

CAPÍTULO IV

**LOS CONTRATOS REALES SUBSISTEN.
PERO NO SON VERDADEROS CONTRATOS.**

*(CON UNA CODA CON PROVOCACIONES SOBRE LA
TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO)*

Roberto Moreno Rodríguez Alcalá

LOS CONTRATOS REALES SUBSISTEN. PERO NO SON VERDADEROS CONTRATOS.

(Con una Coda con provocaciones
sobre la teoría general del contrato)

“Lorqu’un tel accord n’est pas à l’origine de la
situation juridique considerée, celle-ci ne puet
plus être qualifiée de contrat”.

- J. GHESTIN, *Le contrat: formation* (1988)

“But it is pretty clear... that these contracts are really
being handled more as bailments
than as anything else...”.

- F.H. LAWSON, *A common lawyer looks at the civil law* (1953)

1. INTRODUCCIÓN

El gran JHERING dejó a la posteridad jurídica –entre muchas otras cosas– su inolvidable sueño y paseo por el paraíso encantado de los conceptos del derecho, habitados por los miembros y creadores de esa influyente escuela del derecho, la *Begriffjurisprudenz*.¹ En su *Bromas y Veras en la Jurisprudencia*², el jurista alemán demostró que la ironía y la sátira son más efectivas para demoler una idea –en ese caso, la del conceptualismo– que un batallón de argumentos. Quien, luego de leer esas páginas de JHERING, siga prisionero y sirviente de ese terrible (pero encantador e hipnotizador) amo que es el conceptualismo jurídico, lo hace a su propio riesgo.³

Hago esta suerte de *disclaimer* o *caveat* previo porque es probable que quien lea este ensayo me acuse de ser conceptualista.⁴ Y es que voy a desempolvar uno de los conceptos más viejos – arcaico, dirán los “vanguardistas”– del derecho civil: la categoría de los contratos reales, y me

¹ Sobre la “jurisprudencia de conceptos” la bibliografía es casi inagotable; cito sólo dos obras que dan una concisa pero magistral introducción aquí: Franz WIEACKER, *Historia del derecho privado de la edad moderna*, Edit. Comares, Granada, 2000, pág. 391 y ss. y Karl LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, Ariel, Barcelona, pág. 39 y ss.

² Ver Rudolf von JHERING, *Bromas y veras en la jurisprudencia* (con la excelente aclaración, nunca mejor hecha, por el editor argentino de que se trata de un “regalo de Navidad para los lectores de obras jurídicas”); EJEA, Buenos Aires, 1974.

³ Lo notable del caso es que todavía existen muchos civilistas que siguen intentando ganarse ese cielo de los conceptos jurídicos. Un caso reamente llamativo es el del Prof. José PENA LÓPEZ, quien, luego de anunciar (en su prólogo a la obra de BUSTO LAGO, *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*, Edit. Tecnos, Madrid, 1998) que ha realizado un “baño purificador de cualquier vicio conceptual” (pág. 16), pasa sin embargo luego a defender, en forma apodíctica, la existencia del pseudo-requisito de la “antijuridicidad” en la responsabilidad civil, concepto jurídico del “palacio encantado del derecho”, si los hay. *Old habits die hard*, como dicen los anglosajones.

⁴ No puedo defender aquí, por razones obvias, una crítica más detallada al conceptualismo jurídico. He intentado una exposición más profunda, desde el punto de vista iusfilosófico, en un manuscrito todavía inédito, basado en una Conferencia dada en la Pontificia Universidad Católica de Porto Alegre, en el año 2006: “*Una reinterpretación del realismo jurídico norteamericano*”.

zambulliré dentro de sus entrañas más profundas. La imputación puede ser doble: en primer lugar, que estoy haciendo un ejercicio en el cielo de los conceptos jurídicos; y, en segundo lugar y para peor, que lo estoy haciendo con un concepto que justamente ha sido arrojado al tacho de basura conceptual por ser arcaico, inútil o *demodé*.

A pesar de este peligro, voy a seguir. Ello, porque si bien puedo llegar a sentir empatía con la opinión generalizada que los contratos reales son una reliquia del pasado, *la misma me parece fundamental y profundamente equivocada*. Para resumir la tesis, diré que quiénes sostienen el fin de la categoría de los contratos reales lo hacen en base a argumentaciones mayormente conceptuales, desatendiendo la realidad de las cosas. Si se entiende que los contratos reales subsisten, *pero solo cuando son gratuitos*, se verá que tiene mucho sentido distinguir jurídicamente —y establecer distintas reglas— entre “el mundo del contrato” y el “mundo de la liberalidad”.⁵

Sin embargo, y luego de defender esta tesitura —es decir, la persistencia de esa *vieja* categoría de contratos reales, incluso en nuestros tiempos— pasaré a afirmar que, si se comprende bien su lógica interna, su función, se entenderá que los contratos reales *no son verdaderamente contratos*, o lo son en un sentido secundario o derivado. Ello, y nuevamente para resumir, porque no responden a la lógica interna del contrato *simpliciter* —la protección del interés positivo, *expectation interest*— sino otros intereses, no puramente contractuales. Esto explica, por lo demás, como es posible que existan sistemas jurídicos que desconozcan absolutamente al concepto de “contrato real”, como el caso del *common law*.

El camino recorrido para defender estas dos tesis —que parecen paradójicas, pero solo al principio— permitirá además extraer algunas consecuencias referidas a la teoría general del contrato. Las mismas serán expuestas tentativamente al final del trabajo, principalmente como *provocaciones* al lector, pues no pasan de eso. Pero intentan, o al menos eso pretenden, dirigir su atención hacia una concepción más realista del contrato.

El ensayo está dividido, pues, en tres partes: (i) en la primera, luego de desarrollar brevemente la distinción entre los contratos reales y consensuales, se analizan los orígenes de dicha clasificación, su crítica, pretendida muerte y las razones de su pervivencia; (ii) en la segunda, se sostiene que, si se considera la función verdadera del contrato, los contratos reales no son en puridad contratos, aunque puedan serlo en un sentido secundario, *secundum quid* como dirían los escolásticos; y, (iii) en la tercera, se concluye el trabajo con algunas provocaciones sobre la “teoría general del contrato”, si es que la misma todavía existe como tal.

I. PRIMERA PARTE: LA CATEGORÍA DE LOS CONTRATOS REALES, SU PRETENDIDA MUERTE Y PERVIVENCIA

2. LA TRADICIONAL CLASIFICACIÓN DE CONTRATOS CONSENSUALES-REALES

La clasificación o agrupación de los contratos ha tenido como uno de sus binomios tradicionales, además de bilateral/unilateral, o gratuito/oneroso, a la distinción entre los contratos consensuales y los contratos reales.

⁵ Ver *infra*, Coda, para un desarrollo de esta idea.

Esta distinción es, por qué no decirlo, bimilenaria, pues es de origen romanista⁶, y ha tenido una fuerte raigambre en toda la tradición del *civil law* durante muchos siglos – si bien, a diferencia de otras categorías, ha venido siendo objeto de fuerte crítica en los últimos años. Es justamente esta crítica la que motiva este trabajo.

La distinción es de relativa simplicidad: los contratos consensuales quedan perfeccionados desde el momento en que las partes han llegado al *consensus ad idem*, es decir, han expresado su voluntad respecto a las obligaciones creadas por el pacto. En los contratos reales, por el contrario, el contrato solo queda perfeccionado una vez que se entrega o hace tradición de la cosa –sea cual fuere ésta– que es objeto del contrato.

En suma: los primeros quedan concluidos por el solo consentimiento; los segundos exigen además la entrega de la cosa.⁷

Por eso, y como afirma correctamente LÓPEZ DE ZAVALÍA, en los contratos reales la *datio rei* ocupa el lugar de una verdadera “forma”, en este caso, solemne y esencial.⁸

Nótese, de paso, que en el caso de los contratos reales, se presupone que en algún momento existió el *consensus ad idem*, ya que de lo contrario no tendría razón de ser que se entregue la cosa. Pero este *consensus* pasa a un segundo plano⁹, de forma tal a que el mismo puede existir, pero si no hay entrega, hay una “nada jurídica”. No hay, en efecto, obligación exigible alguna, ni tutela del ordenamiento, ni remedio legal. Como dijo hace muchos años POTHIER, en los contratos reales “es necesario que intervenga alguna otra cosa a más del consentimiento”¹⁰ – una suerte de “*plus jurídico*”, podríamos decir hoy día.

Una consecuencia no menor de esto es que la así denominada *promesa de contrato real* no es vinculante, como lo establecía claramente VÉLEZ SANSFIELD en el art. 2256 del Código Civil argentino, anteriormente vigente en nuestro país.¹¹

Tradicionalmente, se han considerado como contratos reales el comodato, el mutuo y el depósito¹²; a *contrario sensu*, todos los demás contratos son consensuales. Esto lo dejo todavía en forma muy tentativa aquí, ya que, como adelanté, voy a desafiar aquí justamente a la clasificación tradicional.

⁶ Como lo refiere Ricardo LORENZETTI, *Tratado de los Contratos – Parte General*, Edit. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, pág. 224. Para un desarrollo absolutamente magistral del derecho romano clásico, Fritz SCHULZ, *Derecho romano clásico*, Bosch, Barcelona, pág. 484 y ss.

⁷ Debiendo aclararse, rápidamente y para evitar equívocos, que no cabe confundir al contrato real con contrato con efecto real, aunque en ambos casos se de un elemento real. “Aquél, como dice LÓPEZ DE ZAVALÍA, es real *quod constitutionem*; el último sólo lo es *quod effectum*”. LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Tratado de los contratos*, Tomo 1, Zavalía, pág. 64 (que además contiene la mejor discusión –de lejos– en la doctrina argentina sobre el tema).

⁸ LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría...*, *op. cit.* tomo 1, págs. 63 y 64. .

⁹ Las cosas parecían no ser así en el derecho romano clásico; como informa SCHULZ, *Derecho romano...*, *op. cit.* pág. 484, la *traditio rei* y el acuerdo de las partes eran “ambos requisitos (son) ... elementos constitutivos del contrato. Si no había acuerdo no había contrato”. Sin embargo, hoy en día, como afirma LÓPEZ DE ZAVALÍA, debe hablarse de “entrega” y no “tradición” para poner de relieve que “no es preciso un acuerdo adicional”. *Teoría...*, *op. cit.* tomo 1, pág. 63.

¹⁰ R. J. POTHIER, *Tratado de las obligaciones*, Edit. Heliasta, Buenos Aires, pág. 18, No. 10.

¹¹ Lo cual no ha obstado a que la doctrina argentina interprete *contra legem* de que es válida la promesa de contrato real. Ver al respecto STIGLITZ, *Contratos Civiles y Comerciales*, Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, págs. 108-109.

¹² También el *pignus* o prenda. Hoy en día, por razones de categorización, este instituto se estudia no en el derecho contractual sino en el real. Esto, como se sostendrá más abajo, no es casualidad.

Ahora bien: ¿de dónde salió esta bifurcación clasificatoria? Es decir, ¿por qué en el ámbito del derecho continental se distinguen entre los contratos reales y los consensuales?

Para responder estas preguntas, es imprescindible hacer un (necesariamente breve y simplificado) paseo por la evolución histórica del instituto contractual.

3. GENEALOGÍA DE LA CATEGORÍA DE CONTRATOS REALES: LAS CATEGORÍAS CONTRACTUALES ROMANAS

Ya se ha dicho que el origen de la distinción entre contratos consensuales y contratos reales encuentra su génesis ¡cuándo no! en el derecho romano.¹³ Pero no se ha explicado por qué surgió dicha distinción.

Podemos remitirnos a una explicación magistral del Prof. E. Allan FARNSWORTH para entender mejor la razón de ser de la aparición de la categoría.

Según este inolvidable jurista norteamericano, todo sistema jurídico puede tomar dos puntos de partida a la hora de decidir cuáles promesas serán jurídicamente obligatorias – para hacerlas “*enforceable*”, para utilizar la precisa terminología de los anglosajones¹⁴:

- (i) La primera opción es declarar como regla general que toda promesa lo suficientemente seria merece tutela del sistema, y sólo excepcionalmente no se la vestirá jurídicamente, no será *enforceable*;
- (ii) La segunda opción es la de establecer un principio general de no revestimiento, de no *enforceability*, y solo excepcionalmente reconocer la tutela a determinadas promesas.¹⁵

La opción primera, salta a la vista, es la seguida por el derecho continental o *civil law* y su fuertemente enraizado principio consensualista; la segunda opción es la seguida por el *common law*, y lo que es más importante aquí, por el derecho romano. En Roma, sólo excepcionalmente se vestía a las promesas con fuerza jurídica; la norma general era la de la no obligatoriedad jurídica (*nuda pactio obligationem non parit*, etc.).¹⁶

Es importante que el jurista o abogado entrenado en la tradición civilística tenga en cuenta esto, pues supone un paradigma absolutamente distinto del pensar jurídico. Estamos tan acostumbrados a que toda promesa sea *prima facie* obligatoria –al sistema consensualista, que en puridad es hijo del derecho canónico y luego iusnaturalista¹⁷—que nos cuesta tomar el otro punto de partida, el de la excepcionalidad, que era el de los romanos. Esta advertencia es especialmente pertinente cuando se estudian a los contratos reales, pues la reacción moderna contra los mismos viene justamente de juristas que manejan el marco conceptual moderno, como se verá más abajo.

¹³ Además de la obra de SCHULZ citada en la n. 6, *supra*, ahora puede recurrirse al monumental trabajo del Prof. Reinhard ZIMMERMANN, *The law of obligations*, OUP, Oxford, 1996, para un tratamiento exhaustivo del tema.

¹⁴ El término *enforceable* es de imposible traducción directa al español; utilizaré el mismo por ello en el texto, razón por lo cual pido desde ya las debidas disculpas al lector comprensivo.

¹⁵ Ver referencias en E. A. FARNSWORTH, *Contracts*, Third Edition, Aspen Law & Business, 1999, pág. 11 y ss.

¹⁶ Magistral explicación en ZIMMERMANN, *The law of ...*, *op. cit.* pág. 537 y ss.

¹⁷ *Idem.* anterior.

De ahí que, si bien “la idea de que una promesa podía dar lugar a un deber jurídicamente obligatorio fue una conquista del derecho romano”, la realidad es que los juristas romanos no habían desarrollado un principio general de obligatoriedad de los contratos. El mismo se desarrolló a través de la creación de supuestos específicos –tipos contractuales—por lo que, solo si se cumplían sus requisitos formales, se les otorgaba la tutela legal correspondiente.¹⁸ En palabras de Roscoe POUND, si bien un *nudum pactum* o mero acuerdo informal podía crear una obligación natural, o moral, entre las partes, lo cierto es que el mismo no “tenía vestimenta de eficacia jurídica” y por tanto no era *enforceable*.¹⁹

¿Y cuáles eran estos tipos contractuales? En el derecho romano clásico, las categorías más importantes eran las de la *stipulatio* (que más que un tipo contractual era una forma), los contratos consensuales y los reales. En el derecho romano post-clásico se incluyeron además a los contratos “innominados” (por carecer de nombre específico), por lo que en el derecho romano post-clásico existían ya dos grandes categorías de contratos accionables, los nominados e innominados. Dentro de la primera categoría se ubicaban a los contratos *verbis* o estipulaciones, los *consensuales* y los contratos *re* o reales.²⁰

Dentro de la categoría de los contratos reales, que es la que nos interesa, existían, como se adelantó, cuatro contratos: el préstamo para consumo o *mutuum*, el préstamo para uso o *commodatum*, el depósito o *depositum*, y la prenda o *pignus*.

La noción romana de los contratos *in re* era muy parecida a la que heredó la tradición del *civil law*. Así, la obligación contractual nacía recién a partir de la ejecución de una de las obligaciones de las partes, y no del consentimiento, por lo que “el elemento contractual no era importante en los mismos”.²¹ De ahí que la obligación clásica derivada de un contrato real no era, por ejemplo, la de dar la cosa, sino más bien la de *restituirla*. Así ocurría por ejemplo con el comodato o el mutuo, en los que el comodatario o mutuuario era el que asumía la obligación de restitución de la cosa; el comodante o mutuante no tenía la obligación de dar la cosa *prima facie*, que sería la obligación contractual o promisoria (“el elemento contractual”).

En este punto cabe resaltar algo sobre lo cual volveremos a insistir. La lógica de los contratos reales –muy especialmente, la del mutuo y del depósito—en Roma era diametralmente opuesta a la actual. En el derecho romano, el depósito era esencialmente gratuito, en el sentido que tratándose de una sociedad más rudimentaria, con vínculos sociales más estrechos, el depósito venía a ser una suerte de *favor amicae*; el depositario era amigo del depositante y lo hacía como una suerte de favor. Lo mismo ocurría con el mutuo; la relación era básicamente una de amistad y favor.²² De ahí que ambos contratos eran “*rigurosamente gratuitos*” para los romanos.²³ (Lo mismo cabe decir, por

¹⁸ FARNSWORTH, *Contracts...*, *op. cit.* págs. 9 y 10 (con cita al maestro Alan WATSON, *The law of obligations in the later roman republic* [1965]).

¹⁹ Roscoe POUND, en su *Introduction to the philosophy of law*, 2nd. Edition, Yale Univ. Press, pág. 139 (obra que siempre repaga en cada nueva lectura).

²⁰ Este es un cuadro sumamente simplificado, por supuesto. Para profundizar, resulta absolutamente magistral el desarrollo de F. H. LAWSON, *A common lawyer looks at the civil law*, Greenwood Press, 1977, pág. 113 y ss. Ver también las obras de SCHULZ, *Derecho romano clásico...*, *op. et. loc. cit.* y ZIMMERMANN, *The law of obligations...*, *op. et. loc. cit.* para un desarrollo mucho más detallado y profundo. Y, en nuestro derecho, José MORENO RODRÍGUEZ, *Teoría de la Causa*, págs. 34 y ss. con un buen resumen.

²¹ LAWSON, *A common lawyer...*, *op. cit.* pág. 114.

²² Magistral el tratamiento de Alan WATSON, *Roman Law & Comparative Law*, Georgia Univ. Press, 1991, pág. 123 y ss. explicando la importancia que daban los romanos a la amistad y su influencia para la creación de la categoría de los contratos reales.

²³ SCHULZ, *Derecho romano clásico...*, *op. cit.* pág. 495 (refiriéndose en particular al depósito y al comodato, pero la frase es aplicable a los otros contratos).

supuesto, del *commodatum*, si bien en este caso no ha habido cambios, ya que el comodato es siempre gratuito – si tiene precio, pasa a ser automáticamente una locación.)

Obviamente, con la “mercantilización” o “comercialización” del derecho civil²⁴, la lógica de los contratos cambió en nuestros tiempos. Tanto el mutuo como el depósito son hoy día, por regla, remunerados, y no basados en relaciones de amistad o confianza personal. De ahí que no sea sorpresa que en la mayoría de los ordenamientos el mutuo y el depósito sean considerados, como regla, onerosos, y solo excepcionalmente gratuitos.

Dejo aquí apuntada esta idea, que la desarrollaré más tarde, porque este cambio hace a la esencia de la hipótesis de este trabajo.

Lo cierto y concreto es que, en el derecho romano, a pesar de su sofisticación con relación a otros sistemas contemporáneos al mismo, el reconocimiento de estas categorías o tipos contractuales no resultó en el reconocimiento de un principio general para dar fuerza jurídica a las promesas. Para ello tuvieron que pasar siglos de sistematización y racionalización del sistema.

4. EL TRÁNSITO HACIA EL CONSENSUALISMO Y EL RECONOCIMIENTO DE UN PRINCIPIO GENERAL DE PACTA SUNT SERVANDA

Sería una temeridad injustificable –que por lo demás supera absolutamente mi capacidad— exponer aquí ese larguísimo y complejo proceso que derivó en el segundo sistema de los reseñados por FARNSWORTH: el de reconocimiento general de las promesas salvo excepciones bien establecidas. Como otras manos maestras han hecho esto en forma sumamente documentada²⁵, aquí sólo me limitaré a reseñar las principales líneas evolutivas de este proceso.²⁶

Los glosadores y compiladores del derecho justiniano se encontraron por un lado con dos cuerpos separados de reglas. Por un lado, la regla de *nuda pactio obligationem non parit*, esto es, de que en principio la promesa no obliga jurídicamente. Pero, por el otro lado, existían distintos tipos o categorías contractuales que, de cumplirse con sus requisitos, podían tener la tutela del ordenamiento (contratos consensuales, reales, etc. a lo cual sumaron, como se adelantó, la categoría de los contratos innominados o *anonyma synallagmata*). No obstante, no se llegó a la generalización, y tampoco los glosadores y post-glosadores medievales, a pesar de sus esfuerzos, encontraron un principio general, a pesar de haberle dado mayor unidad conceptual a la materia al agrupar los distintos tipos bajo la categoría del *pactum*.

Recién a partir del siglo XVII en adelante se revirtió la cuestión; a partir de esos años, que no tiene fecha exacta por supuesto, se vino a aceptar que *ex nudo pacto oritur actio*, y en consecuencia, *pacta sunt servanda* se convirtió en la nueva regla. Pero, ¿cuáles fueron las fuerzas conceptuales y económicas tras este cambio?

²⁴ Breve y magistral: Francesco GALGANO, “Derecho Civil y Derecho Mercantil”, en GALGANO (coordinador), *Atlas de Derecho Privado Comparado*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2000, pág. 83 y ss.; en nuestro derecho, brevemente, SILVA ALONSO, “Un giro geojurídico a la unificación de las obligaciones en el Código Civil Paraguayo” en Antonio TELLECHEA SOLÍS – Roberto MORENO RODRÍGUEZ ALCALÁ, *Derecho privado paraguayo*, Edit. La Ley, Asunción, 2007, pág. 99 y ss.

²⁵ Aquí refiero sólo a dos: ZIMMERMANN, *The law of obligations...*, *op. cit.* pág. 537 y ss.; LAWSON, *A common lawyer...*, *op. cit.* pág. 148 y ss.

²⁶ El proceso fue mucho más doloroso en el *common law*, por sus peculiaridades históricas; absolutamente magistral: A.W.B. SIMPSON, *History of the Common Law of Contract*, Oxford, 1987.

Como explica ZIMMERMANN, este cambio puede adscribirse a tres causas, relacionadas en mayor o menor grado.²⁷

En primer lugar, el impacto de la práctica mercantil y el nacimiento y consolidación de la *lex mercatoria*. La estricta regla romana del *nuda pactio obligationem non parit* empezó a sucumbir ante las necesidades prácticas de los comerciantes, que no podían detener sus negocios por oscuras formalidades de un pasado arcaico. De ahí que ya encontráramos a finales de la Edad Media a BARTOLO afirmando que no se podía oponer en buena fe el incumplimiento de formalidades para dejar de cumplir un contrato.²⁸

En segundo lugar, donde la regla *nuda pactio* debía sucumbir por cuestiones prácticas en el derecho mercantil, la misma fue objeto de un ataque conceptual más profundo por parte de los canonistas. El incumplimiento de una promesa contractual, aún no vestida, daba lugar a una *laesio fidei*, que venía a ser el pecado de perjurio. De estas visiones moralizantes de una promesa al paso de afirmar que todo contrato debía ser cumplido no había demasiada distancia. De ahí que para el siglo XIV existiese ya unanimidad entre los canonistas de que todos los acuerdos contractuales eran *enforceable* o exigibles jurídicamente, sean formales o informales.

El tercer y último paso decisivo para romper con la regla romana en la materia la dieron los iusnaturalistas modernos, con GROCIO a la cabeza. Para el célebre jurista holandés, la *fides* es la base de la justicia, y por tanto, las promesas debían ser siempre cumplidas, más allá de las formas específicas previstas por el legislador. Todo pacto, toda promesa, debía ser vinculante. De hecho, el cumplimiento de las promesas, de la *fides*, era tan importante, que para los iusnaturalistas el contrato vino a ser el pilar de la regulación de la vida social (incluso del Estado mismo, a través de la conocida doctrina del *contrat social*). La conclusión simple fue la siguiente: “si la moral obligaba a respetar un pacto, entonces debía tratárselo como un contrato obligatorio”.²⁹

De ahí que, luego de este complejo proceso histórico-dogmático, aquí necesariamente simplificado, hacia el siglo XVII ya nadie dudaba en el universo jurídico del *civil law* de la existencia de un

*principio según el cual siempre y cuando exista un acuerdo al que las partes hubieran llegado en forma seria debía existir un contrato (jurídicamente vinculante), siempre y cuando el objeto que las partes tenían en consideración no fuese ilegal, inmoral o contrario al orden público.*³⁰

5. EL APOGEO DEL CONSENSUALISMO Y EL CONTRATO REAL COMO EL “TÍO RARO” DE LOS CONTRATOS

En consecuencia, a través del largo proceso histórico-dogmático acaecido en el derecho continental y que culmina con la aceptación del genérico *pacta sunt servanda*, nuestra tradición fue de una posición —la romanista de establecer como regla general la *no enforceability* y excepcionalmente en supuestos tipificados la *enforceability*— a la otra, diametralmente opuesta —toda promesa seria debe ser *enforceable*, y solo excepcionalmente, en casos de tratarse de un contrato con objeto inmoral, ilegal, etc. debe estarse por la *no enforceability*—.

²⁷ Aquí resumo y simplifico la documentada explicación del maestro teutón: *The law of obligations...*, *op. cit.* pág. 540 y ss.

²⁸ BARTOLO, *Commentaria*, citado por ZIMMERMANN, *The law of ...*, *op. cit.* pág. 540.

²⁹ POUND, *An Introduction...*, *op. cit.* pág. 142.

³⁰ LAWSON, *A common lawyer...*, *op. cit.* pág. 149.

Una de las consecuencias quizás al principio no tan obvias, pero luego absolutamente evidente, de este proceso histórico fue que los contratos reales cada vez aparecían más como “el tío raro”, por decirlo de algún modo. Los contratos *in re* cada vez más parecían aquél convidado a una fiesta de gala que aparece en *shorts* y *sandalias*.

¿Por qué?

Porque la regla general de *no-obligatoriedad* o *unenforceability* de toda promesa puede tener mucho más sentido en un sistema menos racionalizado dogmáticamente, y que, además, en la práctica, tenía una economía no demasiado sofisticada. Así como la no-obligatoriedad-jurídica de promesas emprendidas (v.gr.) en un ámbito comercial actual sería contrario a la seguridad jurídica (pues todo comerciante negaría que su obligación en caso de contrariedad comercial), en Roma ocurría precisamente lo contrario: la obligatoriedad como regla hubiera causado (muy probablemente) una suerte de caos en la economía romana.

Esto explica la razón por la cual no existieron problemas ni grandes polémicas en reconocer o “vestir” con obligatoriedad jurídica a los contratos reales: como una de las partes había cumplido ya con su parte en el contrato, había un *hecho*, un *dato objetivo de la realidad* que hacía indiscutible la intención de obligarse jurídicamente. Así: la entrega de la cosa en depósito, o de los granos para su consumo, o de lo que se prendó, y así sucesivamente. Este hecho o dato objetivo de la realidad ofrece una prueba categórica de la existencia de una relación contractual entre las partes, independientemente de sus estados mentales subjetivos, sus intenciones ocultas, etc. y dota de seguridad a la promesa.

En consecuencia, en el razonamiento romano no es que se requería del *plus* jurídico al consentimiento para que exista el contrato en sí, sino que la lógica era que como la excepción era la obligatoriedad-jurídica de una promesa, en este caso la *enforceability* estaba más que justificada desde el punto de vista formal o probatorio. Sólo cuando la obligatoriedad-jurídica de toda promesa se convierte en la regla —el *pacta sunt servanda*—, la entrega de la cosa se presenta como un “*plus*” jurídico al acuerdo de partes.

Y en este preciso punto surge el problema.

Cuando el principio o regla general tiene un giro copernicano, y se convierte en la *enforceability* de toda promesa, simplemente deja de tener sentido que exista un “contrato real”. Una vez que se pasa plenamente al “*consensualismo*” —es decir, el principio general que el mero consenso es suficiente para dar ropaje jurídico y tutela del ordenamiento a la promesa— el contrato real se presenta como una anomalía, como un “tío raro”. Como dice Díez-PICAZO, en el derecho moderno los contratos se perfeccionan por el consentimiento, “por lo cual los contratos consensuales constituyen la hipótesis normal”.³¹

A contrario sensu: el contrato real es una “anomalía”.

Esto, obviamente, transforma radicalmente la forma que los operadores jurídicos —juristas, jueces, abogados— ven al contrato real. Si el principio general es que toda promesa lo medianamente sería es suficiente para obligar a las partes, ¿por qué una promesa de mutuo, de depósito, no obliga?

³¹ Díez-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Edit. Civitas, Madrid (5ta. Edición) tomo I, pág. 139.

¿Por qué obliga la mera promesa de compraventa y no la de comodato? ¿Por qué obliga la promesa de un servicio y no la de un depósito?

Y así sucesivamente.

6. LA CRISIS DE LA CATEGORÍA DEL CONTRATO REAL Y SU (PRETENDIDA) MUERTE

El tren de ideas lleva, sin mayor esfuerzo y rápidamente, al razonamiento que lleva a declarar que el contrato real es una rémora del pasado, es algo arcaico, que ha dejado de tener sentido. O, como ha dicho algún jurista argentino (con palabras grandilocuentes y por cierto exageradas), el contrato real es “otro de los tantos dogmas que requieren ser revisados” en el derecho moderno de los contratos.³²

El camino estaba entonces plenamente preparado para “desterrar” a la categoría del contrato real.

En nuestra literatura dogmática hispanoamericana el *summun* de la “*crisis de la categoría de los contratos reales*” se alcanza con la clásica crítica formulada a los contratos reales por el jurista español JORDANO BAREA.³³ El mismo, luego de un exhaustivo estudio publicado a fines de la década de 1950, llegó a la conclusión de que la categoría de contratos reales es “un mero residuo histórico impuesto por el peso de la tradición”, y como tal, debía ser abandonada.³⁴

Con paciencia, fue demoliendo uno a uno los contornos que definían al contrato real. Por ejemplo, ante la tradicional tesis (sostenida por DONELLO y luego influyentemente por POTHIER) de que el fundamento del contrato real se basaba en que “no se podía estar obligado a restituir lo que todavía no se había recibido”, señalaba que entonces sería incomprensible que el mutuo o el depósito, por ejemplo, pudieran ser objeto de contratos preliminares sobre la base del acuerdo y sin entrega de la cosa.³⁵ En cualquier caso, ello solo pone de manifiesta que la restitución es el “agotamiento de la temporalidad de las relaciones contractuales” y no otra cosa, esto es, un momento decisivo pero no conclusivo del *iter contractual*. Esto implica que “la tradición de la cosa solo implica la ejecución de una obligación acordada al tiempo del perfeccionamiento del contrato. La tradición de la cosa no sirve al perfeccionamiento sino a la etapa de ejecución (*solvendi causa*)”.³⁶ Por lo demás, la lógica de los contratos lo dice todo: el mutuante o el comodante no dan la cosa para que se la restituyan, sino que se las dan para que el *accipiens* consuma la cosa, o la utilice, etc.³⁷

En suma, y para sintetizar la tesis de JORDANO BAREA:

*la disciplina positiva de los cuatro contratos llamados reales no obedece a ninguna ratio especial. Se parte de la entrega porque se presupone la normal unidad cronológica de la conclusión del contrato y de la entrega de la cosa, pero ello no quiere decir que esta unidad cronológica sea en todo caso necesario, pudiendo romperse cuando las partes, en lugar de concluir de una manera instantánea el contrato, se limiten a convenirlo para proceder más tarde a su ejecución. Los contratos consensuales de mutuo, depósito, comodato y prenda son, pues, válidos y su naturaleza no varía por su consensualidad, que no los convierte en puros contratos preparatorios o precontratos.*³⁸

³² STIGLITZ, *Contratos...*, *op. cit.* pág. 108.

³³ JORDANO BAREA, *La Categoría de los Contratos Reales*, Bosch, Barcelona, 1958, pág. 93.

³⁴ JORDANO BAREA, pág. 133.

³⁵ *Idem.* anterior, pág. 93.

³⁶ STIGLITZ, *Contratos...*, *op. cit.*, explicando la tesis de JORDANO, pág. 107.

³⁷ LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría...*, *op. cit.* pág. 65.

³⁸ Díez-PICAZO, resumiendo la posición de JORDANO BAREA, *Fundamentos...*, *op. cit.* tomo 1, págs. 140-141.

Y, asimismo, y globalizando la crítica a la categoría de los contratos reales de JORDANO, se ha dicho que “no existe *ninguna razón fundada en la lógica* que justifique el mantenimiento de la categoría de los contratos reales”.³⁹

Ante tales críticas demoledoras, no puede sorprender que la categoría de contratos reales hubiera empezado a desaparecer de Códigos civiles –o proyectos de Códigos civiles—más modernos. Como ha dicho el Prof. LORENZETTI, “la tendencia legislativa se inclina a eliminar la categoría de los contratos reales”.⁴⁰

Si se considera el caso argentino, esta afirmación resulta incontrovertible. El Proyecto de 1987 empezó el camino: no daba acción de cumplimiento a la promesa de contrato real, pero daba una acción de reclamo de daños (art. 2247); el Proyecto de la Comisión Federal conceptuaba al mutuo como contrato consensual (art. 2240) y el Proyecto de 1998 directamente eliminó la categoría de los contratos reales, considerando al mutuo como consensual.

La conclusión se impone entonces:

Adiós, entonces, al contrato real. “Resabio histórico”, “injustificable desde el punto de vista lógico”.

¿O no?

7. LA VENGANZA DE JHERING: EL CARÁCTER CONCEPTUAL DEL ARGUMENTO CONTRA LOS CONTRATOS REALES

Enfáticamente: no.

O, al menos, no por las razones resumidas en el apartado anterior (y aceptadas por la mayoría doctrinal avasallante).

El argumento que critica a la categoría de los contratos reales por ser un “resabio histórico” o “injustificable desde el punto de vista lógico” es lisa y llanamente equivocado por una razón: está infestado del vicio del conceptualismo jurídico. Es decir, pide que se elimine la categoría *no por tener consecuencias en la práctica que son indeseables, irrazonables o injustas*, sino para “planchar conceptualmente” el sistema, para deshacerse de un supuesto “anacronismo” (o peor: un “dogma”) y deshacerse del “tío raro”, como lo he llamado más arriba gráficamente.

En este sentido, para entender el porqué del error de la crítica a los contratos reales, debe retrotraerse el ataque a la categoría a ese cambio de la fisonomía del derecho contractual con el vuelco de paradigma que supuso pasar de un sistema excepcionalista en cuanto a la tutela de promesas jurídicamente exigibles, a uno en el cual la promesa por regla sería exigible (i.e., al consensualista). Los ataques se basan, no en razones de justicia, o eficiencia, sino más bien de “anomalía conceptual”, de “lógica” al decir del Prof. STIGLITZ. En otras palabras, se afirma que “debe uniformarse al derecho de contratos y los contratos reales deben ser absorbidos por los consensuales”, para lograr la unidad conceptual del sistema. Pero no se atiende, seguidamente, si resulta justo obligar a un comodatario a entregar una cosa porque lo ha prometido antes, o al

³⁹ STIGLITZ, también llegando al corolario de las ideas de JORDANO; *Contratos...*, *op. cit.* pág. 108 (énfasis añadido).

⁴⁰ LORENZETTI, *Tratado...*, *op. cit.* pág. 226.

mutuario, etc. Tampoco se pregunta, en caso de incumplimiento de esa promesa: ¿cuáles serían los remedios que el ordenamiento da, o debería dar, para el caso de dicho incumplimiento? Y así sucesivamente. Toda la argumentación, en síntesis, se reduce a lo puramente conceptual.⁴¹

Esto, por supuesto es el conceptualismo en una de sus peores horas: afirmar una verdad sin tener en mente las consecuencias prácticas de la misma.⁴² En palabras del propio JHERING, sería “construir un instituto jurídico con prescindencia absoluta de su valor práctico, basándose exclusivamente en las fuentes y en el concepto”. O, más precisamente, desde el punto de vista valorativo: mantener una posición sin considerar su relación con la razonabilidad práctica, *con lo que es justo, o razonable*.⁴³

En suma, la crítica de los conceptos jurídicos por el orden conceptual mismo, por el puro rigor “lógico”, es simplemente lo contrario a la razón, a lo razonable. Es, en síntesis, algo que el jurista debe rechazar: “debe abjurar la locura de creerse una matemática del derecho, que no tiene otro objetivo superior que calcular correctamente con los conceptos”.⁴⁴

Si existe una razón práctica, de justicia, o razonabilidad para mantener una “anomalía conceptual”, pues bien: *peor para la “integridad conceptual” del sistema, para el “cálculo de los conceptos”*.

La pregunta que se presenta como ineludible entonces es: ¿existe esa razón práctica, de razonabilidad, para mantener la categoría?

8. LA GRATUIDAD DE LOS CONTRATOS REALES COMO CLAVE PARA ENTENDER EL PROBLEMA

Sí, existe.

La misma tiene una íntima relación con el carácter eminentemente gratuito que tenían los contratos *in re* en el derecho romano —*rigurosamente* gratuitos, decía Fritz SCHULZ⁴⁵—, y que aún conserva uno de los contratos reales, el comodato que es por ello, el contrato real por excelencia. La

⁴¹ La única excepción sería la argumentación de que va en contra de la buena fe prometer algo por escrito y luego negarse a entregar en razón de que el contrato es real y por ello no vincula hasta tanto no se entrega la cosa. Pero estamos en el campo de los actos propios, y el remedio no podrá entonces ser el principal, que es el de cumplimiento específico de la cosa, sino en todo caso los daños y perjuicios que la confianza (*reliance interest*) en la promesa han causado, como se sostendrá más abajo.

⁴² Ciertamente no hace falta ser un “pragmatista” *tout court* (quien escribe al menos no lo es) desde el punto de vista filosófico para criticar —en el ámbito del derecho— la idea que la pura corrección teórica es suficiente para justificar tal o cual resultado. No es ocioso por ello recomendar a los civilistas tener presente al viejo William JAMES (en su maravillosamente bien escrita *Pragmatismo*, Edit. Alianza, Madrid); más allá de sus controversiales ideas sobre la verdad, la epistemología, etc., al menos en este punto creo que la sensatez elemental de su pensar es indiscutible. Si algo no hace diferencia en la práctica del derecho, ¿para qué estamos discutiendo? Por supuesto que la influencia de un (bien entendido) pragmatismo ha llevado a que el derecho norteamericano se encuentre menos afectado de “conceptualismo” o “formalismo” que otros en comparación, si bien el exceso de esta visión instrumental del derecho es igualmente pernicioso; al respecto, la penetrante denuncia de Brian TAMANAHA, *Law as a Means to an End*, Cambridge Univ. Press, 2007 (que adrede y no casualmente utiliza como título una obra de JHERING, *El fin en el derecho*). La posición sensata parecería ser la de evitar caer en los precipicios que se dan al final de cada extremo.

⁴³ Para el significado preciso que aquí quiero dar a la expresión “razonabilidad práctica”, “razonable” o “justo”, ver el absolutamente magistral *Natural Law and Natural Rights* del Prof. John FINNIS (OUP, Oxford, 1980), *et passim*.

⁴⁴ JHERING, *Bromas y veras...*, *op. cit.* págs. 362 y 363. Brillante, como siempre, también LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría...*, *op. cit.* tomo 4, pág. 19: “la lógica puede jugar malas pasadas en lo jurídico, cuando se pretende reducir todo a una regla y deducir de allí las consecuencias, tratando al Derecho como si fuera una ciencia matemática”.

⁴⁵ F. SCHULZ, *Derecho romano clásico...*, *op. cit.* pág. 495 (refiriéndose en particular al depósito y al comodato, pero aplicable a todos los contratos).

complejidad, por otro lado, la presentan aquellos contratos reales como el mutuo y depósito que, con la comercialización del derecho de las obligaciones, pasaron a ser en principio onerosos, y por ello, tienen hoy día un carácter tan difícil de aprehender.

La clave para entender el problema de la subsistencia del requisito de *realidad* en los contratos reales —la *datio rei*, en suma, como requisito formal de los contratos— ha sido captada en forma extraordinariamente aguda por el Prof. Francesco GALGANO. En particular, el maestro boloñés se refiere a (y refuta) la ya acusación del prestigioso comparatista Rodolfo SACCO, para quién la subsistencia de la categoría en nuestros días es un “escándalo”, ya que el “mismo Código (*sc.* el Italiano) está dando pie a la estafa de la consensualidad” al reconocer por ejemplo la promesa de mutuo como válida⁴⁶.

El tema gira en torno a los “intereses tutelados” (jerga de la dogmática italiana para identificar a lo que llamé más arriba una razón de justicia, razonabilidad, o práctica que justifique la intervención del derecho) que la ley protege según el contrato sea oneroso o gratuito: no son, *ni pueden ser*, los mismos, obviamente. En palabras de GALGANO, que por su penetración merecen una cita *in extenso*:

*En los contratos consensuales, que se perfeccionan por el solo acuerdo de las partes, la ley protege el interés de ambas partes. En los contratos reales, en cambio, el contrato sólo se perfecciona con la entrega; la ley sólo considera merecedor de protección el interés en la prestación de una sola de las partes: así si la cosa ha sido dada en comodato, resulta protegido el interés del comodante en la restitución además de su interés en la custodia) de la cosa; no quedando protegido el interés del comodatario de recibir la cosa en préstamo. Consiguientemente el contrato se perfecciona, y produce efectos obligatorios, sólo en el momento en el que el comodante entrega la cosa al comodatario.*⁴⁷

Esto es lo que se llama dar en el clavo jurídico.

Los intereses tutelados no pueden ser los mismos según el contrato sea oneroso o gratuito. La *realidad* —esa cosa tan molesta para los conceptualistas— se opone a gritos a ello. En la contratación onerosa, como la cita deja en claro, el derecho tiene que tomar la actitud de un árbitro imparcial, no prefiriendo *prima facie* a ninguna de las partes. Pero en el caso del contrato gratuito, ello sería absurdo, y peor, injusto. Si una de las personas que está contratando solo sufre sacrificios y no tiene ningún beneficio, ¿por qué tratarlo igual o peor que a la otra, que sólo tiene beneficio sin sacrificio? ¿No sería esto, sencillamente, no razonable, injusto?

El conceptualista, tan preocupado por la armonía matemática de los mismos, no puede enfocar esto, no puede entenderlo. Hay que eliminar al contrato real, y aceptar la vinculación de la promesa, aún cuando en el caso del comodato —que es siempre gratuito— ello implique proteger a la persona equivocada: al comodatario. Pero: éste no está sufriendo sacrificio alguno, recibe sólo beneficios. ¿Por qué hacer obligatoria la promesa de darle algo a cambio de nada? ¿No sería preferible esperar a que el mismo tenga la cosa para que realmente “empiecen a correr” las obligaciones, en este caso, la de restitución, que es el interés del comodante? ¿Cuál es el sentido de obligarle a alguien a hacer algo cuando lo está haciendo en forma gratuita, en su perjuicio, y en beneficio de quién nada da a cambio?

Distinto sería el caso, por supuesto, que el que quiera tener la cosa en préstamo abone un precio; ahí ya no tendría sentido preferir a los intereses del otro por sobre los suyos. Pero en ese caso

⁴⁶ GALGANO cita el trabajo de SACCO “La consegna e gli altri atti di esecuzione”, en *Trattato di diritto privato*, X, 2 (al que no he tenido acceso); ver *Negocio Jurídico...*, *op. cit.* pág. 178 y ss.

⁴⁷ GALGANO, *Negocio Jurídico...*, *op. cit.* pág. 178.

ya no estamos ante un comodato, sino ante una locación; “de modo que la categoría clásica del contrato *qui re contrahitur* acaba encontrando confirmación en su antigua razón de ser”.⁴⁸

Este razonamiento es el único que puede explicar la normativa jurídica –y sobre todo, la posición, parcialista si se quiere ser gráfico—que adopta el ordenamiento jurídico en un contrato como el comodato. Si nos atenemos, por ejemplo, a la regulación de la materia en un Código relativamente moderno (en el cual, en principio, los contratos reales parecen haber desaparecido) como el paraguayo, nos toparemos con que el legislador en forma absolutamente consistente y perseverante “toma partido” por una de las partes. Obviamente: el comodante, el que sufre sacrificio y no obtiene beneficio.

Así:

Art. 1275	Expone al comodatario al <i>standard</i> en principio más estricto de la culpa <i>quam in suis</i> ; prohíbe usar la cosa para algo no previsto en el contrato ni conceder su goce a un tercero; permite restitución “inmediata” cosa
Art. 1276	Establece una regla especial en caso de deterioro de la cosa
Art. 1277	Pone a cargo del comodatario el perecimiento de la cosa aunque no le sea imputable la causa
Art. 1278	Expone al comodatario a una regla más astringente en materia de caso fortuito
Art. 1279	Gastos ordinarios son a cargo del comodatario
Art. 1280	La cosa debe ser restituida de inmediato cuando “sobreviene una urgente e imprevista necesidad al comodante”, aún cuando no se haya cumplido con el contrato
Art. 1281	Si no hay plazo, la cosa se restituye “tan pronto como el comodante la reclame”
Art. 1282	Hace responsables a los herederos del comodatario que hubieren enajenado la cosa prestada, aún cuando no supieren que era prestada la cosa
Art. 1284	Si el comodatario hubiere pagado el valor de la cosa al comodante por haberse perdido, no tendrá derecho a repetir si la recupera; pero el comodante podrá exigir la restitución y obligar al comodatario a recibir el precio pagado
Art. 1286	Se prohíbe la suspensión de la restitución bajo pretexto de que ésta no pertenece al comodante
Art. 1287	Establece una carga al comodatario que sabe que la cosa prestada es robada o perdida
Art. 1288	Prohíbe el derecho de retención al comodatario
Art. 1289	Establece, al fin, una obligación a cargo del comodante, que es dejar a los herederos el uso de la cosa si fallece el comodatario; pero en realidad, no es tal, porque (i) ello solo ocurre durante la vigencia original del contrato (no establece una nueva obligación), y (ii) si el contrato es <i>intuitu personae</i> se resuelve inmediatamente.
Art. 1290	Nueva obligación a cargo del comodante, de responder por daños que el vicio o defecto oculto –conocido por el mismo—cause al comodatario. (Pero esta es una acción común de daños y perjuicios.)
Art. 1291	El comodante debe pagar las expensas, pero solo las <i>extraordinarias</i> , y siempre y cuando se le pusiere en conocimiento de las mismas.

Como se ve, los primeros 12 artículos establecen todas obligaciones a cargo del comodatario, o lo ponen en una posición menos beneficiosa que la de un contrato análogo (por ej. la locación) que no es gratuito. Recién los últimos tres artículos pueden decirse que contienen cargas u obligaciones para el comodante, pero como se aclara en el cuadro, ninguna es una verdadera carga u obligación, o, como en el último caso, busca evitar un enriquecimiento injusto de parte del comodante.

De ahí que no puede sorprender que, a pesar de que el comodato/contrato real es un “resabio histórico”, “contrario a la lógica” o un “escándalo”, y que por ello debería obligar desde el mero consentimiento, podemos encontrar en un Código moderno como el paraguayo una norma como el art. 1274 del paraguayo: “*el derecho de servirse de la cosa y la obligación de restituirla al comodante, nacen para el comodatario desde que adquiera la tenencia de ella*”.

⁴⁸ GALGANO, *El Negocio...*, op. cit. pág. 179.

La razón, repito, es más bien sencilla: ello resulta simplemente *justo*, si se considera la realidad, que el comodante (en principio) solo se sacrifica, no se beneficia, y lo contrario se da para el comodatario. ¿Por qué no tratarlos distintos?

Como se ha dicho:

*en los contratos reales... la ley considera digno de protección el interés a la prestación de una sola de las partes; así, si la cosa ha sido entregada en comodato, se protege el interés del comodante a la restitución (y a la custodia) de la cosa; no se protege el interés del comodatario a recibir la cosa.*⁴⁹

Y, como en el caso particular del comodato —a diferencia del mutuo o el depósito— el mismo es *siempre gratuito*, no puede reprochársele al legislador paraguayo haber tomado una posición tan “parcialista” al regular el contrato, y favorecer ampliamente al comodante sobre el comodatario. *Ello no será conceptualmente puro, pero sí que es justo y razonable.*⁵⁰

En consecuencia, resulta correcta la posición de un legislador como el paraguayo, que no obstante las críticas a la categoría, ha decidido que el contrato real (cuando es gratuito), siga exigiendo la *datio rei* como requisito de perfeccionamiento del contrato.

Que el contrato real, a pesar de todo, subsista.

9. LOS CONTRATOS REALES ONEROSOS: LA BIFURCACIÓN DE LA CATEGORÍA HACIA UNA CONSENSUALIDAD PARCIAL

Pero —y aquí viene la segunda parte del argumento de GALGANO— la realidad es que gran parte de las dificultades suscitadas en torno a los contratos reales es fruto de la ya mencionada “comercialización” del derecho civil, y el hecho consecuente que contratos que en Roma podían ser “rigurosamente gratuitos”, empezaron a tener una lógica mercantilista y por ende onerosa. Tal es lo que sucede, especialmente en el caso del mutuo, pero también en el del depósito.

En efecto: si tiene sentido (y bastante), desde el punto de vista práctico o de la razonabilidad de las instituciones que la exigencia de la *datio rei* siga siendo esencial para que se perfeccione un contrato real cuando es gratuito —recuérdese, el interés protegido es el del comodante y no del comodatario *qui certat captat lucrum*— las cosas varían diametralmente cuando el mismo es *oneroso* y ambas partes sufren sacrificios y beneficios.

Si el argumento giraba en torno a que el ordenamiento tome partido por una de las partes —la que sufre el sacrificio sin beneficio, algo que parece lógico y justo— no puede decirse lo mismo cuando ambas partes ven su patrimonio golpeado, por así decirlo, por el acto. El derecho debe dejar su actitud “parcialista” en estos casos, y debe proteger por igual los intereses de ambas partes, sin distinciones *a priori*.

⁴⁹ Franco FERRARI en F. GALGANO (coordinador), *Atlas de Derecho Privado Comparado*, Fundación Cultural Notariado, Madrid, 2000, pág. 132.

⁵⁰ Resulta anecdótica e interesante la postura de LÓPEZ DE ZAVALÍA quien, luego de efectuar quizás la mejor discusión en la doctrina argentina al respecto, pasa a señalar que el rechazo al consensualismo en los contratos reales es una “reminiscencia romanista” que queda en el Código de VÉLEZ de rechazo al pacto nudo. LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría... op. cit.* tomo 4, págs. 19-21 (reiterando lo que había dicho en el tomo 1). Es decir, defendería la tesis del texto pero no por razones tanto valorativas como de arqueología jurídica, por así decirlo, lo que en principio no parece ser una razón irrefutable sino más bien cuestionable (aunque ver lo que dice en la pág. 20 al distinto trato del ordenamiento a los contratos gratuitos y los onerosos, en donde se intuye la clave del problema).

De ahí el sutil pero fundamental cambio en la fisonomía de los contratos originariamente reales cuando ingresan al campo de la onerosidad. Particularmente problemático ha sido el caso del mutuo oneroso –puede conjeturarse que es éste el supuesto que ha motivado inconscientemente el giro conceptualista hacia el consensualismo en estos contratos—ya que no se entendía por qué la promesa de mutuo no debía obligar cuando el deudor se comprometía a restituirlo con intereses. ¿Por qué, en tiempos en los que los que prestan dinero a través del mutuo son empresarios extraordinariamente especializados –bancos y financieras—que lucran obviamente con el negocio, no podría hacerse que la promesa de mutuo sea válida *per se*?

La respuesta a esta pregunta ha llevado a una casi universal aceptación de que la promesa de mutuo es vinculante –que el contrato de mutuo es consensual—y ello, si se sigue la argumentación hasta aquí expuesta, no debe sorprender. Más bien, lo contrario. Con el cambio fáctico –la comercialización del contrato—debe venir un cambio jurídico. Pero no por razones puramente conceptuales, sino porque ello es justo, razonable.

En consecuencia, tampoco debe sorprender que un Código moderno como el paraguayo haya expresamente previsto que la promesa de mutuo sea vinculante y obligatoria. Tal, la disposición del art. 1293, primera parte del Código:

La mera promesa de mutuo será obligatoria para ambos contratantes cuando fuere a título oneroso, y sólo para el promitente en caso de serlo a título gratuito.

El lector atento habrá captado rápidamente dos cosas. En primer lugar, que tiene sentido que la promesa de mutuo sea vinculante, *enforceable*, cuando el contrato es oneroso; y, en segundo lugar, que disponer lo mismo para el caso que el mutuo sea gratuito (“sólo para el promitente...”), es un craso error del legislador patrio.

¿Por qué obligar al mutuante si lo está haciendo a título gratuito? El mismo razonamiento, *a pari*, debe aplicarse que en el supuesto del comodante, razón por la cual existe aquí, como mínimo, una inconsistencia normativa en nuestro Código. O mejor, un error de comprensión elemental de lo que implica el mutuo cuando el mismo es *gratuito*.⁵¹

De todas maneras, y para no perder el curso de la argumentación, lo relevante es que sólo cuando el contrato es *gratuito* tiene sentido que el *quis re contrahitur* sea esencial para perfeccionar el mismo. Si es oneroso, se pueden aceptar, sin mayores problemas, que el contrato deje de ser real y pueda ser consensual (y, por tanto, *enforceable*, sin la entrega de la cosa).

Por tanto, si lo que aquí se ha sostenido es correcto, la categoría del contrato real sigue siendo sensata desde el punto de vista de la razonabilidad práctica, *pero sólo en los supuestos gratuitos*. Ello explica que el comodato *siempre sea real*, en tanto el mutuo y el depósito siguen siendo reales *siempre y cuando sean gratuitos* (que, claro está, serán los menores números de casos dadas las condiciones de la economía moderna).

En consecuencia, puede decirse con GALGANO (y, contra SACCO, JORDANO BAREA, y un largo etcétera) que

⁵¹ Para parafrasear las ideas del Prof. Gino GORLA, resulta una “curiosidad” o “contrasentido” –por no decir una irrazonabilidad—exigir una forma notarial para donar una casita de cinco millones de guaraníes, pero no hacerlo para prestar mil millones de guaraníes sin interés. Ver GORLA, *El Contrato. Problemas fundamentales tratados según el método comparativo y causístico*, Edit. Bosch, Barcelona, Tomo I, pág. 502.

las proporciones del “escándalo” se reducen si se considera que el mutuo consensual se entiende válido sólo si el mutuo es oneroso, estableciéndose la misma condición para la consensualidad del depósito, en tanto que el comodato es esencialmente gratuito... (en suma) no provoca escándalo que en una serie de contratos la ley haya elevado la entrega de la cosa... al rango de elemento de perfección del contrato.⁵²

No debe sorprender, por ello, encontrar que luego de un erudito y monumental análisis de derecho comparado entre el *civil law* y el *common law*, el Prof. Gino GORLA hubiera concluido que en realidad el principio iusnaturalista del *solus consensus obligat* sólo tiene sentido cuando estamos ante contratos de “cambio” (esto es: onerosos), razón por la cual para el resto de los contratos normalmente se exige un “algo más”.⁵³ En el caso de los contratos reales, la *datio rei*, con su consecuente derogación del principio de consensualismo.⁵⁴

Pero, si la categoría del contrato real subsiste conceptualmente en nuestro derecho continental moderno (aunque no por razones conceptualistas, sino prácticas), ello deja picando una pregunta sin responder, que sólo se ha vislumbrado muy tenuemente en las páginas precedentes: ¿no son los contratos reales, verdaderamente, un “tío raro” en el rompecabezas del derecho contractual?

II. SEGUNDA PARTE:

LOS INTERESES TUTELADOS EN EL CONTRATO.

LOS CONTRATOS REALES NO SON VERDADEROS CONTRATOS

10. CONSIDERACIONES SOBRE LAS ACCIONES/REMEDIOS A QUE DA ORIGEN UN CONTRATO REAL Y EL INTERÉS PURAMENTE CONTRACTUAL (*EXPECTATION INTEREST* O INTERÉS POSITIVO)

Parecería que sí; los contratos reales son realmente peculiares.

Para confirmar ello, limitemos por ahora nuestro análisis al caso del comodato, al que puede llamarse el “más real de los contratos reales” (o “el más raro de los contratos raros”), porque siempre es gratuito.

¿Qué acciones, o, como se dice más modernamente, qué *remedios* da un contrato de comodato?

Ya dijimos que, aún cuando se lo haga por escritura pública y con todas las formalidades legales posibles (testigos, etc.) el mismo no da lugar a una acción de cumplimiento específico — *pretensión de cumplimiento o in natura*—a favor del comodatario. Este sería, por supuesto, el típico y primordial remedio contractual.⁵⁵

¿Cumplimiento por tercero (previsto explícitamente en el inciso c) del art. 420 de nuestro Código)? Por razones obvias, tampoco procede.

⁵² GALGANO, *El negocio...*, *op. cit.*, págs. 178-179 con citas internas a GALASSO y ZIMATORE omitidas).

⁵³ Ver en general, Gino GORLA, *El Contrato. Problemas fundamentales tratados según el método comparativo y causalístico*, Edit. Bosch, Barcelona, Tomo I, pág. 491 y ss. En nuestro derecho tenemos la fortuna de contar con un resumen magistral de la posición del maestro italiano de manos expertas del Prof. José Antonio MORENO RODRÍGUEZ, *Teoría de la Causa*, Edit. Intercontinental, Asunción, 1995, pág. 181 y ss.

⁵⁴ Y solo así puede entenderse plenamente la tesis un tanto misteriosa de la obra: “puede pues concluirse diciendo que, desde el punto de vista del Derecho privado, nuestro moderno problema del contrato es sobre todo el problema de la promesa a título gratuito”; GORLA, *El Contrato...*, *op. cit.* pág. 370.

⁵⁵ En el derecho continental, por supuesto. Como se sabe bien, en el *common law*, por complejas razones históricas, el *specific performance* es un remedio *equity*, y por tanto subsidiario, discrecional y de excepción.

¿Pacto comisorio? Tampoco, porque no estamos ante un contrato con prestaciones recíprocas.

Queda, entonces, el remedio subsidiario compensatorio, la indemnización de daños y perjuicios.

Y aquí, sugiero, surge en plenitud la clave del problema.

Suponiendo un ejemplo de dos personas que celebran por escritura pública un contrato de comodato, pero sin entrega de la cosa, la cual se produciría dos meses después. Y que en el texto del contrato se aclara el uso que se le daría a la cosa dada en préstamo (de forma tal a que el fin del mismo hubiera sido “previsible” para el comodante). ¿Qué ocurre si al llegar la fecha el comodante no entrega la cosa, alegando que el contrato era inexigible por no haber existido la *datio rei* necesaria para el perfeccionamiento del mismo?

Existen dos respuestas posibles aquí. La primera sería alegar, con el comodante, que efectivamente el contrato no se perfeccionó. Pero esto no implica llevar a la conclusión de que el comodante nada debe, en justicia, al comodatario. Bien podría alegarse que actuó de mala fe, o que su contraparte “confió” en su palabra y por eso sufrió un daño (*reliance based damage*, en la jerga anglosajona), etc. En este caso se le podría condenar al comodante por los daños y perjuicios que su conducta irrogaron al comodatario, aún cuando se considerare que el contrato, como tal, no se perfeccionó. Pero esto desnuda, en forma categórica, que en realidad estamos ante una simple acción aquiliana de daños y perjuicios (extracontractual), y no una acción puramente contractual.

Por otra parte, la segunda respuesta sería señalar que el contrato efectivamente se formó (cómo afirmar esto es otra cuestión, por supuesto), y conceder un remedio indemnizatorio contractual. Pero: ¿sería realmente este remedio indemnizatorio puramente contractual?

Para responder a esta pregunta, cabe recordar la división, clásica en el *common law* desde la célebre intervención de FULLER y PERDUE, entre los intereses tutelados por el derecho privado.⁵⁶

- (i) En el derecho verdaderamente contractual, se protege el *expectation interest* o interés en la *expectativa* (interés positivo, como se lo llama en el derecho alemán): se busca situar al sujeto en la misma situación en la que hubiese estado de haberse cumplido con la promesa contenida en el contrato. Por ejemplo, mediante una condena de daños que estime el valor de la prestación prometida.
- (ii) En la responsabilidad civil, por otra parte, se protege esencialmente el *reliance interest* o interés en la *confianza* (interés negativo), esto es, se busca mediante la condena de daños situar al sujeto en la misma posición en que estaba antes que se

⁵⁶ La tipología no corresponde exactamente al trabajo de FULLER y PERDUE —dedicado al derecho contractual en particular— sino que ha sido retocada a los efectos de este análisis, como para que cada interés tutelado en particular sea propia de una rama del derecho privado: *expectation*, contratos; *reliance*, responsabilidad civil; *restitution*, enriquecimiento sin causa (así, ver: Jack BEATSON, *Anson's Law of Contract*, 28va. Edición, OUP, Oxford, pág. 22 para una esquematización similar del derecho privado). Con respecto a la distinción, ver en general el clásico L. FULLER y W. PERDUE, “The Reliance Interest in Contract Damages” 46 Yale L. J. 53 1936-1937 (que en puridad es una defensa del *reliance interest* en sede contractual, algo que va diametralmente de contramano con lo que en el texto se dice; para un trabajo que critica en forma definitiva la tesis fulleriana, véase D. FRIEDMANN, “The Performance Interest in Contract Damages”, 111 *Law Quarterly Review* 628 [1995]). Los términos “interés positivo” e “interés negativo” que aparecen en el texto, corresponden a la conocida tipología de JHERING, corriente en el derecho continental (pero que no tiene correspondencia con el interés de *restitution*).

produzca el hecho ilícito. Verbigracia: abonándole el daño emergente y el lucro cesante.

- (iii) Finalmente, el interés protegido en el enriquecimiento sin causa sería el *restitution interest* o en la *restitución*, esto es: en la restitución de aquello que se desplazó de un patrimonio a otro sin que exista una causa justificada (por ejemplo, porque el contrato se anuló, o porque no existía contrato entre las partes, etc.).

Traídos a colación esta distinción analítica entre los tres intereses tutelados, conviene preguntarse a cuál de ellos pertenece el remedio que se concede a la contratante del contrato real.

Creo que será sumamente difícil conceder un remedio indemnizatorio *positivo* o de *expectation*, que pusiera al comodatario en el mismo lugar que hubiera estado de haberse ejecutado el contrato. ¿Por qué? Por la sencilla razón de que eso sería injusto (recuérdese: el interés tutelado es el del que sufre el sacrificio sin ventaja patrimonial, y en ese caso estaríamos protegiendo al que goza con la liberalidad pura) y, además, al hacerlo, estaríamos reconociendo que en realidad el comodato no es un contrato real, sino consensual (estaríamos “estafando”, por así decirlo, a su realidad esencial).

Tampoco habría interés en la restitución, por la sencilla razón de que no hay nada que restituir.

Lo único que cabría alegar es la existencia de un interés en la *confianza*, en este caso, del comodatario, que confió en que se le iba a entregar la cosa prometida en préstamo, y que no se le entregó. De ahí que pudo haber sufrido algunos hipotéticos daños al no recibir la cosa, además de los gastos que incurrió (gastos de escrituración, etc.) por celebrar el contrato. Pero el remedio que le concederá el sistema —daños por su confianza, para ponerlo en la situación que hubiese estado de no haberse celebrado el contrato—es esencialmente del cariz de una responsabilidad aquiliana o una tutela de responsabilidad civil *extracontractual*. Esto es, se mira en este caso más bien al comodante desde una óptica *extracontractual* que *contractual*, y los daños que deberá pagar tienen que ver con dicha lógica.

Pero, si el interés tutelado es el de la *reliance*, confianza o interés negativo, ¿estamos verdaderamente ante un contrato? ¿De qué sirve entonces llamar al comodato contrato, si los remedios que concede el ordenamiento son similares (o iguales) al que concede a una víctima de un accidente de tránsito?

Por otra parte, miremos ahora las cosas desde la perspectiva del comodante. Supongamos que celebra un contrato con un sujeto para prestarle su automóvil por tres meses. Ante la entrega del automóvil, el contrato se perfecciona y nace la obligación del comodatario. ¿Cuál es esta obligación? Pues: la *restitución* del automóvil. De entrada, surge en forma nítida el interés principal tutelado no es algún *expectation* de índole *contractual*, *strictu sensu*, sino más bien de *restitution* o restitución del bien en cuestión.

Ahora bien: supongamos que se cumplen los tres meses y no se restituye el bien. ¿Qué remedios se concede al comodante? Básicamente, acciones de tinte posesorio (para recuperar la cosa dada en préstamo), esto es, acciones más propias de lo que se estudia comúnmente bajo el rótulo de los derechos reales. En el derecho romano esto estuvo firmemente reconocido, sobre todo en los inicios de la categoría de los contratos reales. Como ha dicho LAWSON,

(los contratos reales) aparecían en el derecho... pero no en el contractual sino en el derecho posesorio o delictual. Así, por ejemplo, si el comodatario o depositario no restituían la cosa a la expiración del plazo... se concedía un interdicto posesorio para recuperar la posesión... parecidamente, si el comodatario utilizaba la cosa para un destino no autorizado, el mismo era culpable y debía pagar una pena a la otra parte.⁵⁷

Lo cierto y lo concreto es que no puede hablarse de un interés en la “expectativa” del comodante de recuperar el bien, ya que más bien lo que se hace es ponerlo en la situación que hubiese estado de no haberse celebrado el contrato (interés negativo o *reliance*). Y así sucesivamente.

Por otra parte, no puede sorprender que uno de los contratos reales clásicos del derecho romano —*pignus* o nuestra prenda— haya abandonado totalmente el mundo del contrato e ido a parar al continente de los derechos reales. Ello va en consonancia con su lógica interna.

Ahora vayamos a otro ejemplo, el que más dolores de cabeza justamente ha causado a la doctrina, y el que, intuyo, es el que ha obligado a que se admita en la práctica la obligatoriedad de la promesa de un contrato real: la promesa de mutuo.

Si se mantiene coherencia con lo que hasta aquí se ha dicho, el mutuo gratuito será rigurosamente real: no hay interés alguno en exponer al mutuante a una situación tan desventajosa cuando el mismo no recibe beneficio alguno correspondiente a su sacrificio patrimonial y, por tanto, no se le puede obligar a dar la cosa. (De ahí el error conceptual del art. 1293 del Código paraguayo, que hace obligatoria también la promesa gratuita de mutuo.)

Esto va en contrapartida a la tesis hoy día hegemónica de que los contratos deben ser consensuales; como dice el Prof. LORENZETTI, refiriéndose específicamente al mutuo, “la tendencia legislativa se inclina a eliminar la categoría de los contratos reales”.⁵⁸

El caso de los *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT* es paradigmático en este sentido. En el comentario a su art. 3.2., se dice que todos los contratos son consensuales, ya que la categoría de los contratos reales “no resulta fácilmente compatible con una concepción moderna de los negocios y con la agilidad que requiere el tráfico comercial”.⁵⁹ Y, para ilustrar todavía más esta posición, se da un ejemplo, que será de suma utilidad para demostrar, paradójicamente, que los *Principios* caen en un error.

Dos comerciantes franceses, “A” y “B”, convienen en otorgar a “C”, un comerciante que se dedica a la explotación de bienes inmuebles, un préstamo de 300,000 francos franceses que se hará efectivo el 2 de julio. El 25 de junio “A” y “B” comunican a “C” que, de forma imprevista, ellos necesitan el dinero para sus propios negocios. “C” tiene derecho a recibir el préstamo, a pesar de que en virtud del derecho francés el contrato de préstamo es generalmente considerado un contrato “real”.

El ejemplo no lo aclara, pero cabe presumir que el préstamo era oneroso (“comerciantes”). En ese caso, ya se dijo más arriba, no deberían existir problemas de otorgar tutela jurídica a la promesa de mutuo. Ahora: supongamos en su lugar que se trataba de un mutuo gratuito. Y supongamos que, ante la promesa de mutuo, el mutuario hubiera comenzado a hacer inversiones por 150.000 francos franceses, a sabiendas que el 2 de julio iba a recibir la suma prometida.

⁵⁷ LAWSON, *A common lawyer...*, *op. cit.* págs. 136-137.

⁵⁸ LORENZETTI, *Contratos*, Tomo II, Rubinzal Culzoni, pág. 338.

⁵⁹ Corresponde a la primera edición, de 1994, aunque la postura no ha cambiado en las subsiguientes ediciones.

Ante el no cumplimiento en fecha 25 de junio por “A” y “B”, ¿qué daños cabrá indemnizar al mutuario, a “C”?

Si se ordena el pago de los 300.000 francos en su totalidad, que serían los daños al interés “positivo” o la expectativa, como sugieren los respetados autores de los *Principios*, se cometería, a mi modo de ver, una flagrante injusticia. Las razones ya fueron dadas arriba: ¿por qué el ordenamiento⁶⁰ debería tomar el partido de quien solo se beneficia y no se sacrifica patrimonialmente con la operación? ¿No debería ser exactamente al revés? ¿No es esa la razón que se encuentra subyacente al contrato *qui re contrahitur*?

Pero (podría retrucarse), ¿y la buena fe?

Claro que hay que protegerla. De ahí que no tendría problema en dar —sobre todo, aunque no únicamente, si “A” y “B” estaban al tanto—unos daños en protección a la confianza desplegada por el mutuario “C”, esto es, los 150.000 francos.

Y aquí está el punto clave: si esta es la respuesta correcta, si no se indemnizan los daños a la expectativa sino al interés negativo, ¿estamos realmente ante un verdadero contrato? ¿O, como sucede en el caso del comodato, los remedios en este supuesto tienen que ver menos con una lógica contractual que con reglas de otras ramas del derecho (la responsabilidad civil, en este caso; la posesión, en el del comodato)?

11. ¿SON LOS CONTRATOS REALES VERDADEROS CONTRATOS?

La tesis que subyace a estas ideas sería la siguiente: si en los contratos verdaderamente reales —que son, para recordar, los gratuitos: el comodato (siempre), el mutuo y el depósito gratuito—el interés que se tutela no es el de la *expectation*, o el interés positivo, que es el interés pura y verdaderamente contractual, entonces, ¿estamos realmente hablando de contratos?

Parecería ser que no.

Es que, como explica el Prof. TREITEL, la protección del interés de la expectativa es el rasgo característico del derecho de los contratos. De hecho, la protección de las expectativas basadas en el acuerdo es el rasgo distintivo esencial para diferenciar a las obligaciones contractuales de las basadas en los actos ilícitos aquilianos, por ejemplo.⁶¹ De ahí que si bien otras ramas del derecho pueden proteger al *expectation interest* en algunos casos específicos, *el único sector concebido y diseñado para protegerlo en forma sistemática* es el contractual:

*el derecho de los contratos protege a las expectativas cuya razón de ser radica exclusivamente en el acuerdo mismo que ha sido incumplido y que ha motivado la acción de reclamo. La explicación común de esto es que la protección es necesaria en los intereses de la conveniencia comercial... para promover la estabilidad y seguridad jurídica; también provee el marco jurídico para que puedan operar los mercados.*⁶²

⁶⁰ Ya se dijo, también, que haber otorgado tutela a la promesa de mutuo gratuita es un craso error de comprensión del legislador paraguayo.

⁶¹ Al respecto, puede profundizarse sobre esta tesis en Roberto MORENO RODRÍGUEZ ALCALÁ, *Arqueología de la responsabilidad civil en el derecho paraguayo*, Edit. La Ley, Asunción, 2009.

⁶² G. H. TREITEL, *An Outline of the Law of Contract*, 5ta. Edición, Butterworths, Londres, págs. 5 y 6; también la pág. 240 y las págs. 358 y ss. ¿Vale la pena agregar la obviedad de que esto es propio tanto del *common law* como del *civil law*? Si es así, ver Jack BEATSON, *Anson's Law of Contract*, 28va. Edición, OUP, Oxford, pág. 9 para disipar cualquier duda (la protección del *expectation* “*is a consequence of contract in all developed legal systems*”).

De esto se sigue que, si bien los contratos reales aparecen hace miles de años como “contratos” en el *civil law*, la realidad es que su lógica no se asemeja a la de los demás contratos, ya que los remedios que se prevé o concede a los mismos no son los *verdaderamente contractuales*, sino otro tipo de remedios (posesorios, indemnizatorios-*confianza*, etc.). Como tal, “podrá haber quizás un remedio, pero no de carácter contractual”.⁶³

En consecuencia, aparece con fuerza la tesis que, más allá de su *nomen iuris*, los contratos reales *no son verdaderamente contratos*, o lo son en un sentido secundario, derivado, del tipo central del contrato: aquel en el cual se protegen plenamente los intereses de *expectativa* o *interés positivo* de las partes.⁶⁴

Esto explica la razón por la cual el contrato real siempre ha aparecido como un “tío raro”; y también explica la razón por la cual durante años se ha intentado eliminarlos, reduciéndolos —aún contra el sentido común y lo que resulta justo o razonable— a la categoría de los contratos consensuales (que sí tienen esa lógica contractual pura).

Y más.

Si observamos otros sistemas jurídicos —ya sean actuales o pasados— notaremos que la decisión de regular a las figuras sociales típicas que subyacen a los contratos reales (por ej. el comodato o préstamo de uso) no debe ser fatalmente tarea del derecho de los contratos, como parecería creerse en la tradición del *civil law*.

El caso más fácil, claro está, es el del *common law* anglosajón. Como se sabe, en el *common law*, las figuras que tradicionalmente se agrupan bajo la categoría de “contratos reales” no fueron receptadas por el derecho contractual, sino que dieron nacimiento a la categoría del “*bailment*”, ajena a nuestro derecho y peculiar de ese sistema. El término viene del antiguo francés *bailler*, que quiere decir, “entregar”. Las discusiones sobre este concepto desde la clásica obra de Sir William JONES han sido intensas en el derecho anglosajón; la posición más segura es que se trata de una categoría *sui generis*, no asimilable al contrato⁶⁵, que, en cualquier caso, se encuentra más cercana a lo que para nosotros seríamos la categoría de “derechos reales” — el énfasis se pone en la cosa entregada, más que en el acuerdo para entregarla. No son contratos:

*El supuesto que en el civil law se define como contrato real no es ni siquiera contrato en common law. Mutuo, comodato, depósito, prenda no son contratos, sino bailments, gratuitos u onerosos. La obligación del bailee de restituir la cosa, o de custodiarla en espera de la restitución, tiene su fuente en la situación material en que se encuentra el bailee, y el incumplimiento de éste no da lugar a una acción contractual del bailor, sino a una acción real, basada en la propiedad o en la posesión de la cosa.*⁶⁶

⁶³ La frase es del Prof. GORLA y, si bien no se da en el contexto que aquí se utiliza, explica exactamente la tesis que mantengo en el texto, lo que explica la cita. Gino GORLA, *El Contrato...*, *op. cit.* pág. 399.

⁶⁴ El Prof. GORLA ha captado agudamente esto, y por ello, para mantener la coherencia del sistema, concluye que “si la obligación contractual ha de tener sentido, se dirigirá a la obligación de procurar el goce o el uso... en la mayoría de los casos y salvo prueba en contrario se extenderá al interés positivo o subrogado o equivalente de aquella concreta prestación. Será pues admisible, en general una condena a la entrega de la cosa cierta y determinada, o a los daños por equivalente”. En otras palabras, propone transformar a los contratos reales en consensuales y dotarles de una lógica verdaderamente contractual. Lo único que no contempla, sin embargo, la posición *lege ferenda* del prestigioso comparatista italiano es si el precio por mantener la coherencia del sistema *es realmente razonable o justo*; aquí, he sostenido que no lo es.

⁶⁵ Michael FURMSTON la defendió sagazmente ya hace muchos años, en la 11ma. edición de *Cheshire, Fifoot y Furmston* sobre contratos. Ver en general la discusión de ZIMMERMANN, *The law of obligations...*, *op. cit.* págs.. 203-205.

⁶⁶ FERRARI, en GALGANO (coordinador), *Atlas...*, *op. cit.* pág. 135.

La clave, como se observa, es que la materia está tratada más bien en *property law*, o los derechos reales, y no existe una quiebra del sistema o una irrazonabilidad en el mismo. Se demuestra que no es fatalmente necesario que el contrato real esté regulado como “contrato”, ya que las soluciones de fondo vienen a grandes rasgos a ser las mismas, pero sin desdibujar la idea del contrato mismo.

Una cosa parecida ocurría en el derecho romano; especialmente, en los tiempos más remotos, a los inicios de la institución, ya que, como se dijo más arriba, posteriormente fueron aceptados plenamente como contratos. Como dice LAWSON, los mismos fueron reconocidos como contratos recién en una fecha bien tardía, y el *pignus* hacia el año 200 d.C., es decir, ya pasada la hora de gloria del derecho romano. En un primer momento, el derecho romano reconocía dichas figuras, pero no bajo un régimen contractual sino bajo el derecho posesorio o bien delictual.⁶⁷ Es que gran parte de los problemas de los contratos reales (especialmente el comodato, el paradigma de los mismos) tienen que ver con la posibilidad o que la cosa se destruya o deteriore, o bien por algún defecto dañe al comodatario. El *mutuum*, por ejemplo, en sus inicios no daba lugar a una acción contractual, sino a una *condictio*, que podía tener lugar existiera o no un contrato.⁶⁸ El problema, por así decirlo, es siempre o de derechos reales o bien delictual (*reliance*). De ahí que concluyera este destacado profesor que “si los romanos tenían un concepto genérico similar al *bailment* anglosajón, los mismos nunca hubiesen sido traídos a la categoría general del contrato”.⁶⁹

Y esto explica, por ejemplo y nuevamente respecto del paradigma del contrato real, que Fritz SCHULZ calificara de “no feliz” a la idea de la “jurisprudencia republicana tardía de incluir al *commodatum* entre los contratos”.⁷⁰

Sin dudas, el gran romanista teutón intuyó claramente que no estábamos ante verdaderos contratos, como aquí se ha sostenido.

En suma: lo cierto y concreto es que no existe una necesidad “esencial” o “natural” de que las situaciones fácticas que subyacen a los contratos reales sean reguladas por el derecho de los contratos, ya que en otros sistemas se ha vivido, o se vive, tranquilamente sin la idea o noción del “contrato real”.

Esto confirma, a todas luces, que la idea misma del “contrato” real es suspicaz, y que, a lo sumo, pueden ser considerados contratos solo en un sentido secundario o derivado del concepto “central” de contrato; no es un contrato *simpliciter*, sino *secundum quid*, como dirían los clásicos.⁷¹

III. CODA: CON ALGUNAS PROVOCACIONES SOBRE LA TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO

12. SOBRE EL CARÁCTER PARADÓJICO DE ESTE ENSAYO

⁶⁷ LAWSON, *A common lawyer...*, *op. cit.* pág. 136. SCHULZ informa, al respecto del comodato en sí, que “era desconocido en el viejo Derecho de la República”; *Derecho romano clásico...*, *op. cit.* pág. 490.

⁶⁸ WATSON, *Roman law and comparative law*, Georgia Univ. Press, Athens, pág. 126.

⁶⁹ *Idem.* anterior, pág. 137.

⁷⁰ SCHULZ, *Derecho romano...*, *op. cit.* pág. 491.

⁷¹ Para la noción de “caso central” o “focal” de un concepto, y su importancia como herramienta analítica, ver John FINNIS, *Natural Law...*, *op. cit.* Capítulo I, *passim*.

El lector que ha tenido la paciencia, o coraje, de soportar la argumentación de este ensayo, puede muy bien quejarse de que el mismo es absolutamente paradójico. Y por dos razones.

Primero: porque se ha defendido en la primera parte del mismo la subsistencia —a pesar de los pregoneros de su muerte— de la categoría del “contrato real”. Pero después se ha afirmado, orondamente, de que los contratos reales *no son en realidad contratos*, esto es, su lógica no es verdaderamente contractual.

Segundo: porque gran parte del trabajo se ha sustentado en una crítica al “conceptualismo”, esto es, al sostenimiento de una idea por la idea misma, sin importar las consecuencias o exigencias prácticas. Pero luego se ha pasado a ocupar “el palacio encantado de los conceptos”, como diría Rudolf SOHM, ya que se ha entrado en una discusión laberíntica, nominal, para decir que los contratos reales no son contratos en sentido central, algo que parece casi puramente contractual, nominalista. Como se dice coloquialmente, “*Pónele x, el resultado es el mismo*”.

Ambas críticas tienen su cuota de verdad, pero con distintos efectos.

La primera paradoja es fácilmente soluble: el hecho que se siga manteniendo la exigencia de la *datio rei* para perfeccionar ciertos contratos no implica que los mismos tengan una lógica verdaderamente contractual. Todo lo contrario. La exigencia de la *datio rei* justamente confirma la sospecha que hay algo raro, que no son puramente contractuales. De lo contrario, ¿para qué invalidar la mera promesa de contrato real?

La segunda es más importante, y ameritará las reflexiones conclusivas de este ensayo.

13. NOTAS HACIA (DESDE) UNA CONCLUSIÓN. ALGUNAS PROVOCACIONES PARA LA TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO.

Es cierto que he utilizado la crítica al conceptualismo jurídico para fundar la subsistencia de los contratos reales. Y también es verdad que las reflexiones suscitadas a partir de ahí tienen un sabor conceptual.

Pero ambas cosas no son iguales.

Lo primero que cabrá decir es que una cosa es el “concepto” y otra el “conceptualismo”. El conceptualismo es el concepto por el concepto mismo, sin tener en cuenta las consecuencias. El concepto, por otro lado, es consustancial para la existencia humana. En palabras de JHERING: “Toda jurisprudencia opera con conceptos. Pensar jurídicamente equivale a pensar en concepto”.⁷² Sin el concepto, el ser humano no puede pensar. Sin tenerlos claros, piensa, pero mal (lo que incluso es peor).

El objetivo de la segunda parte del ensayo —recién lo enuncio ahora, por lo que pido disculpas— ha sido justamente el de esclarecer ciertos conceptos del derecho de los contratos, para analizar y pensar mejor la materia.

Lo que aquí se puede concluir es que, al haber sustentado que los contratos reales no tienen en realidad una lógica verdaderamente contractual —para repetir, porque no se ocupan del interés positivo o *expectation interest*— sólo pueden ser considerados “contratos” en un sentido secundario,

⁷² JHERING, *Bromas y veras...*, *op. cit.* pág. 367.

derivado, del concepto central del “contrato”. Y esto nos ayuda, o eso me gustaría al menos sugerir, a entender mejor el derecho de los contratos.

En este sentido, y como primera medida, puede decirse que la discusión ha permitido deducir cuál es el concepto *central*, o *focal*, del contrato: aquél en el cual se protege el interés positivo o en la expectativa, desde el vamos, por así decirlo. Y ello, se sugiere, otorga al operador una herramienta analítica poderosa, tanto para entender mejor a los casos secundarios del contrato, como al concepto central o focal del mismo.⁷³

Además de esto, el análisis permite arrojar algunas ideas, temerarias quizás, sobre el derecho contractual mismo. En este caso, la teoría general del contrato.

Aquí se harán solo algunas provocaciones. Son provocaciones, agrego, tentativas, motivadas o sugeridas por este ensayo, que deberán ser en todo caso complementadas por futuros trabajos que la desarrollen, critiquen, refuten, o lleven a sus últimas consecuencias.

La primera provocación: no debe colapsarse la categoría de contratos reales con la de los contratos consensuales. Mientras se regulen a los supuestos fácticos del comodato, etc. en el derecho contractual, la exigencia de la *datio rei* debe ser mantenida, porque el interés jurídico a proteger es el del que sufre sacrificio sin obtener ventaja.

La segunda provocación: quizás convenga distinguir netamente entre los contratos reales gratuitos de los onerosos, ya no como dos sub-tipos contractuales, sino como dos tipos contractuales verdaderamente distintos. El mutuo oneroso no tiene casi nada que ver con el gratuito, mucho menos en la época moderna de la economía de mercado. Son dos universos distintos, realmente. Lo mismo sucede con el depósito. No se justifica una regulación unitaria (de hecho, algunos códigos recientes, como el paraguayano, los han unificado, como en el caso del mutuo). ¿Tiene sentido decir que son la misma cosa un préstamo de dinero gratuito que hace una persona a su mejor amigo que las operaciones que hacen entidades financieras por ganancias multimillonarias?

La tercera provocación: la investigación permite asimismo resaltar una tensión que subyace en el fondo de todo el derecho contractual – y del derecho privado patrimonial mismo. Me refiero, claro está, a la distinción entre lo “oneroso” y lo “gratuito”. Estos son conceptos jurídicos, pero preñados de realidad. Como ha dicho gráficamente el Prof. Melvin EISENBERG en un brillante ensayo, una cosa es “el mundo del contrato” y otra muy distinta “el mundo del regalo”, de la liberalidad, de lo gratuito.⁷⁴

Muchas veces los juristas distinguen con velocidad y sin demasiada atención entre lo oneroso y gratuito, como si fueran meras palabras. Pero la realidad es que son mundos distintos – y está bien que ello sea así. No distinguirlos es un craso error, y la pérdida de contacto con esa realidad es la que ha llevado a muchos brillantes juristas a sostener que la categoría del contrato real debe desaparecer y ser sustituida por la del consensualismo puro. No han hecho hincapié en el dato fundamental de que la *datio rei* se exige porque *esos contratos son gratuitos*; y no se puede tratar en forma igual un supuesto cuando hay onerosidad que cuando hay pura gratuidad. La gratuidad esencial de los contratos reales en el derecho romano se ve explicada porque los mismos emergieron en el seno de

⁷³ Nuevamente, imprescindible para entender estas ideas, John FINNIS, *supra* n. 71.

⁷⁴ Imposible recomendar demasiado el ensayo: Melvin Aron EISENBERG, “The World of Contract and the World of Gift”, 85 Cal. L. Rev. 821 (1997).

una sociedad como la romana, que preciaba en altísimo grado a la amistad.⁷⁵ Cuando las cosas cambian —cuando se comercializa el derecho civil— las razones se trastocan y lo mismo las instituciones. Lo bueno y cierto es que lo “oneroso” y lo “gratuito” no son puros conceptos, operando en la cabeza de los abogados y juristas. No se pueden confundir las cosas, o no distinguirlas lo suficientemente, porque ello sería “comodificar” (*commodify*) algo que está basado en la amistad, o confianza, o interés de liberalidad.⁷⁶ En suma: *estamos ante realidades sociales diferentes*, ante “mundos” distintos, y no pueden ser tratados como si fueran lo mismo, ni mucho menos regulados por el derecho (o interpretados y aplicados por sus operadores), según una regla “café para todos”, sin matizaciones.

La cuarta provocación: se sigue de la anterior: ¿no es hora quizás que se detenga nuestro derecho a regular en forma distinta y separada a estos “dos mundos”, el oneroso y gratuito, el del contrato y el de las liberalidades? O, si esto parece una ruptura demasiado radical con el sistema, ¿no es hora de, más allá de la forma de regular, interpretar y aplicar los dos mundos en forma *verdaderamente* diferenciada, teniendo siempre en mente que estamos ante dos cosas distintas?

Esto justamente me lleva a la última provocación tentativa que quisiera realizar.

En su magistral obra comparatista sobre el contrato que ya se ha citado más arriba, el Prof. Gino GORLA se quejaba de la excesiva obsesión de realizar generalizaciones y sistematizaciones a toda costa —“frecuentemente de carácter nominalista y conceptualista”—tan característica de la tradición del *civil law*. Esto, decía, crea “enormes dificultades y fatigas” y en muchos casos, paradójicamente, lleva a “desorden y confusión” antes que a clarificar las cosas.⁷⁷

Este afán generalizador ha llevado a muchos en la tradición del *civil law* a preferir la coherencia conceptual del sistema antes que la realidad de las cosas. Hasta este punto, es lo que sucede con la crítica a la categoría de los contratos reales, como se defendió en la primera parte del trabajo.

En la segunda parte, por el contrario, he sostenido que este afán generalizador ha llevado a muchos a creer que los contratos reales son verdaderos contratos, cuando un análisis de su lógica interna, de su teleología, de su realidad, y un breve análisis comparatista, demuestra que ello no necesariamente debe ser así. Su lógica parece estar más cerca del *reliance* o *restitution interest*, antes que del *expectation interest*. Y, lo que es más importante, ese afán ha llevado a regular de la misma manera cosas tan disímiles como un contrato de compraventa realizado por una empresa multinacional con ánimo de lucro en el marco del mundo empresarial moderno, y un préstamo de uso gratuito de una casa que hace un amigo a otro que está necesitado de ayuda. Igual cosa sucede, en otro contexto, cuando no se distingue entre una transacción comercial y una del consumidor. O entre una donación y una compraventa. O un contrato por adhesión a condiciones generales y un contrato libremente negociado entre dos compañías. Y así sucesivamente.

Nada más absurdo, por supuesto.

⁷⁵ Como dice el Prof. Alan WATSON, “*friends were expected to do a great deal for one another (in Rome)*”. Ver en general el brillante desarrollo del Capítulo “The Emergence of Contracts” en su *Roman Law and Comparative law...*, *op. cit.* pág. 122 y ss.

⁷⁶ Ver EISENBERG, “The World...”..., *op. cit.* págs. 848 y ss.

⁷⁷ Véanse en este sentido las conclusiones en *El Contrato...*, *op. cit.* págs. 370-371.

Es ese afán generalizador, criticado por GORLA, el que pasa por alto las profundas diferencias que existen en el seno de la llamada “teoría general del contrato”. No tener un espíritu matizador, diferenciador, muchas veces casuístico —espíritu más propio del *common law*, hay que decirlo (aunque en muchos países del *civil law* en los últimos años ha existido un saludable giro en ese sentido)—ha llevado a generalizar innecesariamente y agrupar en conjunto a cuestiones que tienen poco de parecido en la práctica, en la vida real.

En lo personal, nada tengo *en principio* contra la generalización, cuando se realiza con un espíritu matizador, crítico, razonable. Hace unos años, en un trabajo que contiene muchos errores, planteé no obstante una duda que todavía me sigue carcomiendo⁷⁸: ¿existe todavía —ante la existencia de tantos matices: los contratos de consumo; los contratos *standard*, por adhesión; los contratos comerciales; los contratos negociados; etc.—una única “teoría general del contrato”?

A este panorama de una teoría del contrato *fragmentada*, ahora, sumaría a esta lista una diferenciación más: la de la contratación eminentemente comercial u onerosa —“el mundo del contrato”—y la gratuita —“el mundo del regalo y la liberalidad”—.

Quizás llegó la hora de admitir que la “teoría general del contrato”, hermosa construcción en principio, tiene tantas matizaciones y excepciones que parecería mejor hablar de “teorías generales del contrato”.⁷⁹ Los contratos comerciales negociados por un lado, con sus propios principios, reglas interpretativas y conceptos; los contratos de consumo, por el otro, con sus reglas particulares; pero también los contratos por adhesión, con sus peculiaridades bien conocidas; los contratos con esencial nota de gratuidad, con su propia lógica y reglas de interpretación, etc. Un enfoque⁸⁰, en suma, más pluralista, o casuístico, que sacrifique la limpieza generalizadora y belleza del sistema por una realidad que pide a gritos que se hagan las distinciones concretas según lo que *ese supuesto particular y su solución justa, razonable, lo exige*.

Es que, como decía con insuperable ironía JHERING, al bajar del cielo a la tierra a los conceptos jurídicos, los mismos aparecen deformados, sucios, distorsionados. Pero, en muchas ocasiones, cuando se pierde en perfección se termina ganando en sentido común. Lo mismo puede ser que ocurra con nuestra teoría general del contrato: perfecta en los papeles, un poco más compleja en la práctica.

Quizás tengamos por ello que aprender a convivir con un sistema menos inmaculado, menos perfecto, más fragmentado, *pero un poco más sensato*.

⁷⁸ Roberto MORENO RODRÍGUEZ ALCALÁ, “Perfiles del Contrato en la Posmodernidad” en *Revista Jurídica de la Universidad Católica de Asunción*, Asunción, 2002.

⁷⁹ En este sentido, no se puede desconocer el mérito que tiene el *Proyecto de 1998 de la Argentina* (más allá de otros cuestionamientos válidos que se le pueden hacer), al distinguir a los “contratos discrecionales” de los “celebrados por adhesión”, y dotarlos, en principio, de distintos matices normativos.

⁸⁰ Un ejemplo de un notable esfuerzo teórico en este sentido debe encontrarse en la obra del Prof. Ricardo LORENZETTI, *Tratado de los Contratos – Parte General*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2004 (aún cuando no se compartan todas sus conclusiones, indica, en muchos sentidos, el camino correcto a seguir).