

SOBRE EL CONCEPTO DE CONTRATO

*José Eduardo González**

Sumario: I. Introito. II. Breve reseña de antecedentes históricos.
III. Método del Código Civil. IV. Examen y análisis del art. 1137.
V. Derecho comparado. VI. Contrato en el siglo XXI.

I. Introito

Si estimamos al “concepto” como un acto de facultad psicológico del hombre (inteligencia), que con juicio y racionalidad tiende a conocer, “a saber”, a conseguir un fiel traslado representativo de lo que es, que precisa siempre de una palabra que lo enuncie con claridad para evitar confusiones, a fin de que el pensamiento pueda exponerse al exterior con fidelidad, el trasiego de esas nociones al tópico “concepto de contrato” implicará el necesario e inmediato colofón de realizar tal esfuerzo intelectual para conocimiento puntual del objeto de estudio del tema de preocupación.

Con dicha prevención y perspectiva, habida cuenta de que en toda construcción intelectual debe estar presente el método, como lo ha puesto de manifiesto el prestigioso historiador de la cultura Arnold Toyenbee, nos ha parecido pertinente al objeto pretense,

* Profesor titular de la Cátedra de Derecho Civil III y director del Departamento de Derecho Civil de la Universidad Católica de Córdoba.

sin incurrir con ello en la soberbia de la originalidad, abordar la cuestión según el siguiente esquema: una breve reseña de antecedentes históricos; el método del Código Civil; el examen y análisis del art. 1137; la ubicación y caracterización; una somera reseña comparatista del concepto de contrato, y “la visión del concepto en el año 2000”, sus perspectivas y desafíos, que hemos preparado con apoyo en el interesante trabajo del profesor Stiglitz, publicado en *JA*, 1994-II-868.

II. Breve reseña de antecedentes históricos

Concerniente al primer punto propuesto, una rápida compulsión de los tratados sobre la materia revela que en muchos de ellos la consideración histórica no existe, o está considerada de manera breve. A nosotros siempre nos ha parecido necesario en la enseñanza señalar cómo se han construido los principios y las reglas generales, máxime cuando ellas están cristalizadas en disposiciones legales, reflexionando aun cuando sea con una somera indagación respecto de tales antecedentes. Trazaremos desde este punto un solo aspecto en la técnica de evolución del concepto de contrato, el que se vincula con el formalismo y consensualismo, pues estimamos con los hermanos Mazeau, Henry León y Jean, que todo lo atinente a la evolución en la moralización del concepto, restricciones a la autonomía de la voluntad, e intervencionismo estatal en la formación y cumplimiento de los contratos, concierne más a la evolución del espíritu del derecho de los contratos.

Es así que afirman los autores citados, y lo recuerda Salvat comentado por Acuña Anzorena, que como no podía ser de otro modo, el derecho de los contratos tiene sus raíces más profundas en el derecho romano. Las más antiguas formas de contratación eran el *nexum* y la *sponsio*, que luego se convirtió en la *stipulatio*. La primera representaba un préstamo constitutivo de una autoenajenación antes que fruto de una contratación nacida del acuerdo de voluntades que no genera obligación, sino una suerte

de derecho real sobre el cuerpo del deudor *sponsio*. Junto a éste existía una suerte de juramento religioso que obligada al deudor que lo prestaba ante la divinidad, generando su incumplimiento, un delito religioso. La secularización de esa figura se denominó “*estipulatio*”, donde se conserva el formalismo estricto para obligarse, mas sin el sentido religioso. En un período posterior aparecen los primeros contratos reales, donde el contrato se perfecciona con la entrega de la cosa; aun cuando no se observaran los ritos, el deudor quedaba obligado a la restitución. Los contratos descritos resultaban más que suficientes para el cumplimiento de negocios usuales en una pequeña ciudad que no hubiere rebasado la fase agrícola, pues era más que sencillo para ambos contratantes, que vivían muy cerca, encontrarse para cumplir las formas de los contratos, mas la expansión de Roma por todo el Mediterráneo como una gran ciudad mercantilista, hizo véase que éstas ño eran bastantes para las nuevas operaciones, concertadas con frecuencia entre ausentes. A fin de responder a esa nueva necesidad económica se admitieron entonces cuatro contratos consensuales —*compraventa, locación, mandato y sociedad*—, cuyo origen es mal conocido pero donde no era menester forma alguna para tales actos, ni entrega de la cosa. Después de una larga evolución Roma había descubierto el principio del consensualismo para las cuatro operaciones más importantes y usuales de la vida de los negocios, y aparecen luego la especie de los contratos innominados, donde la obligación se perfecciona por la transmisión de la propiedad (*datio*) o el cumplimiento de hecho (*factum*).

La teoría romana, luego de una larga evolución dejó atrás el principio *nuda pacta obligationes non parit*, y en el derecho moderno la teoría del contrato está dominada por el principio fundamental de la formación de ellos por el solo acuerdo de partes, sin depender del empleo de formalidades como las que imperaban en el primitivo derecho romano, definitivamente abolidas, pues el contrato existe por el solo hecho de que las partes hayan prestado su consentimiento. Tal principio, nacido en el antiguo derecho fran-

cés a mediados del siglo XIII, pasó a las legislaciones modernas, según Esmein (1833), Planiol (1926) o Barassi, escribiendo Loysel que “se ata a los bueyes por los cuernos y a los hombres por las palabras”, y Domat, en el título primero de su libro de los contratos a la teoría general del contrato. No obstante lo expuesto, bueno es destacar que hoy se habla de un resurgimiento de la forma — no en el sentido ritual que hemos venido diciendo, sino bajo la forma de inscripciones en registros especiales— para dotar de eficacia a ciertas convenciones, ello con el fin de evitar errores o fraudes tan comunes dentro de la complejidad de la vida actual.

III. Método del Código Civil

Desbrozada como ha quedado la faz histórica, dentro del ordenamiento del Código de Vélez la materia que comprende nuestro estudio encuentra ubicación en el segundo de los libros dentro de los cuatro que, precedidos por dos títulos preliminares, aquél ideó como plan sistemático de su insigne obra. Allí, en la Sección Tercera, “De las obligaciones que nacen de los contratos”, el codificador establece el concepto de contrato en el art. 1137, que da comienzo al Título 1.

La doctrina coincide en general con que la metodología legal empleada es correcta, en cuanto hace preceder la parte especial destinada a considerar los diversos tipos de contratos de una parte general, donde el Dr. Vélez, luego de definir el contrato, los clasifica, aborda el tema de su formación, el consentimiento de su capacidad, objeto, forma y prueba, para finalmente determinar su fuerza legal y las normas de aplicación para el derecho internacional privado.

El primer precepto nos enfrenta ya con la elucidación del interrogante atinente a conocer si corresponde desde el punto de vista técnico-jurídico que el legislador suministre “un concepto” de lo que debe entenderse, o bien si debe suprimirse el mismo como lo hace el Proyecto de Reformas del año 1936, tanto y más cuando se repara que en la (nota del art. 495), con invocación de Freitas, en la

que el codificador afirma que las definiciones son impropias de las leyes, perteneciendo a los dominios del gramático, del literato, del profesor. Sin dejar de reconocer que la inmovilización del concepto de contrato en una definición permanente, fija e inmutable, acusaría un severo error fosilizándola indebidamente ante los constantes cambios y evoluciones del derecho, nuestra respuesta sobre el particular coincide con la del profesor Spota, quien admite la conceptualización del contrato en el Código siempre que tenga eficacia normativa, como por ejemplo el Código Civil italiano de 1942; esto es que dimanen un efecto o consecuencia normativa, pues al decirnos el legislador qué debe entenderse por contrato nos suministra los elementos mediante los cuales es posible, en casos límites, aplicar los preceptos regulatorios de los contratos.

IV. Examen y análisis del artículo 1137

Al estudiar el tercer segmento propuesto, “examen y análisis del concepto contenido en el art. 1137 del Código Civil”, su sola enunciación revela una marcada tendencia a investigar “el concepto de contrato” en una dirección muy precisa y determinada, tal como debe entenderse la palabra en el Código y en la doctrina, ya que existen opiniones divergentes sobre el particular, en ésta como en todas las materias del derecho civil; es necesario previamente entenderse sobre la terminología. Supone asimismo que hemos preferido esa alternativa a la orientación de estudiar el concepto de contrato según el punto de vista que informa la transformación contemporánea que ha sufrido el mismo en la teoría y legislación en cuanto “acuerdo de voluntades” y “ley para las partes”, la nueva concepción del contrato, el dirigismo y crisis contractual según la moderna estructura del contrato puesta de relieve por Joserand, pues todo ello, según antes hemos sostenido, pertenece más a la evolución del espíritu del derecho de los contratos.

En la dirección señalada se tiene que el art. 1137 define al contrato así: “cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una

declaración de voluntad común destinada a arreglar sus derechos". Como se sabe, la fuente del prementado dispositivo es Savigny y su conocida obra *Sistema del derecho romano actual*, quien conceptualiza al contrato como la manifestación de voluntad más importante y variada, y poniendo en claro sus caracteres a través del contrato de venta, alude, en primer término:

1. A muchas personas las unas en presencia de las otras.
2. Al acuerdo de ellas respecto de una cosa igual o idéntica, consentimiento manifestado recíprocamente, porque la decisión no debe ser secreta.
3. Tomando siempre en cuenta el objeto de la voluntad, la que necesariamente debe contener una relación de derecho. Contrato es así, para este autor, "acuerdo de muchas personas sobre una manifestación común de voluntad destinada a regir sus relaciones jurídicas".

En la doctrina nacional se advierten, entre varias, las siguientes posiciones:

Segovia lo conceptualiza como acuerdo de varias personas relativo a un acto jurídico bilateral, por ser el acto jurídico el acto más próximo al contrato.

Salvat enseña, dentro del segmento "destinado a reglar sus derechos que contiene la definición, que en ese orden de ideas el contrato tiene por objeto" crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos de conformidad al art. 944 del Código Civil, es decir derechos y obligaciones.

Lafaille reserva para el contrato la calificación de acto jurídico bilateral con una finalidad restricta: engendrar obligaciones, más allá de que la terminología que conviene es la de convención, y así no serían contratos la novación, la transacción, la renuncia aceptada, la dación en pago, y con mayor motivo aquellos que escapan a la esfera del patrimonio para producir consecuencias en un orden superior: relaciones de familia, matrimonio.

López de Zavalía se enrola en una tesis amplia, aduciendo que en la letra del art. 1137 se incluye en el concepto de contrato no

sólo a los actos creadores de obligaciones, sino también a los que las modifican, transmiten, extinguen o inciden en el campo de las relaciones reales. En apoyo de su tesis se vale de la regulación del contrato de cesión de créditos, en cuanto el art. 1343 revela que se transmiten derechos y obligaciones.

El profesor Mosset Iturraspe, en la edición actualizada de *Contratos*, señala el amplísimo contenido que se desprende de la alocución "reglar sus derechos patrimoniales, familiares, obligacionales o reales, excluyendo sólo a los acuerdos que no tienen por objeto una relación de derecho. Sobre la base del concepto de Savigny aludido por Vélez en la nota, afirmando que no es el concepto que se desprende del art. 1137 el que preside la estructura del contrato en nuestro derecho, porque para el Código no cualquier acuerdo destinado a producir efectos jurídicos a reglar derechos es un contrato sino que es preciso que su objeto sea susceptible de apreciación pecuniaria (art. 1169, Cód. Civil) que lo delimita al campo patrimonial en el ámbito obligacional (art. 1168, Cód. Civil) con la amplitud de crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar relaciones jurídicas creditorias (art. 944, Cód. Civil), quedando excluida la posibilidad de constituir o transferir de modo inmediato relaciones jurídicas reales (art. 577, Cód. Civil), sin desconocer por ello la estrecha relación que existe entre contrato y derecho real al punto que el primero sirve de título al segundo, corifeos de esa postura resultan Llambías y Alterini, quienes limitan el ámbito conceptual del contrato al campo patrimonial con contenido obligacional, excluyendo la noción de los acuerdos que tengan por finalidad originar o modificar derechos reales o de familia, al resultar estos institutos de regulación no convencional.

Frente al fárrago de opiniones mencionadas, nosotros participamos de la corriente amplia por los siguientes motivos:

1) El art. 1137 memora la noción de acto jurídico bilateral, y si es como se afirma el acto jurídico bilateral por excelencia, tendrá, según el art. 944, por fin inmediato establecer entre las personas

relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos.

2) Es como decimos bilateral porque requiere el acuerdo de dos o más personas; en rigor, la ley debió hablar de partes para no confundir el concepto de contrato con el acto plurisubjetivo, varias personas que no hallándose en posiciones jurídicas y económicas opuestas o contradictorias, que es lo que ocurre en el contrato, formulan una declaración común de voluntad, pero no nos hallamos frente a un contrato porque esas voluntades no se contraponen sino que se unen o fusionan. No solamente existe la posibilidad de que varias personas constituyan una sola parte, sino que una por una, representa simultáneamente a dos partes en los supuestos del art. 1919, o del autocontrato o contrato consigo mismo. Preferimos por ello lo sostenido por Mesineo, en el sentido expuesto de que lo que interesa a la noción de contrato es la existencia de partes contractuales contrapuestas o centros de interés. Por aplicación de lo mismo es que la Corte Suprema tiene establecido, desde hace casi cinco lustros, "que la noción de contrato no puede concebirse en estricto derecho cuando no existen dos sujetos en el negocio jurídico en sus roles de acreedor y deudor. Si los intereses que concurren al acto no son opuestos, sino concurrentes o paralelos, no existe contrato (ED, 49-492).

3) El concepto legal requiere asimismo del consentimiento, el *cum sentire* la integración perfecta, armoniosa y declarada de las respectivas voliciones de las partes con relación al objeto y causa del contrato. Si las declaraciones no coinciden, en ese punto o zona habrá disenso y no contrato.

4) Un cuarto elemento tipificante del concepto de contrato se vincula con la patrimonialidad de su objeto. Ello surge de modo indubitable del art. 1169, cuando al hablar de la prestación objeto de un contrato establece que ésta puede consistir en la entrega de una cosa o en el cumplimiento de un hecho positivo o negativo "susceptible de apreciación pecuniaria". No sólo la doctrina lo ha entendido del modo expuesto, sino también la Corte Nacional al

predicar “que” por contrato se entiende el acto jurídico bilateral y patrimonial en el que están presentes dos partes que formulan una declaración de voluntad común, en directa atinencia a relaciones patrimoniales y que se traducen en crear, conservar, modificar, transmitir o extinguir obligaciones.

5) Por último, la noción de contrato no es apta para la constitución de los derechos reales por sí; serviría como título pero con la integración del modo representado por la tradición (art. 577, Cód. Civil).

En redondeo conclusivo, resulta para nosotros que el concepto de contrato es el resultado del instrumento apto para la creación de relaciones obligacionales, para su transformación —caso de la renovación—, para transferirlas —la cesión de crédito— o para extinguirlas —pago por entre de bienes—.

V. Derecho comparado

En el ámbito del derecho comparado existe un número considerable de códigos que evitan proporcionar el concepto de contrato, aun cuando fijan su alcance.

Así, el Código Civil alemán dispone que tanto para la formación como para la modificación de un negocio obligacional se exige un contrato.

El Código de Portugal, de noviembre de 1966, no define tampoco el contrato aún; aparece su regulación entre las fuentes de las obligaciones, cuando doctrinariamente se lo define con especial énfasis en el consentimiento de las declaraciones de voluntad contrapuestas (Antúnez Varela, Rodríguez Bastos).

El de Suiza, de 1911, de igual modo no define el contrato sino que suministra dos elementos para su conclusión: acuerdo recíproco mediante manifestaciones expresas o tácitas.

En Francia, superando la distinción que se efectuaba entre convención y contrato, al carecer de interés práctico y utilizando ambas expresiones como intercambiables, sostienen ahora, en esta

década, que contrato es un acuerdo de voluntades en vistas de crear una relación de derechos consistente en dar nacimiento a una obligación, crear un derecho real o modificar o extinguir una relación preexistente.

El Código italiano de 1942 define al contrato en concepto criticado especialmente por Scognamiglio, en el segmento que añade superfluamente el acuerdo a la finalidad.

La mayoría de los códigos que definen al contrato siguen el lineamiento del Código Civil francés (art. 84, Cód. Civil de Perú; Colombia).

Entre nosotros, el proyecto de 1936 no definió el contrato, proporcionando reglas generales en el art. 788. Bibiloni mantuvo el art. 1137.

El proyecto de 1987 (ley vetada) y el de diputados no innovan sobre la definición. El del ejecutivo se expresa diciendo que es el acto jurídico bilateral que tiene por fin inmediato construir, regular o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales. La nota de la Comisión señala que se inspiró en el art. 1321 del Código Civil italiano, y que coincide con importante doctrina nacional. Acerca de la opinión de los juristas platenses, Stiglitz hubiera preferido mantener inalterada la definición actual para no abrir remotas polémicas, y discrepa el profesor Mosset Iturraspe, para estimar el carácter de reforma integral que el proyecto mencionado propicia. Toda precisión es buena y saludable. Compartimos con estos autores la obviedad de afirmar la importancia del derecho comparado para resaltar diferencias y sorprenderse con las similitudes de sistemas jurídicos diferentes. Este tipo de estudio sirve para el ahorro de energías en temas que parecen nuevos o no tratados, y que en otras latitudes han sido ensayados y probados, y nos hubiera gustado exponer aquí el interesante trabajo del concepto de trabajo en el common law, que José Carlos Arcagni produce en la obra *Teoría general de los contratos* del Prof. Stiglitz, quien investiga el contrato en uno de los sistemas jurídicos más importantes de la actualidad, pese a que cuando juzgue que exhorbita su desa-

rrollo el punto motivo de la clase, es innegable la trascendencia que posee si se piensa que la esencia del common law, en cuanto solución de conflictos judiciales mediante la preeminencia de la fuente jurisprudencial, encuentra una prolongación decisiva en el sistema argentino, por la operatividad del "stare decisis" de quienes nos subordinamos a jueces de jerarquía superior —TSJ o CSJN, en nuestro caso—.

La doctrina moderna, aunque muy dividida, distingue también acerca de los conceptos convención, contrato y pacto. Para nosotros, la primera es aplicable a toda especie de acto o negocio jurídico bilateral que las partes tengan en miras; como lo enseña Vélez en la nota, se trata de negocios patrimoniales o familiares. El segundo, según hemos definido, actúa con amplitud en el campo de las relaciones jurídicas creditorias u obligacionales, siendo el pacto conforme la tendencia prevaleciente, cláusulas accesorias que modifican los efectos naturales de los contratos típicos, pacto comisorio, reventa, etc.

VI. Contrato en el siglo XXI

Y bien, finalmente con referencia al contrato del año 2000, apoyado en la conferencia pronunciada en Brasilia, en el Congreso Brasileiro de los Derechos del Consumidor, el autor antes citado, luego de patentizar la inescindible relación que existe entre una economía libre o de mercado capitalista, y el contrato que corresponde a esa concepción, tras sentar una primera aproximación, señala que el concepto de contrato en el año 2000 será una cuestión conexas y atinente al Estado y a la política económica implementada a la empresa y al consumidor, y que pondrá de relieve una desigualdad entre las partes, mayor aún que la que se exhibe en la actualidad.

Piensa el autor que se habrá de caracterizar el contrato por la desaparición del concepto discrecional, y será en los próximos años historia, pues en el contrato la empresa aspirará a la impersonali-

dad en las relaciones con sus clientes consumidores, eliminando todo tipo de discusión y deliberación.

Significará ello que el contrato del Siglo XXI se caracterizará por la uniformidad técnica-formativa y operará sólo como contrato de consumo predispuesto. Esas perspectivas no aparecen como sombrías si el jurista asume el compromiso y convicción de la solidaridad social en la diaria dimensión del abogado; para que el contrato se convierta en instrumento de paz social el legislador debe proporcionar las armas idóneas de defensa en el magistrado independiente, por persuasión y auténtico amparo de los consumidores, depositando todos, como siempre, la confianza en el Estado de Derecho.

Bibliografía

- ARCAGNI, JOSÉ CARLOS, *Teoría general de los contratos*, GABRIEL STIGLITZ (director), Bs. As., Depalma, 1990.
- MOSSET ITURRASPE, JORGE, *Contratos*, ed. actualizada, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1997.
- SAVIGNY, FEDERICO CARLOS DE, *Sistema de derecho romano actual*, Madrid, F. Góngora y Cía., 1878.
- STIGLITZ, RUBÉN, "El contrato del año 2000: perspectivas y desafíos", *JA*, 1994-II.