

APUNTES PARA UNA NOCIÓN DEL CONTRATO

POR FEDERICO N. VIDELA ESCALADA

1 — Planteo del Tema

Cerca de un siglo ha transcurrido desde la sanción de nuestro Código Civil y, no obstante la trascendencia del tema, el carácter de figura central del derecho privado asumido por la convención y la calidad de numerosos comentaristas y juristas que han analizado el problema, no se ha alcanzado una interpretación uniforme sobre el concepto del contrato adoptado en la obra de Vélez Sársfield.

Sorprende que así sea, sobre todo si se reflexiona sobre la circunstancia de haberse optado, en la redacción del Código, por la inclusión de definiciones, sistema que, pese a todas las objeciones que pueda menoscabar desde el punto de vista de una depurada técnica legislativa, contribuye ordinariamente a evitar dudas en cuanto al concepto doctrinario de las figuras contempladas.

También respecto al contrato, existe una definición, la contenida en el artículo 1137, objeto de numerosos comentarios y de no pocas críticas, agravadas por la circunstancia de desprenderse las primeras objeciones de la nota puesta por Vélez al pie de esa disposición legal.

Quizás pueda encontrarse allí el germen de las vacilaciones y las discrepancias anotadas entre los autores argentinos, pero es justo destacar que tampoco existe uniformidad en el concepto puramente doctrinario en el ámbito del derecho comparado.

También en este campo, se aprecian diferencias substanciales relacionadas fundamentalmente con el contenido del concepto, que oscila entre límites muy variados y reviste, por consiguiente, amplitud cambiante.

Sería pretensión injustificada pretender, por ello, encontrar una solución satisfactoria a la incógnita planteada por el tema, pero ha parecido oportuno retomarlo, una vez más, para formular a su respecto algunas reflexiones que puedan contribuir a ordenar la cuestión y facilitar su estudio.

En razón de lo señalado sobre las discrepancias doctrinarias, parece conveniente comenzar por una enumeración de las diversas posiciones adoptadas por algunos autores y legislaciones significativas y poner de relieve, a continuación, los aspectos coincidentes o uniformes y los diferentes, para, tras haber optado por una posición, contemplar si cabe en las disposiciones del Código Civil.

En esta última parte, deberá tenerse en cuenta un principio básico en materia hermenéutica, que sostiene la necesidad de evitar las interpretaciones de textos mediante su consideración aislada, para analizarlos como partes de un todo integral.

Ello exige tomar en cuenta, como elemento preponderante, el artículo 1137, pero también su complementación con otras disposiciones del Código relacionadas con el problema planteado.

2 — Diversas nociones del contrato

Sin pretender agotar las acepciones dadas a la expresión contrato ni la gama de definiciones de esta figura jurídica, pueden mencionarse algunas que resultan significativas.

Todas ellas parten de una base común, la consideración del contrato como un acuerdo, es decir, como un acto jurídico bilateral. Algunos autores, como Atiyah, prefieren referirse a la existencia de una promesa o un conjunto de promesas para cuyo incumplimiento la ley provee un remedio, por reconocerlas como obligatorias.

Esta prescindencia de la mención del acuerdo no parece recomendable pues deja de lado un aspecto esencial y definitorio, razón que lleva a optar por los conceptos clásicos, que ubican al contrato dentro del género convencional.

En la enumeración que sigue, se ordena a las definiciones según su contenido creciente, comenzando por la más ceñida, la del Código Napoleón y sus intérpretes, hasta la más amplia, que excede los límites del derecho privado, para extenderse hasta el ámbito internacional.

En primer término, pues, corresponde recordar la tesis que ubica al contrato como la convención destinada a engendrar derechos creditorios, vale decir que únicamente incluye a los actos jurídicos bilaterales que son fuente de obligaciones.

Sin exceder el campo de los derechos creditorios, se ha extendido algo el concepto para aquellos autores que comprenden en él a los actos destinados a transferir y extinguir obligaciones.

Un paso más adelante significa la inclusión de todos los actos bilaterales patrimoniales, que agrega la creación, transferencia y extinción de derechos reales e intelectuales, sostenida, en general, por los juristas italianos, conforme a una corriente reflejada ya en la definición del Código de 1865 y seguida también por el de 1942.

Las expresiones de nuestro artículo 1137 son más amplias todavía, ya que, aun dentro del ámbito del derecho privado, introducen dentro del concepto a todos los acuerdos en que las partes proceden "a regular sus derechos", con lo cual debería calificarse como contrato al matrimonio —conforme al clásico pensamiento de la legislación canónica— o a la adopción, en algunos supuestos.

Si bien aquí parece detenerse la posibilidad de seguir adelante para no superar el ámbito privado en que, tradicionalmente, ha funcionado el contrato, autores tan prestigiosos como Savigny han avanzado más aun y pueden señalarse diversos pasos antes de llegar a la posición extrema.

Aunque haya perdido vigencia la clásica distinción entre derecho público y privado, puede ser útil mencionarla aquí, con la precisión imprescindible respecto al significado asignado a ambas expresiones.

Se ubica como disciplinas de derecho público a aquellas que regulan las relaciones jurídicas de los Estados, como personas en ejercicio de poder público, entre sí o con organismos supranacionales o con particulares.

En consideración a su intervención, caben varias otras definiciones del contrato.

La de menor amplitud admite a las convenciones del Derecho Administrativo, entre las cuales aun habría señalar una gama bastante variada, pero en las cuales, como rasgo común, se encuentra la presencia del órgano que detenta la autoridad pública.

Como ejemplo que cabría dentro de esta división, podría mencionarse a las locaciones de cosas que se encuentran fuera del comercio, expresamente admitidas por el Código Civil, en su artículo 1501.

Una posición aun más amplia aceptaría la inclusión de las Constituciones y los pactos federales, posición vinculada con la clásica tesis contractualista, cuyas dos corrientes principales culminaron en las obras de Rousseau y del Padre Suárez.

Por fin, la definición de Savigny, incluida en el *Sistema de Derecho Romano Actual*, particularmente interesante en este caso por haber sido fuente de la dada por Vélez en el artículo 1137 del Código, se extiende hasta comprender en sus términos aun a los tratados internacionales.

Es conveniente recordar estas diversas posiciones por cuanto ellas explican, con más elocuencia que cualquier exposición erudita, las dificultades insitas en la labor de quien debe optar por una de ellas, al realizar una obra legislativa.

Si desde el punto de vista doctrinario, las definiciones son, como bien lo ha señalado Corbin, útiles instrumentos de trabajo, no hay duda

que, al optar por un concepto con relevancia en la legislación positiva, se influye sobre los efectos y consecuencias de todas las figuras y situaciones regidas por aquel concepto general.

De ahí la responsabilidad de la opción ejercida por el legislador o codificador.

3 — Aspectos uniformes y variables

La comparación de los diversos conceptos enunciados permite apreciar la presencia de algunos aspectos coincidentes en todos ellos, calificables como uniformes, y de otros elementos cambiantes que, naturalmente, determinan las diferencias, más o menos considerables, que los separan.

Una rápida síntesis permite anotar como elementos uniformes la necesidad de cosas o otras patres o cosas de voluntad; la acción entre ellas; la ubicación dentro del ámbito jurídico; el reflejo de los efectos, básicamente, sobre la esfera de los sujetos de la relación jurídica y la aptitud para la creación de derechos creditorios.

Por el contrario, aparecen como variables la amplitud de las consecuencias jurídicas posibles del acto y su ámbito de aplicación.

Las primeras características uniformes se centran en la voluntad y la licitud y, al combinarse con el efecto jurídico, determinado por el campo de acción, ubican al contrato dentro del marco más amplio de los actos jurídicos.

Esta primera ubicación permite prescindir de un cúmulo de explicaciones y puntualizaciones, ya que, automáticamente, entran en consideración todas las características de los actos jurídicos, por la simple aplicación de la antigua regla lógica según la cual conviene a la parte lo que conviene al todo.

En el Código Civil, esta primera aproximación adquiere clara eficacia a través de las diversas remisiones contenidas en la sección destinada a regular a los contratos y referidas a la inmediata anterior, que trata de los hechos y actos jurídicos.

Hasta puede señalarse que alguna disposición, incluida con relación a una figura contractual en particular, ha servido para corregir expresiones erróneas, como la referente a la ya mencionada locación de cosas que está fuera del comercio, frente a la equivocada redacción del artículo 953, que proscribía, de acuerdo a sus términos textuales, a tal categoría de bienes del ámbito mucho más amplio de los actos jurídicos en general.

Tanto el requisito de la licitud, como la exigencia de la voluntad, rigen en los contratos por su carácter de actos jurídicos, con las mismas cualidades y consecuencias que en éstos.

En los contratos, la voluntad aparece relacionada con el consentimiento y la licitud con la finalidad, dentro del marco de los elementos esenciales.

Respecto al primero, conviene tenerlo en cuenta al comentar la bilateralidad del acto, mientras que el segundo obliga a alguna puntualización, para evitar equívocos, fáciles de producirse frente al espinoso tema de la causa.

Para los autores anticausalistas, la licitud debe ser tenida en cuenta en relación al objeto, posición que parece apoyada en el Código por las repetidas referencias al "objeto lícito" (caso del artículo 1655 en materia de sociedad, por ejemplo) y la proscripción de los hechos ilícitos del campo del objeto de los actos jurídicos, determinada por el artículo 953.

Parece más conveniente, para aclarar conceptos, reservar la denominación del objeto para los bienes o los hechos que constituyen en materia del contrato y ubicar la finalidad como elemento decisivo para juzgar de la licitud o ilicitud del acto.

Esta tesis tiene como fundamento que, aun los hechos, son lícitos o ilícitos según la finalidad que los inspire: por ejemplo, la redacción del estatuto de una sociedad anónima por parte de un abogado constituye una locación de obra normal, pero se convierte en el acto de causa ilícita si la finalidad de la obra fuera la explotación del contrabando u otra industria prohibida.

Debe descartarse, por otra parte, que la finalidad (o causa en la terminología corriente y equívoca) constituye, por la misma razón enunciada, un elemento esencial de todo acto jurídico y no exclusivamente de los contratos.

En ese aspecto, aparece, asimismo, relacionada con la voluntad, por aquello que señalaba Ihering del absurdo que significaría la existencia de un acto voluntario humano privado de finalidad.

La bilateralidad, por su parte, aparece como un carácter esencial del contrato que deriva de su calidad de acuerdo.

En la terminología habitual, se designa con el nombre de convención a todo acuerdo entre dos o más personas; una subsiguiente precisión y calificación reduce al ámbito, al agregar notas distintivas y, así, se puede hablar de convención jurídica cuando su materia cabe en el campo del derecho y, en una segunda etapa, las diversas definiciones observadas señalan discrepancias en cuanto a la ubicación del contrato, como análogo a la convención jurídica o como una especie dentro de ese género.

De cualquier manera, cabe señalar, dentro de los aspectos uniformes a la bilateralidad y el contenido jurídico, con importantes consecuencias.

Si la voluntad debe ser tenida en consideración en todo acto jurídico, en los bilaterales su presencia es necesaria, lógicamente, en cada uno de los sujetos del acto, lo cual obliga a tomar en consideración no sólo las cualidades personales de cada una de las personas aisladamente, sino la respectiva situación de cada una de ellas en relación con la otra.

En algunos momentos, esto no fue tenido en cuenta y los resultados fueron deplorables ya que se desvirtuó la institución contractual en un aspecto medular.

Se hace necesario por razón de la bilateralidad y en salvaguarda de las voluntades de los diversos contratantes elementos esenciales para la formación del acto una cierta paridad entre ellos: la excesiva desigualdad afecta la libertad y por ende priva a la voluntad jurídica de uno de sus componentes imprescindibles (discernimiento, intención y libertad según el artículo 900 del Código Civil).

Este aspecto ha quedado silenciado ordinariamente en la explicación de la noción del contrato quizás por considerarse innecesaria su mención expresa y darlo por sobreentendido y quizás por un excesivo apego a los textos y un exagerado optimismo en cuanto a su eficacia.

Una de las grandes conquistas de la época contemporánea concretada en la legislación inspirada por la Revolución Francesa es el reconocimiento de la igualdad ante la ley; se pudo pensar como simple consecuencia de este principio, que, si todos eran iguales, no había la disparidad entre quienes acordaban una convención.

Sin embargo, la sola igualdad jurídica no garantiza el equilibrio entre las partes ni asegura sus respectivas libertades ni, por ende, el valor de sus voluntades jurídicas: hay circunstancias de ubicación en la sociedad y desigualdades económicas que pueden afectarlas profundamente.

En el primer sentido, no está en plena paridad, con su contraparte, el particular que contrata con el Estado, en su carácter de titular del poder público; en el segundo, tampoco lo están el dador de trabajo y el empleado, en momentos de gran desocupación.

En virtud de estas circunstancias, se puede anticipar la exclusión del ámbito del contrato de aquellas convenciones acordadas por el Estado, como persona de derecho público y la consiguiente eliminación de algunas de las posiciones doctrinarias antes enunciadas.

Asimismo, cabe alguna reflexión respecto a la necesidad de admitir cierta intervención estatal y de asociaciones que agrupan a la parte débil de las convenciones, a efectos de lograr el equilibrio mínimo necesario para que pueda funcionar debidamente la institución contractual.

Por no haberse tenido en cuenta esta exigencia impuesta por la bilateralidad, se produjeron las conocidas injusticias de la época del pauperismo, que coincidió con la sanción del Código Napoleón, la legislación positiva que más sublimó al contrato.

Puede reiterarse, por ende, que el consentimiento requiere la voluntad de dos o más partes y que cada una de ellas debe cumplir las respectivas exigencias para que el acto tenga perfecta vigencia y validez.

Los aspectos uniformes analizados hasta ahora permiten, ya ubicar con precisión la naturaleza jurídica del contrato: se trata de un acto jurídico bilateral, de acuerdo al concepto dado por el Código en sus artículos 944 y 946, sujeto por tanto, al régimen establecido en la Sección Segunda del Libro Segundo.

Existe también conformidad entre los autores respecto a que las partes del contrato son los destinatarios directos de sus consecuencias jurídicas, principio enunciado, generalmente, con la denominación de efecto relativo de los contratos y que podría extenderse, también, al ámbito más amplio de los actos jurídicos en general.

La diversa posición que se admita respecto a la aptitud del contrato para producir otras consecuencias que engendrar derechos crediticios ha de significar substanciales diferencias en cuanto a la extensión que debe darse al referido principio, pero es uniforme la aceptación de la vigencia de su aspecto modular.

Aun admitiendo plenamente la validez de los contratos a favor de terceros, que implican el nacimiento de un derecho para alguien que no fue parte en el acto, debe reconocerse que existe un legítimo interés para el estipulante, demostrado por la circunstancia misma de haber contratado.

Ordinariamente, tal tesis es acompañada por la posición que sólo requiere en el objeto de la convención la presencia de un interés digno de protección, sin que sea necesario que aquél represente en sí mismo un valor patrimonialmente apreciable.

De tal manera, ese interés del estipulante basta para justificar la aparente excepción referida al efecto relativo.

Hay otro aspecto relacionado con este mismo tema en que existe uniformidad en la doctrina: los contratos no pueden perjudicar a los terceros.

Es decir que, si para la posición adoptada por el Código Francés y sus comentaristas, si ser el contrato únicamente fuente de derechos creditorios, sus consecuencias, por las características de tales derechos, sólo pueden afectar a las partes, los defensores de las tesis más amplias, que admiten, por ejemplo, la aptitud de aquél para crear derechos reales, oponibles erga omnes, coinciden con aquéllos en ese mínimo indiscutible de aplicación del efecto relativo, que excluye todo perjuicio a quienes no fueron partes.

El comentario sobre este último tópico ha llevado, por natural derivación, a la consideración del último aspecto uniforme enumerado anteriormente: la amplitud del contrato para ser fuente de obligaciones.

Las discrepancias surgen con relación a los otros efectos posibles; nadie le niega la cualidad señalada.

Más aún, tanto en la enumeración clásica de las fuentes de las obligaciones como en la más amplia, enriquecida con los aportes de las doctrinas modernas, el contrato es la más común de las fuentes.

Todo lo relacionado con el más esencial de los temas referidos al contrato, su fuerza obligatoria, se hace presente aquí con sus discutidas implicancias.

Hasta por razones terminológicas, se relacionan los derechos creditorios con la eficacia de la voluntad para hacer nacer obligaciones a cargo de quien efectuó la pertinente promesa.

Por su naturaleza de derechos denominados relativos, es decir referidos únicamente a los sujetos, activo y pasivo, de la relación jurídica, los creditorios admiten una eficacia muy grande de la voluntad jurídica: en los derechos reales, en el régimen de familia, en la regulación de la transmisión de los bienes por causa de muerte, existen elementos de interés general que el Estado, como gestor del bien común, debe legislar más estrictamente.

No bastan las voluntades de dos personas para que puedan contraer matrimonio; no es suficiente que una persona prometa a otra que ha de instituirle como heredero, para que ésta pueda exigir el cumplimiento de tal oferta, aun cuando hubiese aceptado expresamente de la manera más formal; no pueden, por simple acuerdo, dos ciudadanos constituir un derecho real —como algunos de los conocidos en la época feudal— no admitido en la ley vigente, para que ese derecho sobre la cosa adquiera validez.

En cambio, en principio, toda promesa por la cual una persona asuma frente a otra una obligación de dar, de hacer o de no hacer, por afectar sólo a quien la formuló, tiene plena eficacia jurídica.

Precisamente, razones de orden público o motivos vinculados con la moral, por una parte, y, por otra, las exigencias de garantizar la presencia de una voluntad jurídica perfecta, han significado la exigencia de limitar, en determinadas situaciones, la fuerza obligatoria de la voluntad, pero es evidente que ésta tiene su ámbito más adecuado dentro del campo de los derechos crediticios, que una añeja tradición denominaba personalia.

No puede extrañar, por consiguiente, la coincidencia de las opiniones respecto a la aptitud del contrato para engendrarlos: si las dos o más voluntades que participan del acto reúnen todos los requisitos y no se violan preceptos básicos relacionados con la moral o el orden público, no cabe desconocer el valor jurígeno de la convención para obligar a quienes se comprometieron a dar, a hacer o a no hacer algo.

En esta posición concuerdan la corriente que funda en la ley la fuerza obligatoria del contrato (en nuestro derecho de lo establecido por el artículo 1197 del Código Civil) y la que sostiene que, por ser persona, el hombre debe cumplir aquello que ha prometido y que la ley se concreta a reconocer tal principio y fija sus justos límites.

La consideración de los aspectos uniformes permite alcanzar una base mínima respecto a la cual existe pleno acuerdo y que ubica al contrato, en el cuadro de las instituciones jurídicas, dentro del marco de los actos jurídicos bilaterales, patrimoniales, creadores de derechos crediticios.

Este concepto, el más restringido, significa ya, sin embargo, un régimen jurídico de notoria amplitud, como lo demuestra la importancia de la institución en el derecho francés que, precisamente, lo consagró.

Las notas variables, naturalmente, tienden a ampliar aún más su ámbito de vigencia.

4 — Opción entre los aspectos variables

En los aspectos que varían, según las tesis admitidas por las distintas posiciones doctrinarias, puede efectuarse una división lógica y sencilla: algunos se vinculan con la presencia del Estado, como sujeto de la relación contractual, y otros con la virtualidad del contrato para producir efectos en el campo propio del denominado derecho privado, con el sentido que antes se dio a esta expresión.

En el primer caso, se escalonan los temas relativos a los contratos administrativos, a las constituciones y a los tratados internacionales;

en el segundo, los vinculados con la función del contrato en relación con la transmisión y extinción de derechos creditorios, con los derechos reales y con el régimen de la familia.

Todo lo referente al Estado, debe ser considerado en relación con las exigencias de la bilateralidad y la consiguiente garantía de la libertad de los diversos sujetos y del equilibrio mínimo requerido para asegurar su efectividad.

La disparidad entre las situaciones respectivas del Estado y de un particular en la celebración de un contrato introduce un factor de perturbación que desvirtúa la esencia misma del acto, argumento que resulta decisivo en el razonamiento de autores tan importantes como Messineo.

Por otra parte, debe reconocerse que tal desigualdad está ínsita en la médula de una relación en que el Estado actúa como poder público, ya que éste, por función en pro del bien común y la representación que inviste del interés general, e inclusive, el del otro contratante, no queda obligado en la misma manera que el simple ciudadano.

La protección de los justos derechos de los particulares requiere que se contemplen las indemnizaciones pertinentes para el caso de no cumplir el Estado las obligaciones asumidas en una convención que actúa en ejercicio del poder público, pero no cabría, por el contrario, ejecutar tales obligaciones en la manera ordinaria.

Este tipo de convenciones presenta, pues, características muy particulares, que afectan su eficacia y aconsejan dejarlas fuera del ámbito contractual, por razones de lógica jurídica: ante el defecto en materia de fuerza obligatoria, darían lugar a un régimen substancialmente distinto del normal, que desvirtuaría la base misma del contrato.

Es interesante recordar las expresiones textuales de Messineo: "... cuando el sujeto se halla dotado de potestad de imperio, de manera que pueda prescindir de la libre voluntad ajena y confiar de su propio poder para imponer a los demás un determinado comportamiento, o cuando el contenido de un determinado comportamiento está preestablecido, entonces no estamos ya en el ámbito del contrato sino en el acto administrativo".

Agrega, a continuación: "Esto lleva a excluir que haya contratos cuando el Estado (u otra administración pública), fuera de lo que podría ser su actividad como sujeto de carácter privado, entre en relaciones patrimoniales con un particular: lo cual implica el rechazo de la categoría del contrato de derecho público...".

El argumento es convincente: una convención, en que una de las partes no puede forzar a la otra al cumplimiento y únicamente puede

aspirar a una indemnización en caso de no haberse satisfecho sus legítimos derechos, no constituye un contrato.

Es conocida, sin embargo, la posición de Savigny.

Para el gran jurista alemán: "... pueden existir contratos en derecho internacional público, privado y en la esfera del derecho de propiedad respecto a sus diferentes instituciones".

El mencionar ejemplos referentes a este tema, expresa: "Las alianzas y tratados de paz, la sumisión de un Estado independiente a otro o en sentido inverso, la erección de una provincia en Estado independiente son contratos de derecho internacional".

Debe reconocerse que la probidad intelectual de Savigny lo llevó a señalar inmediatamente después de esta ejemplificación: "Los jurisconsultos romanos los llamaban publica conventio, cuidando no aplicarles las reglas ni las formas del derecho privado".

Aquí está la mejor argumentación en contra de la designación de estos actos como contratos: si se hace necesario aplicarles un régimen diferente del asignado a éstos, carece de utilidad y razonabilidad asimilarios y denominarlos en igual manera. Es quitar eficacia al instrumento de trabajo.

Conviene, por consiguiente, reservar la calificación de contrato para las convenciones en que no interviene el Estado en el ejercicio del poder público.

Con relación a los tratados internacionales, además de aparecer afectado, en alguna medida, el principio del efecto relativo, no se ha encontrado, aún, el procedimiento necesario para exigir, mediante la simple coacción jurídica, el cumplimiento de las obligaciones asumidas por un Estado.

Hay un progreso evidente en este sentido y generalmente, se afirma la toma de conciencia respecto a la ilicitud de una violación de un acuerdo internacional: es nocivo que, a esta altura de la civilización, quien incurre en una conducta de esta especie, se siente forzado a justificarla e inventar una explicación, para saber que procede mal, pero este progreso, muy importante, es todavía de orden moral.

El perfeccionamiento de los organismos supranacionales, como la O. N. U., permite alentar la esperanza de una superación de estas dificultades, pero, en el momento actual, el problema sigue planteado e impone la separación del tratado internacional y el contrato.

Todavía puede agregarse algo más: aunque se superara la dificultad apuntada, la ejecución forzada de las obligaciones asumidas presentaría siempre graves obstáculos por la característica de gestos del

bien común y detentadores del poder público que revestirían los sujetos de la convención.

Las mismas razones señaladas al comienzo de este comentario reaparecen aquí con igual validez.

Quedaría por considerar, dentro del ámbito del derecho público, el caso de las convenciones en base a las cuales se habrían constituido los Estados, de acuerdo a la teoría contractualista.

Savigny, para quien, como se vio, el contrato tiene un contenido muy vasto, desecha expresamente la posibilidad de ubicar la creación de la sociedad política en un acto convencional y señala que el hombre nace ya dentro de una comunidad organizada, al igual que en el seno de una familia, sin que su voluntad tenga función alguna en la constitución de aquélla.

La observación parece exacta y constituye el resumen de los argumentos que, en la época, se oponían a la tesis contractualista especialmente en la versión roussoniana.

Es de notar, por otra parte, que el filósofo ginebrino consideró al contrato social como un acto virtual, no real; no pretendía que su formación hubiera tenido lugar en momento alguno de la historia de la humanidad, es decir que no aparecía como una verdadera convención jurídica sino como presupuesto racional cuya ventaja consistía en dar una explicación basada en la voluntad, en momentos en que el liberalismo creciente sólo admitía a la libertad como base legítima de cualquier creación de derechos o asunción de obligaciones.

Por su parte, en el punto de vista del Padre Suárez y los teólogos españoles, que hacían mérito del contrato político entre el monarca y sus súbditos, hay un claro planteo de oposición a la teoría del derecho divino de los reyes, que llevó al mencionado jesuita a una célebre polémica con el rey Jacobo II de Inglaterra, como consecuencia de la cual sus obras fueron quemadas públicamente, no sólo en la plaza de Londres, sino en el París de Luis XIV.

Era sumamente útil, en tal enfrentamiento, sostener que la autoridad se transmitía de Dios al pueblo y de éste al rey, haciendo jugar una convención bilateral, con la consiguiente aplicación de sus efectos propios, que, en virtud de los principios de la *exceptio non adimpleti contractus*, impedía al monarca exigir de sus súbditos la obediencia, si, a su vez, no cumplía él con sus propias obligaciones frente a aquéllos.

Basta recordar la fundamentación jurídica de la deposición del Virrey, en el Cabildo Abierto el 22 de mayo de 1810, para apreciar las consecuencias y la eficacia de la teoría del contrato político en la lucha por la libertad de los pueblos.

Pero, esto no significa admitir la existencia de un verdadero contrato: salvo en algunos casos medioevales, en que la autoridad nacia por el acuerdo de varios señores feudales y ciudades libres, no existen antecedentes de formación de ningún convenio entre pueblos y monarcas que cumplan los requisitos de aquél.

Puede desearse, por consiguientes, la inclusión de estos pactos dentro del ámbito del contrato.

De tal modo, se lo reduce al campo del derecho privado y queda por resolver, únicamente, el problema de su aptitud para producir otros efectos jurídicos que el nacimiento de derechos creditorios.

Dentro de la doctrina francesa, la más ferviente partidaria de la consideración del contrato como fuente de obligaciones, no faltan los autores que han extendido su ámbito a toda la materia obligacional, lo que abre una nueva perspectiva.

En primer lugar, cabe mencionar la posición de quienes, como Plantou y Ripert, extienden el significado a la transferencia de derechos creditarios, por entender que en toda transmisión existe una verdadera creación, con relación al patrimonio del cesionario.

Pero, otros han ido aun más lejos y de los clásicos puede mencionarse a Demolombe y Marcadé entre quienes sostienen que el concepto del contrato se ha extendido mucho y abarca también las convenciones cuyo objeto es extinguir obligaciones.

Esta misma noción aparece en las definiciones de algunos autores alemanes, como Enneccerus-Kipp-Wolff, quienes hablan de contrato obligatorio, modificatorio o extintivo de obligaciones.

Aun en la doctrina francesa, Baudry-Locantinerie y Bards y Bufoir han extendido el concepto a la creación de derechos reales, tesis indicada asimismo, en ciertas opiniones de Marcadé.

También Huc, después de transcribir la definición del Código Napoleón, expresa que debe reconocerse que el contrato puede engendrar derechos reales.

La consideración del concepto ha llevado, pues, a muchos autores a ampliar el restringido de fuente de obligaciones, originado en la obra de Pothier y consagrado por Código Francés.

La extensión del concepto a la extinción de obligaciones tiene como resultado incluir dentro del ámbito del contrato a la transacción, que plantea uno de los casos típicos de enfrentamiento entre las tesis adversas.

La transacción es modo de extinción de las obligaciones y no fuente, pero presenta los problemas ordinarios de los actos bilaterales y en las legislaciones en que, como en el Código Civil Argentino, está

ubicada fuera de la sección dedicada a los contratos, las reglas relativas a estos últimos se le aplican en cuanto sea posible.

Así lo disponen, por ejemplo, los artículos 833 y 837 de nuestro Código.

Todo ello induce a extender, al menos a estas hipótesis de actos extintivos de las obligaciones, en el campo de los contratos.

No es fácil hallar fundamentación en las obras que se pronuncian en favor de su restricción.

Entre autores que aducen alguna argumentación, cabe citar a Planiol y Ripert, en su Tratado, en el primer tomo dedicado a las obligaciones, redactado con la colaboración de Esmein.

Como respuesta a la crítica formulada a la posición del Código Francés, expresan: "Esta precisión presenta, sin embargo, un interés mayor que el puramente terminológico: por ejemplo, la capacidad de contratar, en el sentido propio de la palabra, es decir de engendrar derechos creditorios o de asumir obligaciones, no es la misma que la requerida por la ley para participar en una convención translativa de un crédito como la cesión, o extintiva de una obligación, como el pago o la remisión de una deuda".

La argumentación no resulta convincente por diversos motivos: por una parte, cabe cuestionar la diferencia existente en materia de capacidad entre la venta y la cesión, tanto en el derecho argentino, donde la segunda constituye un contrato autónomo pero cuyas disposiciones remiten a la venta, la permuta o la donación, cuanto en el derecho francés donde su autonomía no aparece reconocida.

Por otra parte, tampoco existe una única capacidad para contratar sino que las diferentes figuras contractuales exigen requisitos diversos en esta materia.

Nada obstaría, por consiguiente, para que los contratos extintivos tuvieran un régimen distinto de algunos de los obligatorios.

Admitida esta tesis, debe contemplarse la variante vinculada con la posibilidad de constitución, transferencia o extinción de derechos reales, sostenida como se vio, aun por autores franceses tan calificados como Baudry-Lacantinerie, Huc y Buftoir.

En este caso, por tratarse de un contrato real, es constitutiva la tradición de la cosa para la formación del contrato, de manera que, tanto en el sistema romanista, adoptado por Vélez Sarfield, como en el del Código Francés, que admite la transferencia de los derechos reales por el solo consentimiento, se opera la transmisión de la propiedad.

En la compraventa, en el sistema de nuestro Código Civil, no se transfiere un derecho real sino que se asume la obligación de transmitir el dominio de la cosa vendida, pero en el derecho francés, por la diversa virtualidad del contrato, la formación de éste es suficiente para producir la transferencia.

Por consiguiente, el mutuo y la compra y venta constituyen ejemplos de contratos en los cuales —siempre en el sistema francés, para evitar confusiones— hay transmisión de un derecho real. Para mantener la validez del concepto enunciado por el artículo 1101 del Código Napoleónico, debería restringirse, hasta el punto de reducirse a obligaciones, para una de las partes, aunque la otra transmitiera un derecho real.

Pero ni siquiera tal explicación —aceptable para las hipótesis anteriores— serviría frente a supuestos de venta al contado o de permuta en que la entrega de las cosas se efectuara simultáneamente con la formación del contrato.

Nadie niega que tal venta y tal permuta constituyen contratos y, sin embargo, sus efectos se reducen a transferencias recíprocas de derechos de propiedad entre las partes.

Por consiguiente, cabe concluir que, aun en el derecho francés, puedan existir contratos que excedan el ámbito obligacional y corresponda aceptar como más acertado el concepto más amplio, que admite la posibilidad de incluir a las convenciones cuya finalidad sea la constitución o transmisión de derechos reales.

De admitirse el criterio según el cual los derechos patrimoniales se dividen en reales, crediticios e intelectuales, puede sintetizarse la definición mediante el empleo de la primera expresión y denominar contrato a todo acto jurídico bilateral destinado a reglar derechos patrimoniales entre las partes.

Cabe detener aquí la expansión de la noción del contrato y desechar su aptitud para funcionar en el derecho de familia.

La duda se plantea tradicionalmente con respecto al matrimonio, pero a ese caso agrega Savigny algunos otros, como el de la adopción convencionalmente acordada.

No es acertado pretender llevar estas hipótesis al campo del contrato, por cuanto aquí sí puede afirmarse que faltan algunos requisitos esenciales: la autonomía de la voluntad está totalmente restringida.

Como se sabe, ésta se manifiesta en dos aspectos diferentes: la posibilidad de contratar o de abstenerse de hacerlo y la de reglar las circunstancias y límites en que se asumen los compromisos emergentes del acto.

De estas dos manifestaciones, únicamente la primera cabe en el matrimonio, puesto que la importancia que esta institución tiene en la sociedad política, su preponderante papel en el orden de la regulación social, impiden que se pueda dejar librada la organización familiar a la sola voluntad de los contrayentes.

La función del orden público es aquí tan preponderante como para excluir totalmente a la voluntad de tipo contractual.

Por otra parte, en materia de contratos, es principio aceptado que los partes, de común acuerdo, pueden rescindirlos y ponerle fin; la misma suma de voluntades jurídicas que formó la convención, está habilitada para disolverla.

En el orden del matrimonio, ello no ocurre: no se trata de un problema de divorcio o antidiivorcio, sino que, aun en las legislaciones más favorables a la disolución del vínculo, las exigencias de la institución familiar inciden en la restricción de la posibilidad de dejar sin efecto el acto por la sola voluntad conjunta de los contrayentes.

Claro ejemplo es la Unión Soviética, cuya evolución en estos aspectos llevó a un substancial apartamiento de aquel comienzo en que el matrimonio no se distinguía, en este aspecto, de cualquiera de las convenciones admitidas entre particulares.

Si el Derecho Canónico llama contrato al matrimonio, tal denominación debe tomarse dentro de su contexto general, donde el aspecto institucional influye grandemente y donde sólo cabe asignarle el significado de un acto voluntario conjunto de parte de los cónyuges.

También en materia sucesoria, la voluntad aparece limitada por motivos análogos a los que vienen de analizarse y, por consiguiente, tampoco el contrato tiene gran cabida dentro de ella.

Únicamente puede funcionar con relación a puntos definitivamente patrimoniales, tal como ocurre con la cesión de derechos hereditarios, pero queda totalmente excluido respecto a los aspectos personalísimos, inherentes a los herederos.

Esto es particularmente exacto en las legislaciones que, como la nuestra y la francesa, proscriben los pactos sobre herencia futura y cede algo frente a la legislación alemana, por ejemplo, donde, de acuerdo a la tradición del antiguo derecho germánico, puede acordarse convencionalmente una institución hereditaria.

En todo caso, la consagración universal de la legítima hereditaria, como protección indispensable de la familia, constituye un elemento decisivo para limitar la aplicabilidad del contrato.

De las sucesivas ampliaciones nacidas de los aspectos variables, conviene pues, optar por concretarlo al ámbito patrimonial.

Parece conveniente, además, precisar algo más el sentido de la expresión para evitar que pueda interpretarse como referida al debatido tema de la exigencia de valor pecuniario para el objeto de la convención.

Se trata de dos problemas diferentes: al ámbito patrimonial en que se ubica el contrato, se opone al ámbito del derecho de familia y, por supuesto, al de los derechos personalísimos, como el estado o la nacionalidad.

Es decir, que comprende exclusivamente los derechos reales, crediticios e intelectuales, éstos últimos dentro de las necesarias limitaciones inherentes a su naturaleza.

Es posible que, dentro de las obligaciones, ocupan hechos carentes de valor pecuniario; cuando uno de tales hechos constituye el objeto de una convención, nada obsta a que este acto jurídico sea calificado como contrato.

Estas reflexiones sobre los aspectos variables, de acuerdo a su naturaleza jurídica, fundamentan la siguiente noción del contrato: *acto jurídico bilateral destinado a reglar los derechos de las partes en el ámbito patrimonial.*

5 — La noción en el Código Civil Argentino

Se afirmó, a comienzo de este ensayo, que no existía acuerdo entre los autores respecto a cuál había sido la posición de Vélez Sarfield sobre el contrato, no obstante haber incluido un artículo especialmente destinado a definirlo.

De seguirse al pie de la letra lo expresado por el artículo 1137, sería necesario ubicar al Código Civil Argentino en la línea más amplia, ya que, como dijo Lafont, puede afirmarse que tal disposición define, en rigor, al acto jurídico bilateral y la observación es inatacable: toda convención jurídica cabe dentro de su redacción.

La primera cuestión planteada en el análisis del problema es el porqué de las dudas y discusiones frente a la presencia de un texto expreso y claro, cuya amplitud puede ser criticada, pero cuyas expresiones no pueden ser desconocidas ni admiten dudas en cuanto a su significado.

Posiblemente, el motivo inicial del debate sobre la validez de la definición del 1137, sea la nota que el Codificador le puso al pie.

Más que una razón de técnica legislativa, que lleva a desechar

las definiciones dentro de la ley, ha influido aquí el desconcertante comentario, que criticaba acerbamente la definición.

En esa nota, Vélez Sarsfield menciona la fuente directa del artículo, Savigny, en su Sistema de Derecho Romano Actual, pero no elogia su concepto sino que, por el contrario, lo compara con otros y pondera a éstos, de manera tal que parece claro el favor con que contempla la posición del Código Francés, análoga, por otra parte, a la de Freitas, a quien cita también allí, en una de las pocas ocasiones en que lo menciona expresamente.

No son, pues, los detractores de Vélez quienes han puesto en cuestión el concepto del artículo 1137, sino su propio autor que lo ha atacado y ha fundado extensamente su crítica.

Pero, en suma, de nada valdría ese comentario frente al texto expreso, si no fuese por la inclusión de varias otras disposiciones que permiten sostener, con sólido fundamento, que el verdadero concepto del contrato en nuestro Código Civil no es el amplio inspirado en Savigny.

Es cierto que autores de gran valía han asimilado en nuestro derecho al contrato a la convención jurídica, ateniéndose, procliamente, a las expresiones textuales del artículo 1137 y a su fuente.

Con su habitual profundidad y poder de síntesis, lo ha sostenido así Segovia, quien manifiesta preferir "la acepción" lata de la palabra contrato (sinónimo de convención) a la restringida, porque los mismos principios rigen en general las convenciones que crean obligaciones que a las que tienen por objeto derechos reales, así como a las que conservan, modifican o extinguen los derechos personales...".

Es interesante otro comentario del gran jurista correntino, vinculado con la obra de Freitas, quien, como se sabe, compartía la tesis restringida del Código Napoleón. Dice: "Freitas 1901 reconoce también que los contratos constitutivos de derechos reales y de cesión de derechos reales sobre cosa de otro y sus efectos, deben ser juzgados por las disposiciones del Libro 3º que les sean especiales y por las disposiciones generales sobre contratos, obligaciones y actos jurídicos, que no les sean opuestos...".

En la otra posición extrema, Lafaille sostiene que para nuestro Código Civil el concepto del contrato es el de un acto jurídico bilateral creador de derechos crediticios.

Es muy interesante comprobar como autores de primera calidad han podido sostener tesis tan diferentes: la contradicción entre el texto y la nota del 1137 proveyeron una primera justificación de este sorpren-

deante enfrentamiento, pero, naturalmente, existen razones más serias, cuyo fundamento se halla en las mismas disposiciones legales.

Así puede decirse, con sólido fundamento, que los artículos 1168 y 1169 ubicados en el capítulo referente al objeto de los contratos, restringen lo expresado en el 1137.

El 1169 resuelve el discutido problema del valor pecuniario del objeto de los contratos en forma tan tajante, que sus autores doctrinariamente opuestos a la exigencia de tal requisito, como Lafaille, se ven obligados a admitir que el Código no permite eliminarlo.

Como se sabe, esta disposición fue tomada de Aubry y Rau, quienes, a su vez, para introducir la exigencia del valor patrimonial del objeto, tema silenciado por el Código Napoleón, no desarrollaron fundamentación alguna, sino que se concretaron a mencionar una cita del Digesto.

Ya se dijo anteriormente que esta condición, referida al objeto de los contratos, no tiene el mismo significado que la ubicación de éstos en el ámbito patrimonial, por oposición a los actos jurídicos del derecho de familia.

Sin embargo, no hay duda que las expresiones del 1169 son elocuentes para proscribir las convenciones ajenas al ámbito de los derechos patrimoniales: al imponer el requisito de la apreciación pecuniaria para el objeto de los contratos, el Código elimina todos aquellos derechos de otro tipo, entre los cuales cabe mencionar los que fundamentalmente nacen del matrimonio, fuente principalísima de las relaciones jurídicas familiares.

Resulta, por consiguiente, muy justificada la reducción del concepto admitido por nuestro Código, cuando no se toma literalmente al artículo 1137, sino que se lo aproxima al 1169: su sola presencia lleva a descartar como objeto de los contratos a cualquier derecho que no sea creditorio, real o intelectual.

Tras este primer paso, quienes sostienen que el Código Civil ha seguido la tesis del Código Francés y ha reservado la calificación de contratos por las convenciones que sean fuentes de obligaciones, han procurado reducir, aun más, su ámbito.

Para ello, generalmente se recurre al artículo 1168, ya que éste expresa que "toda especie de prestación, puede ser objeto de un contrato, sea que consista en la obligación de hacer, sea que consista en la obligación de dar alguna cosa....".

También aquí puede decirse que la consideración de las expresiones textuales tienen el peligro de acceder al artículo un significado más fuerte que el que su autor ha querido darle.

Es cierto que su fuente es un comentarista del Código Napoleón, Zachariae en su §16, pero no cabe tomarla al pie de la letra por la gran diferencia que significa la inclusión por Vélez de una definición totalmente distinta de la que aquel cuerpo legal.

En primer término, se hace necesario contemplar las palabras con el diferente sentido que tienen en el derecho francés y en el nuestro: en el primero, pueden hacerse o darse cosas, mientras que entre nosotros, la definición de cosa del artículo 2311 ha precisado un concepto muy diferente.

Además, de acuerdo a lo dicho textualmente por el artículo, cabría sostener que las prestaciones consisten en obligaciones, mientras que, en rigor, las prestaciones son el objeto de las obligaciones o derechos crediticios.

Las obligaciones son efecto y no pueden, por consiguiente, ser, al mismo tiempo, objeto de los contratos.

Esta proposición inatacable sirve para desvirtuar el contenido del artículo 1168, tomado al pie de la letra, ya que sus términos encierran una contradicción si se pretende interpretarlas textualmente.

La interpretación más correcta parece ser la de admitir que los contratos, al igual que las obligaciones, tiene por objeto prestaciones, que pueden consistir en un bien o en un hecho, expresiones que comprenden, *las cosas, los derechos, las cosas, las acciones, y las omisiones*, vale decir los hechos positivos o negativos.

No cabe, pues, apoyarse en el artículo 1168 para sostener que el Código Civil ha seguido al Código Francés y ha considerado al contrato sólo como fuente de obligaciones; la única expresión de Vélez de donde podría, por lo tanto, extraerse tal conclusión, serían los términos de la nota puesta al pie del artículo 1137.

Pero, ese comentario, aparte de oponerse totalmente al contenido de la disposición legal, sólo tiene el valor de una opinión del codificador, cuya utilidad como elemento interpretativo no cabe desconocer, pero que no puede alcanzar valor decisivo al no estar respaldada por precepos de legislación positiva.

Mantiene, por ende, todo su valor la tesis que extiende al ámbito del contrato a la totalidad de los derechos patrimoniales.

Más aun, a lo largo del Código, pueden citarse otras disposiciones que robustecen esa posición.

Sin pretender agotar la nómina, bastará con hacer referencia a algunas de ellas para comprobar los fundamentos que abonan la tesis mencionada; esos artículos señalan la posibilidad de crear o transferir dere-

chos reales por contrato y, si nada se dice respecto a los intelectuales, tal silencio es lógica consecuencia de la época en que fue redactado el Código. 9.

En el Título inicial de la Sección Tercera del Libro Segundo, tras la ya comentada definición del artículo 1137, Vélez incluyó una serie de clasificaciones, metodología criticable desde el punto de vista de una correcta técnica legislativa, pero uno de cuyos artículos provee un primer elemento digno de reflexión.

Se trata del artículo 1142, que integra la nómina de los contratos reales con la constitución de prenda y anticresis.

Es cierto que esa disposición legal presenta algunas fallas que la hacen susceptibles de crítica, ya que omite mencionar a la venta vitalicia, cuyo carácter real el Código afirma luego en el título respectivo, pero ello no obsta para asignarle importancia en cuanto a la posibilidad de constituir derechos reales por contrato.

Precisamente, la prenda y la anticresis son derechos reales que, para su constitución, necesitan la entrega de la cosa dada en garantía al titular; por consiguiente, al contrario de la hipoteca, no pueden formarse sin tradición.

Si Vélez incluyó su constitución dentro de la nómina de los contratos reales, pudo ser porque no dudó de su naturaleza contractual y consideró oportuno recalcar la necesidad de la entrega, circunstancia que también se presenta, como exigencia ineludible, en el régimen jurídico de los demás contratos reales enumerados allí, el depósito, el mutuo y el comodato.

Si se tratase de un artículo articulo aislado, podría suponerse una deficiencia en el trabajo del codificador, pero varios textos, ubicados en el libro Tercero, dedicado a los derechos reales, confirman igual concepto.

Entre ellos, cabe citar al artículo 2813, que enumera los casos en que el usufructo se constituye por "contrato oneroso"; al 2814 que cumple igual cometido frente a la constitución por "contrato gratuito"; al 2977, que dice que "las servidumbres se establecen por contratos onerosos o gratuitos..."; al 3240, que se refiere al "contrato de anticresis".

No parece necesario agregar mayores argumentos para sostener que, dentro del Código Civil, el concepto del contrato coincide con el definido en el ámbito doctrinario, vale decir el de acto jurídico bilateral destinado a producir efectos, entre las partes, en el ámbito patrimonial.

Solamente hasta este límite debe restringirse la definición del artículo 1137; a ello conducen tanto las argumentaciones doctrinarias como la interpretación más aceptable de los textos legales.