

## UNA DIFERENTE EXÉGESIS DE LOS ARTÍCULOS 1188 Y 1193 DEL CÓDIGO CIVIL\*

Por **José Carlos Carminio Castagno** \* \*

En este trabajo habremos de exponer nuestra interpretación de dos preceptos del Código Civil, que –como en otros temas– implica un franco apartamiento de lo sostenido, con llamativa uniformidad, por la doctrina nacional.

Y lo hacemos, ante todo, para cumplir lo que ya anticipáramos en anterior oportunidad<sup>1</sup>, y –lejos de toda pretensión de sumar adhesiones– también con el propósito de que pueda servir, al menos, para estimular la reflexión y el confron­te de ideas.

### El artículo 1193

Si se pregunta a qué objeto está dispuesta por este precepto la “forma *escrita*” para los contratos cuyo valor supere los \$ 10.000 (“moneda nacional”), la respuesta será unánime y concluyente: para la *prueba*<sup>2</sup>.

Nos apresuramos a reconocer que así es en lo que refiere a lo prescripto en

\* Publicado en el N° 165 de la *Revista del Colegio de Escribanos de Entre Ríos*, enero-abril de 1999.

\*\* Miembro de Número de la Academia Nacional del Notariado.

(1) En las notas 68 y 116 de nuestro ensayo “Algunas disquisiciones sobre la forma jurídica” (en la versión publicada en el N° 164 de la *Revista del Colegio de Escribanos de Entre Ríos*, Paraná, septiembre-diciembre de 1998, págs. 14 a 40).

(2) Véase, por todos: *Código Civil y leyes complementarias – Comentado, anotado y concordado*, dirigido por Augusto César Belluscio y coordinado por Eduardo A. Zannoni (tomo 5, Astrea, Buenos Aires, 1984, pág. 876).

la última parte de la norma, que veda la acreditación de tales negocios por medio de declaraciones testimoniales<sup>3</sup>.

Pero, ¿qué dispone el mismo artículo, inmediatamente antes? Vale la pena repararlo: “*deben hacerse por escrito*”.

¿Implica esa frase el enunciado de un mero recaudo *ad probationem*? Creemos que no, e intentaremos demostrar por qué.

- a) Cabe entender, en principio, que dicha locución –cuyo inicio es, sin duda, categóricamente imperativo– está estableciendo un requisito de *validez*<sup>4</sup>, salvo que el texto legal le atribuya claramente otra función<sup>5</sup> (lo que –como veremos– no se da en este caso)<sup>6</sup>.
- b) Además, procede señalar que la misma<sup>7</sup> y parecidas expresiones<sup>8</sup> –empleadas en otros artículos del código– son entendidas con idéntico significado al que estamos proponiendo aquí para la norma *sub examine*, por el sector “formalista” de nuestro derecho civil<sup>9</sup>.
- c) ¿Y qué, entonces, de la prohibición contenida en la parte final del precepto?  
Se trata, simplemente, de la innecesaria repetición de la regla consagrada en el artículo 1191<sup>10</sup>; la forma exigida para la *prueba* es la misma que la impuesta para la *validez*, a la que consideramos pasible de una triple proyección<sup>11</sup>.
- d) Para concluir, conviene puntualizar que la reiteración de dicho principio se detecta también en otras normas<sup>12</sup> y –en la específica materia contractual– en el artículo 1812<sup>13</sup>.

En síntesis, y por las razones expuestas, sostenemos que el artículo 1193 de nuestro Código Civil consagra, en su primera parte, la forma escrita para la *validez* de los contratos que superan la “tasa de la ley”<sup>14</sup>, negocios que –además– requieren el mismo recaudo formal para su *prueba* (acorde a la segunda parte del precepto)<sup>15</sup>.

(3) “...y no pueden ser probados por testigos”.

(4) Así se colige de lo dispuesto por los artículos 976 y 1044, entre otros.

(5) “Esencia”, “eficacia” o “prueba”, según explicamos en nuestro citado trabajo, al que remitimos.

(6) A diferencia de lo que ocurre –por ejemplo– con el artículo 3217, que determina que la exigencia formal hace a la *oponibilidad* del contrato de prenda a los terceros.

(7) Ver art. 1223.

(8) Como “*deben ser hechos*” o “*hechas*” (arts. 1184 y 1810, respectivamente).

(9) Confr. *Teoría de los contratos*, de Fernando J. López de Zavalía: “Parte Especial”; tomo 1, Zavalía, Buenos Aires, 1976, págs. 298 y 413, respectivamente.

(10) “*Los contratos que tengan una forma determinada por las leyes, no se juzgarán probados, si no estuvieren en la forma prescripta...*”

(11) Salvo excepción expresa. Remitimos a nuestro ya citado trabajo, punto V. 6. 4., pág. 31.

(12) Por ejemplo, en los artículos 975 y 976.

(13) Que dispone que las “*donaciones designadas*” –en el artículo 1810– “*no se juzgarán probadas sin la exhibición de la correspondiente escritura en que se hubiesen hecho*”.

(14) Esta expresión aparece en el artículo 1665.

(15) Va de suyo, que sin perjuicio de las excepciones previstas en el artículo 1191.

## El artículo 1188

En la primera publicación de nuestro citado estudio sobre la forma jurídica<sup>16</sup>, incluimos un punto<sup>17</sup> en el que efectuamos algunas afirmaciones en consonancia con la tesis que estamos por exponer aquí.

Al advertir que no habíamos explicitado entonces los fundamentos de nuestra postura, preferimos –en la segunda versión de ese ensayo<sup>18</sup>– suprimir el párrafo y extendernos en nuevas reflexiones, a esperas de su formulación.

Llega ahora el momento de hacerlo, y pasamos –pues– a desarrollar nuestro pensamiento.

Conviene, inicialmente, recordar lo que el precepto dispone:

“Los contratos que debiendo ser hechos por instrumento público o particular, fuesen hechos verbalmente, también quedarán concluidos para el efecto designado en el artículo anterior”.

Acorde a una pacífica interpretación doctrinaria, la norma extendería la *conversión substancial* dispuesta por el artículo 1185 –para los negocios que, teniendo tasada para su validez la forma de la escritura pública, consten en instrumento privado<sup>19</sup>– a los casos en que se concluyan *oralmente*<sup>20</sup>.

No participamos de ese criterio, basado –según creemos– en una errónea comprensión de la siguiente frase: “*por instrumento público o particular*”.

En efecto: aquélla es aprehendida como abarcativa tanto de los contratos que requieren<sup>21</sup> su facción en *instrumento público*, cuanto de los que deben ser hechos en *documento privado*.

Por nuestra parte, pensamos que es distinta la inteligencia que debe asignársele a la expresión, y que no es otra que la de *por escrito*.

Y así lo creemos, por las siguientes razones:

- a) El propio texto está indicando manifiestamente una clara *alternativa* formal para tales negocios –expresada con la conjunción “o”– entre el instrumento *público* y el *particular*.
- b) A la misma locución<sup>22</sup> y a otras de gran similitud<sup>23</sup> –insertas en varios preceptos del código– se les ha asignado siempre un contenido habilitante de una *opción* entre ambas especies instrumentales.
- c) Resulta contundente lo que enseña el artículo 978: “La expresión *por escrito* puede tener lugar, o *por instrumento público* o *por instrumentos particulares*”<sup>24</sup>.

(16) N° 850 de la *Revista del Notariado* (Buenos Aires, 1997; págs. 23 a 47), conmemorativo del centenario de su fundación.

(17) “V. 6. 3. 1. Forma para la eficacia conversiva”, pág. 34.

(18) Citada en la nota 1 del presente.

(19) Sobre el tema, remitimos a nuestro citado trabajo, punto “V. 6. 2”, pág. 27.

(20) Confr. el mencionado “Código Civil...”, tomo cit., pág. 863.

(21) Siempre, en función de su *valer*.

(22) V. G.: arts. 1813 y 3217.

(23) Como “en instrumento público o privado” (art. 3319); “documento público o privado” (art. 1192); “por escritura pública o privada” (art. 2006); “por instrumento público, o por instrumento privado” (arts. 2246 y 720 –en plural–); etcétera.

(24) Parecidos términos se emplean en el artículo 1662 (que agrega “o por correspondencia”).

d) Como ya advertimos con anterioridad, de ser correcta la tesis que impugnamos “las disposiciones de los artículos 1185 y 1188 podrían haber sido plasmadas en un solo precepto”<sup>25</sup>.

Que ello no haya ocurrido está denotando –a nuestro juicio– que ambas normas no admiten tal fusión, por poseer contenidos precisos que deben ser interpretados armónicamente.

e) ¿Qué sentido tendría, en efecto, la explícita (y, para nosotros, limitativa) referencia al “instrumento particular” contenida en el artículo 1185, si a la postre –por virtud del 1188– los contratos que tienen impuesta la forma del instrumento público también valdrán como preliminares de ser celebrados verbalmente? Nos parece que ninguno.

f) Todavía más: acorde a la primera de las normas citadas precedentemente, la conversión substancial se produce de utilizarse una forma inferior *sólo en un grado* a la exigida<sup>26</sup>. Sin embargo, el artículo 1188 –en la interpretación que no compartimos– estaría habilitándola en supuestos en que el negocio se celebra con *dos grados* de menor rigor formal<sup>27</sup>.

g) Por el contrario, ello no ocurre de acuerdo con la idea que venimos exponiendo. Y así es en razón de que el mismo *quantum* de disminución en la estrictez de la forma se aprecia si se comparan las parejas “instrumento público-instrumento privado” y “escrito-oral”.

h) No se nos pasa inadvertido que en el artículo precedente –al cual el 1188 remite<sup>28</sup>– se dispone de manera expresa que la parte renuente “podrá ser demandada por la otra para que otorgue la *escritura pública*, bajo pena de resolverse la obligación en el pago de pérdidas e intereses”.

Pero se trata tan sólo, según nuestro criterio, de la lógica consecuencia de que el precepto se esté refiriendo al artículo 1185, que contempla –precisamente– casos de incumplimiento de la exigencia de esa especie de instrumento público.

i) Por lo tanto, entendemos –sobre la base de una razonable interpretación correctora– que el “efecto” a que alude el artículo que estamos analizando no es el de “que otorgue la escritura pública” sino el de *celebrar el contrato en la forma debida* (y omitida) –o sea, *por escrito*–, so pena del previsto resarcimiento.

j) De otra manera, y para el posible caso de que se requiera una demostración adicional, ¿quién puede indicarnos un contrato que *debiendo ser hecho* por instrumento *particular* –acorde a la tesis dominan-

(25) Op. cit., pág. 28, nota 68.

(26) Impuesta una especie de instrumento público, se celebra en instrumento privado.

(27) Ya que se desciende a la *oralidad*.

(28) “...también quedarán concluidos para el efecto designado en el artículo anterior”, reza su parte final.

te– tenga que celebrarse en “escritura pública”, de haberse formalizado verbalmente?

Nos confesamos absolutamente incapaces de detectar tan curioso espécimen.

En conclusión: sostenemos que el artículo analizado dispone que los contratos que –para su validez– deben hacerse *indistintamente* “por instrumento público o particular”<sup>29</sup>, se transforman *ministerio legis* en negocios *preliminares* si se concluyen verbalmente, lo que genera la obligación de cumplir con la forma ordenada (o sea, la de realizarlos *por escrito*).

Y, recíprocamente, que ello no ocurre tratándose de contratos que –al mismo fin– tienen prescripto el requisito formal de la “escritura pública”, respecto de los cuales dicha *conversión* sólo *opera* si se celebran en “instrumento privado” (y no *oralmente*), de acuerdo con lo establecido en el artículo 1185.

---

(29) Como dice el precepto, lo que en verdad significa que tienen impuesta la del “instrumento privado”, como forma *mínima* (tema que abordamos en nuestro citado trabajo, punto VII. B., pág. 38). Sirven de ejemplo el contrato de “cesión de créditos” (art. 1454) y “los que tengan por objeto una cantidad de más de diez mil pesos” m/n (art. 1193, acorde a la interpretación que hemos propuesto *supra*).