

COMENTARIO AL ARTÍCULO 700 DEL CÓDIGO CIVIL PARAGUAYO*

Art. 700.- Deben ser hechos en escritura pública:

a) los contratos que tengan por objeto la constitución, modificación, transmisión, renuncia o extinción de derechos reales sobre bienes, que deban ser registrados;

b) las particiones extrajudiciales de bienes, salvo que mediare convenio por instrumento privado presentado al juez;

c) los contratos de sociedad, sus prórrogas y modificaciones, cuando el aporte de cada socio sea mayor de cien jornales mínimos establecidos para la capital, o cuando consista en la transferencia de bienes inmuebles, o de un bien que deba ser registrado;

d) la cesión, repudiación o renuncia de derechos hereditarios, en las condiciones del inciso anterior, salvo que sean hechas en juicio;

e) todo acto constitutivo de renta vitalicia;

f) los poderes generales o especiales para representar en juicio voluntario o contencioso, o ante la administración pública o el Poder Legislativo; los conferidos para administrar bienes, contraer matrimonio, reconocer o adoptar hijos y cualquier otro que tenga por objeto un acto otorgado o que deba otorgarse por escritura pública;

g) las transacciones sobre inmuebles, y los compromisos arbitrales relativos a éstos;

h) todos los contratos que tengan por objeto modificar, transmitir o extinguir relaciones jurídicas nacidas de actos celebrados mediante escritura pública, o los derechos procedentes de ellos;

i) todos los actos que sean accesorios de contratos redactados en escritura pública; y

j) los pagos de obligaciones consignadas en escritura pública, con excepción de los parciales y de los relativos a intereses, canon o alquileres.

Sumario: I. Generalidades.- II. Clasificación de los contratos en orden a la forma.- III. Contratos que deben hacerse por escritura pública.-

* **Publicado en:** Código Civil de la República del Paraguay, Tomo V, La Ley Paraguaya, Tercera Edición, 2017, págs. 662 y ss.

I – Generalidades

La forma es entendida como el conjunto de las prescripciones de la ley, respecto de las solemnidades que deben observarse al tiempo de la celebración del acto jurídico.

Debe ponerse el acento en la frase “al tiempo de la celebración”; la forma impuesta por la ley es siempre contemporánea a la formación del acto¹.

En el derecho moderno, la regla la constituye la libertad de las formas, en el sentido de que solo excepcionalmente, cuando la ley así lo prescriba taxativamente, deberá observarse alguna solemnidad determinada para el acto de que se trate².

Nuestro Cód. Civil, en su art. 302, dispone que: “*En la celebración de los actos jurídicos deberán observarse las solemnidades prescriptas en la ley. A falta de regla especial, las partes podrán emplear las formas que estimen conveniente*”.

Se tiene, entonces, que la legislación paraguaya se encuentra en consonancia con el derecho moderno, considerando que en ella rige la libertad de las formas, entendida como la libre elección de las partes de exteriorizar la voluntad³.

Los contratos, en principio, son *no formales*. Esto no significa que las partes puedan prescindir de alguna forma de exteriorización de la voluntad, sino que, para manifestarse, las mismas tienen las más amplias e irrestrictas libertades. Así, los contrayentes pueden celebrar sus contratos verbalmente, por escrito o mediante manifestaciones indirectas de voluntad, siempre que pueda inducirse que ésta existe.

A su vez, la excepción en materia de contratos sería la “formalidad” exigida como requisito de validez. En tal sentido, la ley puede establecer como formas: la escritura del acto, la presencia de testigos, que el acto sea hecho por escribano público o por un oficial público, etc.

De lo antedicho se colige que en el artículo en cuestión se está ante una excepción en materia de formalidad de los contratos, ya que el precepto señala cuáles son los actos que deben ser hechos por escritura pública.

II - Clasificación de los contratos en orden a la forma

La doctrina ha evolucionado en cuanto al criterio de la clasificación de los contratos en orden a la forma. Así, el criterio tradicional sostenía la existencia de los contratos: 1. *No formales o consensuales propiamente dichos*, que eran los que podían ser

¹ MORENO RODRIGUEZ, José Antonio; Hechos y actos jurídicos, p. 365, 2da. ed., Intercontinental, Asunción, 2012.

² MORENO RODRIGUEZ, José Antonio; Curso de Derecho Civil. Hechos y Actos Jurídicos, p. 149, 1ª ed., Asunción, 1991.

³ Es dable destacar que el Cód. Civil utiliza la palabra forma en el sentido estricto, es decir, como solemnidad requerida por la ley para algunos negocios.

otorgados en la forma que las partes estimasen conveniente; 2. *Formales ad probationem*, para los cuales la ley requería determinada forma, pero sólo a los fines probatorios, por lo cual, el contrato era obligatorio aunque no haya sido celebrado en la forma prescripta; y, 3. *Formales ad solemnitatem*, para los cuales la ley imponía determinada forma, que hace a su existencia, de modo que, si no se cumplía esa forma, el contrato sería nulo. En este caso, la exteriorización era requerida bajo pena de nulidad⁴.

Por otro lado, se encuentra la doctrina moderna (*Guastavino, Mosset Iturraspe, López de Zavalía, Zago*) que adopta la siguiente clasificación: 1. *Contratos no formales*: son aquellos contratos cuya forma es libre, pues la ley no impone ninguna solemnidad. Algunos de los contratos requieren forma *ad probationem*, pero en tales casos la forma está meramente aconsejada (no impuesta) a las partes, para facilitarles la prueba del contrato. El incumplimiento de la forma no afecta el contrato ni su existencia, pero, en principio, no puede ser probado en juicio; y, 2. *Contratos formales propiamente dichos o solemnnes*: es decir, cuando la forma está legalmente impuesta. A su vez, los contratos solemnnes se subdividen en *absolutos* y *relativos*.

El contrato está sujeto a *solemnidad absoluta* cuando la inobservancia de la forma impuesta lo priva de todo efecto civil (es decir, cuando omitida la exteriorización queda privado de sus efectos propios y de la producción de obligaciones civiles). Por ejemplo, el contrato de donación de inmuebles debe ser hecho por escritura pública bajo pena de nulidad (art. 1213 del Cód. Civil). En cambio, se denomina *contratos solemnnes relativos* a aquellos cuya inobservancia de la forma impuesta obsta a que quede concluido como tal y produzca los efectos que las partes quisieron, pero a pesar de ello, el acto tiene aptitud para generar otros efectos distintos (engendra la obligación de “hacer escritura pública”). Verbigracia, si en la compraventa de inmuebles (que debe ser hecha por escritura pública) las partes realizan el contrato por instrumento privado, el mismo no queda concluido como contrato de compraventa, pero produce otro efecto, ya que valdrá como contrato en que las partes se hubieren obligado a cumplir esa formalidad⁵.

Cabe señalar que la adopción de la clasificación tradicional trae consigo un problema, puesto que existiría una categoría intermedia de contratos que parecería no encajar en ninguna de las dos formas de contratos formales (*ad solemnitatem* y *ad probationem*)⁶. Así, por ejemplo, la mayoría de los supuestos establecidos en el art.

⁴ Cfr. MORENO RODRIGUEZ, José Antonio, Curso ... obra citada, ps. 163-164; ALTERINI, Atilio; Contratos Civiles – Comerciales – de Consumo. Teoría General, ps. 235 y sgtes., 1ª reimpr., Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999; MOSSET ITURRASPE, Jorge; Contratos, ps. 265 y sgtes., 1ª ed., Ed. Rubilzal Culzoni, Santa Fe, 2003; LORENZETTI, Ricardo Luis; Tratado de los contratos – Parte general, ps. 422 y sgtes., 1ª ed., Ed. Rubilzal-Culzoni, Santa Fe, 2004; MARTYNIUK BARÁN, Sergio; Lecciones de Contratos. Derecho Civil, ps. 91 y sgtes., Ed. Intercontinental, Asunción, 2008.

⁵ *Ibidem*.

⁶ Para algunos autores adherentes a la doctrina tradicional, los contratos *ad probationem* son aquellos que pese a tener una forma dispuesta (ej. art. 700 del Cód. Civil), cuando ella es omitida producen los efectos del art. 701 del Cód. Civil. Ahora bien, siendo tan explícito en artículo 701 al decir que los contratos que debiendo llenar el requisito de la escritura pública no quedaran concluidos como tales, no se comprende cómo pueden ser clasificados como *ad probationem*, cuando es evidente que la forma hace a la validez del contrato tenido en mira por las partes. De allí

700 del Cód. Civil difieren de aquellos en que la solemnidad es requerida bajo pena de nulidad, como asimismo, se distinguen de los supuestos en que la solemnidad es requerida al solo efecto probatorio⁷.

Sin embargo, optando por la segunda clasificación (la moderna) los contratos que no encajan en la clasificación tradicional, sí lo harían dentro de los contratos solemnes relativos. Entonces, al parecer lo más adecuado sería inclinarse por la clasificación moderna.

Podría decirse, entonces, que la forma o solemnidad puede requerirse para la validez del contrato o para su prueba. En razón de ello, de conformidad con la definición de contrato formal, sólo serían tales los primeros; los formales para la prueba se colocarían fuera de los contratos formales⁸.

Ahora bien, aún adoptando la clasificación moderna, la subsunción de los actos jurídicos, descritos en el art. 700 del Cód. Civil, dentro de una u otra categoría de contratos solemnes (absolutos y relativos) no es tan sencilla. Al respecto, se debe indicar que si bien se sostiene que al no establecerse en el citado precepto la frase: “bajo pena de nulidad”⁹, todos los supuestos señalados por la norma se encuadrarían dentro de los contratos solemnes relativos, tal afirmación no es del todo correcta. Ello es así porque, si bien en el citado artículo se individualizan un buen número de contratos que permiten la conversión del negocio (de un contrato no válido por no cumplir la forma a uno que tiene un efecto diferente, cual es el de la obligación de hacer escritura pública)¹⁰, en realidad, de todos los actos jurídicos señalados en el artículo 700 del Cód. Civil hay algunos que no permiten dicha conversión, puesto que el artículo 701 del mismo cuerpo legal sólo se refiere a los “contratos” y dentro de la nomina de actos descritos en el art. 700 del Cód. Civil hay algunos que no son contratos sino actos unilaterales. Como ejemplos se puede citar a la renuncia de derechos hereditarios y al acto de otorgar poderes generales y especiales (actos de apoderamiento). En tales casos, considerando que la ley exige una cierta formalidad al decir: “Deben hacerse por escritura pública” (omitiendo decir: bajo pena de nulidad) y no permitiendo su conversión, se estaría ante actos cuya formalidad es solemne absoluta. Es decir, si la renuncia de derechos hereditarios o el poder para representar en juicio no se realizan por escritura pública, los mismos son nulos y no pueden *convertirse* a una obligación de hacer escritura pública.

que lo correcto es considerar que los supuestos establecidos en el art. 700 del Cód. Civil son supuestos de actos formales solemnes.

⁷ Cfr. MORENO RODRIGUEZ, José Antonio, Curso ... obra citada, p. 163.

⁸ Cfr. MOSSET ITURRASPE, obra citada, p. 265.

⁹ Tal como lo dice el artículo 1213 del Cód. Civil.

¹⁰ La conversión del negocio será analizada al estudiarse el art. 701 del Cód. Civil.

III - Contratos que deben hacerse por escritura pública

Tanto la ley como las propias partes (art. 701 in fine) pueden exigir la formalidad de la escritura pública para determinados contratos¹¹. En cualquier caso, se debe recordar que tal formalidad es una excepción a la regla de la libertad de las formas y, por lo tanto, de interpretación restrictiva.

El Cód. Civil menciona en el art. 700 una serie de actos jurídicos, algunos de índole contractual y otros no, que deben celebrarse por escritura pública. Tal precepto resulta ser el único que señala una solemnidad expresamente exigida en la parte general, sin perjuicio de lo dispuesto en la parte especial y de las formas dispuestas a los fines de la prueba.

El artículo en cuestión establece en nueve incisos cuáles son los actos jurídicos que deben hacerse por escritura pública, sin discriminar entre los casos en los cuales se la exige como solemnidad absoluta o como solemnidad relativa. Por tal motivo, es necesario analizar cada caso particular para llegar a una conclusión al respecto.

El precepto comienza estableciendo: “*Deberán ser hechos en escritura pública*”. A continuación, dice el inciso a): “*los contratos que tengan por objeto la constitución, modificación, transmisión, renuncia o extinción de derechos reales sobre bienes que deban ser registrados*”.

Urge recordar que de conformidad a lo prescrito en el art. 1953 del Cód. Civil son derechos reales: el dominio y el condominio, el usufructo, el uso y la habitación, las servidumbres prediales, la prenda y la hipoteca. Asimismo, hay que destacar que entre los bienes que deben ser registrados no sólo se encuentran los inmuebles sino también algunos bienes muebles como los automotores¹², buques¹³ y aeronaves¹⁴.

La publicidad de los derechos reales por la importancia que registra su constitución, modificación, transmisión, renuncia o extinción requiere de esta formalidad para preservar los derechos de terceros de buena fe¹⁵.

¹¹ Guillermo Borda define a las escrituras públicas como “una clase de instrumentos públicos otorgados por los escribanos en su libro de protocolo, de acuerdo con las formalidades que la ley establece para ellas” (BORDA, Guillermo; Tratado de derecho civil. Parte General II, p. 218, 7ª ed. act., Ed. Perrot, Buenos Aires, 1980). José Antonio Moreno Rodríguez acertadamente aclara: “Las escrituras públicas son, es cierto, instrumentos públicos autorizados por escribanos, pero no todo instrumento en que estos intervienen puede ser considerados como tales”. Como ejemplo de un instrumento público que no es una escritura pública, el citado autor menciona a las actas (MORENO RODRIGUEZ, José Antonio; Hechos y actos, 2 ed., ps. 475).

¹² El art. 339 del Cód. de Organización Judicial establece: “Se inscribirán en el Registro de Automotores los documentos de importación y los títulos de dominio y sus modificaciones, así como las restricciones de dominio y extinción de derechos, de toda clase de vehículos automotores, sean destinados al transporte público o privado, de personas o carga para fuerza móvil”.

¹³ El art. 335 del Cód. de Organización Judicial reza: “En el Registro de Buques se inscribirán, previo registro de la Prefectura General de Puertos, solamente los buques que tengan más de seis toneladas de registro bruto”.

¹⁴ El art. 21 de la ley 1860/2002 dispone: “Las aeronaves son bienes registrables, con las excepciones previstas en este código”.

¹⁵ PANGRAZIO, Miguel Ángel; Código Civil Paraguayo Comentado. Libro tercero, p. 46, 4ª ed., Ed. Intercontinental, Asunción, 1998.

Dentro de este inciso se subsume un gran número de contratos que deben ser hechos en escritura pública. Por ejemplo, se hallan los contratos que tienen por objeto la compraventa o permuta de inmuebles, los contratos de hipotecas sobre inmuebles o los contratos de prenda sin desplazamiento etc. En todos estos casos, la formalidad requerida es la relativa, es decir, que son objeto de la conversión establecida en el artículo 701 del Cód. Civil.

En este punto es conveniente recordar que los únicos casos en que el Cód. Civil – expresamente– requiere la formalidad de la escritura pública, bajo pena de nulidad, son las donaciones de inmuebles, las donaciones con cargo y las donaciones que tuvieren por objeto prestaciones periódicas o vitalicias¹⁶.

También se debe vislumbrar que el inc. a) del art. 700 del Cód. Civil se encuentra en concordancia con numerosos artículos ubicados a lo largo de los diversos derechos reales como, por ejemplo, los arts. 2071¹⁷, 2357¹⁸, 2358¹⁹, 2401²⁰, 2404²¹, etc. Asimismo, está en consonancia con el art. 22 de la ley 1860/2002²², el 336 del COJ²³, etc.

El inc. b) establece: *“las particiones extrajudiciales de bienes, salvo que mediere convenio por instrumento privado presentado al juez”*.

En el mundo jurídico la partición es la distribución o repartimiento de un patrimonio, singularmente la herencia o una masa social de bienes, entre varias personas con iguales o diversos derechos sobre el condominio a que se pone fin²⁴. Interpretando la partición como una manera de concretar la división ideal preexistente, Capitant la caracteriza como una operación en virtud de la cual los condueños de un bien determinado o de un patrimonio ponen fin a la indivisión, al

¹⁶ El art. 1213 del Cód. Civil: “Deben ser otorgadas por escritura pública, bajo pena de nulidad: a) las donaciones de inmuebles; b) las donaciones con cargo; y c) las que tuvieren por objeto prestaciones periódicas o vitalicias. Estas donaciones, para ser válidas, deben aceptarse en la misma escritura, o bien por otra, notificándose al donante; pero el acto quedará concluido desde el momento de la aceptación”.

¹⁷ Art. 2071 del Cód. Civil: “La propiedad de toda clase de máquina o vehículo automotor que debe inscribirse en el registro habilitado en la Dirección de Registros, y su transmisión no podrá hacerse sino por escritura pública, previo certificado de no gravamen del mencionado registro”.

¹⁸ El art. 2357 del Cód. Civil establece: “La hipoteca sólo puede constituirse por contrato en la forma establecida en este Código”.

¹⁹ Art. 2358 del Cód. Civil: “En la escritura pública de constitución de hipoteca deberá constar la aceptación del acreedor. Si éste no la hubiere prestado, deberá hacerlo posteriormente en la misma forma, para la validez del acto, con efectos desde el día de su inscripción. La promesa de constituir hipoteca hecha por documentos privados no será exigible”.

²⁰ Art. 2401 del Cód. Civil: “La hipoteca termina: ...b) por la renuncia del derecho del acreedor hipotecario hecha en escritura pública”.

²¹ Art. 2404 del Cód. Civil: “La inscripción de la hipoteca será cancelada en virtud de escritura pública en la que el acreedor declare la extinción de su crédito, o su renuncia a él, o por resolución judicial”.

²² El art. 22 de la ley 1860/2002 establece: “La adquisición y transferencia de dominio de las aeronaves deberán formalizarse por escritura pública e inscribirse en el Registro Aeronáutico Nacional”.

²³ El art. 336 del Cód. de Organización Judicial preceptúa: “En este registro se anotarán: a) la propiedad de los buques, previa inscripción en la Prefectura General de Puertos; b) la constitución de hipotecas, y su extinción, la locación y toda clase de derechos reales sobre inmuebles; y, c) los embargos judiciales y su levantamiento”.

²⁴ OSSORIO, Manuel; Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, p. 720, 27ª ed., Ed. Heliasta, Buenos Aires, 2000. Voz: Partición.

substituir la parte ideal que tienen sobre aquella cosa o sobre el conjunto de bienes por una parte material distinta²⁵.

Es dable indicar que, en concordancia con el citado apartado, el artículo 2530 del Cód. Civil dispone: “La partición entre coherederos mayores de edad, podrá efectuarse en la forma que convinieren por unanimidad, debiendo observarse lo dispuesto en este Código sobre la forma de los contratos”.

La salvedad que hace este inciso obedece al carácter de instrumento público que adquiere el convenio mediante la actuación judicial²⁶. En efecto, la partición realizada por instrumento privado presentada al juez brinda tanta seguridad como la escritura y significa un importante ahorro de gastos.

Entonces, si existe un juicio sucesorio, el acuerdo para dividirse los bienes puede hacerse constar en acta judicial, ya el mismo goza de la fe pública que atañe a la escritura pública. Igualmente, el instrumento privado ratificado ante el juez asume la condición de instrumento público²⁷. Ahora bien, ¿qué sucede si una de las partes se niega a presentar el acuerdo privado ante el tribunal? Según Mosset Iturraspe y López de Zavalía, dicho acuerdo privado da derecho al interesado para demandar judicialmente el otorgamiento de la escritura pública²⁸.

Asimismo, debe señalarse que el artículo 2533 del Cód. Civil establece que la partición de herencia será judicial, bajo pena de nulidad: a) si hubiere herederos incapaces o menores emancipados como interesados; b) si el causante fuere un presunto fallecido y sus herederos tuvieren la posesión definitiva de sus bienes; c) si hubiere herederos o legatarios ausentes; y d) siempre que terceros, fundados en un interés legítimo, se opusieran a la partición privada.

El inc. c) del artículo analizado dice: “*los contratos de sociedad, sus prórrogas y modificaciones, cuando el aporte de cada socio sea mayor de cien jornales mínimos establecidos para la capital, o cuando consista en la transferencia de bienes inmuebles, o de un bien que deba ser registrado*”.

Con relación a los contratos de sociedad, se puede decir que su constitución, sus prórrogas y sus modificaciones deben constar en escritura pública en tres hipótesis. La primera se da cuando el aporte de cada socio sea mayor de cien jornales mínimos establecidos para la capital. A *contrario sensu*, si los aportes son menores a dicho monto, la formalidad requerida será el instrumento privado, considerando que el artículo 965 del Cód. Civil reza: “*Los contratos serán formalizados por escrito. Lo serán por escritura pública en los casos previstos por este Código*”. La segunda

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ MARTYNIUK BARÁN, Sergio, obra citada, p. 97.

²⁷ SPOTA, Roberto; Instituciones de Derecho Civil. Contratos III, p. 138, 2ª reimp., Ed. Depalma, Buenos Aires, 1980. En igual sentido, Salvat sostiene que cuando la partición se realiza judicialmente, las constancias del expediente judicial y los testimonios extraídos de él, tienen el valor de instrumentos públicos y la escritura carecería de razón. (SALVAT, Raimundo M.; Tratado de Derecho Civil Argentino. Fuentes de las obligaciones, t.1, p. 73, Ed. La ley, Buenos Aires, 1946).

²⁸ Cfr. MOSSET ITURRASPE, Jorge, obra citada, p. 270 y ALTERINI, Atilio, obra citada, p. 240.

hipótesis se refiere a los casos en que los aportes de los socios consistan en la transferencia de bienes inmuebles y la tercera se da cuando el aporte consista en un bien registrable (ej. automotores, aeronaves, buques, etc.). En estos dos últimos casos existe una concordancia con lo establecido en el inc. a) del mismo precepto.

En directa correlación con este inciso, el art. 4 de la ley 388/94 “*Que establece disposiciones sobre la constitución de sociedades anónimas y modifica artículos de la ley n.º 1183/85 (Código Civil)*” dispone que las sociedades anónimas deben constituirse por escritura pública.

Como excepción a todo tipo de formalidad, dentro del marco del contrato de sociedad, es importante señalar que nuestra legislación no requiere forma alguna para la constitución de una sociedad simple, salvo las exigidas por la naturaleza de los bienes aportados²⁹. Se tiene, entonces, que la sociedad simple puede ser constituida, inclusive, verbalmente.

El inc. d) señala que tiene que hacerse por escritura pública: “*la cesión, repudiación o renuncia de derechos hereditarios, en las condiciones del inciso anterior, salvo que sean hechas en juicio*”.

En rigor, el derecho hereditario puede ser objeto de un contrato debido a que se puede ceder una herencia, es decir, una universalidad jurídica. Asimismo, la herencia puede ser objeto de renuncia o repudiación por parte del heredero. Tal como se ha visto, el presente inciso se refiere a dos actos jurídicos de distinta naturaleza: la cesión de derechos hereditarios, que constituye un contrato y la renuncia o repudiación de herencia, que es un acto jurídico cuyo efecto es resolver la vocación hereditaria³⁰.

Por regla general, conforme a lo establecido en el apartado en estudio, la cesión o repudiación de la herencia (cuando el objeto del acto jurídico sea mayor de cien jornales mínimos³¹) debe hacerse por escritura pública. Ahora bien, hay que tener en cuenta que el Cód. Civil posee otros preceptos en donde también se trata esta materia.

Así, el art. 2463 del citado cuerpo legal dispone: “*La renuncia de una herencia no se presume. Para que sea eficaz respecto de los acreedores y legatarios, debe ser expresa, hecha en escritura pública y presentada al juez de la sucesión, quien reconocerá su existencia en la sentencia declaratoria de herederos. Entre los que tengan derecho a la sucesión, la renuncia puede ser hecha y aceptada en toda especie de documento privado, pero no puede serle opuesta al renunciante por los coherederos, sino cuando hubiere sido aceptada por todos*”.

²⁹ Art. 1014 del Cód. Civil: “El contrato de sociedad simple no está sujeto a forma especial alguna, salvo las exigidas por la naturaleza de los bienes aportados”.

³⁰ El Código Civil utiliza los términos renuncia y repudiación como sinónimos. Ahora bien, según Salvat la repudiación de derechos hereditarios es el acto por el cual la persona llamada a recoger una herencia rehúsa su aceptación, en cambio, la renuncia de derechos hereditarios parece referirse al caso en que una persona hace abandono o abdicación de derechos hereditarios que ya había aceptado. (SALVAT, Raimundo, obra citada, p. 75).

³¹ A esto se refiere la frase: “...en las condiciones del inciso anterior”.

De lo establecido en el mencionado precepto, se desprende que el mismo hace un distingo. Así, para que la renuncia surta efectos frente a acreedores y legatarios debe ser expresa, hecha en escritura pública y presentada al juez de la sucesión, pero si se trata de una renuncia frente a otros coherederos la misma puede ser hecha por instrumento privado.

Por otro lado, la última parte del inciso en cuestión otorga la posibilidad de suplir la escritura pública, tanto en la cesión como la repudiación de la herencia, a través de un acta judicial, un escrito ratificado ante el juzgado o un instrumento privado con certificación notarial presentado al juez de la sucesión. En todos los casos se goza de la misma fe pública que una escritura pública, ya que, de conformidad a lo establecido en el art. 375 del Cód. Civil, las actuaciones judiciales practicadas con arreglo a las normas procesales son instrumentos públicos.

Cabe indicar que la salvedad establecida en el inciso tratado da por concluido la discusión doctrinaria y jurisprudencial sobre la posibilidad o no de que la escritura pública pueda ser suplida mediante acta judicial o escrito ratificado. En Argentina, dicha disputa surgió debido a que el artículo 1184 inc. 6) del Cód. de Vélez no disponía de la frase: “*salvo que sean hechas en juicio*”.

Asimismo, importa realizar una aclaración con relación al tipo de formalidad. La cesión de la herencia, al ser un contrato sujeto a solemnidad relativa puede ser objeto de conversión. En cambio, la renuncia de la herencia, al ser un acto unilateral, constituye un acto sujeto a solemnidad absoluta. Ello es así puesto que es inconcebible que un acto unilateral vaya precedido de otro que obligue a otorgarlo³², es decir, con relación a la repudiación de la herencia no es aplicable el art. 701 del Cód. Civil.

El inc. e) indica: “*todo acto constitutivo de renta vitalicia*”³³. En principio, cabe advertir que el presente apartado alude a toda constitución “contractual” de renta vitalicia³⁴, puesto que las rentas constituidas por testamento pueden ser realizadas válidamente en la forma establecida en la ley para cada tipo de testamento, bastando, por lo tanto, con el testamento ológrafo o el cerrado³⁵.

Se tiene, entonces, que tanto el contrato oneroso de renta vitalicia³⁶ como el de donación (que tuviere por objeto prestaciones vitalicias) deben hacerse por escritura

³² Cfr. BELLUSCIO, Augusto, ZANONNI, Eduardo; Código Civil y Leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado. Augusto Belluscio (Director). Eduardo A. Zannoni (Coordinador), t 5, p. 830, 2ª reimp., Ed. Astrea, Buenos Aires, 1994.

³³ Para Pangrazio, siendo que de la renta vitalicia surge una obligación muy onerosa para el deudor y de suma importancia para el beneficiario, es aconsejable que por razones de seguridad y trascendencia del acto, el mismo se extienda en escritura pública (Cfr. PANGRAZIO, obra citada, p. 47).

³⁴ Al decir “constitución contractual” nos estamos refiriendo al contrato oneroso de renta vitalicia y al contrato de donación.

³⁵ Cfr. BORDA, Guillermo; Tratado de Derecho Civil. Obligaciones II, p. 190, 4ª ed. act. y amp., Ed. Perrot, Buenos Aires, 1976; MARTYNIUK BARAN, Sergio, obra citada., p. 98.

³⁶ El art. 1431 del Cód. Civil establece: “Por el contrato oneroso de renta vitalicia, una de las partes se obliga a entregar una suma de dinero o una cosa apreciable en dinero, y la otra se compromete a pagar una renta periódica a uno o más beneficiarios durante la vida del suministrador del capital, o de otras personas determinadas”. Para Lorenzetti, el contrato oneroso de renta vitalicia es un contrato de previsión donde la aversión al riesgo es un

pública. Empero, vale mencionar que existe una diferencia fundamental con relación a la solemnidad requerida en cada tipo contractual. Por un lado, el contrato de renta vitalicia es de formalidad relativa. En otros términos, si el contrato es realizado por contrato privado o verbalmente (habiéndose operado la tradición del capital del cual surge la renta), rige lo dispuesto en el artículo 701 del Cód. Civil³⁷. Sin embargo, de conformidad a lo establecido en el art. 1213 del Cód. Civil, la renta vitalicia constituida por donación requiere la escritura pública como solemnidad absoluta.

Según lo establecido en el inc. f) del art. 700 del Cód. Civil, también deberán hacerse en escritura pública: *“los poderes generales o especiales para representar en juicio voluntario o contencioso, o ante la administración pública o el Poder Legislativo; los conferidos para administrar bienes, contraer matrimonio, reconocer o adoptar hijos y cualquier otro que tenga por objeto un acto otorgado o que deba otorgarse por escritura pública”*.

El citado apartado señala cuáles son los poderes que deben formalizarse por medio de la escritura pública. En los casos señalados en el presente inciso se da una característica común, la cual es “la importancia de los intereses comprometidos”. Esta importancia es la que justifica la exigencia de la escritura pública, puesto a través de la misma se permite conocer fehacientemente el alcance de los poderes otorgados³⁸.

Ante todo, se debe realizar algunas aclaraciones con relación al mandato, a la representación y al poder.

En el mandato existe un encargo dado a otro para la satisfacción de un interés del titular. La relación que el mandato regula es bilateral, entre el mandante y mandatario, no involucra a terceros. La representación, en cambio, no está destinada a regular las relaciones entre representante y representado, sino los vínculos del representante con terceros. El poder, fuente de la representación convencional, es un acto unilateral del representado, destinado a terceros, comunicándoles que el representante actúa por su cuenta y nombre. Estas precisiones permiten distinguir el mandato de la representación y admitir un mandato representativo y otro no representativo³⁹.

elemento decisivo para la contratación. Las partes desean prevenir un riesgo futuro para sí mismos o para terceros, consistente en la necesidad de dinero en forma de renta, en caso de que no puedan obtenerla por sí mismos. Agrega el citado autor que, en la actualidad, el contrato de renta vitalicia ha perdido importancia y su índice de utilización es muy bajo, toda vez que han surgido formas más aptas como: el seguro de vida, la seguridad social o privada, etc. (LORENZETTI, Ricardo Luis; Contratos. Parte Especial, t. II, p. 438, 1ª ed., Ed. Rubilzal-Culzoni, Santa Fe, 2003).

³⁷ En tal sentido, refiriéndose al contrato de renta vitalicia, Mosset Iturraspe indica: “Celebrado por instrumento privado o verbalmente vale como promesa o ‘boleto’, que obliga a cumplir con la escritura pública, según el artículo 1185 del Código Civil”. (Ver MOSSET ITURRASPE, Jorge, obra citada, p. 271). Se debe señalar que el artículo 1185 del Cód. Civil argentino es el equivalente al art. 701 del Cód. Civil paraguayo.

³⁸ Para Borda, sin embargo, la exigencia de la formalidad ha resultado en la práctica demasiado pesado y la jurisprudencia –Argentina- se ha encargado de desvirtuarla en buena medida. Así, por ejemplo, de acuerdo con el art. 1184 del Cód. Civil argentino el poder para comprar o vender inmuebles debe ser otorgado por escritura pública; pero los tribunales han distinguido entre la escritura traslativa de dominio, para firmar la cual se requiere instrumento otorgado en esa forma y el boleto de compraventa, para el cual basta con una autorización privada (Ver BORDA, Guillermo; Tratado de Derecho Civil. Obligaciones II, obra citada, p. 191).

³⁹ LORENZETTI, Ricardo Luis; Contrato. Parte Especial, tomo I, p. 425, 1ª ed., Ed. Rubilzal-Culzoni, Santa Fe, 2003. “El acto de apoderamiento es un acto jurídico unilateral en cuya virtud una persona confiere a otra la facultad

Conviene recordar que en el contrato de mandato la regla es la no exigencia de formalidad, pudiendo celebrarse de manera expresa o tácita, tanto en lo que hace a su otorgamiento por el mandante como a su aceptación por el mandatario. Pero el contrato de mandato no puede confundirse con el “poder” o “procura”, que es siempre formal⁴⁰.

El poder implica una relación jurídica interna, entre poderdante-apoderado, que no es contractual porque el acto de apoderamiento (otorgamiento de poder) es un acto jurídico unilateral. El poder tiene entidad en función de otro negocio causal, que es el que le da sentido. Aisladamente considerado el poder no tiene realmente objeto propio, finalidad o razón de ser autónoma pero, aunque se presente desconectado, formalmente el negocio representativo, desde el punto de vista funcional lo integra, constituye parte de éste⁴¹.

El poder puede ser general o especial. El primero se refiere a todos los negocios del mandante y el especial a ciertos negocios en particular. La distinción tiene importancia porque el mandato general no atribuye otro poder que el de realizar actos de administración; no importa que el mandante declare que no se reserva ningún poder o que el mandato contenga la cláusula de general y libre gestión (art. 883 del Cód. Civil). En cualquier caso el poder general sólo atribuye facultades para realizar actos de administración⁴². No puede haber poder general de disposición sino únicamente de administración⁴³. El principio es que el mandato debe interpretarse con criterio restrictivo y que cuando se trata de actos de disposición, el mandatario sólo puede efectuar aquellos que han sido expresamente previstos en el poder⁴⁴.

Es necesario indicar que la solemnidad requerida en el acto de apoderamiento es absoluta debido a que al ser un acto jurídico unilateral no le es aplicable el art. 701 del Cód. Civil. Además, es obvio que, al ser el mandato un contrato de confianza, no sería admisible que el mandatario demande por obligación de hacer escritura pública para que se le otorgue un poder. Si el mandante, en principio, suscribió un poder por medio de un instrumento privado y luego no desea otorgar el poder por instrumento público es porque, lo más probable, perdió la confianza que tenía hacia el mandatario.

Refiere el inc. g): “*las transacciones sobre inmuebles y los compromisos arbitrales relativos a éstos*”. En primer término, se debe destacar que por el contrato de

de representarla, por lo que produce sus efectos sin necesidad de aceptación”. (LEIVA FERNÁNDEZ, Luis; Colección de Análisis Jurisprudencial. Contratos Civiles y Comerciales, p. 449, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2002).

⁴⁰ MOSSET ITURRASPE, Jorge, obra citada, p. 272.

⁴¹ LEIVA FERNANDEZ, Luis, obra citada, p. 449.

⁴² Cfr. BORDA, Guillermo; Tratado de Derecho Civil. Contratos II, p. 487, 4^a ed. act., Ed. Perrot, Buenos Aires, 1979.

⁴³ LEIVA FERNANDEZ, Luis, obra citada, p. 449.

⁴⁴ BORDA, Guillermo; Tratado de Derecho Civil. Contratos II, p. 487.

transacción las partes, mediante concesiones recíprocas, ponen fin a un litigio o lo previenen⁴⁵.

Tanto cuando a través del contrato se extingan derechos dudosos como cuando se extingan derechos litigiosos sobre inmuebles se debe realizar el contrato por escritura pública. Ahora bien, cuando se trate de derechos litigiosos (transacción judicial) se exige una formalidad adicional, pues el art. 1500 del Cód. Civil dispone que cuando la transacción versare sobre derechos ya litigiosos la misma deberá presentarse al juez de la causa y tendrá efecto respecto de terceros, sólo después de su agregación a los autos.

Por otro lado, se puede afirmar que en las transacciones que no recaigan sobre inmuebles no es necesaria ninguna formalidad, pero las mismas deberán probarse por escrito, según lo indicado en el artículo 1500 del Cód. Civil y, siempre que se trate de derechos litigiosos, se debe presentar ante el juez de la causa. Generalmente, en la práctica, las transacciones judiciales son hechas directamente por las partes en el mismo expediente judicial o bien, se realiza por instrumento privado que luego es incorporado al expediente.

En cuanto a los compromisos arbitrales aludidos por este inciso, la provisión ha quedado derogada por la Ley 1879 de 2002, “De arbitraje y Mediación”, que no prevé la formalidad de la escritura pública para el perfeccionamiento de un acuerdo de arbitraje (Art. 10), debiendo prevalecer esta norma por tratarse de una ley posterior que se ocupa específicamente del tema arbitral⁴⁶.

Por último, es menester destacar que el contrato de transacción sobre inmuebles está sujeto a solemnidad relativa, es decir, se admite la conversión conforme a lo establecido en el artículo 701 del Cód. Civil. Ahora bien, la transacción sobre derechos litigiosos es un contrato solemne absoluto, puesto que tal como se sostuvo, anteriormente, la legislación requiere una formalidad adicional, cual es la de presentar al juez el instrumento en el que consta la transacción.

El inc. h) del artículo 700 del Cód. Civil establece: “*todos los contratos que tengan por objeto modificar, transmitir o extinguir relaciones jurídicas nacidas de actos celebrados mediante escritura pública, o los derechos procedentes de ellos*”. Efectivamente, los contratos consignados en una escritura pública no pueden modificarse, transferirse o extinguirse sino mediante el cumplimiento de la misma forma en que fueron realizados. Un ejemplo es la cesión de acciones o derechos procedentes de actos consignados en escritura pública o la cesión de una hipoteca. La celebración por instrumento privado o en forma verbal engendrará la obligación aludida en el art. 701 del Cód. Civil.

Dispone el inc. i) del precepto en cuestión: “*todos los actos que sean accesorios de contratos redactados en escritura pública*”. Conforme a la regla según la cual lo

⁴⁵ Art. 1495 del Cód. Civil.

⁴⁶ MORENO RODRIGUEZ, José Antonio; Curso de contratos, p. 228, 1ra. ed., Intercontinental, Asunción, 2015.

accesorio debe seguir a lo principal, todo acto accesorio a otro acto redactado en escritura pública debe ser hecho en escritura pública⁴⁷. Cabe señalar que el apartado hace alusión a “todos los actos”, incluyéndose, entonces, tanto a actos unilaterales como a contratos accesorios.

Como ejemplos se pueden citar al contrato accesorio de fianza, que debe otorgarse en escritura pública si así consta el contrato principal al cual aquél accede, y a la aceptación de una donación de inmueble, cuando ella se da en forma separada (art. 1213 del Cód. Civil).

Por último, el inc. j) indica: *“los pagos de obligaciones consignadas en escritura pública, con excepción de los parciales y de los relativos a intereses, canon o alquiler”*.

El pago es el cumplimiento específico de una obligación con efectos extintivos y liberatorios. Conforme a lo previsto en el apartado que se analiza, si se trata de una obligación que consta en escritura pública, el pago de tal obligación debe ser revestido con la forma de una escritura pública, a menos que fueren pagos parciales o se tratara de pagos relativos a intereses, canon o alquileres⁴⁸. En estos casos los pagos pueden probarse por cualquier medio⁴⁹.

Surge la interrogante de lo que ocurriría si en los casos en que el pago que debía constar en escritura pública se la hubiere documentado por instrumento privado. Para los autores López de Zavalía y Spota en estos supuestos se daría la posibilidad de accionar por escrituración.

Al respecto, se debe advertir que para resolver la cuestión primero se debe analizar la naturaleza jurídica del pago, asunto -controvertido en la doctrina- que no corresponde ser analizado en el presente tópico.

⁴⁷ BELLUSCIO, Augusto y ZANONNI, Eduardo, obra citada, p. 833.

⁴⁸ “Los intereses, canon o alquileres pueden constar igualmente en instrumentos privados, por tratarse de prestaciones periódicas que en sí mismas no modifican la existencia de la obligación principal, consignada en escritura pública”. (MARTYNIUK BARAN, Sergio, obra citada, p. 100).

⁴⁹ “Por excepción, la escritura pública no es requerida en los dos casos que la ley enumera: 1º Cuando se trate de pagos parciales: ellos pueden constar en simples documentos privados o aun ser acreditados por otros medios de prueba, de acuerdo con los principios generales, pero una vez integrado el total de la obligación, debe otorgarse la escritura pública correspondiente; 2º Cuando se trate de pago de intereses, canon o alquileres: pueden igualmente constar en instrumentos privados, por tratarse de prestaciones periódicas, que en sí mismas no modifican la existencia de la obligación principal, consignada en la escritura pública” (SALVAT, Raimundo, obra citada, p. 77).

COMENTARIO AL ARTÍCULO 701 DEL CÓDIGO CIVIL PARAGUAYO*

Art. 701.- Los contratos que, debiendo llenar el requisito de la escritura pública, fueren otorgados por instrumento privado o verbalmente, no quedarán concluidos como tales, mientras no estuviere firmada aquella escritura. Valdrán, sin embargo, como contratos en que las partes se hubieren obligado a cumplir esa formalidad.

Estos actos, como aquellos en que las partes se comprometieren a escriturar, quedan sometidos a las reglas sobre obligaciones de hacer.

El presente artículo no tendrá efecto cuando las partes hubieren convenido que el acto no valdría sin la escritura pública.

Sumario: I. Efectos del incumplimiento de las formas.- II. La obligación de hacer escritura pública.- III. La conversión del negocio.- IV. Caso en que el deudor de la obligación de escriturar transfiere el dominio a un tercero.-

I – Efectos del incumplimiento de las formas

Cuando no se cumple con las formas requeridas hay que determinar qué función tiene dicho requerimiento:

- Si se trata de una forma para la eficacia (solemne absoluto), el incumplimiento acarrea la nulidad, ya que es una norma de prohibición.

- Si es una forma para la eficacia relativa, el negocio cumple otros efectos, produciéndose la conversión.

- Si es requerida para la prueba, es una carga que conlleva la pérdida del beneficio, es decir, no se puede probar sino con la forma requerida⁵⁰.

II - La obligación de hacer escritura pública

El art. 701 del Cód. Civil establece que los contratos que, debiendo llenar el requisito de la escritura pública, fueron otorgados por instrumento privado o verbalmente, no quedarán concluidos como tales sino que valdrán como contratos en que las partes se obligan a hacer escritura pública. En otras palabras: mientras la escritura no esté suscripta, las partes no pueden exigirse el cumplimiento de las obligaciones derivadas

* **Publicado en:** Código Civil de la República del Paraguay, Tomo V, La Ley Paraguaya, Tercera Edición, 2017, págs. 687 y ss.

⁵⁰ LORENZETTI, Ricardo Luis; Tratado de los contratos – Parte general, ps. 429-430, 1ª ed., Ed. Rubilzal-Culzoni, Santa Fe, 2004.

del contrato definitivo, pero pueden exigir la escrituración, cumplido lo cual el contrato producirá todos sus efectos⁵¹.

El precepto en cuestión se refiere a los contratos solemnes relativos que, debiendo haber sido celebrados en escritura pública, fueron hechos por instrumento privado o verbalmente. Como ejemplo se puede citar el caso del boleto de compraventa de inmueble, el cual no queda concluido como tal –no existe como compraventa, que obliga a pagar el precio y a entregar la cosa– pero sí queda concluido como “contrato en que las partes se han obligado a hacer escritura pública”⁵². Con el boleto de compraventa no se transfiere un inmueble ya que dicho instrumento no es válido para el efecto, pero por voluntad de la ley ese documento privado se transforma en un acto en virtud del cual las partes se comprometen a otorgar la escritura pública, asumiendo una obligación de hacer⁵³.

III - La conversión del negocio

La omisión de la forma en escritura pública de los contratos que la ley determina y su realización por instrumento privado o verbalmente da lugar a la aplicación del instituto de la conversión del negocio jurídico, el cual consiste en la transformación de un acto nulo en otro eficaz.

Esta posibilidad de aprovechar el acto jurídico claudicante y hacerle producir algunos efectos se denomina “*conversión del acto*”. Es un procedimiento para llevar el acto a la forma impuesta por la ley, se trata de la utilización de una declaración que no posee entidad suficiente para dar vida a un negocio jurídico por defecto de forma, pero como el primer contrato contiene los requisitos de fondo del segundo, puede engendrar ese otro negocio diferente, con efectos parcialmente distintos⁵⁴.

La conversión del negocio es una disposición de la ley, es un fenómeno de heterointegración, de modo que la ley suple a las partes (autointegración) en el diseño del contenido obligatorio⁵⁵.

La regla es que un contrato que se celebra sin cumplir con la forma requerida para su eficacia es nulo, es decir, no es eficaz y no produce sus efectos propios. Sin embargo, la ley puede tomar en cuenta ese contrato con defectos de forma y darle un efecto que no es el naturalmente previsto si hubiere tenido la forma, pero está encaminado a que

⁵¹ BORDA, Guillermo; Tratado de Derecho Civil. Obligaciones II, p. 193, 4^a ed. act. y amp., Ed. Perrot, Buenos Aires, 1976.

⁵² “El boleto de compraventa, operación casi diaria y natural, es el mayor exponente de este fenómeno de la omisión de la forma legal y la necesidad de la conversión del negocio jurídico; procederá, entonces, la demanda por escrituración” (CORDOBERA GONZALEZ DE GARRIDO, Rosa; La forma del contrato, en “Contratos”. Homenaje al profesor doctor Jorge Mosset Iturraspe; Félix Trigo Represas y Rubén Stiglitz (Directores), p. 84, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 2001).

⁵³ Cfr. MARTYNIUK BARAN, Sergio; Lecciones de Contratos. Derecho Civil, p. 101, Ed. Intercontinental, Asunción, 2008.

⁵⁴ NICOLAU, Noemí; Fundamentos de Derecho Contractual. Teoría General del Contrato, t. I, p. 91, 1^a ed., La Ley, Buenos Aires, 2009.

⁵⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis, obra citada, p. 431.

se cumpla el propósito querido por las partes⁵⁶. La conversión del contrato inválido, con el propósito de proteger y mantener –de manera esencial, aunque no sea completa– la voluntad contractual de las partes, deja sin aplicación la regla según la cual lo que es nulo no produce ningún efecto (*quod nullum est, nullum producit effectum*)⁵⁷.

El fundamento es la buena fe que permite integrar lo acordado por las partes. Este acto derivado de la autonomía privada es un intento de celebrar un contrato eficaz, que es fallido por no cumplir la forma; si tiene todos los demás elementos, el Derecho suple ese intento dándole un efecto diferente encaminado a que el intento se termine cumpliendo por otro camino⁵⁸.

Con respecto a la naturaleza del acto otorgado sin la forma legal prevista, existen dos posturas divergentes. La primera indica que las partes deben volver a prestar su consentimiento y no puede exigirse el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el contrato que no cumple con los requisitos formales. La segunda señala que el contrato es definitivo, serio y único, que sólo carece del requisito de forma. El otorgamiento del acto bajo la forma prescripta no implica que las mismas partes deban renovar su consentimiento. El otorgamiento de la escritura pública es un acto complementario que, inclusive, en caso de resistencia al cumplimiento por las partes, puede ser otorgado por el juez, lo que sería imposible si se debería renovar el consentimiento. Cabe decir que la mayoría de la doctrina acoge la segunda postura⁵⁹.

IV - Caso en que el deudor de la obligación de escriturar transfiere el dominio a un tercero

Al respecto, se puede manifestar que la doctrina y la jurisprudencia argentina discrepan acerca de la resolución a dictar cuando el deudor de la obligación de escriturar transfiere el bien a favor de un tercero; para un sector procede, no obstante la enajenación, condenar a cumplir con la escrituración, bajo apercibimiento de hacerlo el tribunal, “y si esto no fuera posible, que la obligación se resuelva en el pago de los daños y perjuicios”. Esta tesis tiene en cuenta que el demandado –deudor de la obligación de escriturar– puede retrotraer el dominio, adquirir lo que antes enajenó, y cumplir con el acreedor de la promesa. Para otro sector, aparentemente mayoritario, la enajenación por el deudor se considera una hipótesis de imposibilidad y frente a ese evento “no se justifica la insistencia en el cumplimiento de una prestación de hacer que aparece de momento como jurídica y materialmente irrealizable”. La obligación primitiva subsiste, pero convertida en la de pagar daños y perjuicios⁶⁰.

⁵⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis, obra citada, p. 430.

⁵⁷ DE LOS MOZOS, citado por ALTERINI, Atilio, en: Contratos Civiles – Comerciales – de Consumo. Teoría General, p. 375, 1ª 1ª reimp., Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999.

⁵⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis, obra citada, p. 431.

⁵⁹ Cfr. NICOLAU, Noemí; Fundamentos de Derecho Contractual. Teoría General del Contrato, t. I, p. 91, 1ª. ed., La Ley, Buenos Aires, 2009.

⁶⁰ MOSSET ITURRASPE, Jorge; Contratos, p. 278, 1ª ed., Ed. Rubilzal Culzoni, Santa Fe, 2003.

COMENTARIO AL ARTÍCULO 702 DEL CÓDIGO CIVIL PARAGUAYO*

Art. 702.- *En el caso del artículo anterior, la parte que rehusare cumplir la obligación podrá ser demandada por la otra para que otorgue la escritura pública.*

Si el comprador pidiere el embargo del inmueble materia del contrato, el juez lo decretará, previo depósito del precio que corresponda pagar en el acto de la escrituración.

Cuando la sentencia condenare a escriturar, y alguna de las partes no hubiere concurrido al otorgamiento, el juez, llenadas las condiciones del contrato, podrá firmar el instrumento.

Sumario: I. Demanda por escrituración. Facultad del juez.- II. Negativa del condenado a escriturar.-

I - Demanda por escrituración. Facultad del juez

Se ha visto que de conformidad a lo establecido en el art. 701 del Cód. Civil, los contratos que debiendo llenar el requisito de escritura pública, fueren otorgados por instrumento privado o verbalmente, no quedarán concluidos como tales mientras no estuviere firmada la escritura.

También se observó que en estos casos –siempre y cuando el contrato este sujeto a solemnidad relativa– se da lo que se denomina la conversión del acto jurídico. Así, el acto no válido por no cumplir la forma prescripta se convierte en un contrato en que las partes se hubieren obligado a cumplir con la formalidad de la escritura pública.

Ante la realización de un contrato por instrumento privado (siendo que debía haber sido hecho por escritura pública), lo normal sería que quienes no cumplieron con la formalidad exigida lo hagan posteriormente. De tal forma se cumplirían los efectos que, desde un principio, han tenido las partes al momento de contratar.

Ahora bien, también puede ocurrir que una de las partes obligadas a extender la escritura pública se rehúse a hacerlo. En estas circunstancias, el contratante afectado por la negativa puede demandar a la otra por obligación de hacer escritura pública, es decir, cualquiera de las partes que han firmado el instrumento privado (ej. boleto de compraventa de inmuebles) tiene acción para demandar al otro a fin de que otorgue la escritura pública⁶¹. Además, el accionante puede solicitar el embargo del inmueble materia del contrato, previo depósito del precio que corresponda pagar en el acto de escrituración.

* **Publicado en:** Código Civil de la República del Paraguay, Tomo V, La Ley Paraguaya, Tercera Edición, 2017, págs. 697 y ss.

⁶¹ La demanda debe tramitarse conforme a las reglas del procedimiento ordinario.

II - Negativa del condenado a escriturar

Estando firme la sentencia que ordena la escrituración, lo que resta es que el accionado cumpla con dicha formalidad. Ahora bien, ¿qué ocurre si el condenado no cumple con la obligación de escriturar?

Esta situación dio lugar –especialmente en Argentina– a una larga controversia. Algunos sostenían que el juez carecía de poder para escriturar a nombre del obligado y ante la negativa del mismo no se podría vencer a la misma⁶². Entonces, la única solución era que se pagaran daños y perjuicios. Ello se basaba en que la obligación de otorgar la escritura pública era personalísima y obligar al deudor a firmar la escritura o hacerlo el juez por él significaría ejercer violencia sobre la persona.

Pero, a partir de un fallo plenario de la Cámara Civil de Buenos Aires de 1951, se ha reconocido que el juez puede otorgar la escritura pública por el obligado. Para quienes se encuentran a favor de esta postura –ven en el contrato por instrumento privado un contrato declarativo, definitivo y perfeccionado– la obligación de hacer es una fase en la ejecución del contrato, el cumplimiento de una simple formalidad y, ante su incumplimiento por el deudor, no mediando ningún supuesto de imposibilidad, debe admitirse la ejecución forzada indirecta por el juez, como modo de lograr la satisfacción específica del interés jurídico del acreedor⁶³.

Nuestro Código Civil se inclinó por la segunda solución, aceptando que el juez puede firmar la escritura en caso de incomparecencia del obligado, previo depósito del precio⁶⁴. Efectivamente, tal como lo indica Centurión: “una sentencia no puede quedar supeditada al capricho del condenado”⁶⁵.

⁶² En tal sentido se manifestaban Salvat, Lafaille, Machado, etc.

⁶³ Cfr. MOSSET ITURRASPE, Jorge; Contratos, p. 277, 1ª ed., Ed. Rubilzal Culzoni, Santa Fe, 2003.

⁶⁴ MARTYNIUK BARAN, Sergio; Lecciones de Contratos. Derecho Civil, p. 102, Ed. Intercontinental, Asunción, 2008. En la apostilla del art. 1046 de su anteproyecto, De Gásperi sostiene: “Modificamos el contenido del art. 1187 del C. Argentino de acuerdo a las leyes que disciplinan las obligaciones de hacer, según las cuales, las obligaciones de hacer que pueden ser cumplidas por otro, como la de otorgar una escritura pública, autorizan al acreedor a hacerlas ejecutar por cuenta del deudor, como lo preceptúan nuestros arts. 959 y 962, o demandar los perjuicios e intereses por inejecución de la obligación, acción esta última disyuntivamente autorizada para el solo caso de que fuere necesario violencia contra la persona del deudor, como lo estatuye el art. 956. Cosa vieja esta observación, tanto en la Argentina como en nuestro país, es jurisprudencia constante y uniforme que la obligación de otorgar escritura pública no se resuelve en daños, sino en su ejecución por el juez” (DE GASPERI, Luis; Anteproyecto de Código Civil, p. 307, 1ed., Asunción, El Gráfico, 1964).

⁶⁵ CENTURION, Francisco; Derecho Civil. Contratos en General, t. 3, p. 702, 2ª ed., Ed. Libertad, Asunción, 1997.