

Juan Carlos Corina Orué*.

juan@estigarribiayasociados.com.

LA PRUEBA Y LOS CONTRATOS.

...CARNELUTTI: *"El juez está en medio de un minúsculo cerco de luces, fuera del cual todo es tinieblas: detrás de él, el enigma del pasado, y delante, el enigma del futuro. Ese minúsculo cerco es la prueba¹."*

Resumen:

El presente trabajo trata en su primera parte sobre la importancia de la prueba en general, y sobre la necesidad de tenerla como aliada si se pretende el acogimiento de nuestros argumentos, en cualquier terreno donde los mismos se desarrollen. En la segunda parte trata ya del tema de la demostración en los contratos propiamente, y se exponen ciertas cuestiones que en dicha materia adquieren la mayor relevancia, como ser v.gr: ¿cuándo debe existir una forma determinada? y en caso que no exista la misma, ¿cuáles son las salidas que se tiene?; todo ello manteniendo una atenta mirada en la doctrina y el usus fori imperantes en esta área.

Introducción

El derecho como regla social que impone las condiciones de vida de la sociedad actúa sobre la verdad. En efecto, de no ser así, antes que obtener un orden social se daría un tremendo desorden, puesto que el ser humano se halla capacitado tanto para decir la verdad como para mentir, es decir, tiene la facultad de expresar o no sus pensamientos de acuerdo a la realidad.

El tremendo desorden al cual me refiriera, se daría si el derecho por ejemplo solamente exigiera a las partes alegar lo que ha sucedido, y en consecuencia solicitar sus pretensiones sin más. En dicho supuesto la administración de justicia sería imposible, ya que los jueces no sabrían a quien creer y en base a que decidir; por lo que *"no existiría orden jurídico alguno²"*.

Es que evidentemente, si el solo expulsar aire a través de los pulmones haciendo que las cuerdas vocales vibren, salga la voz y expresemos nuestras ideas, va ser el parámetro para establecer si algo es cierto o no, todos tendríamos razón y

*Profesor de "Contratos Civiles y Comerciales I y II", (Facultad de Derecho, Universidad Americana), Profesor Auxiliar de "Derecho Romano I y II" (Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Asunción).

¹ Hernando Devis Echandía; *Teoría General de la Prueba Judicial*, Tomo I, Zavalía, Bs. As., 1976, pág. 13

² Devis Echandía; *op. cit.* pág. 13.

todos a su vez, podríamos alegar cualquier cosa. Es por ello que el derecho a través de la ley, exige a los sujetos que demuestren que lo que están diciendo se haya de acuerdo a la realidad³, y en caso de ser falsas sus afirmaciones no tendrán mayor efecto⁴.

Ahora bien, el tema de la prueba trasciende el horizonte de lo jurídico, yendo hasta el núcleo de la vida misma, estableciéndose en la vida familiar, profesional y social; v.gr: supóngase que un alumno quiera inscribirse para cursar la facultad, en este caso indefectiblemente deberá presentar constancia o prueba de sus estudios secundarios, no acreditando ello, no se le permitirá su ingreso y cursado. En este tenor, si bien las pruebas se hallan dentro del derecho, éste es solamente uno de los tantos ámbitos donde actúa, puesto que la realidad y su necesidad de demostración, se da en todos los campos de la vida⁵.

Bunge⁶ destaca como un carácter esencial de la ciencia la verificabilidad, y expresa que ello implica la posibilidad de comprobar si lo dicho se halla de acuerdo a la experiencia, puesto que solo el conocimiento verificable por medio de la demostración y el experimento es científico. Así también en el campo de la filosofía el pragmático William James ha dicho que: *“es incorrecto siempre, en todas partes, y para todos, creer algo basándose en insuficientes evidencias”*⁷.

Englobando el tema, Carnelutti expresa que *“La prueba es el corazón del problema del juicio, del mismo modo que éste es el corazón del problema del pensamiento”*⁸

Volviendo al campo del derecho, toda norma como requisito de operatividad exige en primer término la existencia del hecho, para luego recién atribuir las consecuencias jurídicas previstas por ésta.

³ Cfr. Devis Echandía, *op. cit.* pág. 14.

⁴ Michele Taruffo; *La prueba, artículos y conferencias*, Metropolitana, Santiago, 2008, págs. 41 y ss.

⁵ Cfr. Devis Echandía, *op. cit.* págs. 13 y ss. El autor cita a Fenechi quien habla de la compatibilidad de la prueba procesal *“con la prueba universal, extraprocesal y metajurídica, ya que la prueba, como se ha dicho acertadamente por cierto sector de la doctrina alemana, no es sólo un concepto jurídico, sino que trasciende del campo del derecho al de la ciencia y de la vida.”*

⁶ Mario Bunge; *La ciencia, su método y su filosofía*, Sudamericana, 2009, págs. 21 y ss. En igual sentido se expresa Devis Echandía quien refiere que: *“En todas las ciencias reconstructivas se trata, según observa Dellepiane “de ir de los rastros dejados por las cosas, hechos o seres, a estos mismos seres, hechos o cosas”; por eso el método común que emplean puede llamarse reconstructivo, aun cuando por la diversidad de sus actividades necesitan recursos propios que los diferencian en concreto, porque “cada problema especial no se resuelve bien sino por un método construido especialmente para él, adaptado a la naturaleza de sus datos y de sus dificultades”*

⁷ Q Frases, “Frases de Williams James”, en http://www.qfrases.com/william_james.php, 13/03/10.

⁸ Cfr. Devis Echandía, *op. cit.* pág 14 y ss.

Así las cosas, cualquiera que diga que el tema de la prueba tanto en contratos como en el derecho en general es importante, quizás pecaría por imprudente, ya que la prueba de los contratos no es importante, es sencillamente vital.

Con respecto a ello Alterini expresa: *“Desde los tiempos de estudiante recuerdo una frase clásica del profesor DE LA COLINA, repetida en los libros que entonces eran usuales: probar es vencer...”*⁹ Asimismo el autor citado refiere que *“una vez que la cuestión es llevada a litigio, la alternativa es “probar o sucumbir”*¹⁰

No dudo que el amable lector, si bien puede estimar estas cuestiones como importantes, también puede estimarlas como antiguas, pero existe algo que generalmente ha pasado inadvertido al tratar el tema de las pruebas, el elemento psicológico denominado como “sugestión”. En efecto, según estudios psicológicos realizados, el ser humano acepta como verdad todo aquello que le digan y no encuentre una oposición en su cabeza, es decir, si hoy nos dicen que Saturno tiene 4 anillos de agua que le envuelven, lo sugerido por el otro interlocutor es tomado como verdad, salvo que tengamos conocimiento de que ello no es así.

Este descubrimiento psicológico nos permite observar lo peligroso que puede resultar el no tener una conciencia acabada de la importancia del cotejo, a través de la prueba. Supongamos que un abogado reciba a su cliente en su estudio jurídico, el cliente seguramente le contará la historia de su caso, y muy seguramente el abogado se convencerá de la razón de su cliente; ahora bien si el abogado solo se queda con la historia del cliente, redacta la demanda y permanece inactivo sin más, perderá el pleito. Es así que los letrados deben tomar conciencia que las pretensiones deben ir acompañadas de las demostraciones, y de lo dramático que puede ser el final en caso de no haber actuado así. Lo mismo se aplicaría, para el caso del juez que presto a dictar sentencia, se deja llevar por la sugestión natural y resuelve considerando exclusivamente lo alegado, sin fijarse en lo efectivamente demostrado. En ambos supuestos hipotéticos, a raíz de la sugestión se soslayó la importancia de la prueba, con trágicos efectos consecuentes.

Ahora bien, ¿En qué consiste probar?

⁹ Atilio Alterini; *Contratos Civiles, Comerciales, de Consumo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, año 1999, pág. 477.

¹⁰ Alterini, *op. cit.*, pág. 476.

La prueba consiste en la demostración¹¹ que se realiza con respecto a la existencia de ciertos hechos, dicha demostración es realizada por medio de los diversos medios probatorios, consistiendo estos últimos en las herramientas a ser utilizadas por las partes a los efectos de demostrar sus afirmaciones, y por el juez a fin de considerar como probado o no, cierto hecho.

Como bien lo explica Mosset Iturraspe citando a Dellepiane, la misión del juez, es análoga a la del historiador, en cuanto ambos tienden a averiguar cómo ocurrieron las cosas en el pasado, utilizando los rastros o huellas que los hechos dejaron¹².

Así las cosas, el juez en el momento de sentenciar, al tener ante sí el expediente, realizara toda una “investigación” a los efectos de determinar cómo se dieron los hechos en el pasado. Nótese justamente que la palabra investigación proviene del latín in-vestigia (en busca de los vestigios, o rastros); es por ello que decimos que el magistrado buscará los vestigios o rastros, que valga la redundancia, le permitan reconstruir¹³ lo que ha sucedido para así juzgar con propiedad.

La labor del abogado por su parte será la de proporcionar al juez ese conjunto de rastros o huellas que le permitan determinar la existencia de determinados hechos, por lo que surge como muy acertado cuanto dice Carnelutti con respecto a que “*al juez hay que hacerle ver* ¹⁴” que es lo que ocurrió.

La demostración de los contratos.

Entendido el contrato como el acuerdo de voluntades destinado a reglar los derechos patrimoniales¹⁵, la demostración del mismo dependerá en gran medida de su naturaleza.

En este tenor cabe expresar que los contratos pueden ser, ora formales, ora no formales, según que la ley exija o no que los mismos estén revestidos de alguna solemnidad o formalidad.

¹¹ Cfr. Jorge Mosset Iturraspe, *Código Civil Comentado – Contratos Parte General*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, págs. 336 y ss.

¹² Jorge Mosset Iturraspe, *Contratos*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, Edición actualizada, 2003, pág. 281.

¹³ Cfr. Devis Echandía, *op. cit.*, pág. 12. El autor citado expresa que el método judicial se halla dentro de las ciencias reconstructivas las cuales “*tienen un punto de partida común: la observación de los rastros, vestigios, huellas, efectos, dejados por los hechos que se quiere reconstruir y, en raras ocasiones, de estos mismos, cuando por excepción puedan observarse directamente; y la recolección, conservación, descripción, reproducción y consignación de rastros y documentos*”.

¹⁴ Cfr. Mosset Iturraspe, *Contratos*, pág. 281 y ss.

¹⁵ Cfr. Guillermo Borda, *Manual de Contratos*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Vigésima Edición, 2006, págs. 8 y ss.

En el caso de los contratos no formales, los mismos podrán ser probados por todos los medios de prueba habilitados por la ley procesal (Art. 703¹⁶), y como dijimos, en ellos no habrá necesidad de realizar formalidad o solemnidad alguna. En cambio en los contratos formales, su existencia y prueba se dará solo en el caso de haberse cumplido cabalmente con las exigencias dispuestas por la ley, por lo que la solemnidad exigida se denomina en doctrina como “dispuesta o tasada¹⁷”.

El contrato definitivamente no es el documento que lo soporta.

Una cuestión que genera infinidad de problemas para los operadores jurídicos, y la sociedad en general, tiene que ver con la identificación automática, que se suele realizar, del contrato con el documento que lo instrumenta y recoge; es decir, la gente suele creer que el contrato solamente puede ser una hoja de papel firmada, y que si no existe la hoja, no existe contrato. Dicha identificación automática ha sido objeto de mi preocupación desde que ejerzo las labores de docente, puesto que observo diariamente como ante la pregunta de que es un contrato, los alumnos generalmente contestan “un documento firmado.”¹⁸.

Distinguir que el contrato no es el documento que lo contiene o soporta, es vital para cualquiera que intervenga o tenga interés en una relación contractual, ya que la visión adecuada, le permitirá establecer desde cuando se perfecciona el contrato, y adquiere su carácter exigible. Con respecto a ello Ricci expresa que “*debe tenerse buen cuidado de no confundir la convención con la prueba*”¹⁹. De igual forma Alterini aclarando el concepto de instrumento expresa que el mismo “...ha funcionado como “cosa representativa de un hecho” (CARNELUTTI)”. Los códigos clásicos regularon al instrumento privado con tres requisitos necesarios: un soporte papel, un texto manuscrito y la firma. El soporte papel fue el corriente, dada su practicidad respecto de otros alternativos, como la piedra, o el lomo de un burro, como aquel en el que —dicen— alguna vez se libró una letra de cambio en Gran Bretaña”.

¹⁶ Art. 703 “Los contratos se probarán de acuerdo con lo establecido en las leyes procesales, si no tuvieran una forma prescripta por este Código”.

¹⁷ Mosset Iturraspe, *Contratos*, pág. 84 y ss.

¹⁸ Aclaro que la preocupación no solamente es mía, sino que se viene observando desde hace larga data en la doctrina, en este tenor Mosset Iturraspe refiere que “*La importancia del “instrumento”, tanto en tema de forma como de prueba de los contratos, nos lleva a considerar el problema de las relaciones entre documento y declaración, que ha preocupado a la doctrina*”. *Código Civil Comentado – Contratos Parte General*, pág. 286 y ss.

¹⁹ Francesco Ricci, *Tratado de las Pruebas*, Reus, Madrid, Tomo I, sin fecha, pág. 431.

Así tenemos que por medio del instrumento lo que se consigue justamente es documentar o instrumentar el contrato, mas éste último no se identifica necesariamente con el instrumento que lo soporta y documenta, puesto que puede tener vida aún en el caso que no haya sido vertido o instrumentado en nada, sin perjuicio de los casos de contratos formales solemnes, sobre los cuales se hará referencia más adelante.

En este tenor Diez Picazo explica que la documentación de un contrato es *“...la operación o conjunto de operaciones necesarias para plasmar y recoger documentalmente las declaraciones de voluntad que forman la esencia del contrato. El documento (de docere, es decir, enseñar)...²⁰”*. De igual forma Candian define al documento diciendo que *“es una cosa corporal simple o compuesta e idónea para recibir, conservar y transmitir la representación descriptiva, emblemática o fonética de un determinado ente jurídicamente relevante²¹”*.

Es por ello que el “instrumento” consistente en una hoja de papel, tiene como fin, como su mismo nombre lo indica, “instrumentar” el acuerdo de voluntades, mas de ninguna manera constituye el mismo, y así coincidimos con Mosset Iturraspe en que *“El instrumento es un hecho distinto de la declaración documentada²²”*. En este tenor el autor inclusive refiere que *“los vicios del documento son autónomos respecto de los vicios del contrato; de donde un contrato perfeccionado puede volcarse en un instrumento defectuoso y la invalidez del documento no alcanza al negocio en el mismo contenido²³”*.

Metodología del Código Civil

Nuestro Código Civil siguiendo el modelo francés regula en determinados artículos con respecto a la prueba de los contratos, sin perjuicio de lo dispuesto en este tenor por el Código Procesal Civil. Así las cosas, existe una previsión binaria con respecto al tema, existiendo normas tanto en la legislación de fondo, como en la de forma.

Los contratos formales.

²⁰ Luís Diez Picazo; *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial - Introducción Teoría del Contrato*, Volumen I, Civitas, Madrid, 5ª ed., 1996, pág. 254.

²¹ Diez Picazo; *op. cit.*, pág. 254.

²² Mosset Iturraspe; *Código Civil Comentado – Contratos Parte General*, pág. 286.

²³ Mosset Iturraspe, *op. cit.*, pág. 287.

Como se ha visto anteriormente, los contratos no formales, pueden ser formalizados sin necesidad de formalidad o solemnidad alguna, y pueden ser demostrados por medio de cualquier medio probatorio, pero la situación cambia cuando hablamos de contratos formales. En este tenor Diez Picazo afirma que en los contratos formales *“bien por disposición de la ley o bien por voluntad de las partes, el contrato no alcanza plena validez y eficacia jurídica más que cuando la voluntad contractual ha sido expresada o manifestada a través de unas especiales solemnidades, modernamente sobre todo a través de la suscripción de un documento.”*²⁴

Como dijimos, la existencia y posibilidad de prueba de los mismos, dependerá de lo expresamente dispuesto o tasado por la ley, y conforme a ella se dividen en *ad solemnitatem* y *ad probationem*.

Los contratos formales *ad solemnitatem* serán aquellos en los cuales la forma o solemnidad dispuesta por la ley es exigida como requisito para la constitución del acto mismo, por lo que si no se cumplen, no se tendrá por existente el acto. En esta especie rige el aforismo *“forma dat esse rei”* (la forma da el ser a la cosa), es decir que al no cumplirse con la forma o solemnidad, no existe el ser (en este caso el contrato)²⁵.

Volviendo sobre el punto de la identificación del contrato con el documento, nótese que únicamente aquí se dará esa identificación correctamente, puesto que solo en esta especie, el instrumento hace o constituye al contrato. Tomando prestadas las palabras de Diez Picazo podemos decir que en este caso sí, *“...el documento cumple el papel de presupuesto de la existencia misma del contrato y por consiguiente de su validez”,* ya que *“solo cuando el documento ha sido otorgado, redactado y firmado puede decirse que el contrato ha nacido a la vida jurídica y se ha perfeccionado. Con anterioridad al otorgamiento del documento hay una pura fase previa del iter contractual —tratos preliminares, conversaciones, etc., pero todavía no un contrato en sentido jurídico. En estos casos un acuerdo de voluntades que no haya llegado a ser documentado, es nulo como negocio jurídico”*²⁶.

La Profesora Noemí Nicolau pone como ejemplo en sus clases, el caso del señor mayor que queriendo congraciarse con determinada señorita le expresa que le

²⁴ Diez Picazo, *op. cit.*, pág. 250.

²⁵ Cfr. Diez Picazo, *op. cit.*, pág. 256.

²⁶ Diez Picazo, *op. cit.*, pág. 276.

regala el departamento que tiene en la ciudad de Punta del Este; en dicho caso, por más que el señor citado haya realizado año tras año, diversos contratos privados ratificando su voluntad y demostrando de tal forma su gratitud hacia la señorita, el contrato será nulo y de ningún valor, si no hubiere sido hecho por escritura pública, puesto que la forma era exigida ad solemnitatem, tratándose de una donación de bien inmueble²⁷. Es decir que a pesar de la existencia de inúmeros documentos escritos y otros elementos probatorios, si no se cumplió con la forma exigida, el acto no existe, puesto que la forma aquí *“es un elemento constitutivo del contrato”*²⁸.

Siguiendo esta línea, la jurisprudencia ha expuesto que: *“un contrato es ad solemnitatem, cuando la exteriorización es requerida bajo sanción de nulidad. Omitida la forma del negocio jurídico queda privado de sus efectos propios... La forma es entonces exigida ad substantiam actus, es decir tiene valor constitutivo”*²⁹.

Lo dicho anteriormente tiene que ver con los ad solemnitatem absolutos, pero también el código prevé la existencia de contratos ad solemnitatem relativos; en estos últimos, la ausencia de forma o solemnidad no priva de sus efectos al acto, sino que engendra una obligación de cumplir con un requerimiento legal, y como contrapartida nace un derecho para la parte a los efectos de exigir dicha formalidad (V.gr. aquellos contratos que habiendo sido hechos en forma privada, deben ser formalizados en escritura pública, como ser la transferencia de un vehículo).

En los contratos formales ad probationem en cambio, las formalidades se exigen al mero efecto de la demostración de dichos acuerdos. Sobre el punto Diez Picazo refiere que en los ad probationem *“el documento no es más que un medio de prueba de la existencia y del contenido del contrato”*.

En este tenor el art. 704 del C.C., refiere que en los contratos que la ley exija determinada forma, solo se considerarán probados si cumplen la misma³⁰. Sobre la forma exigida, el art. 706 del C.C. expresa que los contratos de más de diez

²⁷ En nuestro Código Civil conforme al art. 1213 que dispone “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”.

²⁸ Diez Picazo, *op. cit.* pág. 277

²⁹ Cámara civil y comercial, Morón, sala 2ª, 27/04/1995, J.A. 1999-III.

³⁰ Art. 704 primera parte: *“Los contratos que tengan una forma determinada por las leyes no se juzgarán probados si no revistieren la forma prescripta.”*

jornales (alrededor de 540.000. Gs a la fecha) deben ser redactados por escrito y no pueden ser probados por medio de testigos³¹.

Excepciones al Principio.

Como se ha visto anteriormente, solo en el caso de los contratos ad solemnitatem absolutos, se exige como requisito sine qua non, la existencia del documento para invocar el contrato; puesto que en los otros, si bien podrá eventualmente exigirse, el requerimiento sólo se da a los efectos de la demostración del acuerdo.

Es justamente a raíz de dicha exigencia de contrato escrito, de donde suelen surgir la mayoría de los problemas, puesto que en muchas oportunidades, por error, se piensa que al no haberse cumplido el requisito del escrito en ocasión del acuerdo, no existe contrato, no tomándose en cuenta que dicha exigencia, como dijéramos, es al solo efecto de la prueba, y contiene diversas excepciones. Estas excepciones, valga la redundancia, hacen que virtualmente casi la totalidad de los contratos puedan probarse finalmente, ya que el instrumento escrito se exige salvo que, ora hubiese imposibilidad de conseguir dicha prueba, ora exista un principio de prueba por escrito, ora cuando una de las partes ya reciba una prestación y se niegue no obstante ello a cumplir el contrato³². Es así que hallándose el caso incurso en alguna de dichas excepciones, podrá acreditarse el contrato por cualquier medio probatorio (Art. 704 in fine).

Cabe resaltar que el número de casos en que los acuerdos son verbales y no se instrumentan por escrito es realmente notable, y se daría principalmente porque aún existe mucha confianza de las personas en sus interlocutores, a pesar de los incontables ejemplos que demuestran que *“a las palabras se las lleva el viento”*. Así en palabras de Mosset Iturraspe *“El legislador se coloca en la situación habitual en la vida de los contratos: se hacen para ser cumplidos y la inmensa mayoría de ellos se agotan con ese cumplimiento de buena fe y sin suscitar diferencias o litigios. Empero, unos pocos -para fortuna de la “justicia*

³¹ Art. 706 “Los contratos que tengan por objeto una cantidad de más de diez jornales mínimos establecidos para la capital deben hacerse por escrito y no pueden ser probados por testigos”.

³² Art. 704 “Los contratos que tengan una forma determinada por las leyes no se juzgarán probados si no revistieren la forma prescripta, a no ser que hubiese habido imposibilidad de obtener la prueba designada por la ley, o que hubiese un principio de prueba por escrito en los contratos que pueden hacerse por instrumento privado, o cuando una de las partes hubiere recibido alguna prestación y se negare a cumplir el contrato. En este caso son admisibles todos los medios de prueba”.

institucionalizada” que, de lo contrario”, “explotaría”- originan diferencias que llevan a un pleito. En tales casos, la libertad de celebración se deja de lado y se requiere una forma para la demostración en juicio. Semejante exigencia puede convertirse en una sorpresa y hasta en una trampa para el contratante confiado que se conforma con contratar verbalmente. Validez de la celebración verbal, pero requerimiento del escrito para la demostración³³.”

Es justamente teniendo en cuenta lo citado que nuestro ordenamiento jurídico prevé las excepciones a la exigencia del escrito. Así las cosas, será de vital importancia que el operador jurídico maneje con conocimiento dichas situaciones de excepción, a los efectos de poder invocarlas y reinsertar de tal forma al contrato como acuerdo exigible dentro del orden jurídico, librándose de la “trampa y sorpresa” que eventualmente le deparan, en palabras de Mosset Iturraspe, la contratación meramente verbal.

1. Imposibilidad de conseguir la prueba escrita.

Esta es la primera situación de excepción, y se prevé dado que existen ciertos contratos en los cuales resulta imposible la instrumentación por escrito, debido a la ocurrencia de situaciones imprevistas; para dichos supuestos nuestra normativa prevé la posibilidad que los acuerdos sean demostrados por cualquier medio probatorio³⁴.

El caso clásico³⁵ utilizado por la doctrina para ejemplificar la imposibilidad física que se podría dar a la hora de instrumentar el acuerdo es el del depósito necesario; v.gr: la universidad se está incendiando y los estudiantes depositan los libros de la biblioteca en el terreno colindante. En dicho supuesto evidentemente no se podría exigir la formalización por escrito de dicho contrato, puesto que por las circunstancias extremas en derredor de las cuales se da el acuerdo, ha habido imposibilidad de obtener la prueba designada por la ley. Sostener lo contrario sería un absurdo e iría en evidente contramano con la justicia, puesto que mal se podría

³³ Mosset Iturraspe, Código Civil Comentado – Contratos, pág. 54.

³⁴ Art. 705 del C.C. “Se juzgará que hay imposibilidad de obtener o de presentar prueba escrita del contrato, cuando hubiese sido celebrado en circunstancias imprevistas en que hubiese sido imposible formularlo por escrito”.

³⁵ Cfr. Miguel Ángel Pangrazio, *Código Civil Paraguayo Comentado*, Intercontinental, 2002, en su comentario al art. 705 del C.C. Cfr. Devis Echandía, op. cit., pág. 210. Cfr. Mosset Iturraspe, Código Civil Comentado pág. 354. Cfr. Alterini, Atilio A., op.cit., pág. 494.

pedir que en dichas situaciones urgentes e imprevistas, las partes tengan la serenidad, el tiempo y la oportunidad para la redacción del acuerdo por escrito.

Ahora bien, lo que la doctrina considera como más factible es que se produzcan casos de imposibilidad moral, ésta se configurara cuando por determinadas circunstancias de tiempo y lugar, no resulte posible la redacción por escrito³⁶. Cabe resaltar que no es necesario que exista una verdadera fuerza mayor, sino que solamente la imposibilidad debe estar razonablemente justificada³⁷.

Se han aceptado como casos de imposibilidad moral aquellas situaciones familiares, sociales o laborales en que se estima que existen vínculos afectivos. Así genéricamente se ha expuesto que integrarían el abanico de situaciones de imposibilidad moral aquellas *“de confianza tan estrecha o una dependencia económica tan importante (como cuando se trata de cónyuges o concubinas o de padres e hijos, o de patronos y empleados) que en razón del respeto o de la mutua confianza o de la jerarquía que exista entre las partes, la exigencia del escrito hubiera podido significar una situación peligrosa o anormal para sus relaciones; e igualmente los casos en que por la urgencia del servicio (como les sucede a los médicos, dentistas, abogados, etc.) o la celeridad y multiplicidad de las operaciones o la costumbre social (como en las operaciones en ferias y mercados, de depósitos en hoteles y lugares similares), podría resultar un grave inconveniente para la celebración del negocio o una notoria impertinencia exigir el escrito como medida previa o coetánea al contrato.”*³⁸

En este tenor se han admitido específicamente como casos de imposibilidad moral *“los negocios entre parientes o entre personas que viven en una misma familia, como padres e hijos, amos y criados, marido y mujer, las cuentas del médico...; las ventas de ganados en ferias y mercados de bestias, dada su multiplicidad y rapidez... los negocios entre patronos y trabajadores, dada su dependencia económica que implica una imposibilidad social... los negocios entre prometidos... los negocios entre personas que conviven la vida religiosa.”*³⁹ Igualmente se ha admitido la imposibilidad en los casos *more uxorie*, es decir

³⁶ Cfr. Devis Echandía, *op. cit.*, T. II, pág. 210.

³⁷ Cfr. Devis Echandía, *op. cit.*, T. II, pág. 210.

³⁸ Cfr. Devis Echandía, *op. cit.*, T. II, pág. 213.

³⁹ Cfr. Devis Echandía, *op. cit.*, T. II., pág. 210.

derivados de la relación de concubinato, y las relaciones profesionales como las relativas a abogados, médicos, profesores, etc.⁴⁰

Se ha rechazado que exista la citada imposibilidad si solo existe una simple amistad, si el deudor meramente se ha negado a formalizar el acuerdo, si existiendo parentesco también se comprobare una relación de enemistad o desconfianza, aunque encuentra decisiones encontradas el hecho de que una de las partes sea inferior intelectualmente⁴¹.

2. Principio de prueba por escrito.

Como otro caso de excepción se prevé al principio de prueba por escrito, el cual consiste en cualquier documento público o privado que emane de la otra parte contratante, su representante o de algún interesado en la controversia, y que en consecuencia haga verosímil el hecho litigioso. (Art. 705, in fine.)⁴². En virtud a lo dicho ut supra, como requisitos:

A) Debe emanar del adversario, su causante o interesado en la controversia: así las cosas, no sería admisible en el caso que el autor del documento sea la misma parte que lo presenta a juicio o si proviene de un tercero, mas si sería admisible si emana de un *“apoderado, mandatario o representante legal (del padre mientras tuvo la patria potestad, por ejemplo) o contractual (como el gerente de una sociedad en pleito con ésta) de la parte a quien se opone el escrito, o del causante en juicio contra el heredero”*. Aunque hay que tener en cuenta lo expuesto con respecto a que: *“la actuación procesal del apoderado judicial sólo puede tener valor de confesión y, por consiguiente, de principio de prueba escrita, cuando estaba facultado para confesar. Lo dicho por el apoderado sin facultad de confesar, carecerá de valor probatorio contra su poderdante y no puede estimarse como principio de prueba escrita. Así lo ha expresado la Corte colombiana respecto al*

⁴⁰ Cfr. Devis Echandía, *op. cit.*, T. II., pág. 210 y ss. Cfr. también López de Zavalía citado por Alterini, específicamente en los casos del médico y el parentesco, *op. cit.*, pág. 495

⁴¹ La doctrina y jurisprudencia italianas estarían en contra, cfr. Devis Echandía, *op. cit.*, T. II., pág. 212 y ss. A favor de la aceptación en caso de inferioridad intelectual se pronuncian Alterini, citando específicamente el caso de analfabetismo de uno de los otorgantes, en su *op. cit.*, pág. 495. Asimismo en esta línea se expresa López de Zavalía, *Teoría de los Contratos*, Tomo I, Zavalía, Buenos Aires, 4ª edición, 1997, pág. 456.)

⁴² Art. 705 *“...Se considerará principio de prueba por escrito cualquier documento público o privado que emane del adversario, de su causante o de parte interesada en el asunto, o que tendría interés si viviera y que haga verosímil el hecho litigioso”*

caso de las preguntas para posiciones (C. C. del 16 de abril de 1959, G. J. t. XC, núm. 2210, pág. 322)⁴³.

Cabe resaltar que si bien es necesario que el mismo provenga de las personas citadas, no es necesario que se encuentre firmado. En este tenor la jurisprudencia ha expuesto que *“Un instrumento remitido por fax no puede juzgarse como documento privado en los términos del art. 1012 del Cód. Civil, pero posee no obstante suficiente eficacia probatoria como principio de prueba por escrito a tenor de lo previsto en el art. 1190, inc. 2º del Cód. Civil y en este sentido, existe instrumento privado en sentido lato⁴⁴”*.

En esta misma línea se ha dicho que constituye un principio de prueba por escrito, en el caso del documento que proviene del puño y letra del adversario, no obstante no hallarse firmado.⁴⁵

Nótese que hoy más que nunca dicha excepción adquiere relevancia, ante el crecimiento masivo y acelerado de las relaciones de consumo, relaciones en las cuales las personas resultan actúan como la parte más débil y donde en la generalidad de los casos la única constancia de la contratación la constituyen los tickets, contraseñas, etc.⁴⁶.

B) Debe hacer verosímil el hecho litigioso: es decir que el documento debe tener relación con lo que se discute, por un método análogo al que se utiliza para la prueba de presunciones, en la cual a través de un hecho conocido (en este caso el principio de prueba por escrito) se pasa a conocer otro desconocido. Ahora bien el matiz de dicha relación o causalidad es lo que ha sido debatido ampliamente en doctrina, puesto que están quienes expresan que solamente se necesitaría cierta causalidad, pudiendo añadir a su vez otros elementos probatorios (Devis Echandía, Pothier, Claro del Solar, Ghersi), contra los que sostienen que debe darse una relación necesariamente directa (Pangrazio, Alterini) entre el documento y el contrato.

En este tenor Pangrazio expresa que debe *“tener una relación directa y necesaria con el contrato que se pretende probar; por faltar esta conexión se ha negado el carácter de principio de prueba por escrito de un contrato de mutuo a los*

⁴³ Cfr. Devis Echandía, *op. cit.*, T. II. pág. 205.

⁴⁴ Cámara nacional de apelaciones en lo comercial, sala d, Argentina, 1998/12/30, Vía-cart S. A. c. Compañía de las Tiendas S. A. LLP, 1999-1189.

⁴⁵ Cfr. Devis Echandía, *op. cit.*, T. II, pág. 206 y ss.

⁴⁶ Cfr. Carlos Ghersi; *Contratos civiles y comerciales – partes general y especial – empresas, negocios, consumidores*, Tomo I, Astrea, Buenos Aires, 4ª edición, 1998, pág. 211 y ss.

*cheques librados por una de las partes e ingresados en la cuenta bancaria de la otra, pues responde a causas múltiples*⁴⁷.

Sentando una posición al respecto, creo que el criterio debe ser laxo, puesto que muy pocos serán los casos donde se pueda observar una relación directa y necesaria como parte de la doctrina exige. En este tenor la corte suprema colombiana ha referido que *“un escrito cualquiera puede constituir un principio de prueba, no importa la forma, la ocasión y el propósito al extenderse: cartas, telegramas, registros y papeles domésticos, anotaciones al margen de un documento, copias de correspondencia, actuaciones judiciales, etc. El principio de prueba puede consistir en un sólo escrito, o en la reunión de diversos escritos distintos cuando uno solo de éstos no sea suficiente por sí mismo”*. Todo ello, máxime teniendo en cuenta que *“No se trata de demostrar la verdad del hecho controvertido en juicio, sino simplemente la verosimilitud del mismo*⁴⁸”.

Esclarecedoras resultan las palabras de Devis Echandía quien explica que *“No puede exigirse que el escrito contenga el contrato, ni que convenza por sí solo, porque entonces sería su prueba documental y no un simple principio o comienzo de prueba escrita. Basta que se refiera al contrato o lo mencione (pero esto no es necesario) o que sea una consecuencia de éste o un antecedente o que de otra manera lo haga suponer lógicamente, porque entre ellos exista un nexo de causalidad; es decir, que indique algo que conduzca a él*⁴⁹”

Mosset Iturraspe haciendo un racconto de la jurisprudencia existente al respecto hace notar fallos en esta misma tendencia, expresando que *“Se destaca fundamentalmente que estos instrumentos posean verosimilitud jurídica, aunque de ellos no surja la prueba cabal del contrato, porque de ser así no se trataría de un principio de prueba, sino de una prueba total. (C1a CC de La Plata, sala I, 1-12-98, LLBA 1999-1338)*⁵⁰”.

3. Inicio de ejecución del contrato

La tercera excepción se da en el caso que el contrato se encuentre en pleno andamio, habiendo una de las partes recibido ya alguna prestación consecuente, y negándose a cumplir el acuerdo. (Art. 704). La excepción responde a un evidente

⁴⁷ Pangrazio, *op. cit.*, en su comentario al art 704.

⁴⁸ Cfr. Devis Echandía, *op. cit.*, T. II, pág. 207 y ss.

⁴⁹ Cfr. Devis Echandía, *op. cit.*, T. II, págs. 206 y ss.

⁵⁰ Mosset Iturraspe, Jorge; *Código Civil Comentado - Contratos*, pág. 356.

principio de justicia, puesto que no solo la parte demandada obra con abierta mala fe, sino que también en el caso de no protegerse al afectado, se estaría dando un traslado de bienes, de un patrimonio a otro, sin justa causa. Así se ha dicho que *“Sería una inmoralidad que la parte que ha "recibido alguna prestación" pudiera argüir útilmente que el contrato carece de la forma impuesta para desligarse de éste, y viceversa (SALVAT)⁵¹”*.

El supuesto se daría en un contrato de locación en el cual ya se haya entregado la posesión de la cosa al locatario, abriéndose de tal manera la posibilidad de prueba del contrato por cualquier medio. En este tenor la jurisprudencia ha expresado que *“Si el locador prueba que prestó el servicio, si prueba su ejecución (y esa prueba puede hacerla por todos los medios, inclusive de testigos y presunciones, ya que se trata de "hechos"), la regla del art. 1193 del Cód. Civil resulta desplazada por el art. 1191, según el cual aunque un contrato tenga una forma determinada por la ley y ésta no se hubiere observado, son admisibles todos los medios cuando una de las partes se negase a cumplir el contrato y hubiese recibido alguna prestación⁵²”* Asimismo se ha dicho que *“Mediando principio de ejecución del contrato, no rige la limitación demostrativa del art. 1193 del Cód. Civil (CNCiv, Sala D, 18/2/85, ED, 114-190).”*

Prueba genérica de las Excepciones.

Siempre que la parte quiera ampararse en dichas excepciones obviamente las tendrá que acreditar o probar. Así la jurisprudencia argentina ha referido que *“Cuando el actor peticiona en virtud de un contrato verbal, a él le incumbe la prueba de su existencia y la extensión y alcance de las respectivas contraprestaciones⁵³”*. Igualmente se expuso que *“A la acreditación de las modificaciones de los contratos le son aplicables las mismas reglas que a la prueba de ellos⁵⁴”*.

Conclusión

Los tiempos que hoy corren no son precisamente “fáciles”, día tras día se observan ejemplos de charlatanería e irresponsabilidad por parte de personas que piensan que pueden decir lo que quieran sin ningún respaldo.

⁵¹ Alterini, *op. cit.*, pág. 496.

⁵² Cámara nacional comercial, Sala C, 7/6/93, *DJ*, 1994-1-293

⁵³ Suprema corte de Bs. As. 03/07/1984: J.A. 1985-II-521.

⁵⁴ Cam. de apelaciones de Trelew, 1ª, 17/02/1998.

Es justamente por todo ello, que hoy más que nunca, la prueba adquiere un rol determinante a los efectos de desenmascarar a quienes pretenden confundir sin fundamentos, y es hoy más que nunca que los abogados deben tomar conciencia del papel que juegan al representar intereses ajenos, ya que en caso de no ser eficientes con la actuación probatoria ponen en serio riesgo el derecho de sus representados, pues como expresa el viejo adagio *“tanto vale no tener un derecho, cuanto no poder probarlo”*.

Así las cosas es totalmente necesario que el estudio del tema de las pruebas se produzca con el mayor cuidado y diligencia posibles, para cumplir el sueño de que el derecho vaya de la mano con la realidad y se encuentre finalmente con la justicia.

Es por ello que creo deberíamos reflexionar con la mayor responsabilidad y seriedad posibles, lo acotado por Devis Echandía con respecto a que: *“Para el estudio del derecho y particularmente para el abogado o el juez, la prueba viene a ser el complemento indispensable de todos sus conocimientos, pues sin ella ni podrá ejercer su profesión ni administrar justicia. Lástima, pues, que tan pocas horas sean destinadas en las universidades a esta materia, que, con sus inseparables hermanas, la lógica y la sicología judicial, deberían ocupar siquiera dos cursos anuales de mucha intensidad. Mientras esto no se haga, no habrá jueces completamente capacitados, ni buena justicia⁵⁵”*.

⁵⁵ Cfr. Devis Echandía, op. cit. T. I, págs. 13 y ss.

BIBLIOGRAFIA.

- Alterini Atilio; *Contratos Civiles, Comerciales, de Consumo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, año 1999.
- Borda Guillermo, *Manual de Contratos*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Vigésima Edición, 2006.
- Bunge Mario; *La ciencia, su método y su filosofía*, Sudamericana, 2009.
- Devis Echandía Hernando; *Teoría General de la Prueba Judicial*, Tomos I y II, Zavalía, Bs. As., 1976.
- Díez Picazo Luís; *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial - Introducción Teoría del Contrato*, Volumen I, Civitas, Madrid, 5ª ed., 1996.
- Ghersi Carlos; *Contratos civiles y comerciales – partes general y especial – empresas, negocios, consumidores*, Tomos I y II, Astrea, Buenos Aires, 4ª edición, 1998.
- López de Zavalía Fernando; *Teoría de los Contratos*, Tomo I, Zavalía, Buenos Aires, 4ª edición, 1997.
- Mosset Iturraspe Jorge, *Código Civil Comentado – Contratos Parte General*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, 2004.
- Mosset Iturraspe Jorge, *Contratos*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, Edición actualizada, 2003.
- Ricci Francesco, *Tratado de las Pruebas*, Reus, Madrid, Tomo I, sin fecha.
- Taruffo Michele; *La prueba, artículos y conferencias*, Metropolitana, Santiago, 2008.