

SOBRE LA “FORMA” EN LOS CONTRATOS Y LA LABOR DE LOS NOTARIOS*

ABOUT THE “FORM” IN CONTRACTS AND THE WORK OF NOTARIES

Por **Rodrigo Padilla**¹

SUMARIO: I. Introducción; II. Concepto de forma en los contratos y clasificación de los mismos; III. Forma y contenido; IV. Forma y prueba; V. Principio de libertad de formas. Implicancias; VI. “Formas” de contratación modernas: sus ventajas y riesgos; VII. La forma más exquisita: la escritura pública. Sus ventajas y desventajas; VIII. A modo de “epílogo”.

RESUMEN:

El presente trabajo trata sobre la forma y prueba de los contratos y la labor del notario.

ABSTRACT

This paper deals with the form and proof of contracts and the work of the notary.

PALABRAS CLAVE: Contrato. Forma. Prueba.

KEY WORDS: Contracts. Form. proof.

I. Introducción

Nadie pone en tela de juicio que la “forma” es un elemento indispensable del contrato (como lo es de su género próximo: el acto jurídico), tal como lo son el consentimiento, el objeto, el contenido y la causa².

* Fue un grato honor de nuestra parte brindar una colaboración para una obra escrita junto a prestigiosos juristas españoles, italianos y argentinos. El libro se titula: Elementos de los contratos. Un enfoque comparado. Directores: Silvia Díaz Alabart (España), Enrico Gabrielli (Italia) y Luis F. P. Leiva Fernández (Argentina), La Ley, 2020, trabajo titulado: “Sobre la forma de los contratos: la contratación moderna y la labor de los notarios”, pp. 452 y ss.

¹ Abogado, Doctor en Derecho en Universidad de Salamanca, Miembro Titular del Instituto Noroeste de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba, Profesor Titular de Derecho Registral USPT.

² López de Zavalía, en su clásica obra, siguiendo a Carnelutti, se apartó de la doctrina general al tratar sobre los “requisitos” del contrato, vale decir de todo aquello de lo que depende que haya un contrato válido y que éste alcance a regular determinados intereses, al distinguir los “presupuestos”, de los “elementos” y “circunstancias” del contrato. Respecto de los presupuestos, se refiere a aquellos requisitos anteriores y extrínsecos al contrato, puesto que existen independientemente de él e incluso subsisten después de él para cualquier otra negociación sin que queden incorporados al mismo. En esta categoría ubica a la capacidad y el poder de negociación en el sujeto y la idoneidad en el objeto, aunque dicha lista no es exhaustiva. Como elementos del contrato llama a todo lo que es constitutivo del mismo e intrínseco a él. En esta categoría enrola a la forma y al contenido, siendo el contenido lo que se prescribe,

Es que resulta imposible prescindir de la forma, por más básica, elemental o rudimentaria que ésta sea. Sin forma no habría posibilidad alguna que los contratantes expresen su voluntad (“libre”) y puedan brindar su *consentimiento* para el negocio de que se trate. Hasta que no se exteriorice su voluntad (vg. *proposito in mente retentum* -retener el propósito en la mente-) no se generará ningún efecto, menos de los jurídicos buscados con el contrato (*intentio iuris*).

Acaso en este lugar introductorio -puesto que necesariamente indagaremos sobre la función del notario- sea conveniente otra vez recordar a DE GÁSPERI, quien acertadamente señaló que “El derecho de todos los pueblos y de todos los tiempos los rodeó de formalidades más o menos estrictas de donde viene la distinción entre actos solemnes y formales y los que no lo son. La exigencia de la forma escrita en las relaciones jurídicas, la existencia del testimonio, del instrumento que da la fe de un hecho, cuya redacción requiera ciencia y prudencia trajo consigo el personaje especializado encargado de tal servicio, que con el correr del tiempo es toda una institución que rige la función notarial”³.

El propósito buscado en este trabajo consiste en despertar ciertas dudas o inquietudes surgidas merced a las *nuevas contrataciones* que, muchas veces, descuidan las “formas” desprotegiendo, así, al contratante que actúa de *bona fides*. Por supuesto que no pretendemos resurgir aquellas “formalidades” antiguas, como las del derecho quirritario, por ejemplo, sino en buscar un punto de equilibrio entre las necesidades modernas de contratación cuidando y, acaso, respetando las “formas” en las que deben hacerse. En pocas palabras, pretendemos llegar a ese “justo medio”, muchas veces el preferido. Para ello antes deberemos pasar somera revista de algunos temas elementales y situar en su debido contexto la problemática, que si bien no pretendemos resolver, por no constituir el objeto principal de este breve artículo, al menos dejaremos sentadas nuestras inquietudes al respecto.

II. Concepto de forma en los contratos y clasificación de los mismos

Enseñó ALPA que la “forma es el modo en el cual debe ser redactado el negocio, o exteriorizada la voluntad negocial. Normalmente la forma es libre: en nuestro ordenamiento (a diferencia de otro, como en el antiguo derecho romano autoritario) rige el principio de libertad de formas”⁴, tema que analizaremos *infra*.

También señaló que en ocasiones puede ser prescripta una forma determinada cuyo respeto algunas veces condiciona la *validez* del negocio y en otras condiciona sólo la prueba del mismo. De allí que la forma puede ser requerida para la validez (*ad substantiam*) o para la prueba (*ad probationem*). Además agregó que cuando la ley prescribe una forma determinada (forma legal) o las partes eligen una forma de común acuerdo (forma convencional), ella se convierte en un “elemento esencial del negocio” que si no es respetada genera la nulidad del mismo⁵.

y la forma cómo se prescribe. Dentro del contenido, cabe hablar de cláusulas esenciales (-essentialia communia-, sin cuya mención el contrato carece de contenido o no tiene un contenido determinado -essentialia propria-), naturales (las que la ley supletoriamente inserta) y accidentales (insertadas por las partes). También es factible agregar un elemento “psicológico”, la voluntad, esto es el lado interno del consentimiento. Finalmente llama circunstancia a todo lo que siendo extrínseco al contrato se valora no antes (sino sería un presupuesto) sino durante la aparición del contrato o su ejecución, influyendo en su destino. Circunstancias son el tiempo y el lugar, como el cumplimiento de una condición, y el conjunto de factores económicos que fueron tenidos en vista para contratar. Circunstancia es el medio ambiente en el que surge, llega a ser eficaz, y se desvuelve el contrato. Ver: LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., Teoría de los contratos. Parte general, 2ª ed., Víctor P. de Zavalia, Buenos Aires, 1975, pp. 50 y ss..

3 Citado por MARTÍNEZ SEGOVIA, Francisco, Función Notarial, cit., p. 20..

4 Conf. ALPA, Guido, El contrato en general. Principios y problemas, prólogo de Juan Espinoza Espinoza, traducción de Jaliya Retamozo Escobar, Instituto Pacífico, Lima, 2015, p. 132.

5 Conf. ALPA, Guido, El contrato en general. Principios y problemas, prólogo de Juan Espinoza Espinoza, traducción de Jaliya Retamozo Escobar, Instituto Pacífico, Lima, 2015, p. 132..

Con más detenimiento ha resaltado LÓPEZ DE ZAVALÍA que "El contrato es formal o solemne, cuando la ley exige una forma determinada para la validez del acto. La ausencia de la forma prescripta trae la nulidad: a) plena, en los solemnes absolutos (vg. donación inmobiliaria); b) efectiva, en los solemnes relativos (vg. compraventa inmobiliaria) pues aún cuando el negocio no valga como el tipo querido, vale como otro contrato. El contrato es no formal o no solemne, cuando la ley no le impone una forma determinada, aunque pueda imponer ciertos recaudos a los fines de la prueba (forma *ad probationem*)⁶.

El reconocido iusprivatista europeo LEIVA FERNÁNDEZ, en su reciente Tratado de los contratos, entiende, con razón, que la forma de los mismos es el medio o el modo, "con el cual se muestra la declaración (expresa) de voluntad, es decir el aspecto exterior que muestra la voluntad. La forma es el molde que contiene la voluntad de las partes y se exterioriza, adquiriendo un significado, a través del que los terceros pueden reconocerla"⁷.

Respecto de la clasificación de las formas, sostiene LEIVA FERNÁNDEZ que el art. 969 del nuevo Código Civil y Comercial argentino, recoge aquellas tres categorías a saber: por un lado, están los contratos formales o solemnes (forma *ad solemnitatem*, visceral, constitutiva, sustancial, etc.), que al exigir una forma determinada su omisión provoca la *nulidad* del acto privándolo de todo efecto jurídico; por el otro existen también un grupo intermedio en donde la forma solemne es relativa, y si no se observa la misma, no provoca la invalidez del contrato, sino que le confiere una *eficacia distinta* de la natural, pero efectiva (actos convertibles); finalmente se encuentran aquellos contratos "no formales o informales", que pueden celebrarse con cualquier forma, pues la forma aquí es exigida a los efectos de probarlos judicialmente (*ad probationem*), pero no afecta en nada su existencia ni sus efectos⁸.

Por su parte el Código Europeo de los Contratos (elaborado por la prestigiosa Academia de Pavía) contiene una clasificación de formas de los mismos bastante compleja. Primero, se encarga de determinar lo que debe entenderse como una "*forma especial so pena de nulidad*", estableciendo en el art. 34.1 que cuando para la conclusión del contrato se requiera una forma especial so pena de nulidad, dicha forma "debe" ser adoptada por las partes, aunque lo hagan en actos no simultáneos, siempre que ello sea admisible. Agrega aquel art. 34.2, algo básico al prescribir que, salvo pacto en contrario, los contratos "reales" se perfeccionan con la entrega efectiva de la cosa que constituye su objeto.

A su turno, el art. 35 nos refiere a *los contratos que requieren la forma "escrita" so pena de nulidad* y enumera: los que tienen por objeto la transmisión de la propiedad o la transmisión o constitución de derechos reales sobre bienes inmuebles; también ello se aplica a los contratos "preliminares", salvo que las normas nacionales dispongan otra cosa, dejando a salvo las normas comunitarias y las de los Estados en cuyos territorios se encontraran dichos inmuebles; respecto del contrato de *donación*, es terminante al determinar que deben constar en "escritura pública" so pena de nulidad, aunque se traten de bienes muebles, salvo que éstos tengan un valor muy reducido.

6 LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., Teoría de los contratos. Parte general, 2ª ed., Victor P. de Zavalía, Buenos Aires, 1975, p. 62.

7 LEIVA FERNÁNDEZ, LUIS F. P., Tratado de los contratos. Parte general, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2017, p. 431..

8 LEIVA FERNÁNDEZ, LUIS F. P., Tratado de los contratos. Parte general, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2017, pp. 77 y 78, y pp. 433 y 434. Por cierto que el artículo 969 del nuevo Código argentino determina que "Los contratos para los cuales la ley exige una forma para su validez, son nulos si la solemnidad no ha sido satisfecha. Cuando la forma requerida para los contratos, lo es sólo para que éstos produzcan sus efectos propios, sin sanción de nulidad, no quedan concluidos como tales mientras no se ha otorgado el instrumento previsto, pero valen como contratos en los que las partes se obligaron a cumplir con la expresada formalidad. Cuando la ley o las partes no imponen una forma determinada, ésta debe constituir sólo un medio de prueba de la celebración del contrato". Dicho sea de paso, esta doctrina ya era defendida hace décadas por PADILLA, René A., Forma y prueba de los contratos, Plus Ultra, Buenos Aires, 1972.

En materia de la forma requerida para la *prueba del contrato*, señala que si se requiere una forma especial para la prueba del contrato, la efectiva conclusión del mismo debe resultar de un acto que revista tal forma, según su art. 36.1. Además determina que se requiere la forma “escrita” para la prueba de los contratos de un valor superior a los 5.000 euros, siendo necesario contar con fecha cierta para la oponibilidad a terceros, a menos que se pruebe que el tercero lo conocía. Agrega que deja a salvo las disposiciones comunitarias y las de los Estados Miembros que, aun requerida una forma especial para la prueba del contrato, “consientan que la existencia del mismo se demuestre mediante otros medios de prueba” (conf. art. 36.3 *in fine*).

Finalmente se encarga del tema de las “*formas convencionales*”, determinando en el art. 37 que, dejando a salvo las disposiciones comunitarias o nacionales donde el contrato se haya celebrado, “si las partes han convenido por escrito la adopción de una determinada forma para la conclusión del mismo, hay que presumir que dicha forma ha sido querida para su validez”.

A modo de síntesis de este acápite se puede concluir que a) siempre es menester algún tipo de forma para que se exteriorice la voluntad de las partes y logren prestar su consentimiento a los fines de llegar a un contrato; por ello es erróneo afirmar que existen contratos “no formales”; b) ahora bien, habrá que indagar en cada ordenamiento jurídico en particular a los fines de poder discriminar qué contratos son formales (*strictu sensu*) y cuáles en los que prima la libertad de formas o informales; c) a grandes rasgos es factible diferenciar, por un lado contratos en los cuales la forma es determinada por la ley, y otros en los cuales son los mismos contratantes quienes eligen expresar su voluntad en una forma determinada. Estos tipos serían de contratos con *formas determinadas, legal o convencionalmente*, forma que deberá respetarse; d) asimismo, dentro de los contratos “formales” es aún dable sub-clasificarlos, primero en formas *ad probationem* y *ad solemnitatem* (o *ad substantiam*); en puridad sólo estos últimos son verdaderos contratos “formales”, pues en los primeros la forma sólo cobrará relevancia si acaso se incumple el contrato y deba probarse el mismo; e) dentro de la amplia gama de contratos solemnes o *ad solemnitatem*, es posible aún distinguir en absolutos y relativos; los primeros, ante su inobservancia, tienen como consecuencia la nulidad del contrato; los *ad solemnitatem* relativos, si no se cumple la forma estipulada, pueden aun generar otros efectos dicho contrato, no los principales, esenciales o característicos de ese tipo especial, pero sí otros distintos (como ser el de elevar dicho convenio a la forma prescripta y así lograr generar sus efectos propios); f) en pocas palabras, a veces la forma es requerida para lograr la *validez* del contrato, pues su inobservancia acarrea la *nulidad* del mismo; otras con la finalidad que cumpla sus efectos propios, y ante su inobservancia nos encontraremos frente a un problema de “*eficacia*”; finalmente, los “no formales o informales”, en los cuales el requisito siempre ineludible de la forma, lo es a los fines de *probar* el mismo en caso de incumplimiento o controversia.

III. Forma y contenido

Hablar de forma sin darle la entidad o importancia que la misma “materia” o “contenido” es algo tan absurdo que, acaso, nos privaríamos de toda obra de arte. E incluso, como se dijo, es imposible que exista un “contenido” en el contrato sin que sea exteriorizado por medio alguna “forma”. Queda claro que el contenido es “lo que las partes dicen en el contrato” (dependerá ello de cada tipo contractual específico) y la forma es “cómo” lo dicen. Destacaba LÓPEZ DE ZAVALÍA que forma y contenido son “inseparables”. “Lo que se dice,

de alguna manera se lo dice. Forma es la palabra hablada, la escrita, la mímica; forma es el silencio mismo. Toda manera de expresar algo es una forma"⁹.

Pues bien, como vimos, existe cierta tipología de contratos que exige formas más estrictas o rigurosas (contratos solemnes) que otra. La "fórmula", por decirlo de alguna manera, sería la siguiente: *a mayor importancia, complejidad e intereses comprometidos (contenido), mayor será la forma exigida*.

IV. Forma y prueba

Ahora bien, como señalamos *ut supra*, existen contratos que dada su simplicidad jurídica y material, valor económico, etc., pueden ser realizados por los contratantes en -o con- la forma que ellos "elijan". Y generalmente elegirán la forma más sencilla, ágil, dinámica y menos costosa¹⁰.

Al elegir estos tipos de formas (privadas, y a veces, ni siquiera escrita y mucho menos "autenticada"), mientras el contrato sea cumplido de bona fides por ambas partes (si fuera el caso), no habrá problema alguno y la forma elegida (cualquiera que haya sido) solamente habrá sido un vehículo para comunicar la voluntad de los contratantes y "formar" su consentimiento.

No obstante, si existe algún tipo de incumplimiento (sea éste relativo, sea absoluto -cuestión que no podemos indagar en este trabajo-), dicho vehículo habrá colisionado y ya será menester observar qué "forma" tenía. Si contaba o no, siguiendo con la analogía, con un seguro de responsabilidad civil ante tal "accidente" -el incumplimiento de algunas de las partes-.

En estos contratos es cierto que la forma exigida es sólo a los efectos de la "prueba" del contrato de que se trate. Pero ¿cuándo debemos probar un contrato? Pues cuando estemos ante un proceso judicial -o alguna instancia análoga o antesala del mismo, vg. mediación, arbitraje, etc.- y es allí donde cobra especial importancia la forma utilizada por los contratantes (e incluso si hubo principio de prueba instrumental, o comienzo de ejecución, etc.). Allí recién se valorará la importancia de la forma empleada, más allá de su contenido y cumplimiento que estarán en plena discusión, y la conveniencia de usar al menos la forma escrita con firmas certificadas de los contratantes. Por supuesto que cada ordenamiento en particular prescribe diversas normas para estos tipos de contratos y distintos medios de pruebas admisibles.

Forma y prueba¹¹, en una palabra, están, más allá del tipo contractual de que se trate, íntimamente vinculadas, y esta conexión resulta sumamente relevante en los procesos judiciales. Para cerrar con un tipo de fórmula diríamos: *a "mayor o mejor" forma usada, menores problemas probatorios tendrá el contratante que sí cumplió con la obligación de su parte*. Y a no olvidarse jamás que los contratos nacen para ser cumplidos, siendo el cumplimiento (pago o *solutio, lato sensu*) su muerte natural.

9 LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., Teoría de los contratos. Parte general, 2ª ed., Víctor P. de Zavalia, Buenos Aires, 1975, p. 183. LEIVA FERNÁNDEZ también enseña que forma y contenido son conceptos inseparables, porque lo que se expresa de alguna manera se manifiesta. Forma, destaca, es la palabra hablada, la mímica, y hasta el propio silencio. Es decir, cualquier manera de expresar es una forma, que constituye un elemento esencial del acto jurídico junto al sujeto y al objeto. Así, como elemento del acto jurídico, la forma conecta a los otros dos entre sí. "Es el modo con el cual el sujeto (primer elemento), propende a la obtención del objeto buscado (segundo elemento). Así las cosas, la forma es la manera de exteriorizar la voluntad que la norma requiere para determinados negocios o las solemnidades prescriptas para su creación", conf. LEIVA FERNÁNDEZ, LUIS F. P., Tratado de los contratos. Parte general, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2017, pp. 431 y 432.

10 Por cierto que nada impide que las partes convengan una forma aún más exigente que la impuesta por la ley, pero es claro que ello sucede en contadísimas ocasiones.

11 Para un desarrollo más profundo del tema remitimos a PADILLA, René A., Forma y prueba de los contratos, Plus Ultra, Buenos Aires, 1972.

V. Principio de libertad de formas. Implicancias

Como se dijo *ut supra*, la regla consiste en que la forma sea “libre”; vale decir que impera el principio de la libertad de las formas, de allí que, como regla, los contratos son no formales -informales- o, mejor dicho, con formas libres. *Ad exemplum*, el nuevo Código Civil y Comercial argentino dice al respecto, en su art. 1015, que “Sólo son formales los contratos a los cuales la ley les impone una forma determinada”. Dicho principio, tomado literalmente del Proyecto del año 1998 (art. 958), ya obraba en el Código de Vélez (arts. 974 y 1182) y es el receptado en forma prácticamente unánime en los demás ordenamientos jurídicos.

Es que si bien la forma solemne (con presencia de testigos, el empleo de gestos o rituales, etc.) era común en el pasado, sobre todo para determinados actos, por razones de economía, de celeridad del tráfico y del comercio, de modificación de las costumbres, etc., se mutaron notablemente las reglas sobre las formas¹²; hoy “los negocios que deben estipularse en una forma determinada constituyen la excepción, más que la práctica ordinaria”¹³.

Si bien ello es indudable, no debe olvidarse que las formas legales o solemnes actuales no están establecidas sólo en el interés de los contratantes y que además ellas contribuyen notablemente a la seguridad jurídica cumpliendo una labor anti-litigio, entre otras y, por ello, tales formas son requeridas especialmente para ciertos contratos. Tales aseveraciones no desvirtúan el principio de libertad de formas, pero le imponen un límite preciso.

Pues bien, el principio de “libertad de formas” implica, -amén que las partes pueden elegir la forma que quisieran-, como bien lo enseña LEIVA FERNÁNDEZ -al menos para el derecho argentino- que éstas pueden firmarlo (si eligieron una forma escrita) en cualquier día, sea hábil o no, y en cualquier hora. Además no es necesario consignar el lugar y fecha del otorgamiento (por supuesto con la clara excepción del “testamento ológrafo”), ni el nombre y domicilio de las partes ni sus demás datos personales. Se puede escribir tanto en letras cuanto en números y ser redactado en cualquier idioma o “dialecto” (sea lengua viva o muerta), sobre cualquier soporte y por cualquier persona -sea o no el otorgante-, en forma manuscrita, con lapicera, bolígrafo, lápiz, mecanografiado o impreso. Tampoco se requiere, si acaso se ha incurrido en un error material, que éste se “salve” en el instrumento, siempre que sea entendible. Lógicamente tampoco se requiere la utilización de testigos¹⁴.

Obviamente, sigue el autor citado diciendo, que aunque no es necesario ninguno de esos elementos, constituye una buena práctica incluirlos, de ser necesaria la “prueba” sobre la veracidad de lo allí asentado (vg. la fecha, servirá para calcular el plazo de prescripción; la mención de la Escribanía ante la cual fue otorgado el poder que se invoca en la representación, servirá para demostrar que efectivamente el apoderado ostentada dicha repre-

12 Recordemos, *ad exemplum*, aquel primitivo Derecho quirritario al que hicimos referencia en la introducción. Allí y entonces la distinción entre “cosas” se las hacía entre las *res mancipi* y las *res nec mancipi*. Para lograr la transmisión de las *res mancipi* se exigía la forma solemne de la *mancipatio*, que era un acto simbólico que necesitaba contar con cinco testigos (ciudadanos romanos púberes), además de la presencia del *librepens*. Ellos eran una suerte de “registros vivos”, pues tenían la obligación de dar fe de la ceremonia practicada que básicamente consistía en que el adquirente golpeaba uno de los platos de la balanza que sostenía el *librepens* y pronunciaba una forma solemne mientras el enajenante guardaba silencio. No está de más recordar que sólo los *quirites* (ciudadanos romanos) podían ser titulares de las mentadas *res mancipi*. También existían otros “actos solemnes”, tales como la *adjudicatio* (usada en los procesos de partición y deslinde) y la *in iure cessio* (proceso ficticio de la reivindicación), hasta que dichas formas solemnes caen en desuso y son reemplazadas (en lo que concierne) por la *traditio* (entrega voluntaria de la cosa que realiza el *tradens* al *accipiens*). Derivamos para estos temas a los autores romanos clásicos.

13 Conf. ALPA, Guido, *El contrato en general*. Principios y problemas, prólogo de Juan Espinoza Espinoza, traducción de Jaliya Retamozo Escobar, Instituto Pacífico, Lima, 2015, p. 132.

14 Conf. LEIVA FERNÁNDEZ, LUIS F. P., *Tratado de los contratos*. Parte general, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2017, pp. 428 y 429.

sentación, etc.). Por ello es común que los contratantes "sigan un orden corriente que se inicia con el nombre domicilio y carácter de cada una de las partes, o de sus poderdantes llegado el caso, para luego enunciar el objeto del acto y sus cláusulas particulares"¹⁵.

VI. "Formas" de contratación modernas: sus ventajas y riesgos.

Es evidente que en la actualidad muchos contratos se celebran sin que las partes ni siquiera se conozcan, o con formas -o formularios- preestablecidas por una de ellas, o través de computadoras, con firma digital y, por supuesto, a distancia, etc.

Todo ello trae una serie de ventajas clarísimas, pero también se corren grandes riesgos, sobre todo si de una operación importante tratamos. De allí que el formalismo o "neoformalismo" sea tan necesario hoy como lo era antaño, aunque con distinta finalidad y distintos medios utilizados.

Y ante la pregunta de cuáles son las razones del "formalismo", vale contestar con ALPA que "Se trata de una multiplicidad de razones. Ante todo, el legislador quiere llamar la atención de las partes hacia la operación económica que están cumpliendo, para que perciban su importancia (tutela de las partes); después, quiere poner a los terceros en la posibilidad de conocer el negocio (tutela de terceros); luego para hacer que el adquirente perciba exactamente las características del inmueble que está adquiriendo (tutela de la confianza de los adquirentes); existen también razones de naturaleza publicitaria, referidas a la oportunidad de que ciertas operaciones aparezcan visibles si son redactadas de forma escrita y por acto público o escritura privada autenticada, por razones de imposición fiscal, etc. *El defecto de forma no admite subsanación*"¹⁶.

En este mismo sentido LEIVA FERNÁNDEZ profesa, como *ventajas* del formalismo que: facilita el acto por quien lo otorga; protege a los otorgantes de su propia ligereza; facilitan la "prueba" de la existencia y contenido del acto; cuando contienen algún tipo de "publicidad", protegen los intereses de terceros; también la utilización de formas preconstituidas favorece la actividad recaudadora del fisco e incluso algunos contratos de adhesión ayudan a la celeridad del tráfico negocial (vg. transporte de personas).

No obstante, las "formas determinadas" también conllevan algunos *inconvenientes*. Por ejemplo, requieren mayor desembolso e incomodidad (vg. acto notarial); además constituye un inconveniente "potencial", el riesgo de que por vicios o defectos de forma caiga el acto jurídico; además de que algunas formas (vg. la notarial) traban la celebración de actos jurídicos conspirando, así, con la celeridad en los negocios¹⁷.

15 Conf. LEIVA FERNÁNDEZ, LUIS F. P., Tratado de los contratos. Parte general, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2017, p. 430.

16 Conf. ALPA, Guido, El contrato en general. Principios y problemas, prólogo de Juan Espinoza Espinoza, traducción de Jaliya Retamozo Escobar, Instituto Pacífico, Lima, 2015, p. 135. Por supuesto que los ejemplos que brinda el citado autor, de los actos que deben realizarse por acto público, o bien por escritura pública, bajo sanción de "nulidad", se refieren al ordenamiento italiano en especial (art. 1350 CC, cuya larga lista hace referencia de modo especial a los actos concernientes a los eventos jurídicos de los inmuebles, la constitución o la extinción de derechos reales "menores", la locación de más de 9 años, los contratos de sociedad en los cuales se confieren inmuebles, las rentas vitalicias, las divisiones de inmuebles y de otros derechos reales inmobiliarios, las transacciones que tengan por objeto las relaciones jurídicas enumeradas) y la imposibilidad de "subsanación" también es propia de cada ordenamiento jurídico de que se trate. Por ejemplo, en el Derecho argentino debe tenerse en consideración que el art. 1017 del nuevo Código Civil y Comercial determina que deben ser otorgados por escritura pública: a) los contratos que tienen por objeto la adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles -con excepción de los casos realizados mediante subasta-; b) los contratos que tengan por objeto derechos litigiosos o dudosos sobre inmuebles; c) todos los actos que sean "accesorios" de los contratos otorgados en escritura pública; d) los demás contratos que, por disposición de la ley o acuerdo de las partes, deben ser otorgados en escritura pública. Por su parte, el art. 1018 se refiere al otorgamiento pendiente del instrumento (instituto de la "conversión"), que constituye una obligación de hacer si el futuro contrato no requiere una forma bajo sanción de nulidad (vg. boleto de compraventa inmobiliaria). No podemos detenernos aquí en estos interesantes temas.

17 Conf. LEIVA FERNÁNDEZ, LUIS F. P., Tratado de los contratos. Parte general, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2017, pp. 426 y 427

VII. La forma más exquisita: la escritura pública. Sus ventajas y desventajas

Señalaba LÓPEZ DE ZAVALÍA que el Derecho cuando impone determinados tipos de formas (legales) para ciertos contratos trae sus inconvenientes y sus ventajas. Como inconvenientes, es claro que la exigencia de formas “determinadas” imprime pesadez en los negocios, así también las dificultades para el otorgamiento de escrituras públicas (el tiempo que insumen, el costo de las mismas, etc.), constituyen serios obstáculos para la agilidad de las transacciones. Además el principio de “buena fe” puede verse resentido, pues el hombre honrado se siente siempre ligado a la palabra dada, cualquiera sea la manera en que se haya expresado.

Pero también profesó que las ventajas son grandes. En efecto, “Constituye un fuerte dique contra la precipitación; permite distinguir claramente entre las tratativas y el contrato, y dentro de éste entre el preliminar y el definitivo; facilita la prueba; dota de mayor visibilidad al acto para su conocimiento por los terceros; disminuye el número de procesos. La más pesada de todas las formas legales, que es la notarial, presenta también sus ventajas particulares, pues la intervención de un técnico del Derecho con el examen que éste verifica, y el asesoramiento que otorga impide caer en nulidades e ineficacias”¹⁸.

Pues bien, como es de público conocimiento, nuestro sistema (el del derecho continental europeo y el de los países latinoamericanos -entre tantos otros que al día suman 88 países-) se enrola en el grupo intermedio del sistema latino en donde se delega una importantísima misión a los notarios, al ser éstos profesionales del Derecho que cumplen una función pública, la de dar fe a los actos en los que intervienen -*grosso modo*-, función que debe siempre tenerse en consideración.

VIII. A modo de “epílogo”

Ahora bien, como señalamos en la introducción de este tema no pretendíamos brindar soluciones, sino más bien despertar inquietudes y buscar ese justo medio que equilibre las formas modernas de contratación (muchas veces internacional y a través de computadoras, donde los contratantes ni remotamente se conocen) con la labor tan importante que en el seno de nuestra sociedad cumplen los notarios.

Por ejemplo, amén del quehacer cotidiano que realizan los notarios en sus Escribanías, nos preguntamos cómo actuarán frente a esta nueva realidad: acaso certificarán firmas en forma digital; quizás labrarán actas y escrituras también en forma digital; acaso será conveniente que practiquen “actas de constatación” de las sociedades, empresas, etc., que publicitan sus servicios en internet para así probar su existencia, patrimonio, etc., salvaguardando los derechos de los probables co-contratantes. Adviértase que hoy una persona que vive en Tokio puede realizar una compraventa inmobiliaria, desde allí y sólo apretando una tecla (claro si cuenta con los medios necesarios) de una propiedad situada en Miami. ¿Están preparados todos los notarios para afrontar esta nueva realidad?

En fin, cerraremos este acápite reproduciendo algunas conclusiones a las que se arribó en el XXIV Congreso Internacional del Notariado Latino (celebrado en México en el año 2004) que contundentemente concluyó que:

1. Considerando que la firma electrónica es un instrumento técnico al servicio de la función notarial, hace votos para que los notariados miembros dispongan de los medios

18 LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., Teoría de los contratos. Parte general, 2ª ed., Víctor P. de Zavalia, Buenos Aires, 1975, pp. 184 y 185.

necesarios a fin de fomentar la introducción de las nuevas tecnologías, la formación de los notarios y la firma electrónica notarial.

2. Hace votos para que la Unión Internacional del Notariado Latino promueva las líneas directrices de la política de la certificación de la firma electrónica.

3. Considerando que en la circulación internacional del documento público notarial electrónico no puede prescindirse de la verificación generalizada de la firma y de la cualidad del notario en ejercicio, hace votos para que la certificación de la firma electrónica del notario esté bajo el control de los notariados miembros.

4. Considerando que el notariado debe garantizar la aplicación de las nuevas tecnologías en la función notarial, que es fundamental que los principios esenciales del notariado latino permanezcan inalterados en el comercio electrónico, teniendo en cuenta además el papel del notariado en el mismo, y en la prevención de los conflictos en las relaciones jurídicas, el notario aporta un valor añadido en respuesta a las exigencias de confianza y seguridad requeridas por la sociedad moderna, hace votos para que los notariados miembros vigilen la permanencia de los requisitos propios del documento público notarial y que son entre otros, la presencia física de las partes ante el notario, la firma del documento por aquellos y el notario, la fecha y la conservación del documento público notarial por el notario, tanto en soporte electrónico como en papel, manteniéndose intacta su fuerza probatoria y ejecutiva, al servicio de la sociedad.

5. Hace votos para que se destaque el papel del notario como oficial público en las comunicaciones con los Registros Públicos y con la Administración en general, debiéndose adoptar las medidas normativas y de carácter tecnológico necesarias, para hacerlas posibles y seguras, en particular garantizando a los notarios el acceso directo a los Registros Públicos, para el cumplimiento de su función pública.

6. Considerando que el notariado latino contribuye a la creación de un espacio jurídico de seguridad global a través de la libre circulación de los documentos públicos notariales, con toda su fuerza probatoria y ejecutiva, tanto en soporte electrónico como en papel, hace votos para que sean adoptadas las medidas técnicas y legislativas para el pleno reconocimiento de tales documentos a nivel mundial.

7. Considerando los distintos grados de desarrollo de las nuevas tecnologías en los notariados miembros, hace voto para que prime el principio de solidaridad y ayuda entre los mismos, que se encuentra en los fundamentos de la Unión Internacional del Notariado Latino.

He aquí, pues, los nuevos retos de la función notarial ante el vertiginoso cambio vivido en estas últimas décadas, sobre todo en materia de "formas" (y modalidades modernas) de los contratos.

Y no se crea que este problema sólo afecta a la "forma" de los contratos, pues también habrá que replantearse algunos temas elementales en materia contractual en general (amén de las soluciones particulares que sobre tales dispongan los ordenamientos positivos locales e internacionales aplicables), *ad exemplum*: habida cuenta la existencia y uso masivo de *software*, "inteligencia artificial", máquinas expendedoras, firma electrónica -o escaneada en el mejor de los casos-, inscripciones registrales digitales, contratos firmados por medio de posnet (vg. los concluidos con las tarjetas de crédito), etc.

Frente a todo ello habrá que preguntarse si ¿puede existir una suerte de media firma digital; o aplicarse los principios de la firma incompleta a esta situación particular? ¿Si la firma en tabilla o posnet hace presumir el consentimiento? y, de ser así, ¿con respecto

a qué parte del texto? ¿Acaso, puede existir firma separada del texto, como sucede con las "tabletas"? ¿Se suprimió la exigencia y existencia del "doble ejemplar"? En fin, dudas y más dudas que sólo dejamos planteadas y que se pueden multiplicar con facilidad, máxime si tenemos presente este flagelo que la pandemia está produciendo en el mundo, lo que acelerará aún más las "actividades digitales", de las cuales los notarios no deben ni pueden quedar ajenos.
