

FORMA Y FORMALISMO CONTRACTUAL

José Leyva Saavedra*

SUMARIO: 1.- Nota introductoria. 2.- Sentidos de la palabra forma. 3.- El principio de libertad de forma. 4.- El neoformalismo. 5.- Finalidades de la forma. 6.- Las formas *ad solemnitatem* y *ad probationem*. 7.- La forma *ad regularitatem*. 8.- La forma voluntaria. 9.- La forma en los contratos electrónicos.

1. Nota introductoria

El tema de la forma del contrato ha despertado siempre el interés de la doctrina; en los últimos años, sin embargo, dicho interés se ha visto incrementado debido a las numerosas previsiones de forma legal introducidas por la legislación, sobre todo comunitaria,

en el sector de la contratación bancaria, financiera, comercial y laboral. Esto ha motivado, de un lado, la aparición de nuevas expresiones formales, como la denominada forma de protección o tutela, la forma *ad regularitatem* y la forma electrónica o digital¹, y, de otro, ha puesto en entredicho al histórico y promocionado principio de libertad de forma²,

¹ Cfr. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, Milano, 2004, vol. III, p. 303; DE SANTIS, «Documento informatico, firma digital e dinamiche processuali», en *Rassegna di diritto civile*, Napoli, 2001, n. 2, p. 242; DI MARZIO, «Riflessioni sulla forma nel nuovo diritto dei contratti», en *Rivista critica del diritto privato*, Napoli, 2001, n. 2-3, p. 395 ss.; STALLONE, «La forma dell'atto giuridico elettronico», en *Contratto e impresa*, Padova, 1990, n. 2, p. 756 ss.

² El debate se ha replanteado respecto a que si prima en los ordenamientos el principio de libertad de forma o del vínculo: 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

al grado de poner en duda su propia existencia³.

Con la palabra forma se alude a una serie de fenómenos cuya diversidad es necesaria aceptarla en el campo jurídico, pues ella viene provocada, sin duda, por las diversas acepciones que presenta⁴; a pesar de ello, una es la que brinda mayor utilidad: aquella que estima que la forma es la técnica de comuni-

cación social con la cual se manifiesta la voluntad. Forma, en este caso, es un concepto contiguo, por no decir consustancial, al concepto de declaración⁵. Según la técnica empleada, el contrato tendrá una u otra forma: al lenguaje hablado corresponde la forma oral; al lenguaje escrito corresponde la forma escrita; y al lenguaje electrónico corresponde la forma electrónica⁶. Estas técnicas, posteriormente, califican las formas corres-

por el ordenamiento, sea en tutela de las mismas partes o de terceros, escribe ANDRINI, «Forma contrattuale, forma negoziale e documentazione informatica», en *Contratto e impresa*, Padova, 2001, n. 1, p. 134 ss.

³ Se ha dicho que el principio de la libertad de forma quizá no haya existido jamás; la ley italiana tampoco lo declara. «L'interpretazione prevalente, condotta con gli occhiali della tradizione liberale, lo acquisisce come scontata evidenza», considera DI MARZIO, «Riflessioni sulla forma», cit., p. 407.

⁴ A primera vista, apunta GIORGIANNI, la forma negocial parece insensible al perfil axiológico [«Forma degli atti (diritto privato)», en *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1968, vol. XVII, p. 990 ss.]; no obstante, se le atiende con el propósito de controlar el mero perfil estructural del requisito forma, en un juicio asertorio de existencia o de inexistencia dirigido a individualizar si es, no porqué es, explica IRTI, *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo giuridico*, Milano, 1985, p. 44. Con respecto a la forma, puede verse BIANCA, *Diritto civile*, cit., p. 273 ss.; GORLA, *El contrato*, Barcelona, 1965, t. I, p. 237 ss.; ORMANNI, «Forma del negozio giuridico», en *Novissimo digesto italiano*, Torino, 1968, vol. VII, p. 555 ss.; FERRI, «Forma e contenuto negli atti giuridici», en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generali delle obbligazioni*, Padova, 1990, n. 1-2, p. 1 ss.; PERLINGIERI, «L'incidenza dell'interesse pubblico sulla negoziazione privata», en *Rassegna di diritto civile*, Napoli, 1986, n. 4, p. 946 ss.; MONTESANO, «Questioni attuali su formalismo, antiformalismo e garantismo», en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, 1990, n. 1, p. 1 ss.; MESSINEO, *Manual de derecho civil y comercial*, Buenos Aires, 1979, t. II, p. 381 ss.; MOSSET ITURRASPE, *Contratos*, Buenos Aires, 2003, p. 257 ss.; SACCO, «La forma», en SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, en SACCO (dir.), *Trattato di diritto civile*, Torino, 2004, t. I, p. 703 ss.

⁵ Cfr. SCHLESINGER, «Dichiarazione (teoria generale)», en *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1964, vol. XII, p. 371; PAGLIANTINI, «La forma del contratto: appunti per una voce», en *Studi senesi*, Siena, 2004, fasc. I, p. 106.

⁶ A las citadas hay que agregar la forma que es el resultado de un comportamiento concluyente o de un silencio circunstanciado. En suma, «ogni contratto ha una forma, perché se non

pondientes: por ejemplo, si el lenguaje escrito es empleado directamente por las partes, se tiene la forma de escritura privada; pero, si éste contempla la presencia de un notario u otro funcionario público, junto a la de las partes contratantes, se tiene la forma de acto público.

La forma, concebida como el molde en que la voluntad se vacía y se hace sensible, ante y sobre todo, es un elemento natural y estructural del negocio jurídico, pues la voluntad necesita exteriorizarse, darse a conocer a los demás para ponderar sus alcances y prever sus consecuencias⁷. Sin complemento exterior y sensible las voluntades que concurren a originar el consen-

timiento y, por ende, el contrato, quedarían aisladas, desconocidas entre sí, carentes de trascendencia jurídica. Se acierta, en efecto, cuando se dice que la forma es el modo de ser del contrato, la manera de realizarse; ella no es un elemento más del contrato, es la vestidura exterior de dichos elementos, ritos o solemnidades que se han de observar para darle vida⁸.

En suma, la forma del contrato es el medio social por la cual las partes exteriorizan o manifiestan su voluntad de contratar. Como bien señaló BETTI, «Nella vita di relazione un atto non è riconos-cibile agli altri se non attraverso la sua forma. È quindi il mezzo con cui il

l'avesse non vi sarebbe quella manifestazione di volontà che è necessaria perché vi sia contratto», concluye ROPPO, *Il contratto*, en IUDICA - ZATTI (dirs.), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2001, p. 218.

⁷ Cfr. LEYVA SAAVEDRA, «La forma en el negocio jurídico y en el leasing», en *Revista de derecho y ciencia política*, Lima, 1994-5, n. 1, p. 40; ID., *Contratos de empresa*, en *Tratado de derecho privado*, Lima, 1998, vol. II, p. 48. La exteriorización del designio del sujeto es elemento esencial del esquema en el negocio. Cualquiera que sea la concepción que se acoja en cuanto a la estructura del acto de autonomía, no existe ciertamente dudas acerca de la necesidad que el querer interno de los sujetos sea exteriorizado adecuadamente. A fin que el hecho interior emerja jurídicamente como acto, es necesario que sea accesible a terceros. En tal sentido se puede decir que todo fenómeno consciente y voluntario debe tomar forma en el mundo exterior para que pueda ser socialmente apreciable, señalan BIGLIAZZI GERI - BRECCIA - BUSNELLI - NATOLI, *Derecho civil*, Bogotá, 1992, t. I, vol. 2, p. 738.

⁸ Cfr. ALBALADEJO, *El negocio jurídico*, Barcelona, 1958, p. 293; ID., *Derecho civil*, Barcelona, 1996, t. I, vol. 2, p. 329. De similar criterio es CARRARA, quién subraya que la forma es la vestimenta exterior por la cual ella se hace reconocible; sin ella no podrá tenerse manifestación de voluntad, porque el acto de la manifestación de la voluntad consiste, precisamente, en hacerse visible o reconocible cualquier cosa que, en un momento precedente, no era tal (*La formazione dei contratti*, Milano, 1915, p. 358). Desde otro punto de vista, indudablemente, VIDELA ESCALADA estima que la forma debe ser excluida de la enunciación de los elementos esenciales del contrato («Los elementos esenciales del contrato», en *Contratos*, Homenaje a Marco Aurelio Risolfi, Buenos Aires, 1997, p. 303).

contenido di un atto giuridico è immesso nella vita della intersoggettività giuridica. Soltanto attraverso la forma gli atti giuridici sono riconoscibili agli altri consociati: senza la forma la volontà resta un mero fenomeno psichico o non si traduce in atto»⁹.

2. Sentidos de la palabra forma

Dos son los sentidos que, por lo general, se proyectan de la palabra forma: uno amplio y otro estricto. La forma, en sentido amplio, es el medio de exteriorización de la voluntad (palabra,

escritura, conducta), el vehículo a través del cual la intimidad subjetiva (querer interno) logra su exteriorización objetiva¹⁰; es la vestimenta exterior con la cual el contrato se presenta al mundo; o, mejor, los signos (mímicos, fonéticos o gráficos) a través de los cuales la decisión de las partes se hace acto; no son, dice IRTI, «veste extrínseca, un che di aggi-unto e di secundario: sono l'atto nella sua concreta ed irripetibile storicità»¹¹.

El contrato se muestra a través de la forma no de manera diversa del

⁹ *Teoria generale del negozio giuridico*, en VASSALLI (dir.), *Trattato di diritto civile italiano*, Torino, 1955, vol. XV, t. II p. 125. «Una forma che soddisfi anche in modo minimo alla esigenza fondamentale della riconoscibilità da parti di altri, è un elemento dal quale non si può mai prescindere: essa ci vuole in ogni caso», acota el citado maestro. En opinión de IRTI, resulta arduo liberarse del dualismo, unitario y empírico, que disocia forma y contenido, el cual olvida la absoluta identidad de ellos, de significado y símbolo expresivo. Sin embargo, en el siglo pasado el ilustre internacionalista BUZZATTI subrayó que la distinción entre *substantia* y forma es una abstracción puramente; la forma, pues, siempre supone el contenido; no puede haber contenido sin forma, ni forma sin contenido, agrega el citado autor [«Il contratto tra faciendum e factum (problemi di forma e di prova)», en *Rassegna di diritto civile*, Napoli, 1984, n. 4, p. 942].

¹⁰ La forma es el medio social a través del cual las partes manifiestan su consentimiento, estima BIANCA, *Diritto civile*, cit., p. 273; la forma es el aspecto del acto, piensa DI GIOVANNI, «La forma», en GABRIELLI (coord.), *I contratti in generale*, en RESCIGNO – GABRIELLI (dirs.), *Trattato dei contratti*, Torino, 1999, vol. I, t. I, p. 767; es el vehículo mediante el cual la voluntad negocial es manifestada o la figura exterior del acto, escribe GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 1998, p. 859; es el especial medio semántico o la especial fraseología, el modo en que la manifestación se hace cierta, dice SACCO, «La forma», cit., p. 705; es el medio a través del cual el mandato jurídico se materializa, cala en el mundo físico, apunta FERRI, *Lecciones sobre el contrato*, Lima, 2004, p. 117. La noción de forma en sentido lato indica el vehículo (declaración o comportamiento concluyente) mediante el cual el conjunto de intereses resulta objetivamente reconocible, estiman PERLINGIERI – FAVALE, «Forma», en PERLINGIERI, *Istituzioni di diritto privato*, Napoli, 2001, p. 223.

¹¹ «Il contratto tra faciendum», cit., p. 942. Una parcial distinción entre forma y acto puede verse en BIANCA, *Diritto civile*, cit., p. 280; ANDRINI, «Forma contrattuale», cit., p. 171 ss.

hombre, del árbol o de la piedra que se muestran por medio de su aspecto. En este sentido, la forma es ciertamente aspecto, figura, manifestación, como usualmente se escribe. Según esto, interrogarse sobre la existencia de la forma es lo mismo que interrogarse sobre la existencia del contrato¹². La forma es aquí el medio con el que se permite *ser* a la declaración de voluntad; es decir, es el aspecto exterior que ésta asume. Es elemento indispensable que, en cierto sentido, se identifica con la misma declaración de voluntad.

Forma, en sentido estricto o lato, indica un modo de exteriorización de la voluntad requerido, expresamente por ley o por las partes para, que el contrato no comprometa su validez y, por ende, su eficacia. En este segundo sentido, la forma deviene elemento esencial del contrato, autónomamente apreciable y expresamente puesto en el art. 140.4 C.c.pe., que, al enumerar los requisitos del acto jurídico, señala «la forma pres-

crita bajo sanción de nulidad». En consecuencia, los contratos denominados formales deben celebrarse siguiendo la indicada técnica comunicativa¹³; la inobservancia de la forma preestablecida se sanciona con la nulidad del acto (art. 140.4 C.c.pe.) o del contrato (art. 1411 C.c.pe.; art. 1418 C.c.it.).

La diferencia entre los dos sentidos de entender la locución «forma del contrato» es clara. Mientras el problema de la presencia o ausencia de la forma entendida en sentido amplio se coloca en el ámbito de las cuestiones sobre la existencia del contrato, el problema de la presencia o ausencia de la forma entendida en sentido estricto se coloca, por el contrario, en el ámbito de las cuestiones sobre la validez del contrato (art. 1411 C.c.pe.; art. 1418 C.c.it.), y se sustancia en la verificación de la «conformidad del contrato a los requisitos legales o convencionales referidos a la forma»¹⁴.

Atendiendo a la forma como

¹² Cfr. DI MARZIO, «Riflessioni sulla forma», cit., p. 398; DI GIOVANNI, «La forma», cit., p. 768.

¹³ Cfr. BARBERO, *Sistema de derecho privado*, Buenos Aires, 1967, t. I, p. 456; GAZZONI, *Manuale di diritto*, cit., p. 860; GORLA, *El contrato*, cit., p. 239; OSTI, «Contratto», en *Novissimo digesto italiano*, Torino, 1959, vol. IV, p. 511; ROGEL VIDE, *Derecho de obligaciones y contratos*, Barcelona, 1999, p. 113; ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 218; TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1998 p. 234.

¹⁴ Cfr. DI GIOVANNI, «La forma», cit., p. 770. Algunos contratos, además de constituirse por un acuerdo, una causa y un objeto, deben satisfacer una condición ulterior: deben ser confeccionados con la específica forma requerida, escribe DI MARZIO, «Riflessioni sulla forma», cit., p. 399.

¹⁵ 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

formalidad¹⁵, la doctrina moderna recomienda referirse mejor a negocios con forma vinculada y negocios con forma libre¹⁶, antes que a la clásica bipartición de negocios 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»¹⁷. La forma, sentencia SANTORO PASSARELLI, «è l'espressione della volontà e, come tal, non può mancare in nessuno negozio»¹⁸.

3. El principio de libertad de forma

El proceso de espiritualización

del derecho ha corrido paralelo a su grado de desarrollo. El derecho, como manifestación cultural, no ha constituido una excepción en el camino de progreso intelectual del ser humano y de la aparición y asentamiento del pensamiento abstracto. Esto explica porque el primitivismo jurídico se ha caracterizado, en todas las sociedades, por su alto grado de formalismo o, mejor, de ritualismo. El derecho romano muestra los rigores de esta época, pues sus primeras manifestaciones estuvieron imbuidas de una gran dosis de formalismo, la cual solía incluir, antes que la escritura, determinadas fórmulas rituales o la realización de ciertos comportamientos de los sujetos que intervienen en el acto. La época clásica mantuvo la primacía de

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. Vid. LEYVA SAAVEDRA, «La forma en el negocio jurídico», cit., p. 41; ANDRINI, «Forma contrattuale», cit., p. 155 ss.

¹⁶ 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. Vid. BETTI, *Teoria generale del negozio*, cit., p. 126; CARRARA, *La formazione dei contratti*, cit., p. 359; FRANCESCHETTI, *Il contratto*, Napoli, 2003, p. 235; GIORGIANNI, «Forma degli atti», cit., p. 991; ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 218; TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto*, cit., p. 236.

¹⁷ 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 ese acto, apunta IHERING, *Geist des römischen rechts*, 1923, t. II, p. 494; citado por PUIG BRUTAU, *Fundamentos de derecho civil. Teoría general del contrato*, Barcelona, 1978, t. II, vol. I, p. 149.

¹⁸ *Istituzioni di diritto civile*, Napoli, 1946, vol. I, p. 95. Se identifican con esta opinión, entre otros, BETTI, *Teoria generale del negozio*, cit., p. 126; BENEDETTI, «La categoria generale del contratto», en *Rivista di diritto civile*, Padova, 1991, n. 6, p. 657; GIORGIANNI, «Forma degli atti», cit., p. 990; DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Madrid, 1996, vol. I, p. 248.

dichas fórmulas sobre la escritura¹⁹.

El derecho moderno marcó distancia respecto del citado formalismo, que hacía prevalecer el elemento material de la forma sobre aquel espiritual de la voluntad, adoptando la libertad de forma como principio general²⁰. Las partes

tienen, de acuerdo a este principio²¹, libertad para manifestar su voluntad; esto es, pueden hacerlo utilizando el modo que estimen más adecuado para satisfacer sus intereses, pues cualquier manifestación tiene relevancia jurídica, con tal que ella sea naturalmente idónea para hacer conocer la voluntad de contra-

¹⁹ Cfr. TORRES LANA, «Forma del negocio y nuevas tecnologías», en *Revista de derecho privado*, Madrid, 2004, Julio-Agosto, p. 491. Recuerda este autor que las Institutas de Gayo han revelado el carácter residual de la escritura en la constitución de obligaciones: «*Litteris obligatio fit ueluti in nominibus transcripticis. Fit autem nomen transcripticium duplici modo, uel a re in personam uel a persona in personam*» (Inst. 3, 128). Solo dos excepciones se advierte frente a un régimen general tan ritual como formal: «*Verbis obligatio fit ex interrogatione ex responsione, uelut dari spondes? Spondeo, Dabis? Dabo, Promittis? Promitto, Fideipromittis? Fideipromitto, Fideiubet? Fideiubeo, Facies? Faciam*» (Inst. 3, 92).

²⁰ Para los contratos, sean éstos civiles o mercantiles, rige hoy en día el principio de la libertad de forma, lo cual no quiere decir que pueda eludirse la forma en la declaración e voluntad, sino que puede escogerse libremente la que se quiera. En este sentido, BETTI, *Teoria generale del negozio*, cit., p. 279; BIANCA, *Diritto civile*, cit., p. 273; FERRI, *Lecciones sobre el contrato*, cit., p. 119; FRANCESCHETTI, *Il contratto*, cit., p. 238; GALGANO, *El negocio jurídico*, Valencia, 1992, p. 135; ID., *Istituzioni di diritto privato*, Padova, 2002, p. 193; GIORGIANNI, «Forma degli atti», cit., p. 990; LARENZ, *Derecho civil*, Madrid, 1978, p. 557; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, en *Commentario del codice civile*, Torino, 1980, Libro IV, t. 2, p. 191; OSTI, «Contratto», cit., p. 509; PERLINGIERI – FAVALE, «Forma», cit., p. 223; ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 218; SACCO, «La forma», cit., p. 706; SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de derecho mercantil*, Madrid, 2004, vol. II, p. 136; TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto*, cit., p. 235; VICENT CHULIÀ, *Introducción al derecho mercantil*, Barcelona, 2001, p. 723; URÍA, *Derecho mercantil*, Madrid, 1999, p. 659; ZWEIGERT – KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, Milano, 1995, vol. II, p. 58.

²¹ Según IRTI, no existe un principio general de libertad de forma del contrato, ya que no se tiene una disposición legislativa expresa. «È piuttosto una norma assente; una norma che il legislatore non ha mai formulato», concluye (*Idola libertatis*, cit., p. 21). Este parecer ha sido muy cuestionado. Véase GRASSO, «La forma tra regola ed eccezione», en *Rassegna di diritto civile*, Napoli, 1986, n. 1, p. 46; DE CUPIS, «Sul contestato principio di libertà delle forme», en *Rivista di diritto civile*, Padova, 1986, n. 3, p. 302 ss.; GUASTINI, «In tema di libertà delle forme (a propósito de un libro reciente)», en *Rivista di diritto civile*, Padova, 1986, n. 6, p. 539 ss.

²² Cfr. LEYVA SAAVEDRA, «La forma del negocio», cit., p. 48; ID., *Contratos de empresa*, cit., p. 54; BARBERO, *Sistema de derecho*, cit., p. 358; BIGLIAZZI – BRECCIA – BUSNELLI – NATOLI, *Derecho civil*, cit., p. 793; DE RUGGIERO – MAROI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1947, vol. II, p. 184; LOHMANN, *El negocio jurídico*, Lima 1995, p. 134; ROGEL VIDE, *Derecho de obligaciones*, cit., p. 114; SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, Milano, 1980, p. 116.

tar²². Este principio, indica SACCO, vale pues sólo en el sentido que, sobre el plano de los efectos sustanciales, «un contratto o un altro equiparato al contratto, fino a diversa disposizione, non è nullo né altrimenti invalido per fatto che non è stata adottata una forma solenne o tipica»²³.

El principio de libertad de forma responde a exigencias derivadas de la máxima circulación y producción de riqueza. El *favor legislatoris* es para la celebración de negocios, con la rapidez necesaria, y no para evitar su celebración. La ley quiere que los bienes circulen y que nazcan obligaciones: cuanto más rápidamente circule la riqueza y cuantas más prestaciones sean ejecutadas, tanto mayor será la contribución que aportará al desarrollo económico en su conjunto, y a la prosperidad en general. La afirmación del principio de libertad de forma está determinada, en suma, por una precisa visión del mundo: la ideología liberal que ha acompañado las vici-

situdes económicas de las sociedades capitalistas del siglo pasado y que quiere que la contratación se muestre libre, estable y copiosa²⁴.

Los redactores de la Convención de Viena de 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (CV) y de los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales (PU), conscientes de la importancia de la libertad de forma en la negociación internacional, la recogen en sus respectivos textos. El art. 11 CV, por ejemplo, señala que «el contrato de compraventa no tendrá que celebrarse ni probarse por escrito ni estará sujeto a ningún otro requisito de forma. Podrá probarse por cualquier medio, incluso por testigos»²⁵. El art. 1.2 PU, por su parte, dispone que «nada de lo expresado en estos principios requiere que un contrato sea celebrado o probado por escrito. El contrato podrá probarse por cualquier medio, incluso por testigos».

²³ «La forma», cit., p. 708.

²⁴ Cfr. GALGANO, *El negocio jurídico*, cit., p. 135; ID., *Istituzioni di diritto*, cit., 193; DI MARZIO, «Riflessioni sulla forma», cit., p. 401.

²⁵ De la norma citada se deduce, con claridad, una duplicidad de reglas fundamentales, teniendo cada una un valor y una finalidad diferentes, aun cuando sean complementarias. De un lado, el *precepto sustancial* aclara que ningún predeterminado requisito de forma (tanto menos, aquel de forma escrita) es requerido para la validez del contrato; del otro, el *precepto procesal* establece que ningún preconstituido requisito formal (tanto menos, aquel de la forma escrita) es impuesto para la prueba del contrato mismo, considerando, además, que dicha prueba puede ser dada por cualquier medio (comprendida la prueba de testigos). Sea *ad substantiam*, sea *ad probationem*, el fundamental principio de *informality* o de libertad de forma, se traduce en un fundamental principio de libertad de prueba, escribe COMOGGIO, «Libertà di forma e libertà di prova nella compravendita internazionale di merci», en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, 1990, n. 3, p. 788.

Ambas normas, que duda cabe, tienen similar contenido y propósito.

La norma contenida en el art. 1.2 PU, no obstante hacer referencia a la forma escrita, sienta el principio que la perfección, modificación y terminación del contrato no requiere el cumplimiento de ningún requisito de forma; es decir, no necesita de formalidad sustantiva alguna²⁶. Aquí la libertad de forma alcanza, pues, su máximo esplendor. Esta libertad, reconocida actualmente por muchos ordenamientos jurídicos, tiene en el ámbito del comercio internacional especial importancia, ya que en base a ella, y gracias a los sofisticados medios de comunicación de hoy en día, suelen celebrarse negocios con gran rapidez, prescindiendo, en muchos casos, de plasmación documental.

Los Principios de derecho europeo de los contratos (PDEC) no contienen una norma que expresamente se refiera a dicho principio; sin embargo, puede deducirse su presencia en dos normas en particular: el art. 2.101.1, que

señala que «un contrato es concluido si: a) las partes han querido vincularse jurídicamente, y b) si ellas han alcanzado un acuerdo suficiente, sin que concurra algún otro requisito»; y el art. 2.102, que dispone que «la intención de vincularse jurídicamente debe ser recabada de las declaraciones de cada parte así como ellas hayan sido entendidas por la otra parte». La declaración debe, pues, expresar la voluntad negocial de cada una de las partes, ocurriendo siempre una voluntad declarada, pero no necesariamente expresada a través de la vestimenta formal de la forma escrita, *ad substantiam* o *ad probationem*, sino a través de la comprensión o entendimiento que tenga la contraparte²⁷.

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 pue-

²⁶ Si bien es verdad que el formalismo de la microeconomía se contraponen al aformalismo de la macroeconomía y que los negocios más relevantes se plasman usualmente en acuerdos expresos, como lo pone de manifiesto IRTI («La rinascita del formalismo e altri temi», en *Studi sul formalismo negoziale*, Padova, 1997, p. 61), también resulta siendo verdad lo dispuesto por el art. 1.2. PU, toda vez que encuentra su justificación económica-normativa allá donde prevé la posibilidad de concluir el contrato — *rectus* de probar su conclusión — también de modo diverso de aquella documentación escrita, recuerda ANDRINI, «Forma contrattuale», cit., p. 151 ss.

²⁷ Puede observarse, entonces, no ya una definición formal de como debe ser externalizado el contrato, sino la indicación de los elementos necesarios para concluirlo, vistos a través de la interpretación, según la buena fe, de cada una de las partes, escribe ANDRINI, «Forma contrattuale», cit., p. 153.

den 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.

4. El neoformalismo

El escenario económico y social al interior del cual se elaboró la doctrina de la libertad de forma ha cambiado de manera notoria. En las sociedades de capitalismo avanzado la dinámica política y económica pone sobre el tapete problemas diversos de aquellos que tenían ya sus propias respuestas. Los legisladores nacionales han reaccionado pronto introduciendo numerosas previsiones de forma legal a sus respectivos ordenamientos jurídicos²⁸; con el suceso de la legislación de matriz comunitaria este fenómeno ha sufrido una fuerte aceleración, sobre todo en la última década. En

general, se ha dicho que «las leyes especiales, introductorias del formalismo, componen conflictos de vastas clases sociales. Donde las partes no asumen la relevancia de categorías homogéneas y organizadas, y las vicisitudes de la relación no presentan una segura nota de repetitividad, allí el legislador no advierte la necesidad de introducir las garantías técnicas de la forma. El formalismo es puesto a disposición de la persona no como tal, sino de la persona como miembro de una categoría económica»²⁹.

En la conformación de este nuevo escenario mucho ha tenido que ver la contratación en masa, toda vez que ella ha determinado el fenómeno de la contratación en serie, la cual necesita de la predeterminación de los esquemas contractuales, inevitablemente formales. El contrato escrito se convirtió, desde entonces, en la columna central de toda

²⁸ Se piensa, por ello, que el legislador, quitando con una mano lo que da con la otra, aprovecha en demasía esa autorización. De hecho, se ha observado, estamos más cerca del formalismo que de la libertad de forma. En esta línea, LÓPEZ SANTA MARÍA considera que 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 formalidades 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 Ccivil del Perú», en AA.VV., *El Código Civil Peruano y el sistema jurídico latinoamericano*, Lima, 1986, p. 378). Las formalidades habilitantes son aquellas que requieren la intervención de una autoridad o persona que sancione o apruebe el negocio jurídico; en tanto que las formalidades de publicidad sirven para dar eficacia general a un acto jurídico. Es el caso, por ejemplo, de la inscripción de un contrato de compraventa de un bien inmueble en el Registro de propiedad.

²⁹ IRTI, «La rinascita del formalismo», cit., p. 79.

³⁰ Cfr. GALGANO, «Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio», en *Contratto e impresa*, Padova, 2000, n. 1, p. 199; DI MARZIO, «Riflessioni sulla forma», cit., p. 401.

la actividad y estrategia negocial de las grandes empresas³⁰.

El neoformalismo, proyectado sobre valores análogos a los que patrocinaron el antiformalismo³¹, se deslizó primero sobre algunos sectores especializados (por ejemplo, aquel de los contratos de crédito, de financiamiento y de seguros), luego lo hizo sobre el vasto ámbito de los contratos de consumo y de los contratos de empresa (concesión, agencia, etc.), terminando en la sede de las nuevas tecnologías³². Esta nuevo contexto llevó a un sector de la doctrina ha pregonar la relatividad del principio de libertad de forma y denunciar, además, el carácter teórico y nada práctico

del principio, llegando a cuestionar su propia existencia. Es un falso principio, «un vecchio utensile» que hay que resignarnos a abandonar, se ha sentenciado³³.

No compartimos el razonamiento utilizado por dicho sector doctrinal, ya que el retorno a la exigencia de ciertas formalidades por las codificaciones contemporáneas de ningún modo significa un retorno a la formalidad de las fuentes romanas. La multiplicación de las formalidades en las recientes leyes, acompañadas de una simplificación de las formas exigidas, tiene puntuales propósitos: promover la certeza de la relación

³¹ El antiformalismo se afirmó en la edad moderna por exigencias tanto del mercado como de tutela de la lealtad y respeto a la palabra dada. Vid. ALPA, «La rinascita del formalismo. Aspetti di diritto contrattuale», en *Rivista di diritto civile*, Padova, 1985, n. 5, p. 467; BIGLIAZZI – BRECCIA – BUSNELLI – NATOLI, *Diritto civile*, Torino, 1987, t. 1, vol. 2, p. 628. En los últimos años, gracias al impulso de la doctrina y al aporte de la jurisprudencia francesa, se ha puesto en marcha, «dans tous les compartiments de la vie juridique», un proceso de deformalización o desolemnización, sobre todo en materia de liberalidades. Vid. MONTREDON, *La désolennisation des libéralités*, Paris, 1989, p. 5 ss. En efecto, la solemnidad requerida para el contrato de donación parece un *luxe coûteux* para las personas inescrupulosas, pero inútiles para aquellas que no lo son, opina FERRI, «Il ruolo della volontà negoziale e il documento informatico», en *Revista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, Padova, 2003, n. 5-8, p. 293.

³² Entre los nuevos formalismos que la sociedad tecnológica ha impuesto en el mundo contractual están el télex, el telefax, el correo electrónico (e-mail) y la firma electrónica. Cfr. FERRI, «Il ruolo della volontà negoziale», cit., p. 295; PERLINGIERI – FAVALE, «Forma», cit., p. 224.

³³ Vid. IRTI, «Strutture forti e strutture deboli», en *Studi sul formalismo*, cit., p. 138. A diferencia de IRTI, que cuestiona al principio de libertad de forma desde una óptica rigurosamente estructural, PERLINGIERI formula sus observaciones desde un punto de vista funcional, e indaga la cuestión de la excepcionalidad o no de las formas legales considerando los intereses que a través de ellas el legislador entiende asegurar (*Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1986, p. 40; citado por DI MARZIO, «Riflessioni sulla forma», cit., p. 403).

contractual entre las partes contratantes, proteger a los consumidores y usuarios, y garantizar la certeza de las situaciones jurídicas con respecto a terceros³⁴.

Es verdad que, en estos tiempos, mal se concilia el recurso a un formalismo rígido, taxativo y circunscrito a aquellas técnicas tradicionales, con las exigencias de una sociedad en la cual, de un lado, la riqueza no está más representada, fundamental o exclusivamente, por patrimonios de naturaleza inmobiliaria y material, y en la cual, de otro lado, se afirma la exigencia de la rapidez de la circulación de los bienes. Sin embargo, hay que reconocer que este nuevo formalismo, aparte de ayudar a diseñar los modernos perfiles del derecho contractual, contribuye en la articulación del complejo sistema de controles de la dinámica económica actual, al tiem-

po que permite el reequilibrio de las posiciones contractuales en el mercado³⁵.

5. Finalidades de la forma

En este lugar expondremos, de manera general, las finalidades perseguidas por el legislador tradicional y contemporáneo con la imposición de la forma legal; obviamente, en cada una de las previsiones legales los fines perseguidos son múltiples; pero aquí nos interesa estudiar, fundamentalmente, aquellas que casi siempre están como justificantes de la norma.

a) Una primera finalidad que cumple la forma legal es, según la doctrina tradicional, de asegurar una más seria ponderación del acto, una atenta reflexión sobre las consecuencias jurídicas³⁶. La doctrina más reciente, por su parte, pone el acento tanto sobre la pon-

³⁴ En esta línea: GORLA, *El contrato*, cit., p. 239; MESSINEO, *Manual de derecho*, cit., p. 383; ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 220; TORRES LANA, «Forma del negocio», cit., p. 496; URÍA, *Derecho mercantil*, cit., p. 659. En la actualidad, las formalidades responden a la necesidad de garantizar tanto el hecho mismo de la declaración como el correspondiente contenido preceptivo, pues el negocio no es sólo una voluntad de querer, sino una voluntad de un querer determinado y conscientemente dirigido, en conjunción con los otros elementos del negocio, a un resultado previsto que se quiere alcanzar. En este sentido, dispuesta convencional o legalmente una formalidad concreta, pueden estar afectos a la formalidad tanto la exteriorización de la declaración, que así queda garantizada, como el contenido básico y típico de la misma en las estipulaciones relevantes que distinguen una especie negocial de otra (LOHMANN, *El negocio jurídico*, cit., p. 137).

³⁵ Cfr. MINERVINI, «La trasparenza delle condizioni contrattuali (contratti bancari e contratti con i consumatori)», en *Banca, borsa e titoli di credito*, Milano, 1997, fasc. 1, p. 103. En este nuevo formalismo, la forma legal juega un rol muy importante, estima DI MARZIO, «Riflessioni sulla forma», cit., p. 409.

³⁶ Vid. BARBERO, *Sistema de derecho*, cit., p. 457; CARRARA, *La formazione dei contratti*, cit., 360; DE RUGGIERO - MAROI, *Istituzioni di diritto*, cit., p. 104; DE SANTIS, «Documento informatico», cit., p. 247; GAZZONI, *Manuale di diritto*, cit., p. 859; TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto*, cit., p. 235.

deración como sobre la autoresponsabilidad de los contratantes³⁷.

b) Otra finalidad es aquella que permite garantizar la certeza de la relación contractual, la univocidad del contrato y el momento de conclusión del mismo. Se trata, en definitiva, de acertar la efectiva voluntad de aquella parte que desea desprenderse de la propiedad de un bien, y de tutelar el interés del promitente a no ser vinculado más allá de su declaración³⁸. Esta certeza puede apreciarse bajo tres perfiles: uno «sustancial», que permite determinar de manera exacta las prestaciones y contraprestaciones, indicar analíticamente la existencia o no de derechos de terceros sobre los bienes, y fijar la fecha de celebración y terminación del contrato; otro «procesal», que facilita una prueba fácil y confiable sobre los derechos y obligaciones de las partes nacientes de la relación contractual; y un tercero «publicitario», que atiende a su documentación y, por ende, a su inscripción en los Registro público

correspondiente, lo que a la postre protege los derechos de terceros³⁹.

c) Una tercera finalidad del formalismo es aquella de permitir la evidencia pública de determinados contratos y posibilitar su control por las autoridades competentes. Esta finalidad de control es fuertemente advertida en el sector de los servicios financieros; aquí se observa una detallada disciplina referida a la vigilancia y control de las actividades de los intermediarios. La imposición de formas legales hace más fácil (en ventaja de la administración) y más rápido (en ventaja de los sujetos controlados) el ejercicio de la actividad de vigilancia y control⁴⁰.

d) Una moderna finalidad está referida a la tutela de la libertad de contratar de una de las partes, particularmente de aquella parte que es considerada débil en la relación contractual. Esta finalidad ha dado lugar a que se hable hoy de formas protectivas, «forme pro-

³⁷ Vid. GIORGIANNI, «Forma degli atti», cit., p. 1006; BIANCA, *Diritto civile*, cit., p. 278; BIGLIAZZI – BRECCIA – BUSNELLI – NATOLI, *Diritto civile*, cit., p. 630; FERRI, *Lecciones sobre el contrato*, cit., p. 118.

³⁸ Vid. GALGANO, *El negocio jurídico*, cit., p. 119; SACCO, «La forma», cit., p. 714. La forma legal permite asegurar una mayor certeza de los hechos y una mayor determinación de las circunstancias, considera BARBERO, *Sistema de derecho*, cit., p. 457.

³⁹ Cfr. DI MARZIO, «Riflessioni sulla forma», cit., p. 412; GAZZONI, *Manuale di diritto*, cit., p. 859; TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto*, cit., p. 235.

⁴⁰ Cfr. LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente non qualificato nel mercato finanziario*, Milano, 1996, p. 18.

⁴¹ La locución «forme protettive» es reciente, casi inédita. En algunos escritos de los últimos años se ha adoptado el concepto de uso protectivo de la forma legal, escribe DI MARZIO, «Riflessioni sulla forma», cit., p. 417.

tettive»⁴¹, para indicar la estrategia legislativa de tutela de la parte contractualmente débil a través de la imposición de la escritura como forma legal, toda vez que con ella es posible conseguir los objetivos de información, publicidad, transparencia, y claridad de los reglamentos contractuales⁴². En el nuevo derecho de los contratos la función protectora de la forma se da sobretodo en la información. La forma es el contenido, porque el contenido es, sobretodo, información. La función protectora e informativa asignada a la forma no solo determina esta fusión entre forma y contenido, sino que realiza también una recomposición de las distintas finalidades tradicionalmente reconocidas al

formalismo⁴³.

6. Las formas *ad solemnitatem* y *ad probationem*

Desde tiempos lejanos, la doctrina distingue entre forma *ad solemnitatem* y forma *ad probationem*, según que desarrolle el rol de elemento constitutivo del contrato o bien de límite de la prueba del mismo. Validez y prueba, *substantia* e *probatio*, son las dos funciones puntuales que cumple la forma: una, como forma del contrato; otra, como forma de la prueba⁴⁴. La naturaleza de la primera es sustantiva; de la segunda es procesal⁴⁵. El latín *ad* indica, precisamen-

⁴² Cfr. DE NOVA, «Informazione e contratto: il regolamento contrattuale», en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, 1993, n. 3, p. 708; DI GIOVANNI, «La forma», cit., p. 774; MINERVINI, «La trasparenza delle condizioni contrattuali», cit., p. 100. El sector de elección de las formas protectivas es el derecho contractual bancario, societario, financiero y de seguros. En estos sectores la transparencia es asegurada, de un lado, por la imposición de específicas cargas de publicidad que el empresario debe cumplir en los locales de la empresa abiertos al público y, del otro, por la previsión de la forma escrita para todos los contratos.

⁴³ Cfr. DI MARZIO, «Riflessioni sulla forma», cit., p. 420 ss.; DI GIOVANNI, «La forma», cit., p. 776.

⁴⁴ Cfr. SACCO, «La forma», cit., p. 713; LEYVA SAAVEDRA, *Leasing*, en *Tratado de derecho privado*, Lima, 1998, vol. I, p. 286.

⁴⁵ Aun cuando se haya redimensionado esta distinción, hay que reconocer que las consecuencias de su inobservancia son distintas en cada caso: manifestación sobre el terreno sustancial con la nulidad del contrato, en las primeras; y sobre el terreno procesal con la imposibilidad de prueba del acto mismo, en las segundas. Vid. SALVESTRONI, «Forma, formazione del contratto e informatica giuridica», en *Studi senesi*, Siena, 2003, fasc. 3, p. 590.

te, la doble finalidad, que se alcanza con el mismo instrumento.

Ad solemnitatem es la forma legal o convencional impuesta a una clase de contratos para ser considerados válidamente celebrados⁴⁶. En estos contratos, la forma, esencialmente la escrita⁴⁷, es constitutiva, *ad substantiam* o

ad validetatem, pues está planteada para dar relevancia jurídica a la voluntad contractual, de manera que si no asume la forma concreta establecida, es jurídicamente irrelevante, aunque fuese naturalmente idónea para expresar la voluntad⁴⁸. Aquí la forma, en cuanto elemento necesario, atiende a la vida mis-

⁴⁶ La forma *ad substantiam* es solo aquella que la ley impone con el fin de legalizar la operación, sustrayendo, de esa manera, a los privados la elección de la materia, escribe GAZZONI, *Manuale di diritto*, cit., p. 860. En el lenguaje de los intérpretes, el latín forma *ad substantiam* es un modo sintético utilizado para señalar que aquí la forma, en cuanto elemento necesario del instituto negocial, es requerida para la validez del acto, subraya PAGLIANTINI, «La forma del contratto», cit., p. 119. En opinión de SACCO, cuando se dice que la forma es impuesta para la validez del acto, lo que se quiere decir es que la declaración negocial misma debe ser formalizada («La forma», cit., p. 713).

⁴⁷ El ordenamiento legal vigente ha previsto, siguiendo la tradición, dos especies de forma escrita: una derivada de un acto público y otra derivada de un acto privado. Cada una de ellas materializan un tipo de documento: público, cuando es otorgado por un funcionario en ejercicio de sus funciones o por un notario (art. 235 C.p.c.pe.); privado, cuando es redactado (por las partes o por terceros) y suscrito por las partes. En esta última, la suscripción del documento es muy importante, pues ella permitirá establecer la paternidad del acto. En este contexto, opina DE SANTIS, el elemento en grado de transformar la material actividad de escritura en una forma escrita jurídicamente relevante es la suscripción, entendida como instrumento «convencional» de imputación al suscriptor de la declaración contenida en el documento («Documento informatico», cit., p. 247).

⁴⁸ Cfr. BARBERO, *Sistema de derecho*, cit., p. 457; GIORGIANNI, «Forma degli atti», cit., p. 993; OSTI, «Contratto», cit., p. 510; PERLINGIERI — FAVALE, «Forma», cit., p. 223; ALBALADEJO, *Derecho civil*, cit., p. 331; LARROUMET, *Teoría general del contrato*, Santa Fe de Bogotá, 1993, vol. I, p. 410. Enseña TRABUCCHI, que el requisito de la forma, desde el punto de vista del declarante «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, 1952, p. 142).

⁴⁹ Cfr. LEYVA SAAVEDRA, *Contratos de empresa*, cit., p. 51; MÉNDEZ, «La forma del contrato», en STIGLITZ (dir.), *Contratos*, Buenos Aires, 1990, p. 385. En los contratos formales, forma y contenido están compenetrados entre ellos, recuerda MESSINEO, «Contratto (Diritto privato — teoria generale)», en *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1961, vol. IX p. 839. Del mismo parecer es PERLINGIERI, «L'incidenza dell'interesse», cit., p. 947.

⁵⁰ Dos términos siempre se utilizan para caracterizar la forma *ad solemnitatem*: validez y relevancia. La noción privatística de «validez» atiende a la regularidad jurídica del acto de autonomía privada y a su positiva valoración de parte del ordenamiento jurídico como idónea

ma del contrato⁴⁹, ya que es requerida para la validez del acto⁵⁰. Esta forma, prescrita en el art. 1411 C.c.p.e., no tiene la simple función de hacer al contrato socialmente reconocible, sino que, taxativamente fijada por la ley o por las partes, desarrolla una función constitutiva del contrato y, por ende, incide sobre la existencia misma de éste⁵¹.

Ad probationem es la forma prescrita solo con el propósito de probar la existencia y el contenido del contrato; es decir, no es pensada ni solicitada con el objeto de dar relevancia jurídica

a la voluntad contractual. El contrato, en efecto, es válido, a pesar de no haber sido estipulado con la forma exigida⁵²; la inobservancia de dicha forma no comporta consecuencia jurídica alguna sobre la validez del contrato⁵³, por no ser una forma del contrato, pero sí sobre la prueba del mismo, ya que perderá el lugar prevalente que tiene sobre los otros medios de prueba⁵⁴.

En la indicada hipótesis se cumple con el objetivo de dar estabilidad y autenticidad a la declaración de voluntad, exigiéndose de antemano la

manifestación de voluntad negocial; la noción de «relevancia» es, por el contrario, una categoría doctrinal que expresa el valor que un acto negocial tiene en un ordenamiento jurídico; esto es, su reconocimiento como acto de autonomía privada, estima DE SANTIS, «Documento informático», cit., p. 246.

⁵¹ Cfr. BETTI, *Teoria generale del negozio*, cit., p. 286; FERRI, «Il ruolo della volontà negoziale», cit., p. 292; PAGLIANTINI, «La forma del contratto», cit., p. 119.

⁵² Según GIORGIANNI, cuando la forma viene prescrita sólo en función de prueba significa que ella está pensada exclusivamente para hacerla valer en un proceso judicial. Pero dicha prescripción formal, por un lado, no podría impedir ni la ejecución voluntaria, ni la confirmación ni el reconocimiento voluntario del negocio; de otro lado, en caso de proceso judicial, el tampoco impediría la confesión judicial. En suma, la prescripción de una forma «vinculada» es puesta no con fines de validez del negocio o con el objeto de alcanzar determinados efectos especiales, sino exclusivamente al limitado fin de la prueba en un procedimiento judicial («Forma degli atti», cit., p. 992).

⁵³ La falta de observancia de la carga formal no impide, pues, que el contrato sea válidamente celebrado y que pueda ser probado mediante un documento de reconocimiento o mediante la confesión, concluye BIANCA, *Diritto civile*, cit., p. 280.

⁵⁴ La inobservancia de la forma no afecta la validez del negocio jurídico; produce únicamente sanciones procesales: el contrato concluido sin seguir la forma prescrita, en los ordenamientos angloamericanos, no es accionable («unenforceable»), mientras que en Francia no puede ser probado por testigos (art. 1341 C.c.fr.: «il n'est reçu aucune preuve par témoins»), recuerdan ZWIGERT - KÖTZ, *Introduzione al diritto*, cit., p. 59. FERRI, por su parte, señala que las formas requeridas *ad probationem* se resuelven es limitaciones a la prueba judicial del contrato, y, a diferencia de las formas *ad substantiam*, no inciden en su validez (*Lecciones sobre el contrato*, cit., p. 129).

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 considerárselo existente como acto que impone a las partes cumplir con la formalidad ordenada⁵⁵.

En el plano práctico, estima MIRABELLI, puede decirse que la inobservancia de la forma conduce a consecuencias análogas en ambos casos, en cuanto el acto que no revista la forma *ad probationem*, no puede hacerse valer, no produce en realidad efecto alguno, al igual que el acto inexistente por deficiencia de la forma requerida *ad solemnitatem*⁵⁶. No compartimos dicho parecer, toda vez que hay que tener siempre presente que en el caso de la forma *ad probationem*, las partes pueden reconocer la existencia del contrato, con lo cual éste produce todos sus efectos, pese a la falta de dicha forma; ello no

ocurre, sin embargo, en el caso de la forma *ad solemnitatem*, ya que por ser requisito esencial para la existencia del contrato, su falta no puede ser suplida de manera alguna por otro medio.

La enunciada bipartición ha recibido serias observaciones de la doctrina actual⁵⁷, siendo dos puntuales de IRTI: una, de metodología general; otra, de derecho positivo. La primera, centrada en el común latín *ad*, el cual oculta radicalmente problemas diversos: 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, cómo debe ser la forma del negocio; acá un perfil de *función*, es decir, para qué sirve la forma. Perfiles heterogéneos que impedirían, *per se*, la construcción de una común categoría: del género *forma*, dividida en dos *especies*. La segunda, dirigida al diseño legislativo del Codice civile. En éste, forma *ad probationem* es el *escrito*; forma *ad substantiam*, en cambio, es la *forma*

⁵⁵ Cfr. ALBALADEJO, *Derecho civil*, cit., p. 335; BORDA, *Manual de contratos*, Buenos Aires, 1987, p. 97; Díez-PICAZO, *Fundamentos del derecho*, cit., p. 256; LLAMBIAS, *Tratado de derecho civil. Parte general*, Buenos Aires, 1970, p. 396; PERLINGIERI - FAVALE, «Forma», cit., p. 224.

⁵⁶ *Dei contratti in generale*, cit., p. 192.

⁵⁷ La mejor doctrina considera que la distinción es ambigua y muy esquemática. Es ambigua porque la denominada forma *ad probationem*, en realidad, no es forma del contrato, sino forma de la prueba; es muy esquemática porque descuida formas que no inciden sobre la validez ni sobre la prueba del contrato, toda vez que tienen otra finalidad. Es el caso, por ejemplo, de la forma que el Codice civile requiere para la transferencia o cesión de la empresa (art. 2556 C.c.it.), o de las cuotas de la sociedad de responsabilidad limitada (art. 2479 C.c.it.), a los fines de la inscripción en el registro de empresas, recuerda ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 245.

escrita. Pero, escrito y forma escrita no coincide: son fenómenos diversos, no uno e idéntico. Forma escrita es el escribir, el expresarse escribiendo; escrito es el documento, la cosa temporal o duradera, sobre el cual se fijan los signos gráficos⁵⁸.

Con la finalidad de superar algunos de los inconvenientes que presenta la tradicional bipartición, en doctrina se han propuesto otras clasificaciones, a su entender, más acordes con la realidad. Una, de predicamento en sede argentina, propugna que los actos formales deben dividirse en tres clases: de solemnidad absoluta, de solemnidad relativa y de formalidad no solemne⁵⁹. 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*. Los actos adquieren relevancia jurídica cualquiera sea la forma en que se otorguen, pero no se les pue-

⁵⁸ «Il contratto tra facciendum», cit., p. 948 ss. En referencia al citado parecer, ANGELICI considera que cuando las partes concluyen un contrato utilizando la forma de la escritura privada, la redacción del escrito representa, necesariamente, un momento sucesivo al encuentro de las voluntades de las partes («Documentazione e documento. I. Diritto civile», en *Enciclopedia giuridica treccani*, Roma, 1989, vol. XI, p. 3).

⁵⁹ Cfr. LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría general de los contratos. Parte general*, Buenos Aires, 1984, p. 99; MOSSET ITURRASPE, *Contratos*, cit., p. 266; ZANNONI, *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, Buenos Aires, 1986, p. 82; CORDOBERA, «La forma del contrato», en TRIGO REPRESAS - STIGLITZ (dirs.), *Contratos*, Buenos Aires, 2001, p. 79. Aparte de dicha clasificación, también se han propuesto dos más: una, que habla de forma para ser (la forma es requisito de existencia del *factum*, hace a su esencia y, por ende, a su ser) y de forma para valer (la forma no hace a la esencia del hecho, sino a su valor); y otra, más amplia, que habla de una forma para su existencia, para su validez, para su conversión, para su eficacia y para su prueba. Vid. CARMINIO, «Algunas disquisiciones sobre la forma jurídica», en *Dikaion*, Bogotá D.C., 2001, n. 10, p. 240.

⁶⁰ *Teoría general*, cit., p. 183. En el mismo sentido, MOSSET ITURRASPE, *Contratos*, cit., p. 266; ZANNONI, *Ineficacia y nulidad*, cit., p. 82; MÉNDEZ, «La forma», cit., p. 386.

de probar si no se exhibe la forma o instrumento exigido a tal fin por la ley⁶⁰.

El Código civil de 1984, a pesar de las críticas formuladas⁶¹, acoge la bipartición tradicional. 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 simplemente una forma *ad probationem*. La distinción entre ambas, en primer lugar, la encontramos en el art. 144 C.c.pe., 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»; en segundo lugar, la divisamos en el art. 1352 C.c.pe., que reza: «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»⁶². Como se puede advertir, en nuestro ordenamiento la forma legal, *ad solemnitatem* o *ad probationem*, tiene naturaleza excepcional, pues la regla es la libertad de forma, por lo que se debe restringir a los

⁶¹ Las críticas no han desanimado a los redactores del Anteproyecto de Código Europeo de contratos, pues en el Título cuarto, dedicado a la forma del contrato (arts. 34-38), se advierte esta cuestionada bipartición tradicional. El art. 34, por ejemplo, dispone que «cuando para la conclusión de un contrato, una forma especial es requerida bajo pena de nulidad, esta forma debe ser adoptada por las partes en el momento en que ellas manifiestan, incluso si lo hacen a través de actos no simultáneos, cuando esto sea admisible, su voluntad de encontrar un acuerdo sobre todas las condiciones del contrato»; el art. 36, por su parte, se refiere a aquellos casos en que «una forma especial es requerida para la prueba del contrato».

⁶² VIDAL RAMÍREZ recuerda que el criterio de distinción, acogido en el art. 144 C.c., fue propuesto por los profesores Puente y Lavalle, y Zusman en su ponencia ante la Comisión Reformadora. En su Exposición de Motivos consideran 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*, Lima, 1999, p. 142).

⁶³ En esta línea, PUENTE Y LAVALLE recuerda que la norma que impone una forma determinada es excepcional y de estricta interpretación, aun en el caso de la forma *ad probationem*, desde que la regla general es la libertad de forma (*El contrato en general. Comentarios a la sección primera del libro VII del código civil*, Lima, 2001, t. II, p. 143). VIDAL RAMÍREZ, por su parte, estima que el código civil es un código formalista por cuanto los actos jurídicos que tiene previstos en su articulado tienen forma prescrita y algunos con forma obligatoria bajo sanción de nulidad; por cuanto, si bien ha acogido el principio de libertad para la adopción de la forma, éste queda supeditado a que para el acto a 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, por que en materia contractual, da la posibilidad de pactar anticipadamente una forma que se constituya en requisito de validez del contrato (*El acto jurídico*, cit., p. 115).

casos expresamente indicados por el legislador⁶³.

Naturaleza *ad solemnitatem* tienen tanto las normas que exigen la escritura privada para la celebración de un contrato de fianza (art. 1871 C.c.pe.) o una cesión de derechos (art. 1207 C.c.pe.) como las que requieren escritura privada para la donación de bienes inmuebles (art. 1625 C.c.pe.) o para la estipulación de una renta vitalicia (art. 1925 C.c.pe.). Similar naturaleza tienen las normas que prescriben, como requisito de validez, la inscripción del contrato en los registros públicos. El art. 1099.3 C.c.pe., por ejemplo, dispone que es requisito para la validez de la hipoteca que se inscriba en el registro de la propiedad inmueble.

Carácter *ad probationem* tienen, por ejemplo, las normas que regulan el contrato de suministro (art. 1605 C.c.pe.) y mutuo (art. 1649 C.c.pe.), pues dispone que si estos contratos se hubieran celebrado por escrito, el mérito de dicho instrumento prevalecerá sobre los otros medios probatorios; pero el hecho de no haberse celebrado por ese medio, no significa que tales contratos sean inválidos; su existencia y contenido podrán ser probados por los otros medios reconocidos por el derecho.

En el caso particular del *leasing*, la doctrina nacional poco ha hecho para desentrañar la formalidad prescrita en el art. 8 del Dec. leg. 299, que dispone que «el contrato de arrendamiento financiero se celebrará mediante escritura pública...»; esto es, ¿si es forma *ad solemnitatem* o, simplemente, *ad probationem*? Si tomamos como base la terminología empleada, «se celebrará», tendríamos que llegar a la conclusión que la forma impuesta es *ad substantiam*, ya que la exigencia es para la celebración del contrato, no para la prueba de la existencia del mismo. Si no se cumple con esta forma no se cierra el circuito contractual y, por ende, no nace la relación contractual. Este razonamiento, amparado por el § 125 BGB, choca con el art. 144 C.c.pe., toda vez que la inobservancia de la forma no ha sido sancionada con nulidad.

Pero, realmente, ¿estamos ante una forma *ad probationem*? La norma, recordemos, dice «se celebrará», no «deberá constar», como correctamente dispone el art. 3 de la Ley 7, que regula el Arrendamiento Financiero en Panamá⁶⁴. Esto hace suponer que el legislador de entonces se propuso imponer una forma sustantiva para el contrato de *leasing*, pero se quedó por la mitad al

⁶⁴ Esta Ley, de 10 de Julio de 1990, señala en el art. 3 que «el contrato de arrendamiento financiero será consensual, sin embargo, para efectos de probatorios, deberá constar por escrito y ser autenticado ante notario público de la República de Panamá».

no sancionar su inobservancia con nulidad, lo que trajo, como consecuencia, que se imponga la tesis de la forma procesal; es decir, una forma para probar la existencia del contrato⁶⁵. La Suprema Corte se ha pronunciado en este sentido, pues señala que si bien la ley dispone que el contrato de arrendamiento financiero se celebrará por escritura pública, su inobservancia no se encuentra sancionada con nulidad, por tanto ésta es *ad probationem*; es decir, que si no se cumple con ser elevada a escritura pública, esto no lo hace inválido, pudiéndose admitir pruebas supletorias en defecto de la mencionada formalidad para acreditar la existencia del contrato (Casación núm. 2565-98, publicada el 15 de junio de 1999).

7. La forma *ad regularitatem*

En los últimos años, sin contraponerse a la clásica bipartición de forma *ab substantiam*/forma *ad probationem*, se viene posicionando una tercera categoría, calificada como forma *ad regularitatem*⁶⁶. Esta nueva forma nada

tiene que ver con la validez o con la prueba del acto; su omisión, por ende, no repercutirá en ninguna de ellas.

La forma *ad regularitatem*, pensada y estructurada con fines publicitarios, fundamentalmente es escrita, ya que solo así podrá cumplir con el propósito de la ley: que el contrato resulte de acto escrito. Así, por ejemplo, algunas normas estatuyen el requisito del documento público (arts. 2110 y 2045 C.c.pe.), otras disponen la escritura privada autenticada notarialmente (arts. 2028 C.c.pe.) o simplemente su legalización (arts. 2107 y 2109 C.c.pe.) para que sean inscribibles, ejecutables y, en efecto, oponibles a terceros. Igualmente, hay disposiciones que, para su oponibilidad, exigen el requisito de la forma escrita, particularmente la escritura privada con fecha cierta: arts. 1584 y 1670 C.c.pe. En estos casos, la no concurrencia de la forma requerida no genera ni nulidad ni preclusión de orden probatorio, ya que ella era necesaria simplemente para su oponibilidad⁶⁷.

⁶⁵ Cfr. LEYVA SAAVEDRA, *Contratos de financiamiento*, en *Tratado de derecho privado*, Lima, 2004, vol. II, p. 144; ID., *Leasing*, cit., p. 154.

⁶⁶ El término ha sido acuñado por GENOVESE, quien consideró que no podían incluirse en una única categoría prescripciones normativas que tenían funciones y *rationes* profundamente diversas («Le forme integrative e le società irregolari», en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, 1948, n. 1, p. 119 ss.). Esta forma *ad regularitatem*, conocida también como «forma integrativa», deviene, en efecto, no tanto elemento del (particular) contrato, sino medio para asegurar la libre circulación de los bienes y servicios en el mercado: en aquel mercado en el que el derecho ha devenido «una disciplina de las viabilidades», explica ANDRINI, «Forma contrattuale», cit., p. 142.

⁶⁷ Cfr. SACCO, «La forma», cit., p. 715; PAGLIANTINI, «La forma del contratto», cit., p. 163 ss.

Una situación parecida se observa en aquellas normas que prescriben una determinada forma para ciertas cláusulas contractuales. En tales casos, la inobservancia de la forma se sanciona con la nulidad de la cláusula, no del contrato, siendo sustituida por otra pre-dispuesta por la ley. En este sentido, el art. 2096 C.c.it. señala que si la prestación de servicios por un período de prueba no se desprende de un acto escrito, la constitución de la relación debe considerarse celebrada en vía definitiva.

8. La forma voluntaria.

A diferencia de la forma legal, que es impuesta por ley, la forma voluntaria o convencional es aquella que, por escrito, establecen las partes para la celebración de uno o más contratos. Esta hipótesis, configurable naturalmente solo si la ley no ha dispuesto una formalidad para la celebración de contrato⁶⁸, es contemplada en el art. 1411 C.c.pe., que reza: «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». En el citado dispositivo podemos advertir dos enunciados: uno, no expresado, que reconoce a la autonomía contractual el poder de incidir no solo sobre el contenido del contrato, sino también sobre la forma; y otro, estatuido *expressis verbis*, precisa que ante la duda de la naturaleza de la forma establecida, y sin que las partes hayan aclarado el valor atribuido al requisito formal, se entiende en el sentido que la forma convenida por las partes es para la validez del contrato.

La norma nacional, que tiene como modelo el art. 1352 C.c.it., y éste, a su vez, el § 125 *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB)⁶⁹, deja en claro que la forma aquí no es sinónimo de límite a la autonomía privada; por el contrario, es una locución sintética expresiva del poder de las partes para preestablecer el lenguaje de sus futuras declaraciones; es decir, el poder de los particulares de fijar anticipadamente el *an*, el *quomodo* y el contenido de cada futuro contrato⁷⁰. Las partes, entonces, en ejercicio de su autonomía negocial, pueden establecer bien una formalidad sustantiva (*ad*

⁶⁸ Cfr. FERRI, *Lecciones sobre el contrato*, cit., p. 132; PAGLIANTINI, «La forma del contratto», cit., p. 166; PERLINGIERI – FAVALE, «Forma», cit., p. 225; TORRES VÁSQUEZ, *Acto jurídico*, Lima, 1998, p. 254.

⁶⁹ La norma contenida en el § 125 BGB, parte I, es clara en disponer la sanción de nulidad por el *formloser vertrag*: «Un negocio, al cual le falta la forma prescrita por ley, es nulo». Vid. FAVALE, «Nullità del contratto per difetto di forma e buona fede», en *Rassegna di diritto civile*, Napoli, 2003, n. 3, p. 563.

⁷⁰ Cfr. DI GIOVANNI, «La forma», cit., p. 794; PAGLIANTINI, «La forma del contratto», cit., p. 166. GAZZONI piensa, por el contrario, que este vínculo comporta un límite a la autonomía privada y a la libertad de forma (*Manuale di diritto*, cit., p. 869).

substantiam) o una procesal (*ad probationem*) para sus futuros contratos, siempre y cuando la ley no haya prescrito una forma en particular; y si lo ha hecho, las partes solo podrán establecer una forma más solemne que la dispuesta, pero jamás siguiendo el procedimiento inverso, es decir, reduciendo la solemnidad⁷¹. La inobservancia de la formalidad voluntaria, al igual que la legal, origina la nulidad del contrato.

En cuanto a la presunción contenida en la norma peruana y la italiana⁷², la doctrina muestra acuerdo que es una *iure tantum*, ya que admite prueba en contrario⁷³. En caso de duda sobre la real intención de las partes, la ley opta por la finalidad constitutiva, juz-

gando que es la que mejor refleja la voluntad que llevó a las partes a incorporar dicha forma⁷⁴.

Cabe señalar, por último, que usualmente el oferente requiere una determinada forma para la aceptación; la prescripción tiene, en este caso, una indudable importancia práctica, toda vez que, a tenor del art. 1378 C.c.pe., al igual que el art. 1326 C.c.it., «no tiene efecto la aceptación realizada de una forma diversa».

9. La forma en los contratos electrónicos

Si bien los contratos electrónicos son los más finos productos elaborados en los talleres de la sociedad de la

⁷¹ En vía de principio, los privados no pueden simplificar las formas establecidas por el legislador; pero sí pueden subordinar los efectos de sus negocios a la verificación de circunstancias no requeridas por la ley: pueden, por ende, establecer que sus convenciones futuras serán relevantes solo cuando cumplan con la forma especial indicada, escribe SACCO, «La forma», cit., p. 717.

⁷² El art. 1352 C.c.it., explica SACCO, se limita a sancionar una presunción: que la forma sea requerida para la validez; y vincula esta presunción a una sola hipótesis: a la de pacto escrito. Deja fuera, así, la solución de numerosas cuestiones, referidas sobre todo a la validez y el efecto de una cláusula no escrita, al valor preciso de la presunción; esto es, si es relativa o absoluta («La forma», cit., p. 718).

⁷³ En el caso del art. 1411 C.c.pe., si resulta evidente o se prueba que las partes han pactado una forma determinada con efecto, exclusivamente, probatorio, la presunción queda destruida en el sentido que tal forma no es requisito indispensable para la validez del acto, señala PUENTE Y LALLAVE, *El contrato*, cit., p. 148 ss.

⁷⁴ Cfr. PAGLIANTINI, «La forma del contratto», cit., p. 167. Tomando en cuenta que la formalidad en materia de contratos no afecta intereses generales sino particulares y que, además, se debe garantizar el principio de conservación del contrato, se hace necesario modificar la presunción de solemnidad contenida en el art. 1411, por la presunción de que la formalidad convenida por las partes es probatoria, salvo prueba en contrario, opina TORRES VÁSQUEZ, *Acto jurídico*, cit., p. 256. Los argumentos que sirven de fundamento a esta propuesta no abonan el cambio.

información o *web society*, la forma electrónica o digital es la expresión más notable de estos contratos, que se caracterizan por celebrarse o perfeccionarse a través de la red telemática, consistiendo tal diálogo en la transmisión electrónica de datos y documentos⁷⁵.

Los contratos electrónicos han planteado, sin duda, algunos problemas particulares, como el de su validez legal, por la ausencia de documento cartular y, sobre todo, su valor probatorio. Por lo que se refiere a la validez de las transacciones sin documento escrito, no hay obstáculo en emitir y transmitir por medio de la electrónica la voluntad contractual, del mismo modo que puede

manifestarse de palabra, por correo, teléfono, telefax y e-mail⁷⁶, de suerte que es el medio de exteriorización lo que entra en juego, sin que pueda hablarse, propiamente, de un consentimiento electrónico, ya que la voluntad es exclusiva del hombre y no de la máquina⁷⁷.

En cuanto a la forma electrónica o digital hay que recordar que ella ha adquirido, a través de una operación de subsunción normativa, pleno reconocimiento y dignidad jurídica, resultando, por ende, idónea para recoger actos concluidos en los dominios del derecho privado, plenamente válidos y eficaces⁷⁸.

⁷⁵ Sobre la noción de contrato telemático véase, entre otros, DELFINI, *Contratto telematico e commercio elettronico*, Milano, 2002, p. 5 ss.; PERLINGIERI, «Le nuove tecnologie e il contratto», en AA.VV., *Manuale di diritto dell'informatica*, Napoli, 2004, p. 15 ss.; PENNASILICO, «La conclusione dei contratti on-line tra continuità e innovazione», en *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, Milano, 2004, n. 6, p. 809.

⁷⁶ Las tres últimas constituyen simplemente técnicas o medios de comunicación, que, aun operativamente diversas entre ellas, obviamente no parecen introducir perfiles de relevantes novedades formales, señala FERRI, «Il ruolo della volontà negoziale», cit., p. 295.

⁷⁷ Cfr. MEDINA DE LEMUS, *Contratos de comercio exterior*, Madrid, 2000, p. 74; Id., «Contratación internacional», en *Revista crítica de derecho inmobiliario*, Madrid, 2001, n. 666, p. 1526 ss.

⁷⁸ Cfr. DE SANTIS, «Documento informatico», cit., p. 242.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

- ALBALADEJO, Manuel, *El negocio jurídico*, Bosch, Barcelona, 1958.
 – *Derecho civil*, Bosch, Barcelona, 1996, tomo I, volumen 2; 1997, tomo II, volumen I.
- BARBERO, Domenico, *Sistema de derecho privado*, Ejea, Buenos Aires, 1967, tomo I.
- BETTI, Emilio, *Teoria generale del negozio giuridico*, en VASSALLI (dir.), *Trattato di diritto civile italiano*, Utet, Torino, 1955, volume XV, tomo II.
- BIANCA, Massimo, *Diritto civile. Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2000, volume III.
- BIGLIAZZI GERI, Lina – BRECCIA, Umberto – BUSNELLI, Francesco – NATOLI, Ugo, *Diritto civile*, Utet, Torino, 1987, tomo I, volume 2.
- BIGLIAZZI GERI, Lina – BRECCIA, Umberto – BUSNELLI, Francesco – NATOLI, Ugo, *Derecho civil. Hechos y actos jurídicos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1992, tomo I, volumen 2.
- BORDA, Guillermo, *Manual de contratos*, Buenos Aires, 1987.
- CARRARA, Giovanni, *La formazioni dei contratti*, Vallardi.
- DE RUGGIERO, Roberto – MAROI, Fulvio, *Istituzioni di diritto privato*, Giuseppe Principato, Milano, 1947, volumen II.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Tecnos, Madrid, 1996, volumen I.
- FERRI, Luigi, *Lecciones sobre el contrato*, Grijley, Lima, 2004.
- FRANCESCHETTI, Paolo, *Il contratto*, Simone, Napoli, 2003.
- GALGANO, Francesco, *El negocio jurídico*, Tiranc lo blanch, Valencia, 1992.
 – *Istituzioni di diritto privato*, Cedam, Padova, 2002.
- GAZZONI, Francesco, *Manuale di diritto privato*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1998.
- GORLA, Gino, *El contrato*, Bosch, Barcelona, 1965.
- IRTI, Natalino, *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo giuridico*, Giuffrè, Milano, 1985.
- LARENZ, Karl, *Derecho civil. Parte general*, Edersa, Madrid, 1978.
- LARROUMET, Christian, *Teoría general del contrato*, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1993, volumen I.
- LENER, Raffaele, *Forma contrattuale e tutela del contraente non qualificato nel mercato finanziario*, Giuffrè, Milano, 1996.
- LEYVA SAAVEDRA, José, *Leasing*, en *Tratado de derecho privado*, San Marcos, Lima, 1998, volumen I.

- *Contratos de empresa*, en *Tratado de derecho privado*, San Marcos, Lima, 1998, volumen II.
- *Contratos de financiamiento*, en *Tratado de derecho privado*, Unilaw, Lima, 2004, volumen III.
- LOHMANN, Guillermo, *El negocio jurídico*, Grijley, Lima, 1995.
- LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando, *Teoría general de los contratos. Parte general*, Zavallía, Buenos Aires, 1984..
- LLAMBIAS, Jorge, *Tratado de derecho civil. Parte general*, Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1970, tomo II.
- MEDINA DE LEMUS, Manuel, *Contratos de comercio exterior*, Dykinson, Madrid, 2000.
- MESSINEO, Francesco, *Il contratto in genere*, en CICU - MESSINEO (dirs.), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 1968, volumen XXI, tomo I.
- *Manual de derecho civil y comercial*, Ejea, Buenos Aires, 1979, tomos I-V.
- *Doctrina general del contrato*, Ejea, Buenos Aires, 1986, tomos I y II.
- MIRABELLI, Guiseppe, *Dei contratti in generale*, en *Commentario del codice civile*, Utet, Torino, 1958, Libro IV, tomo 2.
- *Dei contratti in generale*, en *Commentario del codice civile*, Utet, Torino, 1980, Libro IV, tomo 2.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos*, Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, 2003.
- PERLINGIERI, Pietro, *Istituzioni di diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2001.
- PUNTE Y LAVALLE, Manuel de la, *El contrato en general. Comentarios a la sección primera del libro VII del código civil*, Palestra, Lima, 2001, tomo II.
- PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de derecho civil. Teoría general del contrato*, Bosch, Barcelona, 1978, tomo II, volumen I; *Parte general*, 1979, tomo I, volumen I, Segunda parte.
- RESCIGNO, Pietro, *Manuale del diritto privato italiano*, Jovene, Napoli, 1997.
- RESCIGNO, Pietro (dir.), *Trattato di diritto privato*, Utet, Torino, 1985, volumen 11, tomo III; 1990, volumen 10, tomo II.
- *Trattato dei contratti*, Utet, Torino, 1999, volumen I, tomo I.
- ROGEL VIDE, Carlos, *Derecho de obligaciones y contratos*, J.M. Bosch, Barcelona, 1999.
- ROPPO, Vincenzo, *Il contratto*, en IUDICA – ZATTI (dirs.), *Trattato di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2001.

- SACCO, Rodolfo – DE NOVA, Giorgio, *Il contratto*, SACCO (dir.), *Trattato di diritto civile*, Utet, Torino, 2004, tomo 1.
- SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *Instituciones de derecho mercantil*, Mc Graw Hill, Madrid, 2004, volumen II.
- SANTORO PASSARELLI, Francesco, *Istituzioni di diritto civile*, Jovene, Napoli, 1946, volume I.
- SCOGNAMIGLIO, Renato, *Contratti in generale*, Vallardi, Milano, 1980.
- STARCK, Boris, *Droit civil. Obligations*, Litec, Paris, 1989, volumen 2.
- STIGLITZ, Rubén (dir.), *Contratos. Teoría general*, Depalma, Buenos Aires, 1990.
- TORRES VÁSQUEZ, Aníbal, *Acto jurídico*, Editorial San Marcos, Lima, 1998.
- TRIGO REPRESAS, Félix – STIGLITZ, Rubén (dirs.), *Contratos*, Homenaje al profesor doctor Jorge Mosset Iturraspe, La Rocca, Buenos Aires, 2001.
- TRIMARCHI, Pietro, *Istituzioni di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1998.
- URÍA, Rodrigo, *Derecho mercantil*, Marcial Pons, Madrid, 1999.
- VICENT CHULIÀ, Francisco, *Introducción al derecho mercantil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- VIDAL RAMÍREZ, Fernando, *El acto jurídico*, Gaceta jurídica, Lima, 1999.
- ZANNONI, Eduardo, *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, Astrea, Buenos Aires, 1986.
- ZWIEGERT, Konrad – KÖTZ, Hein, *Introduzione al diritto comparato*, Giuffrè, Milano, 1995, volume II.

ARTICULOS

- ALPA, Guido, «La rinascita del formalismo. Aspetti di diritto contrattuale», en *Rivista di diritto civile*, Padova, 1985, n. 5.
- ANDRINI, Maria, «Forma contrattuale, forma negoziale e documentazione informatica», en *Contratto e impresa*, Padova, 2001, n. 1.
- BENEDETTI, Giuseppe, «La categoria generale del contratto», en *Rivista di diritto civile*, Padova, 1991, n. 6.
- COMOGLIO, Luigi, «Libertà di forma e libertà di prova nella compravendita internazionale di merci», en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, 1990, n. 3.
- CORDOBERA, Rosa, «La forma del contratto», en TRIGO REPRESAS – STIGLITZ (dirs.), *Contratos*, Homenaje al profesor doctor Jorge Mosset Iturraspe, La Rocca, Buenos Aires, 2001.
- DE CUPIS, Adriano, «Sul contestato principio di libertà delle forme», en *Rivista di diritto civile*, Padova, 1986, n. 3.
- DE SANTIS, Francesco, «Documento informatico, firma digital e dinamiche processuali», en *Rassegna de diritto civile*, Napoli, 2001, n. 2.

- DI GIOVANNI, Francesco, «La forma», en GABRIELLI (coord.), *I contratti in generale*, en RESCIGNO (dir.), *Trattato dei contratti*, Utet, Torino, 1999, volume I.
- DI MARZIO, Fabrizio, «Riflessioni sulla forma nel nuovo diritto dei contratti», en *Rivista critica del diritto privato*, Napoli, 2001, n. 2-3.
- FAVALE, Rocco, «Nullità del contratto per difetto di forma e buona fede», en *Rassegna di diritto civile*, Napoli, 2003, n. 3.
- FERRI, Giovanni B., «Forma e contenuto negli atti giuridici», en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generali delle obbligazioni*, Padova, 1990, n. 1-2.
- «Il ruolo della volontà negoziale e il documento informatico», en *Revista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, Padova, 2003, n. 5-8.
- GALGANO, Francesco, «Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio», en *Contratto e impresa*, Padova, 2000, núm. 1.
- GENOVESE, Anteo, «Le forme integrative e le società irregolari», en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, 1948, n. 1.
- GIORGIANI, Michelle, «Forma degli atti (diritto privato)», en *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1968, volume XVII.
- GÓMEZ CALERO, Juan, «El contrato mercantil: nociones generales», en JIMÉNEZ SÁNCHEZ (coord.), *Derecho mercantil*, Ariel Derecho, Barcelona, 1999, volumen II.
- GRASSO, Biaggio, «La forma tra regola ed eccezione», en *Rassegna di diritto civile*, Napoli, 1986, n. 1.
- GUASTINI, Riccardo, «In tema di libertà delle forme (a propósito de un libro recente)», en *Rivista di diritto civile*, Padova, 1986, n. 6.
- IRTI, Natalino, «Il contratto tra faciendum e factum (problemi di forma e di prova)», en *Rassegna di diritto civile*, Napoli, 1984, n. 4.
- «La rinascita del formalismo e altri temi», en *Studi sul formalismo negoziale*, Padova, Cedam, 1997.
- LEYVA SAAVEDRA, José, «La forma en el negocio jurídico y en el leasing», en *Revista de derecho y ciencia política*, Lima, 1994-5, n. 1.
- LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, «Algunas consideraciones sobre el contrato, formulas a propósito de los arts. 1351 y 1352 del nuevo Código civil del Perú», en A.A.VV., *El código civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano*, Cultural Cuzco, Lima, 1986.
- MEDINA DE LEMUS, Manuel, «Contratación internacional», en *Revista crítica de derecho inmobiliario*, Madrid, 2001, n. 666.
- MÉNDEZ, Cristina, «La forma del contrato», en STIGLITZ (dir.), *Contratos*, Depalma, Buenos Aires, 1990.

- MESSINEO, Francesco, «Contratto (diritto privato)», en *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1961, volume IX.
- MINERVINI, Enrico, «La trasparenza delle condizioni contrattuali (contratti bancari e contratti con i consumatori)», en *Banca, borsa e titoli di credito*, Milano, 1997, fasc. 1.
- MONTESANO, Luigi, «Questioni attuali su formalismo, antiformalismo e garantismo», en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, 1990, n. 1.
- OSTI, Giuseppe, «Contratto», en *Novissimo digesto italiano*, Utet, Torino, 1959, volume IV.
- PAGLIANTINI, Stefano, «La forma del contratto: appunti per una voce», en *Studi senesi*, Siena, 2004, fasc. I.
- PERLINGIERI, Pietro, «L'incidenza dell'interesse pubblico sulla negoziazione privata», en *Rassegna di diritto civile*, Napoli, 1986, n. 4.
- PERLINGIERI, Pietro – FAVALE, ROCCO, «Forma», en PERLINGIERI, *Istituzioni di diritto privato*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2001.
- SALVESTRONI, Umberto, «Forma, formazione del contratto e informatica giuridica», en *Studi senesi*, Siena, 2003, fasc. 3.
- SCHLESINGER, Pietro, «Dichiarazione (teoria generale)», en *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1964, volume XII.
- STALLONE, Francesco, «La forma dell'atto giuridico elettronico», en *Contratto e impresa*, Padova, 1990, n. 2.
- TORRES LANA, José, «Forma del negocio y nuevas tecnologías», en *Revista de derecho privado*, Madrid, 2004, Julio-Agosto.
- URÍA, Rodrigo – MENÉNDEZ, Aurelio – VÉRGEZ, Mercedes «El contrato mercantil», en URÍA – MENÉNDEZ, *Curso de derecho mercantil*, Civitas, Madrid, 2001, tomo II.
- «Especialidades de la contratación mercantil», en URÍA – MENÉNDEZ, *Curso de derecho mercantil*, Civitas, Madrid, 2001, tomo II.
- VIDELA ESCALADA, Federico, «Los elementos esenciales del contrato», en *Contratos*, Homenaje a Marco Aurelio Risolía, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997.

* Catedrático de Derecho Mercantil y de Derecho Comparado, en la Facultad de Derecho y Ciencia Política, y en la Unidad de Post Grado de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.