

CONTRATO Y ACTO JURÍDICO EN EL DERECHO COMPARADO

Por D. JULIO PIÑERO CASTAÑÓN

Becario Intercampus

Facultad de Derecho (Universidad Cuenca del Plata, Argentina)

Universidad de Extremadura, España)

Resumen

A través del presente artículo, trato de exponer la importancia de los conceptos de *contrato* y *acto jurídico*, en las diferentes regulaciones en el derecho privado.

El trabajo descansa en dos importantísimas codificaciones como son la argentina de Vélez Sarsfield y la brasileña de Freitas, sin descuidar otras referencias obligadas del derecho comparado en diversos momentos.

Abstract

This paper examines the importance of contract and juridical actions as concepts in different regulations of private law.

Our research is based on the important coding made by Velez Sarsfield and Freitas as well as other obligatory references in Compared Law.

SUMARIO

REGULACIÓN EN EL DERECHO ARGENTINO

LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

ELEMENTOS DEL CONTRATO. CONCEPCIÓN CLÁSICA Y MODERNA EN EL
DERECHO ARGENTINO

DEFINICIÓN LEGAL. ANÁLISIS

El Código civil argentino, en la Sección Tercera del Libro II, se refiere a las «obligaciones que nacen de los contratos». En doctrina se considera que comienza aquí la «parte general» o «teoría general del contrato».

Esta Sección comienza con el art. 1137, definiendo al contrato como el acuerdo de varias personas sobre una declaración de voluntad común destinada a reglar sus derechos. Tal definición, por tratarse de una figura en permanente desarrollo, no es más que una aproximación, una ubicación en el tema sobre la que nos detendremos luego, a lo que deberíamos agregar que el contrato es una de las especies dentro del género acto o negocio jurídico.

Dalmacio Vélez Sarsfield¹, redactor del Código civil argentino, se inspiró en el método de Freitas –lo dice en la nota de remisión del Libro I– y el jurista brasileño, a su vez, tomó de Savigny la clasificación de los derechos que es la base de su plan. Pero Vélez no siguió al pie de la letra a Freitas, ni en el método de su *Consolidação* ni en el del *Esboço*, aunque ello sea, en buena parte, de lamentar.

Vélez previó la figura del acto jurídico, siguiendo a Freitas, en el Libro Segundo, Sección Segunda, Título II; lo definió (art. 944), clasificó (arts. 945 y 947), precisó su objeto (art. 953) y se ocupó especialmente de los vicios que pueden afectarlo: simulación (arts. 955 a 960) y fraude (arts. 961 a 972), así como de la forma (arts. 973 a 978), y en los Títulos VI y VII aludió a la nulidad de los actos jurídicos. Posteriormente, la ley 17.711 de 1969 incorporó como vicio de la voluntad la lesión subjetiva-objetiva (art. 954).

Al margen de lo anterior, entre los códigos modernos continúan prescindiendo del acto o negocio jurídico el italiano, el suizo, el mexicano y el venezolano; mientras que han acogido expresamente el concepto, con la denominación de «acto jurídico», los códigos de Brasil (arts. 81 y 11), Perú (arts. 1075 y ss.), y China (arts. 71 y ss.)². Ello no ha sido obstáculo para la construcción, por la doctrina moderna, de una «teoría general del negocio jurídico» con amplitud y profundidad. Precisamente, de entre los códigos más recientes mencionamos el de Perú, de 1984, que trata el «acto jurídico» a partir del art. 140; el de Paraguay, de 1986, ocupándose del tema en los arts. 296 y ss., y el de Cuba, de 1987, desde el art. 491.

¹ Nació en Córdoba el 18 de febrero de 1800. Su obra fundamental es el *Código civil*, sancionándose el proyecto a libro cerrado en 1869, que comenzó a regir desde el 1.º de enero de 1871.

² Mosset Iturraspe, J., *Contratos*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, pág. 12.

REGULACIÓN EN EL DERECHO ARGENTINO

Para determinar mejor el objeto de nuestro estudio, en lo que hace a este trabajo, nos interesa el contrato como acto o negocio jurídico de Derecho Privado, primera distinción que lo separa de los negocios de Derecho Público, tanto interno como internacional.

El ordenamiento jurídico argentino nos exhibe un Derecho Privado no unificado; si bien la teoría general del contrato corresponde muy especialmente al Derecho Civil, es preciso reconocer la existencia de peculiaridades en la regulación de los contratos en particular, en cada una de las distintas ramas que componen el Derecho Privado: civil, comercial, laboral, agrario, minero, de la navegación marítima y aeronáutica, etcétera.

Por ejemplo, el contrato de trabajo del Derecho Laboral divide a la doctrina ya que algunos³ sostienen que la locación de servicios del Código civil queda absorbida por el contrato de trabajo, regido por leyes especiales y, principalmente, por contratos colectivos; mientras otros⁴ opinan que la locación de servicios es el género y el contrato de trabajo o empleo una de sus especies.

Ubicado el contrato dentro de la categoría de los actos o negocios jurídicos civiles, es preciso señalar sus notas distintivas, comenzando por el concepto que del acto jurídico nos da el art. 944, a fin de caracterizarlo como una de sus especies, la más importante, al menos desde el punto de vista económico.

Dice el art. 944 del Código civil argentino: «Son actos jurídicos los actos voluntarios lícitos, que tengan por fin inmediato, establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos». La nota específica del acto jurídico que sirve para distinguirlo de los demás actos es su fin jurídico: nacimiento, modificación o extinción de una relación jurídica.

Es de destacar que la regulación de acto o negocio jurídico quedó en el Derecho argentino a mitad de camino, según puede colegirse de la mención de los temas tratados en el título pertinente del Código civil (lo cual no significa desconocer el acierto metodológico de Vélez Sarsfield). Los sucesivos proyectos de reforma –Anteproyecto Bibiloni, Proyecto de 1936 y Anteproyecto de 1954– han tratado de completar, en alguna medida y con gran similitud entre sí, la temática del acto o negocio jurídico, incorporando las modalidades, la representación y la extinción de las relaciones jurídicas. Va mucho más lejos la doctrina moderna y, en el terreno legislativo, el Código de Portugal, que considera la declaración de voluntad, la forma, el perfeccionamiento del negocio, la interpretación e integración y los vicios de la voluntad.

³ Borda, G., *Tratado de Derecho civil. Contratos*, 3.^a ed., Ed. Perrot, Buenos Aires, 1974, tomo II, pág. 9, y 6.^a ed., Abeledo Perrot, 1990.

⁴ Rezzonico, L., *Estudio de los contratos en nuestro Derecho Civil*, Ed. Abeledo, Buenos Aires, 1952, tomo II, pág. 332, nota 7.

En suma, el contrato como acto o negocio jurídico civil, presenta las siguientes notas distintivas:

- a) *Bilateral*⁵ (arts. 946 a 1137), por requerir «el consentimiento unánime de dos o más personas». En los arts. 1138 y concordantes se distingue el contrato unilateral del bilateral, lo que no debe confundirse con el acto o negocio unilateral o bilateral. Aquéllos, por haberse celebrado o constituido por dos o más partes con intereses diversos, contrapuestos o paralelos, siempre deben ser calificados de actos jurídicos bilaterales o plurilaterales, según el número de partes que intervengan. Pero, a su vez, los contratos se califican de unilaterales o bilaterales según el nacimiento de obligaciones entre las partes.
- b) *Entre vivos* (art. 947), por no depender «del fallecimiento de aquellos de cuya voluntad emanan».
- c) *Patrimonial* (art. 1169), por tener un objeto susceptible de una apreciación pecuniaria. Es sabido que para los doctrinarios de los siglos XVIII y XIX numerosas situaciones que hoy de ninguna manera calificaríamos como contractuales, tenían ese origen: desde la constitución del Estado, de la cual habla Rousseau como «contrato social», hasta la pena aplicada al delincuente, como violación de su contrato con el Estado y la comunidad.

Además de haberse perfilado la figura del contrato dentro del Derecho privado, dejando de lado las convenciones del Derecho público, los tratados internacionales, etcétera, ocurre que no revisten ese carácter ciertos acuerdos donde privan los aspectos sociales, mundanos, de amistad, familiaridad, compañerismo, etcétera. Así, el contenido económico de la prestación, su estimación en dinero, ha pasado a ser la piedra de toque, la base de la calificación de los acuerdos como contractuales⁶.

- d) *Causado* (art. 500), por ser la causa-fin un elemento estructural. La causa se presume aunque no se exprese en la obligación. En los instrumentos probatorios de los contratos o de los actos jurídicos, las partes pueden hacer referencia a la causa u omitirla. Si se hace expresa mención no hay duda de su existencia, en caso contrario la ley presume su existencia⁷.

Si del instrumento probatorio no emerge la causa, es el demandado el que carga con la prueba de la inexistencia de razón suficiente que lo

⁵ Cifuentes, Santos, en *Código civil y Leyes Complementarias* [comentado, anotado y concordado, Belluscio (dir.)/Zannoni (coord.)], Ed. Astrea, Capital Federal, 1994, tomo 4, pág. 316.

⁶ Mosset Iturraspe, en *Código civil y Normas Complementarias* [análisis doctrinario y jurisprudencial, A. Bueres (dir.)/E. Highton (coord.)], Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, tomo 3B, pág. 633.

⁷ Compagnucci de Caso, en *Código civil y Normas Complementarias* [análisis doctrinario y jurisprudencial, A. Bueres (dir.)/E. Highton (coord.)], Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, tomo 2A, pág. 42.

desvincule con ese deber jurídico. Dicha prueba «puede realizarse por cualquier medio, incluso por presunciones»⁸.

Con respecto a las relaciones jurídicas reales, que también integran el derecho patrimonial, el mero contrato sirve de título pero resulta insuficiente para la adquisición o la constitución del derecho real. Carece de eficacia real.

LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Este tema merece un tratamiento concreto por cuanto campea en el acto o negocio jurídico, como elemento interno, aunque con diversa intensidad según se trate de negocios patrimoniales o familiares, pero nunca soberana ni independiente sino en la medida que la autorice el ordenamiento jurídico.

La doctrina moderna destaca el rol de la autonomía privada o de la autonomía de la voluntad, sea en la sociedad civil, frente al Estado, sea en el mercado, frente a las «leyes inexorables de la economía». La autonomía significa, en sentido negativo, que nadie puede ser privado de sus propios bienes o ser constreñido a ejecutar prestaciones a favor de otros, contra su voluntad o con independencia de ella, y en sentido positivo, que las personas pueden, por un acto de su voluntad, constituir, regular o extinguir relaciones patrimoniales. Cada persona no obedece, en principio, más que a su voluntad, y no puede ser vinculada por la voluntad de otra si la ley no lo consiente.

Lo que a veces se denomina «crisis del contrato»⁹ no es nada más que una «crisis de la autonomía de la voluntad», o sea, del derecho de los contratantes de determinar como lo entiendan su relación contractual. Según dice Jossierand, «no se trata de declinación o de crepúsculo del contrato, sino de transformación y de renovación».

En realidad, el contrato no está en crisis, sino en su apogeo. Su supervivencia se da también en los sistemas jurídicos del mundo socialista, sobre todo después de la *perestroika*, antes de ella, el art. 200, inc. 1.º, del Código húngaro de 1977 dispuso que «las partes son libres de determinar el contenido del contrato», y «pueden, de común acuerdo, derogar las disposiciones que lo gobiernan, salvo que la ley establezca lo contrario». En otros regímenes, a pesar de cubrir un dominio bastante restringido, los contratos entre particulares fueron permitidos, pues, en cuanto instrumento, el contrato no puede ser condenado. Por ejemplo: en los Fundamentos de la Legislación Civil en la U.R.S.S. de 1961 (arts. 33 y 34); en la ley de la República Popular de China sobre los contratos económicos de 1981 y en los Principios Generales del Derecho Civil de la República China de 1987 (arts. 84 y 85); en el Código civil cubano de 1988 (arts. 309/3129); y,

⁸ C.c. 2.ª Cap., JA, 14-504.

⁹ Alterini, A., «La autonomía de la voluntad», en *Contratos. Presupuestos*, Ed. Advocatus, Córdoba, 1999, pág. 12.

en los últimos años, en los códigos mongol (1994), vietnamita (1995) y de la federación rusa (1996). Antes de las últimas adecuaciones al mundo del libre comercio, no había demasiadas diferencias con el concepto clásico; una de ellas la trasunta actualmente el Código de la República Socialista de Vietnam de 1995, el cual prevé que las «transacciones civiles legales» hacen nacer obligaciones (art. 13, inc. 1.º), pero exige que su cumplimiento no afecte «intereses del Estado (inc. 2.º).

La cuestión de la autonomía de la voluntad concierne a los valores que son privilegiados. En la actualidad, además de la libertad, hay otros a los que se les asigna también rango prevalente.

Esto, que muchas veces aparece como novedoso o subversivo de los conceptos, ni es original ni es ajeno al liberalismo clásico: según Rousseau, «*hay que distinguir la libertad natural, que no tiene otros límites que las fuerzas del individuo, de la libertad civil, que está limitada por la libertad general*», concerniente al «interés común»; y sería «insensato» este argumento: «*yo hago contigo un convenio todo en perjuicio tuyo y todo en provecho mío, convenio que cumpliré mientras me plazca y que tú cumplirás mientras me plazca*». Pero recordemos, como dijéramos anteriormente, que la autonomía de la voluntad descansa sobre dos bases: la *libertad de contratar* o *autodeterminación*, que da derecho a contratar o a no contratar, y la *libertad contractual* o *autorregulación*, que da derecho a regular el contrato conforme al propio albedrío. Entonces, las partes tienen derecho, si deciden contratar, a elegir el tipo contractual, hacer una adaptación especial de este tipo, o utilizar una figura atípica, conforme a las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil.

Correlativamente, la autonomía de la voluntad implica otras dos libertades, que deben ser ejercidas de común acuerdo por las partes: la *libertad para modificar el contrato*, o sea para revisar sus términos; y la *libertad para extinguir el contrato*, es decir, para dar por concluida la relación contractual (art. 1200, C.c. argentino: «*Las partes pueden por mutuo consentimiento extinguir las obligaciones creadas por los contratos, y retirar los derechos reales que se hubiesen transferido; y pueden también por mutuo consentimiento revocar los contratos, por las causas que la ley autoriza*»).

Así, el orden jurídico reconoce a las partes contratantes, al permitirles regular sus intereses propios, el ejercicio de la autonomía en la conformación de los contratos, formando una «regla a la cual deben someterse como a la ley misma» (art. 1197 C.c.). De allí que sea lógico que el derecho intervenga en la disciplina del acto de autonomía privada en cuanto a que lo hace instrumento, puesto a disposición de las partes, para dar vida y desarrollo a relaciones jurídicas.

La disciplina legal se superpone, en el contrato, a la autonomía privada, y la competencia normativa del orden jurídico concurre, al regir el negocio, con la competencia dispositiva de los individuos. Se trata entonces de ver en qué medida el negocio queda sujeto a una u otra competencia y cuál será el criterio de delimitación entre ambas.

ELEMENTOS DEL CONTRATO. CONCEPCIÓN CLÁSICA Y MODERNA EN EL DERECHO ARGENTINO

En el terreno de los elementos del contrato, denominación muy genérica y un tanto vaga, reina una gran anarquía, no sólo en lo relativo al alcance o significado de los vocablos sino también, lo cual es más importante, en lo relativo a saber qué elementos integran el contrato concurriendo a su formación y validez¹⁰.

Algunas legislaciones, a diferencia de la argentina, traen una disposición expresa en la cual se enumeran los elementos esenciales del contrato. Así, el Código civil francés, en su art. 1108, enumera cuatro «condiciones» para la validez del contrato: el consentimiento, el objeto, la causa y la capacidad. El Código civil español enumera, en el art. 1261, el consentimiento, el objeto y la causa. Para el Código civil italiano se trata de «requisitos del contrato» y menciona: el acuerdo de las partes, la causa, el objeto y las formas *ad solemnitatem*.

A partir de Pothier, quien prefiere «la distinción que han hecho varios juriconsultos del siglo XVI» en: cosas que son de la esencia del contrato, que son de la naturaleza del contrato y que son puramente accidentales al contrato, ha sido tradicional distinguir elementos esenciales, naturales y accidentales de los contratos.

Se denominaba elementos esenciales o *essentialia comuna*, en la doctrina clásica, a aquellos sin cuya presencia cualquier contrato –típico o atípico– carece de validez. Sobre ellos no puede actuar la autonomía de la voluntad.

Como adelantáramos anteriormente, el Código civil argentino no los enuncia. El Código civil Francés (art. 1108) enumera como tales al consentimiento, el objeto, la causa y la capacidad; lo reiteran el Código civil chileno (art. 1445) y el Código civil uruguayo (art. 1261). Pero la capacidad es requisito del consentimiento, por lo cual otros códigos la eliminan del enunciado. Los elementos esenciales, para el Código civil español (art. 1261), son el consentimiento, el objeto y la causa; para el Código civil paraguayo de 1987, el consentimiento, el objeto y la forma (art. 673).

En los contratos *típicos*, que son aquellos estructurados por el legislador, observamos en el Código civil argentino, asimismo, la presencia de elementos esenciales, propios o particulares, establecidos como disciplina imperativa: la forma de escritura pública en los contratos mencionados en el art. 1184 (como los contratos que tuvieren por objeto la transmisión de bienes inmuebles, contratos de sociedad civil, entre otros), la gratuidad en el comodato (art. 2255), los aportes en la sociedad (art. 1648), etcétera.

Para la doctrina clásica eran elementos naturales aquellas consecuencias que se siguen de la naturaleza misma del negocio, aun en el silencio de las partes.

¹⁰ Mosset Iturraspe, Jorge, *Contratos*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, pág. 54.

Como resulta evidente, tales elementos naturales no pertenecen a la zona de la estructura del negocio sino a la zona de los efectos del mismo.

Como efectos, y no elementos naturales, son impuestos por el orden jurídico en calidad de normas supletorias de la voluntad de las partes. Concurren espontáneamente, es decir, sin necesidad de una incorporación expresa, en caso de no haber sido excluidos. Forman parte de una determinada figura o negocio o de un determinado grupo de negocios, pero a su respecto las partes pueden ejercer sin retaceos su libertad contractual. La gratuidad es un efecto natural del mandato (art. 1871); la transmisión definitiva de la propiedad, efecto de la tradición de la cosa en la compraventa (arts. 1323 y 1366 *a contrario sensu*); así como las garantías por evicción y vicios redhibitorios constituyen efectos naturales de los contratos onerosos (arts. 2089, 2163, ss. y concs.). Sobre estos efectos pueden actuar los pactos, excluyéndolos o modificándolos parcialmente. Los contratos atípicos carecen de estos efectos. Los usos y costumbres, de conformidad con el art. 17 del Código civil, pueden normar, en calidad de efectos naturales, los contratos no reglados legalmente (atípicos).

Por último, en la concepción clásica, eran elementos accidentales aquellas consecuencias nacidas de la voluntad de las partes; no previstas por el legislador, que tienden a modificar, al injertarse en un negocio típico, la figura abstracta que la ley regula. Tales «elementos accidentales» pertenecen, igualmente, a la zona de los efectos del contrato.

El Codificador argentino ha estructurado algunos efectos accidentales del acto o negocio jurídico, tales como las denominadas modalidades: la condición, el plazo y el cargo; la cláusula penal (art. 652), etcétera¹¹. Otros efectos accidentales se encuentran meramente aludidos en la ley (arts. 1363 y ss.).

La distinción entre elementos esenciales y meros efectos naturales o accidentales es particularmente útil e interesante en el estudio de los contratos.

Cabe observar que si bien los efectos son accidentales con relación al negocio típico, resultan, con relación al negocio concreto, constitutivos del mismo y, por lo tanto, esenciales. Algunos doctrinarios enumeran la presuposición entre los efectos accidentales. La doctrina más reciente destaca la importancia de los efectos normales o naturales, previstos por la ley, en los contratos celebrados por adhesión a cláusulas predispuestas o «por adhesión». En las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, La Plata, 1981, se declaró: «D. Las condiciones generales no derogan los efectos normales o naturales de los contratos típicos, consagrados por normas dispositivas». El tema vuelve con la Ley de Protección al Consumidor 24.240, al conjunto de las «cláusulas que desnaturalizan» el contrato o las obligaciones. Se predica que el legislador construye, en los contratos típicos, «modelos de razonabilidad», sobre la base de normas dispositivas,

¹¹ Vélez, con equivocado método, ha legislado sobre estas modalidades con motivo de las obligaciones y no dentro de los actos jurídicos (arts. 527 y ss., 566 y ss., y 558 y ss., respectivamente).

de cuyos modelos no es dable un apartamiento en contratos por adhesión, sin motivo justificado.

Como contrapartida de la posición clásica, agrega Alterini, que la doctrina argentina más moderna (López de Zavalía), en seguimiento del criterio de Carnelutti, distingue entre presupuestos, elementos y circunstancias del contrato¹²:

- a) *Presupuestos del contrato.* Los presupuestos del contrato son requisitos extrínsecos al contrato, pero que determinan su eficacia y son valorados antes de él como un *prius*. En general, son tales: la voluntad jurídica, la capacidad, la aptitud del objeto, y la legitimación.
- b) *Elementos del contrato.* Los elementos del contrato, en cambio, son requisitos intrínsecos, constitutivos del contrato; son sus *cláusulas*.

Hay cláusulas esenciales, naturales y accidentales: 1. Esenciales son los sujetos, el objeto, la causa-fin y, en algunos casos, la forma esencial; 2. Naturales, como la garantía por evicción en la compraventa (art. 2098 C.c.); 3. *Accidentales*, esto es, cualquiera que convengan las partes, en subsidio de la ley supletoria, o en sentido contrario a lo que ella dispone [por ejemplo, una cláusula de esta última clase es la que establece la garantía de solvencia en la sesión de créditos (art. 1476, C.c.)].

Aun cuando esta denominación tenga paralelismo con la clásica, difiere en su contenido. En efecto, la capacidad, considerada tradicionalmente como elemento del contrato, desde el nuevo enfoque es englobada como presupuesto, porque existe independientemente de la concertación de un contrato determinado, y subsiste luego de tal concertación; es, como presupuesto, extrínseca al contrato. La legitimación, que es otro presupuesto, ha sido recientemente desarrollada por la doctrina civilista.

Ahora bien, cada contrato en particular tiene sus elementos propios; así, verbigracia, las cláusulas referentes a la cosa y al precio en una compraventa. Pero este replanteamiento de la cuestión, no obstante algunas coincidencias terminológicas como las ya señaladas, tiene autonomía conceptual y rigor lógico-jurídico (advírtase la diferencia que media en tratar al inmueble como elemento esencial de la compraventa, y decir que una referencia a él constituye una cláusula esencial).

- c) *Circunstancias del contrato.* Las circunstancias del contrato son extrínsecas, y tienen relevancia durante su formación y, luego de ella, en el curso de su ejecución. Tales circunstancias, verdadero *microclima* contractual, como el lugar, el tiempo, las circunstancias económicas que rodean al contrato, inciden, por ejemplo, para interpretarlo, o para aplicar la doctrina de la imprevisión.

¹² Alterini, Atilio Aníbal, *Contratos (civiles, comerciales, de consumos, Teoría General)*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, pág. 198.

La doctrina de la imprevisión modifica el rigor del principio *pacta sunt servanda*, pues lo condiciona a que *rebus sic stantibus*, o sea, a que las cosas permanezcan de igual modo. Este principio, conocido por el Derecho Romano, fue desarrollado por los glosadores, con Bartolo a la cabeza; Baldo, Alciato, los cardenales Mantica y De Luca se cuentan entre quienes más contribuyeron a delinear los caracteres de la figura.

En síntesis, los presupuestos y las circunstancias son factores extrínsecos; pero en tanto aquéllos deben ser valorados como antecedentes para contratar, éstas adquieren relevancia durante la formación y la ejecución del contrato. La reforma del Código civil argentino por ley 17.711 de 1968 introdujo en la segunda parte del art. 1198 el siguiente texto:

«En los contratos bilaterales conmutativos y en los unilaterales onerosos y conmutativos de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato. El mismo principio se aplicará a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato.

En los contratos de ejecución continuada la resolución no alcanzará a los efectos ya cumplidos.

No procederá la resolución, si el perjudicado hubiese obrado con culpa o estuviere en mora.

La otra parte podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato».

A su vez, los elementos, o cláusulas, son factores intrínsecos y constituyen el contenido de la contratación.

Forma y Consentimiento. Por fin, desde esta moderna perspectiva, se puede considerar: 1. Que la forma esencial es un modo impuesto de expresión de la voluntad; y 2. Que el consentimiento, como acuerdo de voluntades, es el contrato mismo en cuanto «declaración de voluntad común» (art. 1137, C.c.).

DEFINICIÓN LEGAL. ANÁLISIS

En los términos que se vienen delineando los contornos del contrato así como su contenido, resulta una figura sumamente versátil, de gran amplitud. Conviene entonces precisar su definición, al menos en lo que al Código se refiere.

El art. 1137 del Código civil argentino lo define así: «Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos».

Una discusión clásica versa sobre los conceptos de *convención* y de *contrato*, cuyos términos están reproducidos en la nota a ese artículo: sería convención el «acuerdo de dos o más personas sobre un objeto de interés jurídico» (Aubry-Rau), y contrato, la convención que tiene «por objeto crear o extinguir obligaciones»

(Maynz); de manera que todo contrato sería una convención, pero no toda convención –aunque tuviera efectos civiles– sería un contrato (Demolombe). En esos alcances, el art. 1137 del referido Código civil, que sigue el punto de vista de Savigny, definiría a la convención y no al contrato.

Sin perjuicio de ello, la definición legal sugiere otros comentarios¹³:

- a) En realidad no se trata de *personas* sino de *partes*. *Parte* es quien ejerce una prerrogativa jurídica propia, es un centro de interés, por lo cual es posible que una parte esté compuesta por varias personas (como cuando varios condóminos de una cosa la venden), o que una misma persona tenga el rol de dos partes (por ejemplo, cuando alguien celebra un contrato de locación de cosas como apoderado del locador y del locatario). Con toda precisión, el art. 1247 del Código civil uruguayo establece que «cada parte puede ser una o muchas personas».
- b) Lo relevante no es la *declaración de voluntad común*, sino el *consentimiento*. El art. 1833 del *Esboço* de Freitas previó acertadamente que no hay contrato «sin consentimiento recíprocamente declarado», y el art. 946 del Código civil argentino requiere, para que se forme un acto jurídico bilateral, «el consentimiento unánime de dos o más personas».
- c) La expresión *reglar* derechos denota la intención de *estar a Derecho* propia del acto jurídico; se trata del denominado *animus contrahendae obligationis*. Ahora bien, ¿qué alcance tiene esa expresión? Las respuestas son dadas, básicamente, desde tres puntos de vista:

1. *Tesis amplia*. Entiende que, mediante el contrato, es posible crear, modificar, transferir o extinguir cualquier clase de derechos patrimoniales, sean personales, reales o intelectuales. Le asigna la misma incumbencia que al acto jurídico («establecer entre las partes relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos», art. 944, C.c. Argentino), con la salvedad de que debe tratarse de derechos patrimoniales. En otras palabras, entiende por contrato al *acto jurídico bilateral y patrimonial*.

El C.c. argentino suministra evidencias que sustentan la tesis amplia: por ejemplo, entiende que la transacción –modo extintivo de relaciones jurídicas– «es un contrato» (nota al art. 832); admite que la renuncia –otro modo extintivo– sea hecha «por un contrato» (art. 871); regula como contrato típico a la sesión de derechos, que es un modo de transmisión que incluye a «todo objeto incorporal, todo derecho y toda acción» (arts. 1434 y sigs., en especial art. 1444); enuncia como contratos a los de «constitución de prenda y de anticresis» (art. 1142), que son derechos reales; prevé que los gravámenes

¹³ Alterini, Atilio Aníbal, *op. cit.*, pág. 7.

sobre inmuebles –como el derecho real de hipoteca– sean constituidos mediante «contratos» (art. 1184, inc. 1.º). Por otra parte, la ley 11.723 de propiedad intelectual alude al «contrato de edición», mediante el cual «el titular del derecho de propiedad sobre una obra intelectual se obliga a entregarla a un editor, y éste a reproducirla, difundirla y venderla» (art. 37); la ley 11.867 prevé la «venta» –que es un contrato típico– de la universalidad de bienes que constituyen el fondo de comercio (arts. 7 y 1, ley 11.867); etcétera.

La nota al art. 1137 del Código civil enuncia el criterio restrictivo, pero ello carece de relevancia; no es la única vez que la nota explica la teoría contraria a la adoptada por el texto legal, como un modo de confrontarlas.

Es de observar que una tesis *amplísima* resulta de la Convención Interamericana de México de 1994 sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales, que asume como «obligaciones contractuales» incluso a las «derivadas del derecho de familia» [art. 5, inc. b)].

2. *Tesis restrictiva*. Considera, por lo contrario, que el contrato sólo tiene aptitud para crear obligaciones. No sería contrato, en consecuencia, el acto jurídico bilateral que las modifica, transfiere o extingue; ni el que crea otros derechos patrimoniales (personales, reales o intelectuales).
3. *Tesis intermedia*. Sostiene que el contrato puede no sólo crear, sino también modificar, transferir o extinguir obligaciones, pero no otros derechos patrimoniales, como son los reales o los intelectuales.

La discusión puede carecer de interés práctico porque, en todo caso, aunque ciertos actos jurídicos bilaterales y patrimoniales no sean enrolados como contratos, las normas propias de éstos se les aplicarían igualmente por analogía (art. 16, C.c.); 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 o reales.

Pero, desde el punto de vista conceptual, la constitución de hipoteca (derecho real de garantía) y la transacción (modo extintivo de derechos dudosos o litigiosos), por ejemplo, sólo serían contratos para la tesis amplia; el distracto (art. 1200, C.c.) sería contrato para las tesis amplia e intermedia, pero no para la restrictiva, etcétera.

Volviendo a la definición presente en el Código, Mosset Iturraspe¹⁴ afirma que no es el concepto que se desprende del art. 1137 el que preside la estructura del contrato en el Derecho argentino.

O sea que para el Código no cualquier acuerdo destinado a producir efectos jurídicos, a reglar derechos, es un contrato: es preciso que su objeto sea

¹⁴ Mosset Iturraspe, J., *op. cit.*, pág. 48.

susceptible de una apreciación pecuniaria (art. 1169), que lo delimita al campo patrimonial, en el ámbito de lo obligacional (art. 1168), con la amplitud de crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar tales relaciones jurídicas creditorias (art. 944). Quedando excluida la posibilidad de constituir o transferir, de una manera inmediata, relaciones jurídicas reales (arts. 577 y conchs.).

El mismo tema en Derecho Comparado nos muestra un buen número de códigos que evitan definir el contrato, sin perjuicio de señalar su alcance en una o más disposiciones. Así, el Código civil alemán, el Código suizo, el Código civil soviético, el Código de Portugal y otros.

Otros códigos definen el contrato. La mayoría de ellos siguen los lineamientos del Código civil francés cuyo art. 1101 expresa: «El contrato es la convención por la cual una o más personas se obligan, con otra u otras, a dar, hacer o no hacer alguna cosa». Una ligera variante se encuentra en el de México, cuyo art. 1793 expresa: «Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos». Por su parte, el Código del Perú, de 1984, define: «Artículo 1351. El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial»; y el Código civil de Louisiana de 1984: «El contrato es un acuerdo de dos o más partes por el cual son creadas, modificadas o extinguidas obligaciones» (art. 1906).

En suma, como señala muy bien Puig Peña¹⁵, el contrato es algo menos que un medio de reglar derechos, «pues a ese objeto con interés jurídico hay que concretarlo», para que podamos obtener su verdadero campo de acción.

¹⁵ Puig Peña, Federico, «Tratado de Derecho Civil español», *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1946, tomo IV, pág. 5, citado por Mosset Iturraspe, *op. cit.*, pág. 48.