por parte de terceros. Para el cumplimiento de las formalidades de publicidad, el escrito es indispensable, porque no se puede publicar sino aquello que se ha dejado constancia escrita. El acto jurídico tiene siempre una repercusión social. Si bien es cierto que por regla, el acto jurídico solamente vincula a las partes, por cuanto no crea derechos ni deberes en beneficio o a cargo de terceros, ello no impide que la existencia del acto se imponga a terceros, quienes deben respetarlo, no pudiendo hacer nada que perjudique a los otorgantes ni alegar que no están obligados a tomar en cuenta el acto jurídico ajeno. Está plenamente justificado que el ordenamiento jurídico disponga que en ciertos casos el acto es oponible a terceros sólo si se ha adoptado una medida publicitaria (por ejemplo, mediante la inscripción en los registros públicos). La segunda ventaja según este autor peruano es similar a la expuesta por el jurista español Díez-Picazo sobre la tutela de prevención contra las decisiones poco meditadas, el autor peruano expone que la forma solemne protege a los otorgantes contra las decisiones precipitadas, llevadas a cabo sin una reflexión suficiente. La solemnidad permite a que los otorgantes reflexionen debidamente al realizar actos importantes de su vida, como el matrimonio, la adopción del régimen de separación de patrimonios dentro del matrimonio, la donación de sus bienes

inmuebles, etc. Así, por la donación de un inmueble el sujeto se desprendan de sus inmuebles sin haber tenido el tiempo necesario para reflexionar sobre las consecuencias de su decisión, tomando decisiones apresuradas, impensadas, sin la meditación suficiente, en un momento de inestabilidad emocional, para obtener satisfacciones fútiles, de ahí lo acertado de que la ley disponga que la donación de inmuebles debe hacerse por escritura pública bajo sanción de nulidad, lo que le da tiempo al donante para darse cuenta debida de lo que esta haciendo⁵⁶.

Por otro lado, el jurista español Diez-Picazo nos da como alcance que el formalismo pretende el cumplimiento de ciertas finalidades prácticas, que se pueden resumir según este autor en las siguientes:

- Obtener claridad en lo que concierne a las circunstancias de la conclusión de un negocio (v. gr., fecha) como a 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, etc).

Concluye el Dr. Vidal Ramírez, que son muchas las ventajas que implica el formalismo. Sin embargo, un sector de la doctrina ve en el formalismo una traba para la contratación y una manera de hacerla más onerosa, así como también un obstáculo para la celeridad del tráfico jurídico. Pero nosotros ubicamos las ventajas y desventajas del formalismo en un punto de equilibrio. Somos partidarios del formalismo en tanto la trascendencia social, familiar o patrimonial del acto jurídico requiera de certeza y de la facilitación de la prueba de su existencia y contenido.

La bipartición tradicional en *ad solemnitatem* y en *ad probationem* regulada en nuestro Código Civil peruano las cuales son formalidades que son parte de la llamada forma legal en contraposición con la libertad de formas también llamada forma voluntaria son medios por los cuales la manifestación de la voluntad logra ser conocida por los particulares contratantes o terceros ajenos a la relación contractual o a la celebración del acto jurídico, particularmente las ventajas que nos da la formalidad es resaltante sin dejar de expresar que esta es solo la excepción y que la generalidad es la libertad de formas. El presente solo ha sido un pequeño alcance en base a pinceladas de la normativa civil de Perú que no busca sino dar a conocer la regulación en nuestra patria de tan importante institución jurídica: La forma.

⁵⁶ TORRES VÁSQUEZ, Anibal. *Ob. Cit.*, p. 323-324.