

LA FORMA EN LA CONTRATACION
¿CONTRATANTE O TESTIGO?

1. El fallo anotado	163
2. Solemnidades y modo de exteriorizar un contrato	170
3. Argumentos que desacreditaron el formalismo	172
4. Argumentos a favor de la vuelta a un cierto formalismo	174
5. Forma para la celebración y forma para la prueba	177
6. La forma prescripta en la fianza	178
7. El caso de autos	180
8. La omisión del nombre de la parte en el cuerpo del contrato	180
9. ¿Declaraciones expresas o tácitas?	181
10. La justificación de la firma puesta al pie. La carga de la prueba. La alegación de la firma como testigo	182
11. Las defensas frente a un contrato sorpresivo	184

LA FORMA EN LA CONTRATACION

¿ Contratante o testigo ?

SUMARIO: 1. El fallo anotado. 2. Solemnidades y modo de exteriorizar un contrato. 3. Argumentos que desacreditaron el formalismo. 4. Argumentos a favor de la vuelta a un cierto formalismo. 5. Forma para la celebración y forma para la prueba. 6. La forma prescripta en la fianza. 7. El caso de autos. 8. La omisión del nombre de la parte en el cuerpo del contrato. ¿Exigencia o buena técnica? 9. ¿Declaraciones expresas o tácitas? 10. La justificación de la firma puesta al pie. La carga de la prueba. La alegación de la firma como testigo. 11. Las defensas frente a un contrato sorpresivo.

I. EL FALLO ANOTADO

Cámara de Paz Letrada de Santa Fe. Pisano, Teresa G. c. Arcando, Alejandra E. B. de y otros, s/cobro de pesos.

En la ciudad de Santa Fe a los tres días del mes de febrero de mil novecientos ochenta y dos reunidos en acuerdo ordinario los Señores Vocales de la Cámara de Paz Letrada doctores Alberto Santiago Bertone y Jorge Rafael Depetris, debidamente integrada por el Señor Juez en lo Civil y Comercial de la Sexta Nominación doctor Rodolfo Weidmann (hijo), para resolver los recursos deducidos contra la sentencia dictada por el Señor Juez de Paz Letrado N° 4, Segunda Secretaría, en los autos caratulados: "Pisano, Teresa G. c/Arcando, Alejandra E. B. de y otros s/cobro de pesos", exp. n° 100, año 1981, el Tribunal se plantea para decidir las siguientes cuestiones:

- 1ª ¿Es nula la sentencia recurrida?
- 2ª ¿Es ajustada a derecho?
- 3ª ¿Qué pronunciamiento corresponde?

Determinado el orden de votación con que los Señores Vocales y el Señor Juez integrante han efectuado el estudio de los autos a la primera cuestión el señor Vocal doctor *Bertone*, dijo:

Contra la resolución del inferior (de fojas 89/92), la accionante dedujo recursos de nulidad y apelación,

los que concedidos, abrieron válidamente la instancia (fojas 93).

Al carecer —la expresión de agravios— de requerimientos sobre el primero de los interpuestos y no advertir irregularidades o inobservancias que obliguen a otro pronunciamiento, debe tenerse por desertado del recurso de nulidad, siendo negativa, por lo expuesto, la respuesta a la primera cuestión.

El Señor Vocal doctor *Depetris* y el Señor Juez integrante doctor *Weidmann*, con iguales dichos que el preopinante VOTAN por la negativa.

La sentencia del Señor Juez de Paz Letrado (fs. 92 v.) decidía la desestimación de la promovida contra los señores Antonio Puro Almada y Juan Angel Almada, con costas a la actora y tal circunstancia sirve para fundar los agravios de Teresa G. de Pisano porque el Magistrado estimaba como no probado de modo fehaciente la concurrencia al acto de celebración del contrato e inserción de firmas como co-deudores solidarios del principal.

Toda la consideración que produce el agraviado radica en sostener la postura que formó la litis (conf. art. 243, C.P.C.) y reiterar —con apoyo jurisprudencial— la vigencia del carácter de fiadores, que reclama (fs. 112/113).

A — Ha quedado establecido, atento lo indicado, el marco del agravio que, de acuerdo a los antecedentes obrantes en el proceso, consiste en afirmar la válida constitución del negocio jurídico.

Conviene recordar —como también lo hizo el Inferior— no sólo la nota esencial de la fianza, que es la accesoriedad, sino el sentido que posee tal institución, en la que una parte se obliga a responder y la acreedo-

ra acepta a aquélla como tal, sin limitaciones —en cuanto a las posibilidades— desde que todo deber puede ser afianzado, derivado de cualquier causa con la sola condición de validez obligacional (conf. arts. 1986, 2004, 1993 1994 y conc., C. Civil).

La esencia está centrada en la forma vertida, pues si bien no está sujeta a maneras especiales, requiere una manifestación expresa y, bajo ningún aspecto, podemos presuponer la existencia tácita, desde que ésta no puede ser inducida (de acuerdo, Salvat, *Tratado... Fuente de las Obligaciones*, TEA 1954, III, pág. 266, N° 2026 y citas; Lafaille, *Contratos*, Ariel, 1928, III, pág. 179, N° 223 y 224; Osorio y Florit, *Código Civil...* E. Librería Jurídica, 1972, artículo 2006, pág. 245; Borda, *Tratado... Contratos*, Perrot, 1974, II, N° 1858, pág. 540; etc.).

La posibilidad que brinda la ley civil para aquella constitución es sumamente amplia (conf. cit. art. 2006), pero si fuese negada en juicio —que es nuestro *thema decidendum*— sólo podrá ser probada por escrito.

Y, con esta base, recordamos las obligaciones que recaen sobre las partes, en lo que a carga de la prueba refiere.

Ha faltado, a la actora, la probanza idónea y cierta sobre el hecho constitutivo y no obstante sus reclamos, ni lo actuado ni las expresiones del agravio, han logrado conmover la resolución recurrida.

Couture (*Fundamentos...*, Depalma, 1958, pág. 243, N° 154), con su destacable claridad nos impone sobre el gravamen de las partes respecto de la prueba e indica que en materia de obligaciones, el actor debe hacerlo sobre los hechos que suponen la existencia de la obligación, es decir, carga de prueba de los hechos constitutivos.

Existen pronunciamientos, tanto anteriores de esta Cámara, como jurisprudencia y doctrina, en idéntico sentido, pues la uniformidad se refiere que es a cargo de quien la alegue, la prueba de la existencia del hecho en que funda el derecho (Zeus, N° 1071, causa 3902; Alsina, *Derecho...*, Edic. 1961, pág. 258, 5° del punto cuarto del Tomo Tercero; entre otros).

Concretamente y a riesgo de ser reiterativo, la actora, en esta causa, no ha probado el nexo obligacional vinculante, lo que impide la recepción favorable de los agravios y la modificación de la sentencia.

B — Es cierto que para tal acto no era necesario la firma de testigos y que surgirían dudas sobre el verdadero sentido de tales firmas, pero tan cierto es, también, el reclamo que efectúa el Magistrado sobre pruebas faltantes (ver fs. 92, última parte del primer párrafo) y destaca el accionado en su alegato (*vid* fs. 87, cuarto párrafo).

Finalmente, no puede —la actora— con invocación legal civil (art. 1017) pretender la inversión de la carga de la prueba, siendo inconducente sus términos en tal sentido.

C — Las precedentes consideraciones hacen al rechazo de los agravios y a una respuesta afirmativa a la segunda cuestión, pues la recurrida es justa y adecuada a derecho y así, voto.

El Señor Vocal doctor *Depetris*, dando iguales argumentos jurídicos que el preopinante vota también en sentido afirmativo.

A la segunda cuestión el Señor Juez integrante doctor *Weidmann*, dijo:

La sentencia del *a quo* decide el rechazo de la demanda respecto a los codemandados Antonio Puro Almada

y Juan Angel Almada, con costas a la demandante, y ello sirve de fundamento a ésta para sus agravios, sosteniendo Teresa G. de Pisano que los referidos codeemandados, ha quedado demostrado, se constituyeron en fiadores de la locación, por lo que debe prosperar la demanda también en su contra, modificándose en tal punto, la sentencia del inferior.

Se ha probado en autos, a mi juicio, en forma suficiente y eficaz, que Antonio Puro Almada y Juan Angel Almada, se constituyeron en fiadores o más aun, lisos y llanos pagadores, codeudores solidarios, de la locataria Alejandra Elsa Bordón de Arcando, con expresa renuncia al beneficio de exeurir los bienes de la locataria, de todos los alquileres y cualquier otro importe adeudado como consecuencia del contrato de locación que en fotocopia obra glosado a fojas 10, conforme surge de la cláusula contenida en el punto "Noveno", expresamente, y estando ésta incluida como parte del texto del formulario utilizado para instrumentar el contrato aludido, habiendo admitido los codemandados Almada y reconocido expresamente, que sus firmas obran en dicho instrumento privado (*vide* actas a fs. 67 y 68 y pliego a fs. 65 de autos).

Consecuentemente, ha quedado demostrada la existencia del acto mediante el reconocimiento de las firmas, tratándose de un instrumento privado (arts. 1012 y sgts. del C. Civil), y de acuerdo a lo normado por el artículo 1017 del citado Código, pesaba a los codemandados Almada que pretenden oponerse al claro contenido del acto, que "...las declaraciones u obligaciones que se encuentran en él..." no son las que han tenido intención de hacer o contratar; o sea, que la carga de la prueba recaía sobre ellos; puesto que acabadamente se demostró la existencia del contrato, mediante el reco-

nocimiento de firmas del instrumento que lo contenía, y constando expresamente por cláusula escrita, y mediando las firmas, que obvio es decirlo, constituyen escritura, la constitución de los referidos como fiadores o más aun, codeudores solidarios.

Todo el que firma un contrato queda obligado en razón de ello, a las resultas de éste; y pueril resulta la afirmación de que firmaron —los codemandados Almada— por haber sido testigos del acto, pues sería la primera noticia de que así alguna vez hubiere ocurrido tratándose de un contrato de locación; no compadeciéndose tampoco tal alegación con las convenciones que integran el contrato ni con parte alguna de su texto, pues no surge de manera alguna, que hubieren comparecido al acto como testigos, ni se los individualiza mediante dato alguno de identidad, ni se dice testigos de qué o quién en su caso, fueren. No puede dejarse de aplicar, con todos sus alcances, la norma contenida en el artículo 1198 del Código Civil, y en su virtud, la buena fe entre las partes debe imperar no sólo en la interpretación y ejecución de los contratos, sino también en su “celebración”, de acuerdo “...con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión” (párrafo 1º, en parte, del citado artículo). Resulta clara y manifiestamente inverosímil, la celebración de un contrato de locación con testigos —que no se individualizan ni se sabe de qué lo serían ni quién los trae al acto o los conoce— como quien firmó un contrato de locación sin ser locador ni locatario, conteniendo aquél una cláusula expresa de garantía, no lo haya hecho como fiador o garante. Pero para el supuesto de que tan inverosímil situación pudiese haberse dado, le incumbía en su caso, de conformidad con lo concluido con anterioridad, con-

forme lo normado por el artículo 1017 del Código Civil, a quien lo invocare demostrarlo. Tal interpretación del contrato en cuestión, como postulo, es corroborada si se aplican, y corresponde en razón de lo previsto por el artículo 16 del Código Civil, las pautas interpretativas contenidas en los artículos 217 y 218 del Código de Comercio, el primero en cuanto a que: "Las palabras de los contratos y convenciones deben entenderse en el sentido que les da el uso general, aunque el obligado pretenda que las ha entendido de otro modo", y el segundo, en su remisión a los usos y costumbres, como pautas interpretativas, puesto que resulta en este último aspecto totalmente fuera de todo lo que constituye los usos y costumbres en la materia que nos ocupa, la pretendida firma como testigo, de un contrato de locación.

Por tales consideraciones, a la segunda cuestión, voto por la negativa.

A la tercera cuestión el señor Vocal doctor *Bertone*, dijo:

De acuerdo a los pronunciamientos que anteceden, cabe la confirmación de la sentencia, el rechazo de los agravios, la deserción del recurso de nulidad y la aplicación de las costas, con sentido de vencimiento objetivo (art. 251, C.P.C.).

El señor Vocal doctor *Depetris* y señor Juez integrante doctor *Weidmann*, con iguales dichos que el preopinante VOTAN en igual forma.

Por los fundamentos del acuerdo precedente, la *Cámara de Paz Letrada*,

RESUELVE: tener por desistido el recurso de nulidad, rechazar el de apelación y confirmar la sentencia, con costas a los apelantes.

Regístrese, notifíquese y bajen.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo firmando los Señores Vocales por ante mí que doy fe. *Alberto Santiago Bertone. Jorge Rafael Depetris. Rodolfo Weidmann (h).*

2. SOLEMNIDADES Y MODOS DE EXTERIORIZAR UN CONTRATO

El caso que comentamos encierra, detrás de su sencillez aparente, aspectos interesantes que nos permitirán volver sobre un tema inagotable: el de las solemnidades que deben acompañar la celebración de un contrato. Empero, unas son las solemnidades —“la forma es el conjunto de las prescripciones de la ley, respecto de las solemnidades que deben observarse al tiempo de la formación del acto jurídico...””, art. 973 (1)— y otros los modos de manifestación negocial —arts. 1144 y ss. (2)—, las maneras de exteriorizar las declaraciones de voluntad, y, por ende, el consentimiento o acuerdo. Y si bien es verdad que “la escritura del acto” o forma instrumental, supone la “expresión positiva” (art. 917), con base en comportamientos declarativos que recurren como medio de comunicación al lenguaje por símbolos gráficos, ello no significa que la técnica contractual sea

(1) MOSSET ITURRASPE, J., *Contratos*, edit. Ediar, 1978, p. 221 y ss.; LÓPEZ DE ZAVALÍA, F., *Teoría de los Contratos, Parte General*, edit. Zavalia, p. 181 y ss.; PIANTONI, M. A., *Contratos Civiles*, v. I, p. 125, edic. Lerner, Bs. As., 1975; ERDOZAIN, M. L., en *Contratos*, de VIDELA ESCALADA y otros, p. 121; PADILLA, R. A., *Forma y prueba de los contratos*, edit. Plus Ultra, Bs. As., 1972. En la doctrina francesa: GUERRIERO, V. M. A., *L'acte juridique solennel*, th., Toulouse 1975; FLOUR, *Quelques remarques sur l'évolution du formalisme*, en *Etudes Ripert*, t. I, p. 93 y ss.

(2) MOSSET ITURRASPE, *ob. cit.*, p. 83 y ss.; LÓPEZ DE ZAVALÍA, p. 91 y ss. Destacamos del jurista tucumano la siguiente afirmación: “El contenido es lo que se dice en el contrato; la forma cómo se lo dice; forma y contenido son inseparables. Lo que se dice, de alguna manera

siempre la misma, que los contenidos se vuelquen con total similitud.

Y ello es así porque las formas modernas se han apartado de las “palabras sacramentales”, vale decir de la exigencia de símbolos fonéticos o gráficos predefinidos por el legislador, bajo sanción de nulidad. No hay ya ni palabras ni cláusulas sacramentales o impuestas *sine qua non*. La solemnidad, tal como se la entiende en los tiempos presentes, es compatible con el uso libre del lenguaje, siempre que pueda desentrañarse del mismo el sentido y alcance del negocio, y también con una gran riqueza o variedad en orden a la técnica expositiva, sin que sea forzoso comenzar con una introducción al negocio, seguir con la expresión de quiénes son los sujetos, para luego hacer conocer el objeto u operación jurídica tenida en vista, con todos y cada uno de sus elementos, y, más tarde, concluir señalando la causa o motivo determinante.

Está claro que no pueden faltar los elementos estructurales del contrato: el consentimiento, acuerdo de voluntades capaces; el objeto al cual las mismas se dirigen y las finalidades subjetivas y objetivas; y que, por lo demás, no pueden dejarse de lado los sujetos o partes o centros de intereses, porque son ellos quienes consenten y, al hacerlo, celebran el negocio.

Pero la identificación de las partes no es menester que se desprenda fatalmente ni de ciertos datos —aun-

se lo dice”, *ob. cit.*, p. 182. PIANTONI, *ob. cit.*, p. 49 y ss.; OVSEJEVICH, L., en la obra colectiva dirigida por Videla Escalada, p. 207 y ss.; ZAGO, J. A., *El consentimiento en los contratos y la teoría de la lesión*, edit. Universidad, Bs. As., 1981. En la doctrina francesa: ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, th., París, 1965; RODIÈRE, R., *La formation du contrat*, th., París, 1976; AUBERT, J. L., *Notions et rôles de l'offre et de la acceptation dans la formation du contrat*, th., París, 1970.

que sea mejor que así se haga— ni de determinada cláusula colocada en tal o cual parte del cuerpo del contrato. Un buen ejemplo nos lo brindan los títulos de crédito, los títulos circulatorios, en los cuales el sujeto librador surge de la firma puesta al pie. Las partes pueden, entonces, ser los “abajo firmantes”, siempre que, claro está, pueda desentrañarse cuál es el rol que asumen.

3. ARGUMENTOS QUE DESACREDITARON EL FORMALISMO

El formalismo del derecho romano no pudo resistir, por un lado, las necesidades del tráfico jurídico; y, por otro, la espiritualización del Derecho, sintetizada en la frase: la ética por sobre la técnica. Empero, el paso de un contrato que sólo obligaba cuando estaba revestido de la forma prescripta o causa civil, a uno obligatorio por el solo o mero consentimiento —*solus consensus obligat*— no fue rápido ni fácil.

Las exigencias del tráfico, en particular del internacional, tuvieron mucho que ver con este paso —que en alguna época de nuestro quehacer calificamos de “trascendente para la humanidad”—; la forma está identificada con la pesadez de los negocios, la pérdida de tiempo y de dinero; la idea de que el hombre honrado, de buena fe, debe respetar la palabra empeñada, con total prescindencia de las solemnidades que la hayan revestido, hizo el resto.

Pero es notable observar que mientras esto ocurría, alrededor del siglo xvii, en Francia, por obra de Doumoulin, seguido por Loysel, Domat y Pothier, se afir-

maban otras exigencias de parecido jaez, "otro formalismo", con fines de publicidad; tal la "insinuación", para las donaciones, y con fines de prueba, para aquellos que superaban una cifra determinada en el valor del objeto.

La concepción liberal - individualista, a la vez que apoyó el "dogma de la autonomía de la voluntad", trató de limitar al máximo la "forma para la celebración", en especial la solemne absoluta, que incumplida apareja la nulidad del negocio; que privado de efectos civiles sólo genera efectos naturales (art. 515, inc. 3º). El liberalismo acentuó el principio del consensualismo ⁽³⁾, por entender que es la única solución que se compadece con la autonomía de la voluntad, el respeto a la palabra empeñada y la fuerza vinculatoria del contrato (art. 1197); juzgó irrazonable la nulidad por omisión de la solemnidad dispuesta o tasada, por contrariar el querer de los celebrantes; colocar, por encima de los fines perseguidos, la voluntad del legislador.

De ahí que muchos preceptos que estipulaban formalidades fueran interpretados como *ad probationem* o sea sancionando solemnidades para demostrar el negocio en juicio y no para realizarlo válidamente (arts. 1184 y ss. del Código Civil argentino).

⁽³⁾ GHESTIN, J., *Traité de Droit Civil, Les obligations, Le contrat*, t. II, p. 204, Nº 264, edic. L.G.D.J., París, 1980. Dice VILLEY, Michel, *En torno al contrato, la propiedad y la obligación*, Gheri Editor, Buenos Aires, 1980, p. 26, que "nuestra teoría del contrato es un regalo que nos han hecho, a los juristas, un cierto grupo de filósofos de la Europa moderna. Toda ciencia del Derecho es también (porque ella se estructura sobre un método y unos principios) hija de alguna filosofía. La historia demuestra la dependencia de nuestras definiciones técnicas con relación a los grandes sistemas generales de filosofía. La desgracia es que en el caso que examinamos, debemos nuestra ciencia jurídica a pensadores absolutamente ignorantes del derecho".

4. ARGUMENTOS A FAVOR DE LA VUELTA A UN CIERTO FORMALISMO

Asistimos en la hora presente al “renacimiento del formalismo” o, más rigurosamente, a un neo-formalismo; se trata no de la vuelta al formalismo romano, ni al simbolismo de los tiempos anteriores, prolongado más tarde con las invasiones bárbaras, que pretendía, al decir de los críticos contemporáneos, “sustituir la voluntad” de los celebrantes; se trata, reiteramos, de la forma como una “exigencia suplementaria” de la cual se hacen depender ciertos efectos del contrato (4).

Entre los argumentos favorables a esa “vuelta”, mencionamos:

- 1º) Las solemnidades son insustituibles en el rol de concientizar a las partes; hacerles tomar conciencia, sobre la base de una reflexión serena, acerca del negocio a celebrar.
- 2º) De donde el papel preventivo de las formas en orden a la evitación de los “entuetos”, de la proscripción de las cláusulas sorpresivas.
- 3º) Si bien las solemnidades no ayudan a la superación de las necesidades, pues también el contratante necesitado debe someterse a ellas —y de ahí que, en ese sentido, pueden agravar su situación— cooperan a erradicar o, al menos, paliar la inexperiencia y la ligereza.
- 4º) De donde es justo que se las considere como “instrumentos esenciales del orden público económico y social de protección y de dirección” (5).

(4) GHESTIN, *ob. cit.*, N° 266, p. 207; PIEDELIÉVRE, *Les transformations du formalisme dans les obligations civiles*, th., París, 1959.

(5) GHESTIN, *ob. cit.*, N° 266, p. 206; MOENECLAYE, *De la renaissance du formalisme dans les contrats en droit civil et commercial français*, Lille, 1914.

- 5º) Se piensa, con razón, que la instrumentación, con la firma al pie por los contrayentes, conlleva a una lectura y comprensión del texto, al menos como conclusión normal y corriente.
- 6º) Que la presencia de un escribano, oficial público fedatario, en las escrituras, garantiza la redacción del negocio de conformidad al querer de los contratantes y su sometimiento a la juridicidad.
- 7º) Constituyen un fuerte dique contra la precipitación (°).
- 8º) Permiten distinguir claramente entre las tratativas y el contrato y dentro de éste entre el preliminar y el definitivo (7).
- 9º) Es instrumento de seguridad y garantía de libertad. Tiende a reducir el dominio del consensualismo y a reforzar la concepción humanitaria de la protección de la libertad de los débiles (°).
- 10º) Además de proteger a las partes, estar impuesta en su beneficio propio, protege a los terceros, en la medida en que "da mayor viabilidad al acto para su conocimiento" por esos terceros (°).

(°) LÓPEZ DE ZAVALÍA, *ob. cit.*, p. 184. En la medida, claro está, que la fuerza de las necesidades económicas no lleve al "necesitado" a obrar con ligereza.

(7) LÓPEZ DE ZAVALÍA, *ob. cit.*, p. 184. También dejando a salvo la oscuridad en la redacción, las expresiones demasiado técnicas para los celebrantes en concreto, que, al no poder ser interpretadas, originan verdaderas trampas.

(°) MOENECLAYE, *ob. cit.*, p. 197 y ss. Es importante caer en la cuenta que son los "fuertes", de gran poder de negociación, quienes no necesitan de las formas, pueden contratar sin ellas.

(°) LÓPEZ DE ZAVALÍA, *ob. cit.*, p. 184. Y de ahí la distinta jerarquía de las solemnidades y el orden de prelación en caso de conflicto. Los terceros no son alcanzados por el instrumento privado de fecha posterior al público, que lo contradice (art. 996); ni por las nulidades de las declaraciones obrantes en instrumento privado, cuando hubieren contratado de buena fe - creencia (art. 1018).

- 11º) Permite la inscripción en registros, donde se llevan contratos instrumentados.
- 12º) Facilita la prueba ⁽¹⁰⁾.
- 13º) Facilita la interpretación ⁽¹¹⁾.
- 14º) Facilita la integración y la calificación del contrato ⁽¹²⁾.

En cuanto a los efectos que dependen de la formalidad, podemos distinguir:

- a) Supuestos en que la omisión de la solemnidad requerida priva de todos los efectos civiles (artículos 1810 y 838 del Código Civil); el primero priva de consecuencias a la donación de inmuebles (inciso 1º), y de prestaciones periódicas o vitalicias (inc. 2º); el segundo declara la ineficacia por invalidez por omisión de la presentación al juez de la causa, de la transacción sobre derechos ya litigiosos ⁽¹³⁾;
- b) Casos en los cuales la omisión de la formalidad tasada priva sólo de los efectos “propios” —del negocio cuya solemnidad se omitió—, pero no impide, en virtud del fenómeno denominado conver-

⁽¹⁰⁾ En cuanto constituyen, las solemnidades instrumentales para la celebración, pruebas preconstituidas del negocio.

⁽¹¹⁾ La búsqueda del sentido y alcance del contrato se simplifica con las formas escritas y se complica con la exteriorización verbal: “a las palabras se las lleva el viento”.

⁽¹²⁾ La integración, como se sabe, es la tarea de completar el contenido del contrato: con lo dicho y lo callado pero sobreentendido; con lo puesto y lo presupuesto; lo explícito y lo implícito; lo expreso y lo virtual; lo que dictan la buena fe, las costumbres, los usos, la equidad y el ejercicio regular de los derechos. La calificación es la averiguación de la naturaleza jurídica, de lo que el contrato es para el derecho.

⁽¹³⁾ La Reforma de 1968 puso fin al debate acerca de si la donación de inmuebles y de prestaciones periódicas era o no solemne absoluta, con el sencillo expediente de agregar: “Respecto de los casos previstos en este artículo no regirá el art. 1185”, que es el de la conversión en contrato que genera la obligación de hacer. Para nosotros la situación del

- sión, la producción de otros efectos, menores, que llevan a aquél: “hacer escritura pública” (artículos 1184 y 1185);
- c) Casos en los cuales la omisión de la solemnidad convierte al contrato en uno de “hecho”, o bien lo irregulariza, impidiendo que produzca los efectos típicos (caso de la sociedad civil, art. 1663);
 - d) Hipótesis en las cuales el dejar de lado la forma prescripta, para fines de publicidad, vuelve inoponible el negocio a los terceros; es el caso de la inscripción registral, que puede considerarse una solemnidad perfeccionante (art. 2505). Se limitan los efectos a las partes;
 - e) Hipótesis de formas exigidas sólo para la demostración del contrato en juicio; de donde, la omisión sólo obsta a su prueba, pero no a su celebración válida y eficaz. Es lo que ordena el artículo 1193, que dispone la forma escrita para la prueba, cuando el objeto supere los diez mil pesos, y el 2006 en materia de fianza.

5. FORMA PARA LA CELEBRACION Y FORMA PARA LA PRUEBA

Los supuestos mencionados en el apartado a) son los denominados de “solemnidad absoluta”; forma para la celebración, bajo sanción de no producir efectos civiles alguno; de quedar como fuente de meras obligaciones naturales.

Los de los apartados b) y c) son de “solemnidad relativa”, también para la celebración, pero afectando el

“boleto” de compraventa inmobiliaria es otra, distinta a la prevista en los arts. 1184 y 1185: definitivo como contrato obligacional, no produce los efectos reales buscados, la transmisión del dominio de la cosa vendida, por faltarle la escritura pública exigida a esos fines (art. 2609).

incumplimiento de las prescripciones legales sólo la producción de los efectos propios o específicos.

Los del apartado d) son casos de formas publicitarias, dirigidas a los terceros, para que el negocio les sea oponible; deben distinguirse de las inscripciones constitutivas, en cuyo caso la registración hace a la existencia del efecto dominial, entre partes y frente a terceros (14).

Y, finalmente, tenemos la forma *ad probationem*, o forma para la prueba, que no impide la celebración válida y la eficacia del negocio, pero que, discutido o negado en juicio, se exige *sine qua non*, para su demostración. De ahí que el artículo 2006 exprese, en su última parte: "... pero si fuese negada en juicio, sólo podrá ser probada por escrito" (15).

La forma *ad celebrationem* no puede ser confundida, de manera alguna, con la *ad probationem*, la primera hace a la existencia, con tales o cuales efectos, la segunda deja de lado esa cuestión, para fincar el debate en el modo de convencer al juez de que el contrato se celebró. Y, a esos fines, sólo admite un medio, una solemnidad, la dispuesta.

6. LA FORMA PRESCRIPTA EN LA FIANZA

"La fianza puede contratarse en cualquier forma: verbalmente, por escritura pública o privada..." (artículo 2006, primera parte).

Empero, es oportuno decir o subrayar que "debe contratarse", es decir, existir como contrato, sobre la

(14) MOISSET DE ESPANÉS, L. *Domínio de automotores y publicidad registral*, edit. Hammurabi, Bs. As., 1981.

(15) Refiriéndose a la "forma *ad probationem*" dice LÓPEZ DE ZAVALÍA, con su precisión habitual: "No es ésta una forma 'impuesta' sino meramente 'aconsejada'. La contratación sujeta a ella es 'no formal', o de forma libre" (*ob. cit.*, p. 184).

base del acuerdo de voluntades: el compromiso por una parte y la aceptación por la otra, artículo 1986. Sólo se concibe como negocio unilateral, perfecto con la sola voluntad del declarante único, cuando se trate de fianza judicial, en la cual no hay aceptación, por la autoridad, sino verificación de la cumplimentación de los requisitos a que la especie está sometida, artículo 1998 (16).

Fiador y acreedor pueden, puestos de acuerdo, exteriorizar su conformidad por cualquier solemnidad; empero el legislador les da un consejo, que lo hagan por escrito; de lo contrario, surgido el conflicto, no podrán demostrar el negocio accesorio por ningún medio, que no sea ese escrito; “como se ve —apunta Padilla— los peligros recaen en cabeza de quien resulta beneficiado con el pacto accesorio, pues a sí mismo debería imputarse negligencia quien confía en la sola palabra del que asegura el cumplimiento de un contrato que por su importancia consta o pudo constar en escritura pública o privada. En este y en otros muchos casos similares no puede dispensarse amparo jurídico ya que el derecho no protege la candidez...” (17).

Cuando el contrato principal se ha hecho por escrito y también ha revestido esa solemnidad el accesorio de fianza, garantía personal, la prueba queda grandemente simplificada.

(16) Enfatizamos esta cuestión por el conocimiento de ciertos formularios, que las instituciones financieras hacen suscribir, acerca de la declaración unilateral de garantizar las obligaciones actuales y futuras de tal o cual persona, emergentes de una serie de negocios que se enumeran a título meramente enunciativo o ejemplificativo, celebrados o a celebrar con el Banco. Sin perjuicio de cuestionar tales “fianzas futuras” por ser “abiertas”, en la medida en que no explicitan “un objeto determinado”, en franca violación al art. 1989, decimos que no son siquiera fianzas como contratos, son meras ofertas o propuestas de fianza, que requieren, para ser negocios bilaterales, la aceptación expresa y, negadas, la prueba por escrito de tal contrato.

(17) PADILLA, *ob. cit.*, p. 59.

7. EL CASO DE AUTOS

Esa es la situación del caso que comentamos.

Pero con una particularidad muy singular.

En el contrato o cláusula por la cual se constituyó la fianza, se omitió consignar el nombre de los fiadores (¹⁸).

Ellos, los presuntos fiadores, se limitaron a firmar el instrumento privado que contenía la locación y que también exteriorizaba la garantía.

Luego, ante la pretensión de cobro del acreedor, negaron haber contratado la fianza, haber suscripto el instrumento como garantía personal.

Sostuvieron haberlo hecho como testigos del negocio principal, la locación de cosa inmueble.

8. LA OMISION DEL NOMBRE DE LA PARTE EN EL CUERPO DEL CONTRATO

De lo expuesto, como síntesis del caso sub examen, la pregunta que sirve de subtítulo: ¿contratante o testigo?

Es verdad que el nombre de la parte fiadora, del sujeto pasivo en el contrato unilateral y gratuito de

(¹⁸) Puede tal vez discutirse si son, en puridad, fiadores o sea deudores accesorios y subsidiarios, que siguen a una deuda principal ajena, o codeudores solidarios, o sea otros deudores, en igual calidad que el principal, a quien el acreedor puede reclamar indistintamente. Y lo decimos porque se alude a la "calidad de principal, liso y llano pagador", a la cual, el art. 2005, asimila al deudor solidario, "y se le aplicarán las disposiciones sobre los codeudores solidarios". En rigor, frente al acreedor el principal pagador es codeudor solidario; empero, frente al deudor originario es un mero fiador, con los derechos de reintegro de los artículos 2029, sigtes. y concs.

fianza (¹⁹), no se consignó; pero, también es verdad, que las firmas obraban al pie del contrato.

Estamos convencidos que la incorporación del nombre de los sujetos es sólo cuestión de buena técnica, pero de manera alguna una exigencia que anule el negocio.

El quid tanto del “continente” o instrumento, como del “contenido”, negocio instrumentado, es la firma de las partes celebrantes.

Y a ello alude el artículo 1028: “El reconocimiento judicial de la firma es suficiente para que el cuerpo del instrumento quede también reconocido”.

El reconocimiento de la firma del instrumento equivale al reconocimiento de todo el instrumento, y lo mismo acontece con el contenido: reconocida la firma al pie quedan admitidas las cláusulas o estipulaciones que integran el negocio.

9. ¿DECLARACIONES EXPRESAS O TACITAS?

Ratificando lo expuesto transcribimos a García Amigo: “Elemento importante del documento privado es la firma del mismo: en muchos documentos privados —aun con valor constitutivo— alguno de los intervinientes se limita a poner su firma; así en la letra, en el cheque, en el aval, etc. Naturalmente, del documento tiene que resultar claro el contenido del negocio. Pero la sola firma puede valer no sólo como declaración de

(¹⁹) Lo cual no es obstáculo, por tratarse de un efecto normal o natural, que falla en la fianza comercial en múltiples hipótesis; dando paso a la onerosidad y, por ende, bilateralidad o reciprocidad de prestaciones. Acontece cuando el acreedor paga al fiador para que éste garantice la deuda ajena; no así cuando quien paga es el deudor, por ser un tercero, extraño al negocio de fianza.

voluntad, sino también como cobertura del requisito de forma" (20).

Y no creemos que puede sostenerse que se trata de meras declaraciones tácitas, que se infieran o se deduzcan de ciertos hechos; declaraciones o manifestaciones indirectas, artículos 918 y 1146.

En primer lugar las expresiones del cuerpo o contenido del negocio, instrumentado, son claras y precisas; sino en cuanto a quienes son los sujetos, en lo relativo al objeto, la obligación accesoria y subsidiaria que se asume. Y, por lo demás, no puede decirse o calificarse a la firma como un mero hecho que permita inferir una declaración. La firma es, lo hemos visto, mucho más que eso. Es el modo de reconocer el contenido del instrumento, los deberes expresados en el mismo.

Sin perjuicio de coincidir en que la fianza no puede contraerse, como obligación, de manera tácita. Que el contrato no existe sin una declaración expresa de las partes.

**10. LA JUSTIFICACION DE LA FIRMA PUESTA AL PIE.
LA CARGA DE LA PRUEBA.
LA ALEGACION DE LA FIRMA COMO TESTIGO**

Hemos visto que quien firma al pie de un contrato reconoce el cuerpo del negocio, las cláusulas o estipulaciones que lo componen o integran. No obstante ello, el firmante puede demostrar que su intención al suscribir no ha sido la de contratar o bien que ha querido celebrar otro negocio o sobre bases diferentes, etc. etc.

(20) GARCÍA AMIGO, M., *Instituciones de Derecho Civil, Parte General*, edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1979, p. 735.

El artículo 1017 reconoce esta posibilidad en los términos siguientes: “El signatario puede, sin embargo, oponerse al contenido del acto, probando que las declaraciones u obligaciones que se encuentran en él, no son las que ha tenido intención de hacer o contratar. Esta prueba no puede ser hecha con testigo” (21).

Nos parece muy claro, coincidiendo con el juez Weidmann, que la carga de esta demostración, que viene a contradecir lo que es normal y lógico —que el firmante sea contratante y que integren ese contrato las cláusulas al pie de las cuales se firma—, pese sobre quien afirma otra cosa, quien niega haber contratado, en la especie.

No caben dudas, por lo demás, que es una prueba muy difícil, de medios restringidos y que debe llevar al Juez una convicción firme que le permita apartarse de lo que está escrito.

En el caso que comentamos los firmantes tomaron por un atajo muy singular: negaron la firma como celebrantes de la fianza y afirmaron haberlo hecho como meros testigos de la locación. La presencia de testigos, en un negocio instrumentado en documento privado, es un hecho harto extraño, de donde la demostración debió ser fehaciente, definitiva.

Sin embargo, la mayoría del Tribunal entendió que la mera negativa ponía sobre las espaldas de quien afirmaba la celebración de la fianza la prueba de ello, liberante al sedicente testigo de toda carga. Aquí nues-

(21) Por la recordada jerarquía de los medios probatorios, la instrumental es más fuerte que la testimonial y de ahí que ésta no pueda contradecir a aquélla.

tra primera discrepancia fundamental. Y, luego, declaró que la firma no era prueba del contrato de fianza. Afirmación con la cual, como hemos señalado a lo largo del comentario, volvemos a discrepar.

11. LAS DEFENSAS FRENTE A UN CONTRATO SORPRESIVO

No descartamos, de manera alguna, que el signatario pueda oponerse al contenido del acto...; tal como lo prevé el artículo 1017. Puede ocurrir muy bien que las circunstancias que acompañan a la firma hayan impedido tomar conciencia del texto, saber a ciencia cierta qué es lo que se firmaba, y que la intención fuera otra. Puede acontecer, así mismo, que hayan suscripto el negocio por error, nacido de obstáculos en la percepción de las cláusulas, o bien del engaño de la contraparte, que configura el error-provocado o dolo. No es descartable la ignorancia, menos aún en negocios en los que se abusa de tecnicismos, de fórmulas o expresiones cuyo saber o conocimiento requiere la posesión de una ciencia, como es el caso de las fórmulas de la matemática financiera. También es alegable, aunque con limitaciones, el temor reverencial, el infundido por ciertos personajes de gravitación o poder, así como el miedo, en atención a las condiciones personales, artículos 927, 931, 937, 940 y concordantes del Código Civil. Sin descartar, claro está, la violencia física.

Puede incluso aludirse a un forzamiento a contratar, una contratación no libre, con base en las necesidades padecidas, en las carencias o apremios, artículo 954.

Empero nada de todo ello ha sido invocado en autos.

Los demandados como fiadores, por haber firmado al pie de una cláusula que expresaba una garantía personal de ese tipo, aparecen liberados con la sola invocación de no revestir el carácter de contratantes, con el argumento de haberlo hecho como testigos.

Pensamos que una decisión semejante contradice ideas firmes en torno a la estructura del contrato, relativas al valor de la firma y su significado, y, por ende, no se compadece con la justicia y seguridad jurídicas.