

LA FORMA EN EL NEGOCIO JURIDICO Y EN EL CONTRATO DE *LEASING* ^(*)

José Leyva Saavedra ^(**)

*"L'écrit consolide la parole. Il en fait un dépôt
qui peut attendre indéfiniment sa réactivation
dans des consciences à venir".*

Georges GUSDORF

SUMARIO: 1. Nota introductoria.- 2. Sentidos de la palabra "forma".- 3. Funciones de la forma.- 4. Clasificación de los negocios formales: a) *Bipartita*. b) *Tripartita*. c) *Otras clasificaciones*.- 5. Principio de libertad de forma.- 6. Excepciones a este principio.- 7. La forma en el contrato de *leasing*.- 8. Nota conclusiva.

1. Nota introductoria

La cada vez mayor atención que la doctrina, jurisprudencia y legislación comparadas sigue dedicando al contrato de *leasing*, "top model" del Derecho contractual moderno, es a nuestro modo de ver, síntoma inequívoco de la extraordinaria importancia económica que tiene, tanto en la práctica nacional como en la internacional. Así lo entendió, el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), que en la Conferencia Diplomática celebrada en Ottawa, del 09 al 28 de mayo de 1988, aprobó la "Convención del UNIDROIT sobre el Leasing Internacional". Esta tendencia, sin embargo, en los países latinoamericanos y, especialmente, en el Perú no es la misma: los operadores, tanto económicos como financieros, incluidos los empresarios de esta parte de América,

^(*) Este artículo tiene como base las ideas desarrolladas en la tesis del autor *El contrato de leasing*, sustentada para optar el título de abogado, el 20 de enero de 1995, en esta Universidad, ante un Jurado integrado por los profesores Jorge Castillo Montero, Ricardo Beaumont Callirgos y Víctor Toro Llanos.

^(**) Abogado, Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

económicos como financieros, incluidos los empresarios de esta parte de América, no son concientes, o *tout court* desconocen las bondades de este novel medio de financiamiento para contribuir a la tan reclamada *reconversión* de las empresas. Estas cualidades, igualmente, deben ser valoradas al momento de emprender la *reorganisation*, *salvamento*, *risamento* o, en terminología del D. Ley 26116, la *reestructuración* de las empresas en crisis.

El actual estado de la elaboración doctrinaria y jurisprudencial no ofrece todavía un cuadro de referencia acabado de la disciplina jurídica del *leasing* aplicable en determinados supuestos; de allí que, en algunos ordenamientos jurídicos como el italiano y el francés, por ejemplo, la intervención de los Jueces, a través de sus motivadas sentencias, haya generado una magistral aportación al conocimiento de este instituto financiero.

Nuestro propósito, en esta oportunidad, es un tema poco controvertido, aunque no de menor importancia, como es la *forma* en el contrato de *leasing*. Ha dicho el recordado maestro LEON BARANDIARAN, refiriéndose a la forma en los actos jurídicos, que ella es esencial para el acto, pues sin forma no caería dentro del ámbito de la vida jurídica ⁽¹⁾. Siguiendo este fino razonamiento, todo acto jurídico en general y todo contrato en particular, para adquirir presencia significativa en la esfera del Derecho, necesariamente ha de adoptar una forma, toda vez que ella, escriben los insignes privatistas, es el *modo de ser*, la *figura* o *vestimenta exterior* del negocio.

Nuestra legislación civil, de la mano con la doctrina, jurisprudencia y legislación comparadas, se asienta en el principio de libertad de forma, que permite a las partes emplear indistintamente la forma que juzguen conveniente (art. 143, Cód. civ.). Empero, este mismo *corpus iuris*, en ciertos casos, se encarga de limitar esta libertad reconocida a las partes, pues dispone la observación de una determinada forma para la celebración del negocio (art. 140, núm. 4, Cód. civ.). Esta forma, denominada necesaria, legal o forzosa, unas veces se exige como requisito de validez del negocio, en cuyo caso su inobservancia se sanciona con la nulidad del

⁽¹⁾ LEON BARANDIARAN, José, *Comentarios al Código Civil peruano*, Buenos Aires, EDIAR, 1954, t. I, p. 42. En este sentido SANTORO PASSARELLI enseña que forma "è l'espressione della volontà, e come tal, non può mancare in nessuno negozio (*Istituzioni di diritto civile*, Napoli, Jovene, 1946, vol. I, p. 95). En opinión de MESSINEO, la forma es un elemento indispensable que, en cierto sentido, se identifica con la declaración de voluntad, de manera que, sin una forma, la declaración de voluntad no podrá emitirse (*Manual de derecho civil y comercial*, Buenos Aires, EJE, 1971, t. II, p. 381). Luis María BOFFI, por su parte, recuerda que ningún acto contractual puede carecer de forma (*Tratado de las obligaciones*, Buenos Aires, Astrea, 1988, t. I, p. 489).

mismo (*ad solemnitatem*), otras veces se indica como medio de prueba de la existencia del negocio (*ad probationem*).

Atendiendo a esta tradicional bifurcación, puesto al centro del debate por la doctrina actual, y mantenida en el Código Civil de 1984, nos proponemos analizar a cuál de las enunciadas formas responde el art. 8 del Decreto Legislativo 299, al señalar que "*el contrato de arrendamiento financiero se celebrará mediante escritura pública...*"; esto es, si a la *ad solemnitatem*, donde la forma es consustancial al negocio de modo que sin ella el contrato de *leasing* carece de validez, o *tout court* a la *ad probationem*, donde la forma viene requerida al sólo efecto de hacer posible la prueba de la existencia o del contenido del *leasing*, a saber instrumento *pour excellence* de financiamiento de la empresa.

2. Sentidos de la palabra *forma*

La palabra forma alude a una serie de fenómenos cuya diversidad es preciso aceptarla en el campo jurídico, pues ella viene provocada, sin duda, por las diversas acepciones que tiene ⁽²⁾; no obstante, señala BETTI, "l' espressione forma deve essere intesa nel senso amplissimo, e cioè come una correlazione strutturale unitaria, in cui una serie di elementi percepibili sono in rapporto reciproco, una struttura, cioè idonea a conservare l'impronta di chi l'ha foggata, o chi la encarna" ⁽³⁾.

La forma, concebida por una parte de la doctrina como el molde en que la

⁽²⁾ Vid. DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, Madrid, Tecnos, 1970, vol. I, p. 170; DIEZ-PICAZO, Luis y GULLON, Antonio, *Sistema de derecho civil*, Madrid, Tecnos, 1988, vol. II, p. 96; CASTRO, Federico de, *El negocio jurídico*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1967, p. 277; PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de derecho civil*, Barcelona, Bosch, 1978, t. II, vol. I, p. 148; CORDOBERA, Rosa, «La forma del contrato», en *Contratos, Homenaje a Mosset Iturraspe*, Buenos Aires, La Rocca, 1989, p. 73.

⁽³⁾ BETTI, Emilio, *L'ermeneutica come metodica generale delle scienze dello spirito*, Roma, 1987, p. 61, citado por IRTI, Natalino, «Formalismo e attività giuridica», en *Rivista di diritto civile*, Anno XXXVI, N° 1, Padova, 1990, p. 8. Ordinariamente, escribe Rodolfo FONTANARROSA, se entiende por forma, en general, el modo de ser, la figura exterior de la manifestación negocial, que como tal, no puede faltar en ningún negocio; y, en particular, es el modo peculiar de configurarse un acto determinado, mediante el cual puede ser reconocido en el ambiente social en el que es celebrado (*Derecho comercial argentino. Contratos comerciales*, Buenos Aires, Zavallá, 1969, vol. II, p. 103).

voluntad, *sustantia* del acto, se vacía y se hace sensible ⁽⁴⁾, ante y sobre todo, es un elemento natural del negocio jurídico, pues la declaración de voluntad, como *melodía* de ella, necesita exteriorizarse, darse a conocer a los demás para ponderar, así, sus alcances y prever sus consecuencias. Sin complemento exterior y sensible las voluntades que concurren a originar el consentimiento quedarían aisladas, desconocidas entre sí, carentes de trascendencia jurídica. De allí que, con razón, ALBALADEJO señale que la forma es el *modo de ser* del negocio, la *manera* de realizarse; ella no es un elemento más del negocio, es la *vestidura* exterior de estos elementos, o ritos o solemnidades que se han de observar para darle vida ⁽⁵⁾.

Con peculiar matiz, BETTI recuerda que la estructura del negocio comprende tanto la forma como el contenido. La *forma* es el modo como el negocio es, o sea, como se presenta ante los demás en la vida de relación; su figura exterior. El *contenido* es aquello que el negocio es, intrínsecamente considerados: su *fattispecie* interior que es, conjuntamente, fórmula e idea, palabra y significado, "Nella vita di relazione un atto non é riconoscibile agli altri se non attraverso la sua forma", sentencia el inolvidable Maestro italiano ⁽⁶⁾.

En este sentido, denominado amplio o générico, forma es equivalente a medio de exteriorización de la voluntad (palabra, escritura, conducta) y, ha dicho IHERING, «representa el tránsito de la intimidad subjetiva (querer interno) a la

⁽⁴⁾ En el entendido que ningún negocio sería reconocible sin una forma, cualquiera sea ella, escribe DE GASPIERI, "la forma puede ser concebida como el molde en que la voluntad, sustancia *-rectius-* contenido- del acto, se vacía y se hace sensible, adquiriendo un sentido mediante el cual los terceros puedan reconocerla, ponderar sus alcances y prever sus consecuencias" (GASPERI, Luis de y MORELLO, Augusto, *Tratado de derecho civil. Hechos y actos jurídicos*, Buenos Aires, TEA, 1964, t. I, p. 703).

⁽⁵⁾ ALBALADEJO, Manuel, *El negocio jurídico*, Barcelona, Bosch, 1958, p. 293. De asimilar criterio es Giovanni CARRARA, quien subraya que la forma es la vestimenta exterior por la cual ella se hace reconocible; sin ella no podría tenerse manifestación de voluntad, porque el acto de la manifestación de la voluntad consiste, precisamente, en hacer visible o reconocible cualquier cosa que, en un momento precedente, no era tal (*Formazione dei contratti*, Milano, Vallardi, 1915, p. 358).

⁽⁶⁾ BETTI, Emilio, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, UTET, 1955, p. 126; *Idem*, *Teoría general del negocio jurídico*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1959, p. 202 y ss. Para MESSINEO, la forma del contrato "è l'elemento, attraverso il quale, il contenuto del contratto si esprime e si rende conoscibile alle stesse parti (per esse, la forma è, anzitutto, uno strumento mnemonico) e ai terzi, il quale no ha altro modo di conoscerne il contenuto, se non quello di conoscere il contesto, per il tramite della forma" («Contrato (derecho privado)», en *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1961, vol. IX, p. 839).

exteriorización objetiva» ⁽⁷⁾. La forma, dice GENY, "es el elemento exterior destinado a encuadrar las circunstancias inmateriales de la naturaleza de los actos" ⁽⁸⁾.

Se habla de forma, en sentido *estricto* o *técnico*, cuando en virtud de la ley, o de la voluntad de las partes, se requiere, para darle trascendencia jurídica al negocio, de un cierto modo de exteriorización de la voluntad. No cualquier modo como pueda hacerse una manifestación, aunque idónea para revelar una intención, es relevante jurídicamente, sino una particular actitud formal que debe asumir el modo de una determinada declaración ⁽⁹⁾. En esta línea, afirma HOLMES, "forma es todo lo que el Derecho requiere para convertir en vinculante a una promesa, por encima y además de la mera expresión de voluntad del promitente" ⁽¹⁰⁾. Por ello, algunos la llaman forma preestablecida o *forma impuesta*.

La forma resulta, en efecto, un *plus* añadido a la voluntad, como vehículo necesario de expresión de ésta o como necesario revestimiento de la misma, la cual puede ser impuesta como requisito de los contratos cuando se piensa y ordena que a efectos de su existencia, de su eficacia, o de su prueba, es necesario que los contratos aparezcan exteriorizados mediante algún vehículo determinado de conocimiento ⁽¹¹⁾.

Atendiendo a este segundo sentido, es decir, forma como formalidad, la doctrina moderna recomienda, referirse mejor a negocios con forma vinculada y negocios con

⁽⁷⁾ Citado por DIEZ PICAZO - GULLON, *Sistema*, cit., vol. II, p. 96; ARAUX CASTEX, Manuel, *Derecho civil. Parte general*, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, t. II, p. 208; LLAMBIAS, Jorge, *Tratado de derecho civil. Parte general*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1970, t. II, p. 395; LOPEZ DE ZAVALIA, *Teoría general de los contratos. Parte general*, Buenos Aires, Zavallia, 1975, p. 182.

⁽⁸⁾ GENY, *Science et technique en droit privé positif*, París, 1921, t. III, p. 98, citado por MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos*, Buenos Aires, EDIAR, 1987, p. 72.

⁽⁹⁾ Vid. BARBERO, Domenico, *Sistema del derecho privado*, Buenos Aires, EJE, 1967, t. I, p. 456; CIFUENTES, Santos, *Negocio jurídico*, Buenos Aires, Astrea, 1986, p. 192.

⁽¹⁰⁾ HOLMES, O.W., *The common law*, Boston, 1949, p. 273, citado por PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, cit., t. II, vol. I, p. 152.

⁽¹¹⁾ DIEZ PICAZO, *Fundamentos*, cit, vol. I, pp. 170 y ss.

forma libre ⁽¹²⁾, antes que a la clásica bipartición de negocios formales y no formales, propuesta en su oportunidad por SAVIGNY ⁽¹³⁾, 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" ⁽¹⁴⁾.

3. Funciones de la forma

En cada época de la historia, cabe recordar, las exigencias formales han desempeñado diversas funciones. En los inicios de la civilización ellas dominan el orden de los sentidos, del cuerpo, de las impresiones físicas: hay más fuerza en ello que en lo intelectual; se necesita cumplir una etapa hacia lo visible, lo tangible; la forma será, en palabras de ORTOLAN, "le vêtement terrestre donné à la pensée" ⁽¹⁵⁾. Posteriormente, a medida que la intelegibilidad de los negocios no se funda tanto en formas simbólicas sino en la racionalidad del pensamiento conceptual, se van abandonando las primeras imágenes y simbolizaciones, pasando, poco a poco, de la primitiva función constitutiva de las formas hacia la función probatoria de ellas, aunque es verdad, igualmente, que la función constitutiva de la forma se conserva en determinados negocios, pero no como elemento simbólico sino como

⁽¹²⁾ Negocios con *forma vinculada*, son aquellos 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; se les conoce como *formlosigkeit* o *formfreiheit*, señala el ilustre CARRARA, *Formazione*, cit., p. 359. Vid. BETTI, *Teoria generale*, cit., p. 126.

⁽¹³⁾ Estimaba SAVIGNY que se las llama formales porque sus formas están invariablemente regladas por el derecho positivo, mientras que para las declaraciones no formales, las formas son abandonadas a la elección de las partes. Vid. CIFUENTES, *Negocio*, cit., p. 192.

⁽¹⁴⁾ De igual modo que el cuño dispensa del contraste y peso del metal, la forma evita tener que averiguar si se ha querido celebrar un acto jurídico y cual es este acto, recuerda este fino jurista. IHERING, R., *Geist des römischen rechts*, 1923, t. II, p. 494, citado por PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, cit., p. 149. Vid., además, BETTI, *Teoria generale*, cit., p. 126; DIEZ PICAZO, *Fundamentos*, cit., vol. I, p. 170; LOHMANN, Juan G., *Negocio jurídico*, Lima, GRULEY, 1994, pp. 170 y ss.

⁽¹⁵⁾ REZZONICO, «La forma jurídica y su dimensión histórica», en *La Ley*, 1980-D, Buenos Aires, 1980, p. 1212, citado por ZANNONI, Eduardo, *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, Buenos Aires, Astrea, 1986, p. 78. En esta época, recuerda VASQUEZ BOTE, se desarrolló la tendencia de considerar los contratos como protegidos por la actividad divina, por lo que se contraen y celebran aquéllos con sujeción a un riguroso formalismo (*Derecho Civil de Puerto Rico*, San Juan de Puerto Rico, 1973, t. III, vol. I, p. 419).

modo de dar certeza, publicidad e incluso seguridad a los terceros de su existencia y de sus alcances ⁽¹⁶⁾. De allí que hoy se diga que la finalidad de la "forma" impuestas es conseguir una mayor *certeza* de los hechos, una mayor *determinación* de las circunstancias y una mayor *reflexión* sobre las consecuencias. Comprobar consecuencia la certeza de los hechos significa poder juzgar, con la misma seguridad, acerca de las consecuencias ⁽¹⁷⁾.

4. Clasificación de los negocios formales

a) *Bipartita*

Desde tiempos lejanos, en atención a su función, la doctrina y con ella la jurisprudencia, distinguen entre forma *ad solemnitatem* y forma *ad probationem*. Validez y prueba, *substantia* y *probatio*, vienen consideradas dos funciones, cumplidas, según los casos, por la forma del negocio. El latín *ad* indica, precisamente, el doble fin, alcanzable con el mismo instrumento.

la forma *ad solemnitatem*, es aquella que necesita una clase de negocios para su existencia o validez. La forma en ellos es constitutiva, *ad substantiam*, *ad essentia*, o *ad validetatem*, pues están pensadas para la existencia jurídicamente relevante de la voluntad negocial, de manera que ésta si no asume la forma concreta estipulada, es jurídicamente irrelevante, aunque fuese naturalmente idónea para expresar la voluntad ⁽¹⁸⁾. En tal caso, acota MESSINEO, "forma e contenuto sono compenetrati

⁽¹⁶⁾ ZANNONI, *Ineficacia*, cit., p. 78. Una más completa síntesis de la evolución de la forma a través de los tiempos, vid. CARRARA, *Formazioni*, cit., p. 359; KASSER, Max, *Derecho privado romano*, Madrid, Reus, 1968, pp. 177 y ss; OURLIAC, Paul y MALAFOSSE, Jean, *Derecho romano y francés histórico*, Barcelona, Bosch, 1960, t. I, p. 169; PLANITZ, *Principios de derecho privado germánico*, Barcelona, Bosch, 1957, pp. 38 y ss.; ARANGIO RUIZ, Vincenzo, *Instituciones de derecho romano*, Buenos Aires, Depalma, 1973, pp. 369 y ss.

⁽¹⁷⁾ Vid. BARBERO, *Sistema*, cit., t. I, p. 458; BORDA, Guillermo, *Manual de contratos*, Buenos Aires, Perrot, 1987, p. 97; LARENZ, Karl, *Derecho civil. Parte general*, Madrid, EDERSA, 1978, p. 557; CIFUENTES, *Negocio*, cit., p. 198.

⁽¹⁸⁾ BARBERO, *Sistema*, cit., t. I, p. 457. Destaca TRABUCCHI, Alberto, "che il requisito della forma, dal punto di vista del dichiarante, si presenta come un *onere*, senza l'osservanza del quale, non si può raggiungere lo scopo perseguito con l'attività negoziale" (*Istituzioni di diritto civile*, Padova, CEDAM, 1952, p. 142).

fra loro" ⁽¹⁹⁾.

La forma *ad probationem*, no se exige para dar relevancia jurídica a la voluntad negocial, toda vez que el negocio es eficaz cualquiera sea la forma de manifestación; lo que sucede es que, en caso de no ser reconocida la existencia del negocio, la ley limitará su prueba exigiendo que se lo acredite exhibiendo determinadas formas ⁽²⁰⁾. En este caso, dice CIFUENTES, se cumple el objetivo de dar estabilidad y autenticidad a la declaración de voluntad, exigiéndose de antemano la producción formal de un medio de prueba, que de tal modo adquiere los caracteres de formalidad no esencial. Pero, si no se respetara ese requisito, no por ello en todos los casos carecería de eficacia el acto, ya que si lo pudiera acreditar por otros medios adquiriría una vigencia peculiar, cual es la de considerársele existente como acto que impone a la partes cumplir con la forma ordenada ⁽²¹⁾.

La enunciada bipartición ha merecido dos puntuales observaciones del maestro IRTI: Una, de metodología general; otra, de derecho positivo. La primera, centrada en el común latín *ad*, el cual oculta radicalmente diversos problemas: forma *ad substantiam*, describe un requisito del negocio; *forma ad probationem*, designa el instrumento útil para alcanzar un objetivo. Allá, un perfil de *estructura*, esto es, como debe ser la forma del negocio; acá, un perfil de *función*, es decir, para que cosa sirve la forma. Perfiles heterogéneos que impedirían, *per se*, la construcción de una categoría común; del género "forma", dividida en dos especies. La segunda, dirigida al diseño legislativo del Código Civil italiano de 1942. En éste, forma *ad probationem* es el *escrito*, forma *ad substantiam* es la *forma escrita*. Pero, *escrito* y *forma escrita* no coinciden, pues ellos son fenómenos diversos, no uno e idéntico. Forma escrita es el escribir, el expresarse escribiendo; escrito es el documento, la cosa temporal y duradera, sobre el cual se fijan los signos gráficos ⁽²²⁾.

⁽¹⁹⁾ MESSINEO, «Contratto», cit., p. 839.

⁽²⁰⁾ ZANNONI, *Ineficacia*, cit., pp. 78 y ss.; CARIOTA FERRARA, Luigi, *Il negozio giuridico*, Napoli, Jovene, 1948, pp. 452 y ss.; CARRARA, *Formazione*, cit., p. 362; SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, Milano, Vallardi, 1980, pp. 116 y ss.

⁽²¹⁾ CIFUENTES, *Negocio*, cit., p. 205. Vid. también LLAMBIAS, *Tratado*, cit., p. 396; BORDA, *Manual*, cit., p. 97; DIEZ PICAZO, *Fundamentos*, cit., vol. I, p. 191.

⁽²²⁾ IRTI, Natalino, «Il contratto tra *faciendum e factum* (problemi di forma e di prova)», en *Rassegna di diritto civile*, 1984, N° 4, Napoli, 1984, pp. 948 y ss.

El Código civil de 1984 acoge estas dos clases de formas. En efecto, al normar la observancia de una determinada forma para la celebración de un acto jurídico, lo hace ordenando una forma *ad solemnitatem* o indicando una forma, *tout court*, *ad probationem*. La distinción entre ambas al encontramos en el artículo 144º, que dice: "Cuando la ley impone una forma y no sanciona con nulidad su inobservancia, constituye sólo un medio de prueba de la existencia del acto". Este artículo debe ser concordado con el art. 1352º del mismo cuerpo jurídico, que dice: "Los contratos se perfeccionan con el consentimiento de las partes, excepto aquellos que, además, deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad" ⁽²³⁾.

b) Tripartita

En estos últimos tiempos, con la finalidad de superar algunos de los inconvenientes que presenta la tradicional bifurcación ⁽²⁴⁾, la doctrina ha propuesto una clasificación más acorde con la realidad ⁽²⁵⁾. Según ella, los actos formales deben dividirse en tres clases: de solemnidad absoluta, de solemnidad relativa y de

⁽²³⁾ VIDAL RAMIREZ señala que el criterio de distinción, acogido por el art. 144º, fue propuesta por los profesores DE LA PUENTE y ZUSMAN, en su ponencia ante la Comisión Reformadora. En su Exposición de Motivos estiman que siendo conocida la dificultad que surgía por determinar cuando la forma tenía carácter *ad solemnitatem* y cuando *ad probationem*, la norma que proponían optaba por establecer que la forma tiene, como regla general, carácter *ad probationem*, y que sólo cuando la ley sanciona con nulidad, la falta de forma tendrá este carácter *ad solemnitatem* (*El acto jurídico en el Código civil peruano*, Lima, Cultural Cuzco, 1989, p. 120).

⁽²⁴⁾ Se ha cuestionado bastante esta clasificación, entre otras razones, por que no encuentra respuesta a numerosos supuestos en los que la ley prevé una forma y, sin embargo, su inobservancia no provoca la invalidez del negocio. Incluso, dice ZANNONI, hay otros que no encajan en la bipartición tradicional (*Ineficacia*, cit., p. 79). Esta bipartición es insuficiente y privada de precisión, subraya Rodolfo SACCO, pues cuando decimos que la forma es impuesta para la prueba de un acto, en realidad estamos hablando de la forma de la prueba y no, en efecto, de la forma del acto («La forma», en RESCIGNO, Pietro [dir.], *Trattato del diritto privato*, Torino, UTET, 1990, vol. X, t. II, pp. 210 y ss.). Sin embargo, algunos pocos, como Roberto BREBBIA, se pronuncian por la inconveniencia de abandonar la clasificación bipartita que, en su opinión, cumple la función didáctica de separar en categorías distintas, dentro del género de actos formales, unos actos que producen tales disímiles efectos (*Hechos y actos jurídicos*, Buenos Aires, Astrea, 1979, t. I, p. 241).

⁽²⁵⁾ Esta clasificación tripartita de los actos jurídicos, iniciada por Elías P. GUASTAVINO («Elementos substanciales de los contratos», en *Seminario de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad del Litoral*, Santa Fe [Argentina], 1953, t. IV, p. 210) y continuada por MOSSET, (*Contratos*, cit., p. 229), LOPEZ DE ZAVALIA (*Teoría general*, cit., p. 199) y otros, cuenta con el aval de la doctrina italiana. Vid. BETTI, *Negozió*, cit., p. 126; MESSINEO, *Manual*, cit., t. II, pp. 381 y ss.; BARBERO, *Sistema*, cit., t. I, p. 457.

formalidad no solemne. Los primeros, los de *solemnidad absoluta*, son aquellos en que la forma es propiamente constitutiva, de no satisfacerse el acto es nulo o, como dice LOPEZ DE ZAVALIA, de nulidad total ⁽²⁶⁾. 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, opina FLUME, el significado de recomendaciones no obligatorias, si el ordenamiento jurídico renunciara a este medio ⁽²⁷⁾.

Los de *solemnidad relativa*, son aquellos en que la forma legal es requerida para que el acto produzca sus efectos típicos, pero de no observarse ella, pueden producir un efecto distinto, diverso. Ellos, en palabras de LOPEZ DE ZAVALIA, están afectados de una nulidad sólo efectual ⁽²⁸⁾.

Por último, *los formales no solemnes*, son aquellos en que la exigencia de la forma es impuesta *ad probationem*. Los actos adquieren relevancia jurídica cualquiera sea la forma en que se otorguen, pero no se les puede probar si no se exhibe la forma o instrumento exigido por la ley ⁽²⁹⁾.

c) Otras clasificaciones

Según GARCIA AMIGO, las formas pueden clasificarse atendiendo a diversos criterios ⁽³⁰⁾, a saber:

c.1) Por los efectos que produce: Forma *ad solemnitatem* o *ad sustancia* y forma *ad probationem*. La primera es exigida por la ley para la existencia y validez del negocio jurídico; por ello, se le llama *solemnes*. La segunda no se exige para la existencia y validez del acto, sino para la *prueba* del mismo: el acto, pues, puede

⁽²⁶⁾ LOPEZ DE ZAVALIA, *Teoría general*, cit., p. 199.

⁽²⁷⁾ FLUME, «Rechtsgeschäft und privatautonomie», en *Festschr JT*, 1960, citado por LARENZ, *Derecho civil*, cit., p. 565.

⁽²⁸⁾ LOPEZ DE ZAVALIA, *Teoría general*, cit., p. 199; MOSSET, *Contratos*, cit., p. 230; ZANNONI, *Ineficacia*, cit., p. 82.

⁽²⁹⁾ CIFUENTES, *Negocio*, cit., p. 206.

⁽³⁰⁾ GARCIA AMIGO, Manuel, *Instituciones de derecho civil*, Madrid, EDERSA, 1979, t. I, p. 712 y ss.

existir al margen de este tipo de formalidad, ya que su existencia puede acreditarse por otros medios de prueba.

c.2) *Por la consistencia de la forma: Documental*, cuando la declaración negocial se materializa en un escrito o documento, escritura pública, documento privado, etc; y *procedimental o ritual*, cuando consiste en una serie de actos o formalidades que juntos integran la forma del negocio (v. gr. el negocio matrimonial).

c.3) *Por la intervención o no de funcionario público: Privada*, cuando la ley sólo exige la intervención de los interesados o particulares; *pública*, cuando en ella, además de intervenir los interesados, participa un servidor o funcionario público competente, que incorpora la fe pública a la forma. La forma pública, igualmente, puede ser *documental y procedimental*, y los servidores públicos pertenecer a la Administración Pública o al Órgano Judicial.

c.4) *Por el origen: Legal*, cuando la ley exige determinada forma, sea *ad solemnitatem*, sea *ad probationem*; *voluntaria*, cuando la exigencia de la misma emana de la voluntad de las partes.

c.5) *Por los creadores de la forma: Autónomas*, cuando son creadas por los propios interesados (v. gr. el testamento ológrafo); y *heterónomas*, las procuradas por la intervención de un tercero (v. gr. el juez, el notario, los testigos, etc.).

5. Principio de libertad de formas

El derecho moderno, incluido el nuestro ⁽³¹⁾, desecha el formalismo ritual y simbólico típico de aquél amanecer de la civilización, adoptando, a su vez, la

⁽³¹⁾ Vid. MOREIRA ALVES, José, «Los actos jurídicos en el nuevo Código civil peruano», en *El Código civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano*, Lima, Cultural Cuzco, 1986, p. 272; BONIVENTO, José, «Breves apuntaciones al Libro VII —Fuentes de las obligaciones— del nuevo Código civil del Perú de 1984», en *ibidem*, p. 357; ARIAS SCHREIBER, Max, *Exégesis del Código civil peruano de 1984*, Lima, Studium, 1987, t. I. p. 176. De parecer diverso es VIDAL RAMÍREZ, pues considera que el Código civil es un código formalista por cuanto los actos jurídicos que tiene previstos en su articulado tienen la forma prescrita y algunos con forma obligatoria bajo sanción de nulidad; por cuanto, su bien ha acogido el principio de libertad para la adopción de la forma, ésta queda supeditado a que para el acto de celebrarse la ley no tenga designada una forma específica; y, por último, por que le da a la forma una función probatoria de la existencia del acto. Además, porque en materia contractual, de la posibilidad de pactar anticipadamente una forma que se constituya en requisito de validez del contrato (*El acto jurídico*, cit., p. 115).

libertad de forma como principio general ⁽³²⁾. Las partes tienen, de acuerdo a este principio, libertad para manifestar su voluntad del modo que estimen más adecuado para satisfacer sus intereses, pues cualquier manifestación es, por lo general, relevante jurídicamente, con tal que sea naturalmente idónea para hacer conocer la voluntad de contratar ⁽³³⁾. Este principio, enseña SACCO, "vale dunque solo nel senso, sul piano degli effetti sostanziali, un contratto o un altro atto equiparato al contratto, fino a diversa disposizione, non è nullo nè altrimenti invalido per fatto che non è stata adottata una forma solenne o típica" ⁽³⁴⁾.

El citado principio esta contemplado en el art. 143° del Código civil según el cual "cuando la ley no designa una forma específica para un acto jurídico, los interesados pueden usar la que juzguen conveniente". Su enunciado se vincula, escribe VIDAL RAMIREZ, a la noción de los actos con forma voluntaria en contraposición a la de los actos con forma prescrita por la ley ⁽³⁵⁾.

6. Excepciones a este principio

Las excepciones al enunciado principio son abundantes, motivo por el cual se ha dicho que si bien a primera vista, los códigos modernos parecen consagrar el principio de la libertad de forma, estas declaraciones van siempre acompañadas de la salvedad de que la ley pueda prever, en determinados casos, la necesidad de una forma determinada; y, en general, el legislador quitando con una mano lo que da

⁽³²⁾ Con relación a los contratos, sean éstos civiles o mercantiles, rige el principio de libertad de forma, el cual no quiere decir que se pueda prescindir de la forma en la declaración de voluntad, sino que puede elegirse libremente la que se quiera, esto es, la verbal o la escrita. Vid. SANCHEZ CALERO, Fernando, *Instituciones de derecho mercantil*, Madrid, 1989, p. 413; SACCO, «La forma», cit., vol. X, t. II, p. 220; STOLFI, Giuseppe, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, CEDAM, 1961, pp. 157 y ss.; MIRABELLI, Giuseppe, «Dei contratti in generale», en *Commentario del codice civile*, Torino, UTET, 1958, Libro IV, t. II, pp. 36 y ss.; SCOGNAMIGLIO, Renato, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, Jovene, 1956, pp. 126 y ss.; y STARCK, Boris, *Droit civil, Obligations*, Paris, Litec, 1989, vol. 2, p. 53.

⁽³³⁾ Vid. BARBERO, *Sistema*, cit., t. I, p. 358; SCOGNAMIGLIO, *Contratti*, cit., p. 116; DE RUGGIERO, Roberto y MAROI, Fulvio, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, Giuseppe Principato, 1947, vol. II, p. 184; y BORDA, *Manual*, cit., p. 96.

⁽³⁴⁾ SACCO, «La forma», cit., p. 221.

⁽³⁵⁾ VIDAL RAMIREZ, *El acto jurídico*, cit., p. 116. En opinión de este autor, el principio para la adopción de la libertad de forma constituyó una excepción dentro del formalismo del Código de 1936, art. 1122°, y de la misma manera lo ha receptado el art. 143° del Código vigente.

con la otra, aprovecha ampliamente esa autorización. De hecho, pues, estamos más cerca del formalismo que de la libertad de forma, se ha dicho ⁽³⁶⁾.

En nuestro criterio, no le asiste razón a este sector de la doctrina, pues el retorno a la exigencia de la *forma* en las codificaciones contemporáneas, a través de la *escritura pública* para un número cada vez mayor de negocios y de la *inscripción registral*, no importa un retorno a las fuentes romanas, como bien ha señalado en su oportunidad JOSSERAND, ya que "seulement, elles ne le son plus dans le même esprit que jadis; ce n'est plus pour la validité des actes qu'elles sont imposées, du moins dans la plupart des cas mais seulement pour leur opposabilité; ce ne sont pas des conditions mises à la formation à l'existence de l'acte, mais uniquement des formalités de publicité en dehors des quelles cet acte ne rayonnera pas au loin" ⁽³⁷⁾.

La imposición de la forma *ad solemnitatem*, apunta MESSINEO, se explica por el propósito de la ley de llamar la atención del declarante sobre la importancia del acto que realiza y de garantizar la *seriedad* y la *madurez* de todo lo que él dedica hacer sirviéndose del acto en cuestión ⁽³⁸⁾.

La distinción entre actos solemnes y no solemnes y la controversia sobre la libertad de formas, subraya el maestro italiano IRTI, son modestas variaciones al interior del gran principio de legalidad, pues "la giuridicità dell'atto è calcolato dal criterio di conformità legale, e, dunque, dal suo agguagliarsi al sistema delle forme. L'attività giuridica, nonchè apporsi e resistere al formalismo, s'identifica appieno con esso, senza di esso non potrebbe neppure concepirse, Il formalismo non le è

⁽³⁶⁾ Vid. TORRES, Alejandro, «La forma como requisito de la contratación», en *Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico*, Vol. X, N° 1 (agosto-diciembre), Santurce, 1975, p. 45. En opinión de Jorge LOPEZ DE SANTAMARIA, la noción voluntarista del contrato, es una proclamación muchas veces desmentida por la práctica contemporánea. Así lo deja intuir el vasto sistema actual de formalidades que deben vestir a las convenciones, entre las que se destacan las solemnidades objetivas o *ad solemnitatem*, las formalidades *ad probationem*, las formalidades habilitantes y las de publicidad («Algunas consideraciones sobre el contrato formuladas a propósito de los artículos 1351° y 1352° del nuevo Código civil del Perú», en *El Código civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano*, Lima, Cultural Cuzco, 1986, p. 378).

⁽³⁷⁾ JOSSERAND, Louis, *Cours de droit civil français*, Paris, Sirey, 1938, t. I, p. 101. Vid., también, ARROYO CAMACHO, Dulio, «La forma en los contratos», en *Estudios jurídicos*, Panamá, Litho Impresora Panama, 1992, t. IV, p. 371 y ss.; PLANIOL, Marc y RIPERT, Georges, *Tratado teórico-práctico de derecho civil francés*, La Habana, Cultural La Habana, t. VI, parte I, p. 126.

⁽³⁸⁾ MESSINEO, *Manual*, cit., p. 383.

estranee ed arbitrario, ma essenziale e costitutivo: è attività giuridica soltanto nel grado della sua formalità" ⁽³⁹⁾.

7. La forma en el contrato de *leasing*

Formuladas estas breves consideraciones sobre la forma del negocio jurídico en general, y antes de referirnos a la forma del *leasing* en particular, estimamos oportuno dedicarle algunos *cenni generali* a este importante medio de financiamiento de la empresa, cuyo estudio en nuestro medio viene muy descuidado, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, no obstante ser un contrato típico, esto es, tener su legislación propia, el Decreto Legislativo 299, publicado el 26 de julio de 1984, y Reglamentado por D.S. N° 559-84-EFC, publicado el 09 de mayo de 1986.

En Europa, los rieles por donde transita el *leasing* están mejor contruidos. La doctrina y la jurisprudencia son los que han proyectado y ejecutado la obra atendiendo, en lo fundamental, a que el *leasing* se ha convertido en la fórmula ideal para contribuir, de manera expeditiva y eficaz, en la tarea de incentivar la actividad productiva, integrando y potenciando, en un documento jurídico único, el conjunto de exigencias y necesidades de las partes. En efecto, podemos decir, las empresas europeas tienen ahora a su disposición para el financiamiento de sus inversiones en bienes de capital, además de los tradicionales *capital de riesgo* y *capital de créditos*, el que DE PONTI ha denominado, magistralmente, *capital de uso* ⁽⁴⁰⁾.

Como hemos indicado en otra oportunidad ⁽⁴¹⁾, el *leasing* que fue "ideado y concebido para promover y no para poseer en propiedad, para estimular y no para gestionar", es una fórmula financiera que responde *avec grand efficacité* a los modernos cambios de la ciencia y de la técnica, que originan un rápido anejecimiento de los bienes de capital, convertidos en obsoletas no por el normal

⁽³⁹⁾ IRTI, «Formalismo», *cit.*, p. 9.

⁽⁴⁰⁾ Ugo DE PONTI es considerado como el primer autor que utilizó esta expresión; define el *capital de uso* "come prestazioni di beni o servizi che l'azienda ottiene in "disponibilità" da terzi. A differenza dei prestiti non si tratta mai di sovvenzione diretta in denaro; ed a differenza del capitale di rischio, l'uso del bene non coincide con la proprietà che resta del concedente" («Leasing privato o pubblico», en *Rivista Mondo Economico*, N° 37, Roma, 1973, p. 7).

⁽⁴¹⁾ LEYVA, José, *El contrato de leasing*, Tesis para el título de Abogado en la UNMSM, Lima, 1994, p. VI; *idem*. MARTINEZ, Elvira y LEYVA, José, «La Convención del Unidroit sobre el *leasing* internacional», en *Revista del Foro*, Año LXXIX, N° 2, Lima, 1991, p. 209; y mi reciente *El contrato de leasing*, Lima, Grijley, 1995.

desgaste de su uso, sino porque son superados por otros más sofisticados.

Ahora volvamos a la forma que debe observar el *leasing* al momento de su celebración. Al respecto, la actual ley que regula las operaciones de *leasing*, Decreto Legislativo 299, del 26 de julio de 1984, en su artículo 8º, señala: "*El contrato de arrendamiento financiero se celebrará mediante escritura pública, la cual podrá inscribirse, a pedido de la locadora, en la ficha o partida donde se encuentre inscrita la arrendataria*".

Atendiendo al tenor de la norma citada, cabe formularse la siguiente interrogante: ¿La exigencia de celebración mediante escritura pública del *leasing* es una formalidad *ad solemnitatem* o *tout court* una *ad probationem*?

Para intentar la respuesta correspondiente, debemos volver al artículo 144º del Código Civil, ya que él se aplica, en general, a todos los actos jurídicos. Según esta norma, "Cuando la ley impone una forma y no sanciona con nulidad su inobservancia, constituye sólo un medio de prueba de la existencia del acto".

La confrontación de ambas normas nos permite señalar pronto que la exigencia de celebración por escritura pública no tiene la calidad de una formalidad *ad solemnitatem*, esto es, no ha sido pensada ni planteada como requisito para la validez del negocio, toda vez que su inobservancia no viene sancionada con la nulidad del mismo. Si ella hubiera sido requerida *ad solemnitatem*, es decir, que la declaración negocial misma deba ser formalizada, el legislador tendría que haber sancionado su inobservancia con la nulidad del negocio, como lo hace, *v. gr.* con el mutuo entre cónyuges (art. 1650º), con la fianza (art. 1871º), con la renta vitalicia (art. 1925º), etc.

La obligación de inscribir en los Registros Públicos la escritura pública, usualmente se hace con el fin de un mejor conocimiento del negocio y de su oponibilidad a terceros. la falta de inscripción no determinará la invalidez del negocio, sino solamente su ineficacia frente a terceros, tratándose de negocios de contenido patrimonial ⁽⁴²⁾.

El mandato de la norma para que el contrato de *leasing* se celebre mediante escritura pública tiene, en consecuencia, el carácter de una formalidad *ad probationem*,

⁽⁴²⁾ Vid. BREBBIA, *Hechos y actos*, cit., t. I, p. 242; ARROYO CAMACHO, Dulio, «¿Es la venta con retención de dominio un contrato solemne en nuestro derecho?», en *Estudios Jurídicos*, [Panamá] - San José [Costa Rica], Litografía e Impr. LIL, 1984, t. III, p. 59.

escritura pública tiene, en consecuencia, el carácter de una formalidad *ad probationem*, pues ella es una expresión comprensiva de una más vigorosa disciplina de la prueba testimonial; con ella, en efecto, se indica no una *forma del negocio*, sino una *forma de la prueba*, un método de investigación histórico impuesto por la ley, explica ingeniosamente SACCO ⁽⁴³⁾.

8. Nota conclusiva

Llegados a este lugar, parafraseando a VALLET DE GOYTISOLO, diremos que la forma prescrita por el art. 8º del Dec. Leg. 299 para la celebración del contrato de *leasing* no es forma de *ser*, es decir, no es forma necesaria para el nacimiento del contrato, sino que es, antes bien, forma del *valer*, esto es, forma necesaria para conseguir mayores efectos jurídicos ⁽⁴⁴⁾.

Según esto, la inscripción del contrato de *leasing* en los registros no tiene efectos constitutivos, sino meramente declarativos a efectos de publicidad material frente a terceros ⁽⁴⁵⁾.

⁽⁴³⁾ «La forma», *cit.*, p. 221. *Vid.* también IRTI, «Il contratto», *cit.*, p. 951.

⁽⁴⁴⁾ VALLET DE GOYTISOLO, Juan, *Panorama del derecho civil*, Barcelona, Bosch, 1973, p. 207.

⁽⁴⁵⁾ Así lo entiende la mejor doctrina, toda vez que con ella se evitaría el riesgo que supone para la empresa de *leasing* la ausencia de publicidad unida a la desposesión del bien. *Vid.* LEYVA, *El contrato*, tesis *cit.*, p. 204; COILLOT, Jacques, *El leasing*, Madrid, Mapfrè, 1977, p. 148; MORILLAS, María José, «Algunos aspectos del *leasing* de aeronaves en España», en *Revista de Derecho Mercantil*, N° 208, Madrid, 1993, p. 574; SANCHEZ PARODI, José, *Leasing financiero mobiliario*, Madrid, Montecorvo, 1989, p. 37.