

CONTRATOS REALES Y CONSENSUALES¹

PROPERTY CONTRACTS AND CONSENSUAL CONTRACTS

Por *Andrés Sánchez Herrero* (*)

Resumen: A partir de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, se ha suprimido la distinción que hacía el código velezano entre contratos consensuales y reales. Se ha llegado a plantear que ya no existen contratos reales en el derecho argentino. El presente artículo reflexiona sobre ambas categorías de contratos y evidencia la subsistencia de los contratos reales en nuestro derecho, explicitando los supuestos existentes en la legislación argentina.

Palabras clave: Contratos reales- Contratos Consensuales- Código Civil y Comercial de la Nación-

Abstract: After the sanction of the Civil and Commercial Code of the Argentine Nation, the distinction made by the Civil Code between consensual and property contracts has been abolished. It has been argued that there are no longer property contracts in Argentine law. This article reflects on both categories of contracts and evidences the subsistence of property contracts in our law, making explicit the existing types in Argentine legislation.

Key words: Property contracts- Consensual contracts- Civil and Commercial Code of the Nation.



Artículo publicado bajo Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Sin Derivar. © Universidad Católica de Córdoba

DOI [http://dx.doi.org/10.22529/rfd.2021\(5\)08](http://dx.doi.org/10.22529/rfd.2021(5)08)

¹ Artículo recibido el 20/05/21 y aprobado para su publicación el 20/08/21.

(*) Abogado (UCA). Doctor en Derecho (UCA) Profesor Titular de Derechos de los Contratos y Propiedad Intelectual (Universidad Austral).

I. INTRODUCCIÓN

En línea con una tradición milenaria, el viejo Cód. Civ. reconocía la categoría de los contratos reales, opuesta a la de los consensuales. A estos últimos se refería en el art. 1140:

Los contratos consensuales, sin perjuicio de lo que se dispusiere sobre las formas de los contratos, quedan concluidos para producir sus efectos propios, desde que las partes hubiesen recíprocamente manifestado su consentimiento.

El artículo siguiente se ocupaba de los contratos reales:

Los contratos reales, para producir sus efectos propios, quedan concluidos desde que una de las partes haya hecho a la otra tradición de la cosa sobre que versare el contrato.

El Cód. Civ. y Com. carece de disposiciones que, como las citadas, definan estas dos categorías. Además, ha suprimido el carácter real de los contratos que tradicionalmente pertenecían a esta clase, lo cual, sumado a lo que se afirma en los Fundamentos del Anteproyecto del Código, ha llevado a buena parte de la doctrina a considerar que los contratos reales ya no existen en el derecho argentino. Sin embargo, no es así: todavía subsisten algunos contratos o pactos reales.

Antes de abordar el tema, haré una breve caracterización de estas categorías contractuales, por dos razones:

1) Para dilucidar si algo existe, es necesario identificarlo y delimitarlo con la mayor precisión que sea posible.

2) Dado que todavía hay contratos o pactos reales en el derecho argentino, tiene sentido describirlos y hacer referencia a las reglas que se les aplican, tal como se hace con las demás categorías contractuales existentes. Al hacerlo, también analizaré la categoría que se le opone —los contratos consensuales—, cuyo reconocimiento legal está fuera de discusión.

II. CRITERIO DE CLASIFICACIÓN

La clasificación se basa en el modo de perfeccionamiento del contrato —si basta el mero acuerdo o se requiere, además, la entrega de una cosa—.

III. DEFINICIÓN DE LAS CATEGORÍAS

Son contratos consensuales los que se perfeccionan mediante el simple acuerdo de voluntades —expresado en la forma que la ley requiere, en su caso, pero sin que sea necesaria la entrega de una cosa a este efecto—. Es una categoría residual: son consensuales todos los contratos que no son reales. A su vez, estos últimos son los que se perfeccionan mediante la entrega de la cosa sobre la que versa el contrato o pacto. Naturalmente, como en todo contrato, es necesario el

consentimiento². Pero, a diferencia de los contratos consensuales, en los reales no basta el consentimiento, sino que es necesario, además, que se entregue la cosa a la que el contrato se refiere.

El criterio aplicable, entonces, es el de si se requiere o no la entrega de una cosa para que el contrato se perfeccione. Por lo tanto, un contrato no es real por el mero hecho de que, al celebrarse, se entregue la cosa que tiene por objeto: lo que cuenta no es *lo que las partes hacen* al celebrar el contrato, sino *lo que la ley les exige que hagan* al celebrarlo para que el contrato sea válido. La nota caracterizante de esta clasificación —la entrega de la cosa— es de orden normativo, no fáctico:

— si la ley no exige esta entrega como requisito de perfeccionamiento, no es un contrato real aun cuando, de hecho, se haga la entrega al celebrarlo, y, a la inversa,

— si la ley exige esta entrega como requisito de perfeccionamiento, el contrato es real aun cuando, de hecho, no se haga entrega de la cosa al celebrarlo (en todo caso, el contrato no se habrá perfeccionado).

De ser el contrato consensual, la entrega de la cosa —sin importar cuándo se realice— pertenecerá a la fase de la ejecución del contrato —y no a la de su formación o perfeccionamiento, como ocurre con los contratos reales—³. Es más: en los contratos reales, nunca llega a nacer la obligación de entregar la cosa (me refiero a la cosa cuya entrega es requisito de perfeccionamiento del contrato), ya que

— si el contrato se ha perfeccionado, la cosa ya se entregó; luego, mal puede nacer la obligación de entregar lo que ya se ha entregado, y

— si el contrato no se ha perfeccionado (por ejemplo, porque no se entregó la cosa), mal puede dar origen a ninguna obligación (incluida la de entregar la cosa).

También se ha dicho que a estos contratos los caracteriza la obligación de restituir. En el viejo régimen, este era el caso, efectivamente, de la mayoría de los contratos reales. Sin embargo, también había contratos reales que no generaban obligación restitutoria alguna —por ejemplo, el contrato oneroso de renta vitalicia—. Lo mismo ocurre en el nuevo sistema —por ejemplo, con el pacto de arras, en el que la cosa que se entrega queda, en la mayoría de los casos, en poder del *accipiens*—. En suma: lo que caracteriza a los contratos reales es que solo pueden perfeccionarse mediante la entrega de la cosa objeto del contrato o pacto, independientemente de si luego debe ser restituida. Esta obligación restitutoria no es condición necesaria para que un contrato sea real. (Mucho menos condición suficiente, se entiende: de lo contrario, habría que concluir, por ejemplo, que el contrato de locación es un contrato real, dada la obligación restitutoria que pesa sobre el locatario).

² V. Vincenzo ROPPO, *Il Contratto*, 2.^a ed., Milán, Giuffrè Editore, 2011, p. 127.

³ V. Noemí L. NICOLAU, *Fundamentos de derecho contractual. Tomo I*, Buenos Aires, La Ley, 2009, p. 167.

IV. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

La categoría de los contratos reales nació en el derecho romano, como una excepción —una vía de escape— al formalismo imperante. Se mantuvo durante el derecho intermedio y fue receptada por la codificación decimonónica en general, con el Cód. Civ. francés a la cabeza. También por el Cód. Civ. italiano de 1942. Sin embargo, hay países que ya han erradicado la categoría, como es el caso de Suiza, México y Polonia. Pareciera ser la tendencia. Nuestro Cód. Civ. y Com. se inscribe en esta línea: podrá discutirse si se suprimió o no la categoría, pero no cabe duda de que, como mínimo, se redujo radicalmente su ámbito de aplicación.

V. CRÍTICA A LA CATEGORÍA DE LOS CONTRATOS REALES

Esta categoría, que nació como una válvula de escape de un sistema contractual impregnado de formalismo, como era el derecho romano quiritario, hoy termina cumpliendo, paradójicamente, una función formalista⁴. Se le imputa ser un mero resabio histórico, que, cuando subsiste, solo lo hace por tradición⁵. Veamos por qué.

En los sistemas que mantienen la categoría de los contratos reales, esta desempeña una función opuesta a la de su origen, dado que ahora la regla es la consensualidad y la informalidad⁶. El cambio en la función se explica por el cambio en el contexto:

1) En un sistema como el del derecho romano quiritario, en el que la regla era la formalidad, la aceptación de que un contrato se concluyese por la entrega de la cosa lo flexibilizaba, ya que implicaba admitir como válidos acuerdos que de otro modo no lo habrían sido.

2) En un sistema como el actual, en el cual la regla es la informalidad y la consensualidad, la exigencia de la entrega de la cosa lo rigidiza, ya que impide que tengan validez acuerdos que de otro modo la habrían tenido.

Para algunos, la categoría de los contratos reales se justifica porque la obligación de restituir una cosa presupone, lógicamente, su entrega previa (es decir, el carácter real del contrato). No estoy de acuerdo. Nada impide que se pacten dos obligaciones sucesivas: la primera, de entregar una cosa; la segunda, de restituirla⁷. Es lo que ocurre, sin ir más lejos, con la locación, contrato en el cual el locatario se obliga a restituir una cosa que, al tiempo del perfeccionamiento, aún no le fue entregada. Por lo demás, en los sistemas que admiten la categoría de los contratos reales, no en todo contrato de este tipo hay obligación de restituir la cosa entregada (v. gr., el contrato oneroso de renta vitalicia) ni todo contrato que genera una obligación restitutoria es real (v. gr., la locación). En nuestro derecho vigente, por ejemplo, el *accipiens* de un pacto de

⁴ V. Juan M. APARICIO, *Contratos. Tomo 1. Parte general*, Buenos Aires, Hammurabi, 1997, p. 128.

⁵ V. ídem.

⁶ V. Noemí L. NICOLAU, *Fundamentos de derecho contractual. Tomo I*, cit. nota 3, p. 169.

⁷ V. Juan M. APARICIO, *Contratos. Tomo 1...*, cit. nota 4, p. 128.

arras no siempre debe restituir lo que se le entregó (por ejemplo, no debe hacerlo si el *tradens* ejerce el derecho de arrepentimiento).

Por lo expuesto, la doctrina mayoritaria propone la supresión de esta categoría o ha acogido con beneplácito su reciente acotamiento —o su eliminación, para muchos—⁸. Esta parece ser la tendencia mundial.

La crítica es, en general, correcta. ¿Significa esto que hay que erradicar definitivamente la categoría?⁹. No, por cierto. Hay que distinguir:

— No tiene sentido mantenerla como un mero resabio formalista. Por esta razón, es plausible que se la haya acotado de manera radical —suprimiendo la exigencia de la entrega de la cosa respecto del mutuo y el comodato, por ejemplo—.

— Sin embargo, hay contratos o pactos en los que la *datio* hace a su esencia, y así está receptado en los usos. Por ejemplo, en las arras, cuya función se cumple de manera mucho más contundente si es real que consensual. En casos de este tipo, no hay razón para suprimir el carácter real del acuerdo.

VII. ¿SUBSISTEN LOS CONTRATOS REALES?

VII. 1. CONSIDERACIONES GENERALES. CRITERIO APLICABLE

Con la entrada en vigor del Cód. Civ. y Com., un sector importante de la doctrina emitió el acta de defunción de los contratos reales¹⁰. Veamos los argumentos en que se basa esta tesis:

1) Se suprimió la clasificación de los contratos en consensuales y reales, como así también la definición de esta última categoría¹¹.

2) Los típicos contratos reales —mutuo, comodato, depósito y prenda— pasaron a ser consensuales¹².

3) Ya no hay ninguna norma que exija la entrega de la cosa objeto del contrato como un requisito para su perfeccionamiento.

⁸ En este sentido: Carlos M. IBÁÑEZ, *Resolución por incumplimiento*, Buenos Aires, Astrea, 2003, p. 121.

⁹ El interrogante presupone que en nuestro derecho todavía existen los contratos reales, tema sobre el que volveré.

¹⁰ V. María F. CULASSO, en Noemí L. Nicolau y Carlos A. Hernández (directores), y Sandra A. Frustagli (coordinadora), *Contratos en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, La Ley, 2016, p. 210; Esteban D. OTERO, en Julio C. Rivera y Graciela Medina (directores), y Mariano Esper (coordinador), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Tomo IV*, Buenos Aires, La Ley, 2014, p. 691; Rubén S. STIGLITZ, *Contratos civiles y comerciales. Parte general. Tomo I*, 3.^a ed. (1.^a ed., 1999), Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 109; Julio C. RIVERA, en Julio C. Rivera y Graciela Medina (directores), y Mariano Esper (coordinador), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Tomo III*, Buenos Aires, La Ley, 2014, p. 424; Gustavo CAMELO, en Marisa Herrera, Gustavo Caramelo y Sebastián Picasso (directores), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Tomo III*, Buenos Aires, Infojus, 2015, p. 349.

¹¹ V. Julio C. RIVERA, en Julio C. Rivera y Graciela Medina (directores), y Mariano Esper (coordinador), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Tomo III*, cit. nota 10, p. 424.

¹² V. ídem.

4) En los fundamentos del Anteproyecto del Cód. Civ. y Com., en la parte referida al depósito, se afirma que este contrato “es regulado como contrato consensual, habida cuenta la desaparición de la categoría de los contratos reales”.

Ninguno de estos argumentos es de recibo. En el caso de los dos primeros, su insuficiencia para respaldar la tesis negativa salta a la vista:

— Que en un ordenamiento jurídico no exista una norma que clasifique explícitamente a los contratos conforme a cierto criterio no implica que no haya contratos que pertenezcan a las categorías a las que da lugar esa clasificación. Sin ir más lejos, tampoco hay una norma que los clasifique en contratos de ejecución diferida y de ejecución inmediata, no obstante lo cual a nadie se le ocurriría negar su existencia en el sistema vigente. Para admitir una categoría contractual —v. gr., la de los contratos reales—, lo que cuenta no es si existe una norma que explicita una clasificación que la incluya, sino si hay alguna que reconozca o regule un contrato perteneciente a esa categoría.

— En cuanto al segundo argumento, es cierto que los contratos reales emblemáticos han dejado de serlo (por ejemplo, el mutuo). Pero, en el mejor de los casos, esto solo prueba que la categoría adelgazó, no que ha desaparecido.

— En lo que hace a los Fundamentos, es claro que, si contradicen las normas, deben prevalecer estas últimas. Esto no implica dar por concluido el asunto, sino tan solo destacar que la cuestión depende de si en alguna norma se consagra o regula un contrato como real —así sea en forma implícita—, lo que nos lleva a tratar el argumento restante. Los Fundamentos son una pauta a tener en cuenta a la hora de interpretar las normas vigentes, ya sea en su individualidad o como sistema..., pero solo eso. Como se verá, en este caso existe la contradicción apuntada, de modo que hay que prescindir de lo afirmado en los Fundamentos. Por otro lado, no es el único caso en el que se contradicen con el texto legal.

El tercer argumento — que ya no hay ninguna norma que exija la entrega de la cosa objeto del contrato como un requisito para su perfeccionamiento— es el único del cual podría inferirse que ya no existen los contratos reales. Solo tiene un defecto: su premisa es falsa. Hay normas vigentes que reconocen o regulan contratos reales, como veremos¹³. Y basta con que exista al menos un contrato real —uno solo— para demostrar que la categoría subsiste. Luego podrá discutirse qué importancia tiene, cuál es su peso relativo respecto del que tenía en el Código de Vélez, etc., pero ya no podrá cuestionarse su existencia.

Se trata, por ende, de bucear en el sistema normativo con el fin de encontrar al menos un caso —un pacto o un contrato real— que permita refutar la tesis negativa. La carga de la prueba, por así decirlo, pesa sobre quienes adhieren a la tesis positiva. ¿Cuáles son esos casos, concretamente? Se han propuesto varios, pero, como se verá, no todos son aceptables.

¹³ En este sentido: Daniel MOEREMANS, “Clasificación de los contratos en el nuevo Código Civil y Comercial”, en Rubén S. Stiglitz (director), *Contratos en el nuevo Código Civil y Comercial. Parte general*, Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 117; Luis F. LEIVA FERNÁNDEZ, en Jorge Alterini (director) e Ignacio Alterini (coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegetico. Tomo V*, Buenos Aires, La Ley, 2015, pp. 90-91.

Antes de abordarlos, refiero las ideas centrales:

— El legislador se ha decantado claramente por el sistema de la consensualidad, e incluso en los Fundamentos ha “decretado” la desaparición de los contratos reales.

— No fue del todo consecuente con esta afirmación tan lapidaria: en algunos casos —pocos, muy pocos—, la ley requiere la entrega de la cosa como requisito de perfeccionamiento del contrato. En otros términos: hay algunos contratos reales.

— En los supuestos dudosos, el contrato se debe calificar como consensual, dada la directiva general del legislador¹⁴. En otros términos: la categoría de los contratos reales debe interpretarse en forma restrictiva.

VII. 2. ANÁLISIS DE ALGUNOS SUPUESTOS EN PARTICULAR

VII. 2. 1. DONACIÓN MANUAL

Según el art. 1554 del Cód. Civ. y Com. —titulado “Donación manual”—, [l]as donaciones de cosas muebles no registrables y de títulos al portador deben hacerse por la tradición del objeto donado.

El viejo Código también la regulaba, pero sin imponer la entrega: tan solo la permitía, como una alternativa a la forma usual¹⁵. Como sea, en ambos cuerpos normativos se reconoce a la donación manual. ¿Es un contrato real? En primer lugar, acotemos el tema: no hay duda de que las donaciones de inmuebles y de muebles registrables son consensuales; la discusión solo se refiere a la donación de muebles no registrables. El interrogante divide a la doctrina:

1) Para un sector, estamos, efectivamente, ante un contrato real que se perfecciona con la entrega del objeto donado¹⁶. Así lo había entendido, también, un sector de la doctrina alumbrada al calor del viejo régimen. En apoyo de esta tesis se invoca que la vieja norma no solo sobrevive, sino que incluso se ha reforzado. La letra del art. 1554 es clara: estos contratos “*deben* hacerse por la tradición del objeto donado”¹⁷. Ahora no hay margen para sostener, como pudo hacerse antes, que la norma simplemente establece que, entre otros medios, el contrato *puede* celebrarse mediante esta entrega¹⁸.

¹⁴ V. Maximiliano R. CALDERÓN, en Andrés Sánchez Herrero (director) y Pedro Sánchez Herrero (coordinador), *Tratado de derecho civil y comercial. Tomo V. Contratos. Parte especial*, Buenos Aires, La Ley, 2016, p. 885.

¹⁵ Según su art. 1815, “[l]a donación de cosas muebles o de títulos al portador puede ser hecha sin un acto escrito, por la sola entrega de la cosa o del título al donatario”.

¹⁶ V. Luis F. LEIVA FERNÁNDEZ, en Jorge Alterini (director) e Ignacio Alterini (coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético. Tomo V*, cit. nota 13, p. 91 (aunque con suma cautela: la donación manual “continuaría siendo de carácter real”, sostiene).

¹⁷ Énfasis agregado.

¹⁸ Así lo sostenía, respecto del viejo régimen, Juan M. APARICIO, *Contratos. Tomo 1...*, cit. nota 4, p. 130.

2) Otro sector de la doctrina entiende que, incluso en este caso, la donación es consensual¹⁹. (Incluyo aquí a quienes consideran que el contrato puede celebrarse por escrito o mediante la entrega de la cosa donada: en definitiva, admiten su perfeccionamiento sin la entrega de la cosa, aunque sea como una de las alternativas disponibles). Se apoya en los siguientes argumentos:

a) La exigencia de la entrega de la cosa también se puede interpretar como referida al cumplimiento del contrato, no a su celebración.

Como réplica, cabe objetar que la norma, así interpretada, es redundante: es obvio que la donación de una cosa mueble se cumple entregando la cosa, como ocurre con cualquier contrato del que surge una obligación de dar.

b) De la norma tampoco resulta tan claro que la entrega del objeto donado sea un requisito para el perfeccionamiento del contrato²⁰.

Otro argumento que no termina de convencerme. La norma es bastante clara: estos contratos “*deben* hacerse por la tradición del objeto donado”. Cuestión distinta es que haya otras razones para apartarse de su tenor. Es cierto que no explicita que el contrato solo se perfecciona con la entrega de la cosa, pero, si vamos a adoptar este criterio de modo general, entonces habrá que considerar que muchas exigencias inequívocas que el legislador ha impuesta a la hora de celebrar el contrato, pero sin la admonición que se echa de menos, no son, en realidad, requisitos perfectivos. No creo que sea lo más recomendable: el legislador ha requerido explícitamente que estos contratos “*deben* hacerse por la tradición del objeto donado”. Ante una frase tan lapidaria, solo cabe dudar del encuadre es por la declaración general, contenida en los Fundamentos, de que se ha suprimido la categoría de los contratos reales, que además se ha plasmado con relación a los contratos que típicamente integraban esta categoría.

c) La impronta de la reforma en la materia es clara: tiende a reducir el ámbito de aplicación de la categoría de los contratos reales, si no a suprimirlo; por lo tanto, su interpretación debe hacerse en forma restrictiva²¹. Hay autores que van

¹⁹ V. Cristina N. ARMELLA, “El contrato de donación y sus vicisitudes en el Código Civil y Comercial”, en Rubén S. Stiglitz (director), *Contratos en el nuevo Código Civil y Comercial. Parte especial*, Buenos Aires, La Ley, 2015, pp. 654-655; Esteban D. OTERO, en Julio C. Rivera y Graciela Medina (directores), y Mariano Esper (coordinador), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Tomo IV*, cit. nota 10, p. 692; Maximiliano R. CALDERÓN, en Andrés Sánchez Herrero (director) y Pedro Sánchez Herrero (coordinador), *Tratado de derecho civil y comercial. Tomo V...*, cit. nota 14, p. 885; Juan M. APARICIO, *Contratos. Tomo 1. Parte general, 2.ª ed.*, Buenos Aires, Hammurabi, 2016, p. 107; Jorge ALTERINI e Ignacio ALTERINI, en Jorge Alterini (director) e Ignacio Alterini (coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético. Tomo V*, Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 92. En el mismo sentido, en el marco del viejo régimen: Ricardo L. LORENZETTI, *Tratado de los contratos. Parte general*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 225 (considera que la entrega de la cosa se impone para la prueba del negocio).

²⁰ V. Maximiliano R. CALDERÓN, en Andrés Sánchez Herrero (director) y Pedro Sánchez Herrero (coordinador), *Tratado de derecho civil y comercial. Tomo V...*, cit. nota 14, p. 885.

²¹ Ídem.

todavía más lejos: dada la supresión de la categoría, no puede haber ningún contrato real (lo que incluye, lógicamente, a la donación manual)²².

Aunque en términos más generales, ya me he referido a este argumento, y al hacerlo explicité hasta qué punto cabe seguirlo. Es cierto que el Cód. Civ. y Com. se orienta hacia la supresión de la categoría de los contratos reales. Sin embargo, no lo es menos que, a pesar de la enfática declaración contenida en los Fundamentos, el propio Código regula algunos contratos como reales. Esta directiva justifica que, ante casos dudosos, se considere que el contrato es consensual. Pero no creo que aquí estemos ante un caso dudoso, dada la letra del art. 1554.

d) No hay razón para exigir la entrega de la cosa donada como requisito perfecto del contrato y no hacer otro tanto respecto de las donaciones referidas a los inmuebles y a los muebles registrables²³.

Comparto la premisa de este argumento, pero no su conclusión. Más precisamente: de esas premisas no se infiere esa conclusión. Es cierto que no hay razones sólidas para tratar desigualmente a la donación de muebles no registrables respecto de las demás donaciones. Pero de aquí no se infiere que ese trato desigual no exista. A lo sumo, podrá inferirse que, al regular asimétricamente estos casos, el legislador ha sido irrazonable. Es cierto que, ante varios resultados interpretativos compatibles con la norma interpretada (en particular, con su texto), hay que preferir el más razonable. Pero esta elección solo es posible entre los resultados interpretativos compatibles con la letra de la ley. La interpretación propuesta por quienes sustentan este argumento contradice la letra de la ley.

A lo dicho cabe agregar una segunda objeción: que, en realidad, también las otras donaciones —es decir, las de inmuebles y las de muebles registrables— están sometidas a exigencias especiales para su validez (v. gr., el otorgamiento mediante escritura pública).

e) Si se considerase que estos contratos son reales, habría que concluir que el simple acuerdo de donación de cosas muebles no registrables, aun plasmado por escrito, es inexigible, solución que evidentemente es disvaliosa²⁴.

La refutación de este argumento sigue la línea del anterior: no prueba que el legislador haya regulado estos contratos como consensuales, sino que debería haberlo hecho. Por lo demás, la falta de entrega de la cosa no dejaría inerte al donatario: aunque no hay un contrato de donación perfeccionado “con todas las de la ley”, sí habría un contrato respecto del cual no se ha observado la forma prescripta, de modo que el afectado podría exigir que se otorgase la forma respectiva y posteriormente el cumplimiento del contrato.

²² V. Cristina N. ARMELLA, “El contrato de donación y sus vicisitudes en el Código Civil y Comercial”, cit. nota 19, pp. 654-655

²³ V. Juan M. APARICIO, *Contratos. Tomo 1. Parte general*, 2.^a ed., cit. nota 19, p. 107.

²⁴ V. Maximiliano R. CALDERÓN, en Andrés Sánchez Herrero (director) y Pedro Sánchez Herrero (coordinador), *Tratado de derecho civil y comercial. Tomo V...*, cit. nota 14, p. 885.

f) Lo que esta norma requiere es que el cumplimiento se verifique cuando se perfecciona el contrato²⁵. Aunque la entrega coincida con el momento de la celebración del contrato, no hace a su constitución o perfeccionamiento, sino a su ejecución o cumplimiento.

El argumento no me convence. Es obvio que, si el contrato no es real, la entrega de la cosa corresponde a la etapa de su cumplimiento, no a la de su celebración. El problema es que no hay ningún elemento en el artículo 1554 que permita interpretarlo de este modo. Su tenor es muy elocuente: “Las donaciones de cosas muebles no registrables y de títulos al portador deben hacerse por la tradición del objeto donado”. Veamos:

– No se alude en lo más mínimo, ni siquiera de modo indirecto, a que la entrega hace al cumplimiento del contrato. Por el contrato, lo que la norma dice es que estas donaciones “deben hacerse” por la tradición del objeto donado.

– Tampoco se hace referencia a que debe cumplirse coetáneamente con la celebración del contrato.

g) De acuerdo con la definición contenida en el art. 1542 del Cód. Civ. y Com., la donación es un contrato con efectos personales: el donante “se obliga a transferir gratuitamente una cosa” al donatario. Lógicamente, esto solo es posible si el contrato no es real: mal podría obligarse el donante a transferir una cosa que ya ha transferido. Esto implica que, aunque sea indirectamente, la norma caracteriza a la donación como un contrato consensual²⁶.

Este argumento es uno de los más convincentes de la tesis de la consensualidad. Si una definición contiene las notas esenciales del objeto definido, entonces todas las especies que pertenecen al género deben contar con esa nota. Tendrán, además, sus diferencias o notas específicas, pero siempre deberán revestir las notas esenciales del género. Por lo tanto, si todas las donaciones tienen efectos personales, y solo pueden tenerlo si no son reales, entonces ninguna donación puede ser real.

De todas formas, tampoco creo que este argumento clausure el debate. En definitiva, más allá de las reflexiones de orden lógico que puedan inferirse de la definición general prevista en el art. 1542, si una norma consagra que hay un tipo de donación que es real, habrá que rendirse ante la evidencia (y, en todo caso, admitir que el propio legislador admitió una excepción a la regla general [o que, lisa y llanamente, se equivocó]).

h) Junto con el argumento anterior, el que más me convence es este otro: ¿qué sentido tiene una donación real? Ya no hablo desde un plano valorativo, sino desde lo técnico: si ya se ha entregado la cosa donada, ¿qué efectos surte la donación? No queda ninguna obligación principal por cumplir.

De todos modos, podrían invocarse dos objeciones:

²⁵ V. Esteban D. OTERO, en Julio C. Rivera y Graciela Medina (directores), y Mariano Esper (coordinador), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Tomo IV*, cit., p. 692.

²⁶ V. ídem (no se vale de este razonamiento, pero afirma que la donación, según la norma citada, es consensual).

— Que muchos de los contratos reales típicos eran unilaterales. Es cierto, pero al menos tras su celebración todavía estaba pendiente de cumplimiento la obligación restitutoria de quien había recibido la cosa. No es nuestro caso: en principio, el donatario se queda la cosa donada para sí; no debe restituirla.

— Que la donación también produce otros efectos (v. gr., el donante responde en ciertos casos por el saneamiento; vale como título justificativo de la transmisión de la propiedad de la cosa donada, etc.). Es cierto. Pero son efectos secundarios, que quedan a la sombra de lo que, si el contrato fuese consensual, sería su efecto principal: obligar al donante a transferir la cosa donada al donatario.

No me convence la idea de que el legislador haya concebido a la donación manual como un contrato casi despojado de efectos, como lo sería si la entrega de la cosa hiciese a su etapa perfecta. Si bien la donación real no es una figura lógicamente inconcebible, no tiene mayor sentido que, una vez perfeccionada, solo surta efectos residuales.

En suma, estamos ante un panorama incierto, propio de cuando existen normas contradictorias. Aquí no puede echarse mano al dogma de la infalibilidad del legislador: cualquiera que sea la postura que se adopte, habrá alguna norma incompatible con la tesis adoptada (es decir, habrá un error legislativo). Lo que queda, entonces, es decantarse por alguna posición y admitir que la norma incompatible contiene un error. Así las cosas, y por las razones apuntadas (fundamentalmente basadas en una interpretación sistemática y teleológica), considero que, a pesar de la letra del art. 1554, la donación manual es un contrato consensual.

Por lo tanto —y con muchas dudas—, considero que no cabe incluir a la donación manual entre los casos que prueban que todavía hay contratos reales en el derecho argentino.

VII. 2.3. CESIÓN MANUAL

De acuerdo con el art. 1618 del Cód. Civ. y Com.,

[l]a cesión debe hacerse por escrito, sin perjuicio de los casos en que se admite la transmisión del título por endoso o por entrega manual.

Es evidente que la entrega aludida al final del artículo hace al cumplimiento del contrato, no a su perfeccionamiento. Lo que ocurre en este caso es que el cumplimiento del contrato coincide temporalmente con su celebración. Luego, la cesión, por más que sea por entrega manual, no es un contrato real²⁷.

Al respecto, reitero que, para definir la categoría de los contratos reales, lo decisivo es si se *requiere* la entrega de una cosa para que el contrato se perfeccione, no si *de hecho* se la entrega en ese momento. Por lo tanto, un contrato no es real por más que su celebración coincida con la entrega de la cosa objeto del contrato —como ocurre en el caso de la compraventa manual, que es el

²⁷ Carlos A. CALVO COSTA, “El contrato de cesión de derechos en el Código Civil y Comercial”, en *Thomson Reuters Información Legal*, AR/DOC/4208/2019, § III.3.

supuesto más típico—. Desde un punto de visto lógico, primero ha nacido el contrato —sin la entrega de la cosa— y luego se lo ha cumplido.

VII. 2. 4. DEPÓSITO BANCARIO

El art. 1390 del Cód. Civ. y Com. —referido al contrato de depósito bancario en particular— dispone lo siguiente:

Depósito en dinero. Hay depósito de dinero cuando el depositante *transfiere* la propiedad al banco depositario, quien tiene la obligación de restituirlo en la moneda de la misma especie, a simple requerimiento del depositante, o al vencimiento del término o del preaviso convencionalmente previsto.

He enfatizado el término a partir del cual puede argumentarse que estamos ante un contrato real: el depositante “transfiere” la propiedad del dinero al banco depositario, y esto solo es posible mediante su entrega. Hay que admitir, entonces, que una interpretación literal de la norma nos lleva a admitir el carácter real del contrato en cuestión. De hecho, un sector de la doctrina considera que lo es²⁸.

Sin embargo, el panorama no es claro. Por lo pronto: ¿qué sentido tiene regular como consensual el contrato de depósito en general (incluso el de dinero) y como real el depósito bancario? Si se parte del postulado de que el legislador es consecuente, cabe argumentar que, en realidad, todo depósito —incluido el bancario— es consensual. Esta afirmación se refuerza al traer a colación que la norma citada tampoco es explícita al respecto: lo único que pesa en apoyo de la tesis del carácter real del contrato es la referencia a que el depositante “transfiere” el dinero al banco depositario. Ya sea por estas u otras razones, un sector de la doctrina entiende que, en realidad, el contrato es consensual²⁹.

Así las cosas, y de acuerdo con el criterio al que ya hice referencia, pareciera que habría que considerar que el contrato es consensual. Sin embargo, no creo que estemos ante un caso dudoso. Por otro lado, tampoco advierto que el encuadre de este contrato como real genere consecuencias particularmente

²⁸ V. Ariel A. MACAGNO, “Repensando el contrato de descuento de documentos. Despejando dudas, equívocos y malas interpretaciones”, en *Thomson Reuters Información Legal*, AR/DOC/2283/2020, § III; M. Constanza GARZINO y Francisco JUNYENT BAS, en Lidia Garrido Cordobera, Alejandro Borda y Pascual E. Alferillo (directores), *Código Civil y Comercial. Comentado, anotado y concordado. Tomo 2*, Buenos Aires, Astrea, 2015, p. 682, p. 682 (“el carácter real del contrato aparece patente”); Juan M. APARICIO, *Contratos. Tomo 1. Parte general, 2.ª ed.*, cit. 19, p. 105; Maximiliano R. CALDERÓN, en Andrés Sánchez Herrero (director) y Pedro Sánchez Herrero (coordinador), *Tratado de derecho civil y comercial. Tomo V...*, cit. nota 14, p. 506. Al respecto, Calderón afirma que “el contrato de depósito bancario implica una transferencia de dinero del cliente (depositante) a favor del banco. Esta transferencia no constituye una obligación del cliente, sino una acción constitutiva del contrato (que por ello asume el carácter de real) y, correlativamente, un efecto jurídico” (Maximiliano R. CALDERÓN, en Andrés Sánchez Herrero (director) y Pedro Sánchez Herrero (coordinador), *Tratado de derecho civil y comercial. Tomo V...*, cit. nota 14, p. 506).

²⁹ V. Carlos G. VILLEGAS, en Julio C. Rivera y Graciela Medina (directores), y Mariano Esper (coordinador), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Tomo IV*, Buenos Aires, La Ley, 2014, p. 299.

disvaliosas; por lo tanto, no hay razón para hacer un esfuerzo hermenéutico y jugar al límite de la interpretación. Y en cuanto a la declaración general del legislador contenida en los Fundamentos, ya vimos que tiene un valor muy relativo, habida cuenta de que, aun prescindiendo de este caso, hay otros de contratos que son, inequívocamente, reales.

Por lo expuesto, considero que estamos ante un contrato real. De todos modos, estamos ante un caso límite. Cobran particular importancia, entonces, la jurisprudencia y la práctica dominante, cuyo curso se irá definiendo con el tiempo.

VII. 2. 5. DESCUENTO DE DOCUMENTOS

Para un sector de la doctrina, también se trata de un contrato real³⁰. Según esta postura, la entrega de los documentos por el cliente descontado y el anticipo por el banco descontante hacen al perfeccionamiento del contrato, no a su ejecución³¹.

No estoy de acuerdo. Repasemos la definición contenida en el art. 1409 del Cód. Civ. y Com.:

Descuento bancario. El contrato de descuento bancario *obliga al titular de un crédito contra terceros a cederlo a un banco, y a éste a anticiparle el importe del crédito*, en la moneda de la misma especie, conforme con lo pactado³².

Explícitamente, la ley le atribuye carácter obligacional tanto a la cesión del crédito (con la entrega del documento) como al anticipo. Son obligaciones; es decir, efectos del contrato. Luego, no son requisitos para su perfeccionamiento.

VII. 2. 6. PRENDA Y ANTICRESIS

Un sector de la doctrina entiende que también son reales los contratos de prenda con desplazamiento y anticresis³³. En apoyo de esta postura se invocan los artículos 2212 y 2219 del Cód. Civ. y Com., que —según esta tesis— requieren la entrega de la cosa para el perfeccionamiento del contrato³⁴.

Veamos lo que dicen estos artículos:

³⁰ V. Ariel A. MACAGNO, “Repensando el contrato de descuento de documentos. Despejando dudas, equívocos y malas interpretaciones”, cit. nota 28, § III.

³¹ V. ídem.

³² Énfasis.

³³ V. Daniel MOEREMANS, “Clasificación de los contratos en el nuevo Código Civil y Comercial”, cit. nota 13, p. 117; Alejandro BORDA, en Alejandro Borda (director), *Derecho civil. Contratos*, Buenos Aires, La Ley, 2016, p. 35 (solo hace referencia a la prenda, y considera que se la reguló “inadvertidamente” como un contrato real).

³⁴ V. Daniel MOEREMANS, “Clasificación de los contratos en el nuevo Código Civil y Comercial”, cit. nota 13, p. 117 (“[d]e la lectura de ambos textos vemos que la entrega de la cosa es contextual al consentimiento y ambos son requisitos para el perfeccionamiento el contrato”); Alejandro BORDA, en Alejandro Borda (director), *Derecho civil. Contratos*, cit., p. 35 (solo invoca el art. 2219, dado que se refiere exclusivamente a la prenda).

La anticresis es el derecho real de garantía que recae sobre cosas registrables individualizadas, cuya posesión se entrega al acreedor o a un tercero designado por las partes, a quien se autoriza a percibir los frutos para imputarlos a una deuda³⁵.

La prenda es el derecho real de garantía sobre cosas muebles no registrables o créditos instrumentados. Se constituye por el dueño o la totalidad de los copropietarios, por contrato formalizado en instrumento público o privado y tradición al acreedor prendario o a un tercero designado por las partes³⁶.

En los dos artículos se prevé la entrega de la cosa como un requisito constitutivo, pero ¿de qué?; ¿solo del derecho real o también del contrato? Bifurcaré el análisis de los derechos involucrados para responder estos interrogantes (aunque, como veremos, la respuesta es la misma).

En el caso del art. 2212, parece bastante claro que se hace referencia a la entrega de la cosa como requisito de constitución del derecho real de anticresis, no del contrato que le da origen. Así resulta del objeto definido por la norma, y al que por lo tanto se refiere la entrega de la cosa: el derecho real de anticresis. Por lo tanto, el contrato no es real³⁷.

La situación es algo distinta en el caso del art. 2219. Es cierto que también aquí lo que se está definiendo es el derecho real (en este caso, el de prenda). Sin embargo, en la segunda parte —que es, precisamente, la que hace referencia a la entrega de la cosa— se alude tanto al derecho real como al contrato de prenda. De todos modos, considero que el requisito de la *datio rei* se formula con relación a la constitución del derecho real, no al perfeccionamiento del contrato. Así resulta de una correcta interpretación gramatical de la norma:

[La prenda] [s]e constituye por el dueño o la totalidad de los copropietarios, por contrato formalizado en instrumento público o privado y tradición al acreedor prendario o a un tercero designado por las partes.

La norma enumera los dos requisitos constitutivos del derecho real de prenda: el contrato (con las formalidades del caso) y la tradición. Esta última se refiere al derecho real, no al contrato, que es un requisito independiente. Acaso el orden pueda generar inicialmente alguna duda (no la habría si primero se hubiese enumerado la tradición y luego el contrato), pero esta queda despejada a poco que se advierte que hasta gramaticalmente no es posible considerar que la tradición es un requisito de validez del contrato (como sí lo es, en cambio, su formalización en instrumento público o privado).

Por lo demás, habría sido incoherente que el legislador hubiese concebido al contrato de anticresis como consensual y al de prenda como real.

³⁵ Art. 2212.

³⁶ Art. 2219.

³⁷ V. Nelson G. A. COSSARI y Leandro R. N. COSSARI, en Andrés Sánchez Herrero (director) y Pedro Sánchez Herrero (coordinador), *Tratado de derecho civil y comercial. Tomo VI. Derechos reales*, Buenos Aires, La Ley, 2016, p. 1144.

Por último, de acuerdo con el criterio que he adoptado, en caso de duda, hay que considerar que el contrato es consensual. De todos modos, no creo que en el caso sea necesario recurrir a este criterio interpretativo, dado que no es dudoso.

Por lo tanto, cabe concluir que también el contrato de prenda es consensual.

En suma: la falta de entrega de la cosa no obsta al perfeccionamiento de ninguno de los dos contratos analizados, dado que no son reales. Lógicamente, como la entrega sí está prevista como requisito de constitución de estos derechos reales, mientras no se verifique, solo habrá contrato, pero no derecho real de prenda o anticresis.

VII. 2. 7. SEÑA, SEÑAL O ARRAS

Tal vez este sea el caso más claro que atestigua la subsistencia de los contratos reales. Sin ninguna duda, es real: se perfecciona con la entrega de las arras³⁸. Así se desprende de los dos artículos que regulan el instituto:

Disposiciones generales. La *entrega* de señal o arras se interpreta como confirmatoria del acto, excepto que las partes convengan la facultad de arrepentirse; en tal caso, quien *entregó* la señal la pierde en beneficio de la otra, y quien la *recibió*, debe restituirla doblada³⁹.

Modalidad. Como señal o arras *pueden entregarse* dinero o cosas muebles. Si es de la misma especie que lo que debe darse por el contrato, la señal se tiene como parte de la prestación si el contrato se cumple; pero no si ella es de diferente especie o si la obligación es de hacer o no hacer⁴⁰.

Este rasgo es, precisamente, el que distingue a la seña penitencial del pacto de displicencia, y a la seña penal de la típica cláusula penal.

Por lo tanto, no hay arras sin *datio*. ¿Qué hay del mero acuerdo de arras? Me refiero al *pactum de arrha danda*: el contrato preliminar o promesa de arras. Estamos ante un contrato preliminar de un contrato real⁴¹. El obligado se compromete a efectuar la entrega para que se perfeccionen las arras. No produce, por lo tanto, los efectos del contrato real⁴².

³⁸ V. Daniel MOEREMANS, “Clasificación de los contratos en el nuevo Código Civil y Comercial”, cit. nota 13, p. 117; Luis F. LEIVA FERNÁNDEZ, en Jorge Alterini (director) e Ignacio Alterini (coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético. Tomo V*, cit. nota 13, p. 91; Anteo E. RAMELLA, “Arras confirmatorias penales y cláusulas penales”, en *La Ley Online*, AR/DOC/13463/2001, § IV; María F. COMPIANI, “La seña en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, en Rubén S. Stiglitz (director), *Contratos en el nuevo Código Civil y Comercial. Parte general*, Buenos Aires, La Ley, 2015, § III.

³⁹ Artículo 1059 (énfasis agregado).

⁴⁰ Artículo 1060 (énfasis agregado).

⁴¹ V. Fernando J. LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría de los contratos. Tomo 1. Parte general*, 4.^a ed., Buenos Aires, Zavalía, 1997, p. 672; María F. COMPIANI, “La seña en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, cit. nota 38, § V.

⁴² V. Fernando J. LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría de los contratos. Tomo 1. Parte general*, cit. nota 41, p. 672.

VIII. CONCLUSIÓN

Cabe concluir que todavía hay contratos reales en el derecho argentino. Aunque enjuta, la categoría subsiste.