

LA CONVENCIÓN Y EL CONTRATO

MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Doctor en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Profesor Principal de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

SUMARIO

- I. Conceptos de convención y de contrato. - II. Diferencia entre convención y contrato. -
III. Obligatoriedad de las Convenciones.

I. CONCEPTOS DE CONVENCIÓN Y DE CONTRATO

Según Ruggiero¹, *contractus*, que él califica como expresión elíptica de *negotium contractum* o *contractus negotii*, significó en Roma la relación que surgía de un acuerdo, y no el acuerdo mismo; tampoco el acuerdo que recae en objeto o relaciones jurídicas, sino sólo aquel que genera obligaciones entre las partes; por ello no se aplicó jamás tal expresión al acto jurídico que tiene por objeto crear vínculos familiares o constituir derechos reales o extinguir o modificar obligaciones, como pueden ser, por ejemplo, la adopción, el matrimonio y cualquier otro negocio liberatorio, sino única y exclusivamente el contrato obligatorio.

El acuerdo de voluntades se llamó *conventio*, *conventum*, *pactio* y comprendía el elemento subjetivo de los consentimientos que coinciden, o sea el acuerdo de voluntades. Para que existiera contrato era necesario algo más que este acuerdo, bien sea una forma determinada reconocida por el Derecho o bien una razón idónea para producir efectos obligatorios, como en los cuatro contratos típicos (venta, arrendamiento, mandato o sociedad), o sea que el convenio, o *nudo pacto*, no genera acción ni produce vínculo obligatorio alguno.

El mismo autor agrega que todo lo clara que fue entre los romanos la distinción entre contrato, convención, pacto (a pesar de las muchas controversias dogmáticas e históricas que se agitan en torno a estos conceptos), es imprecisa y confusa en la terminología moderna. Todo acuerdo entre dos o más personas que tenga por objeto una relación jurídica, puede ser designado indiferentemente, contrato o convención, o también pacto, ya que estos términos perdieron el primitivo significado técnico y preciso que les atribuía el lenguaje jurídico romano.

Sólo a partir del último período de Justiniano se empezó a vislumbrar un esquema general de contrato haciéndose abstracción de las figuras contractuales conocidas y, para ello, fue necesario que también se fuera haciendo una abstracción de las diversas formas hasta darse a la *stipulatio*, dada su especial aptitud para tener cualquier contenido, el carácter de esquema general del contrato.²

¹ RUGGIERO, Roberto de, *Instituciones de Derecho Civil*, Instituto Editorial Paez, Madrid, Tomo II, volumen I, pág. 250.

² La *stipulatio* era empleada en Roma como medio de dar fuerza jurídica a las convenciones destinadas a producir una obligación. Consistía en una interrogación del acreedor seguida de una respuesta hecha por el deudor por medio del verbo *ſpondere, spondesne? Spondeo*. Indica PETIT que la *stipulatio* tuvo primero carácter religioso. "Pero que los ceremonias que la acompañaban fueran discutidas a continuación a medida que tomó extensión, reduciendo entonces un novísimo rito en armonía con su función, que era fortalecer la convención de las partes: este fue la *stipulatio*. Esta manera de contratar acaba por ser accesible aún a los extranjeros, a condición, sin embargo, de emplear otros términos, porque la palabra *ſpondere* quedó reservada para los ciudadanos."

En el Derecho moderno se opera una mutación absoluta. Partiendo de puntos diversos, pero inspirándose en las enseñanzas de Domat y Pothier, la doctrina francesa afirma que las expresiones convención y contrato no son equivalentes, si bien el legislador puede utilizarlas indistintamente.

Al respecto es muy ilustrativo el diálogo que se produjo entre los miembros de la Comisión Reformadora del Código Civil Francés de 1804 con motivo de legislar la definición de contrato:

“El señor PRESIDENTE.- Comencemos por la definición de contrato. ‘El contrato o convención es un acto jurídico resultante del acuerdo de dos o más personas.’

El señor NICOYET.- Yo preguntaría al señor MAZEAUD por qué se emplea esta doble expresión ‘contrato o convención.’

El señor MAZEAUD.- Para terminar con una vieja discusión. Se ha sostenido que el acuerdo de voluntades que no tiene por fin la creación de una obligación es una convención; no es menos cierto que los redactores del Código Civil han utilizado una u otra expresión.

El señor NICOYET.- Me gustaría más que se pusiera pura y simplemente ‘la convención.’

El señor MAZEAUD.- Nosotros intentamos consignar las reglas que no hablen solamente de los contratos sino también de convenciones; yo pienso que es más sencillo decir sin rodeos que se usan los dos términos como sinónimos.

El señor NICOYET.- Ello frecuentemente causa dificultades.

El señor MAZEAUD.- En doctrina solamente. Existen acuerdos de voluntad que crean derechos, acuerdos de voluntad que modifican derechos y acuerdos de voluntades que extinguen derechos. Se enseña que el contrato es más especialmente el acuerdo de voluntades que tiene un efecto creador, pero los prácticos no han escuchado jamás nuestras enseñanzas sobre este punto.

El señor NICOYET.- El Código nuevo podría ejercer una influencia de vocabulario. Lo que choca es que, en el mismo texto, usted escriba ‘el contrato o convención.’

El señor MAZEAUD.- Porque yo quiero poner fin a una controversia y tomar los dos términos como equivalentes.

Nosotros tomamos como título ‘De las fuentes voluntarias de las obligaciones y de la formación del contrato’. Sería extraño suprimir la palabra ‘contrato’. Nosotros deseamos poner término y decir que adoptamos el lenguaje de los redactores del Código Civil; nosotros queremos hablar de todos los acuerdos de voluntad que crean un efecto jurídico, que nosotros llamamos contratos o convenciones. Usted dirá que hay dos clases de contratos: los contratos creadores y los contratos extintores.

El señor PRESIDENTE.- Usted explicará eso a sus alumnos, no vale la pena decirlo.

El señor NICOYET.- La doctrina predominante actualmente distingue netamente el contrato de la convención; es inexplicable este viraje ¿La Comisión quiere decidir que, para ella, toda convención es un contrato y todo contrato es una convención?

Que ella lo diga y ya no será necesario emplear las palabras 'convención' y 'contrato'.

El señor MAZEAUD.- Si fuera necesario para terminar la cuestión ¿sería mejor hacer como los redactores del Código Franco-Italiano? Para ellos 'el contrato es el acuerdo de dos o más personas para crear, modificar o extinguir una relación jurídica.'

Mi proyecto era el siguiente: 'El contrato o convención ese el acuerdo de dos o más personas para crear, modificar o extinguir una relación de derecho. Este texto ha sido reformado para referir el contrato al acto jurídico, y es probablemente por ello que el Secretario ha hecho esta modificación.

El señor BORTAO.- Eso es exacto.

El señor NISQVET.- Yo creo que sería mejor tomar el texto del proyecto franco-italiano.

El señor MAZEAUD.- No, no olvide el artículo 1 del Capítulo 'De los actos jurídicos'. Es suficiente, aquí, precisar que el contrato es un acto jurídico especial. Definimos el contrato con relación al acto jurídico.

El señor NISQVET.- De acuerdo, pero no diga: 'El contrato o convención', escriba 'el contrato.' Yo entiendo muy bien la posición de usted, pero, en lo sucesivo, consignemos un término para aquellos que nosotros llamamos contrato, todo acuerdo de voluntades.

El señor LAPROUSE.- Yo aconsejo mantener los dos nombres. Me coloco en el punto de vista de la práctica. Para la mayoría de las gentes, los nombres no son absolutamente sinónimos y se habla de convención a propósito de acuerdos menos solemnes que un contrato. Suprimamos este equívoco.

El señor PRESIDENTE.- En la práctica se emplea indiferentemente los dos nombres; cuando se habla de un contrato, se hace referencia a un contrato calificado, especificado por la ley. La convención es un acuerdo que no entra necesariamente en el cuadro de los contratos previstos en la ley.

El señor MAZEAUD.- ¿Conservamos 'el contrato o convención' o suprimimos 'o convención'? Hay una tercera alternativa: 'el contrato o la convención', pero con un sentido totalmente diferente.

El señor BORTAO.- La mayoría se pronuncia a favor de mantener el texto."

Puede observarse de este diálogo que aún entre juristas con similar formación jurídica, como son los codificadores franceses, las ideas no son coincidentes respecto a si existe o no diferencia entre la convención y el contrato, aunque expresen su preocupación sobre el tema.

Pienso que para determinar los verdaderos campos de la convención y del contrato, es necesario conocer el concepto de este último.

El artículo 1351 del Código Civil establece lo siguiente: "Artículo 1351.- El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial".

El requisito de la patrimonialidad de la relación jurídica excluye del campo del contrato todo acto jurídico relativo a relaciones personales o familiares, diferentes de las obligaciones. En estas relaciones no existen obligaciones, pues la obligación para serlo debe tener como contenido una prestación valorable económicamente. Completando el concepto de relación jurídica con la nota de la patrimonialidad, puede llegarse a la conclusión de que el contrato, según la definición del artículo 1351 del Código Civil, es un acuerdo destinado a crear (regular, modificar o extinguir) relaciones obligacionales, esto es propias del Derecho de Obligaciones.³

Tomando en consideración que el contrato es una de las fuentes de las obligaciones, el codificador de 1984 buscó destacar este carácter del contrato disponiendo en su artículo 1402 que el objeto del contrato consiste en crear, regular, modificar o extinguir **obligaciones**.

En la misma línea de pensamiento, la Comisión encargada de elaborar el anteproyecto de Ley de Reforma del Código Civil, creada por la Ley N° 26394, atendiendo a que según el artículo 140 del Código Civil el acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas, propuso que el artículo 1351 de dicho Código quedara con la siguiente redacción: "Artículo 1351.- El contrato es un acto jurídico plurilateral, referente a una relación jurídica **obligacional** de carácter patrimonial."

Esto pone de manifiesto que el codificador peruano, pudiendo dar al contrato cualquier contenido compatible con el objeto del acto jurídico, o sea crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas, optó por limitarlo a la creación, regulación, modificación o extinción de **obligaciones**.

Se dejó así fuera del ámbito del contrato la creación de relaciones jurídicas extrapatrimoniales, que crean deberes pero no obligaciones.

Creo que tampoco es apto el contrato para crear derechos reales, porque el derecho real es una situación jurídica entre una persona y un bien y no una relación jurídica entre dos o más personas, como es la que crea un contrato, aunque debo advertir que este tema es materia de discusión. Sin embargo, voy a insistir en mi posición para explicar mejor la diferencia entre la convención y el contrato, que es el tema del presente artículo.

II. DIFERENCIA ENTRE CONVENCION Y CONTRATO

No existe uniformidad en la doctrina respecto a los respectivos alcances de la convención y el contrato.

Un sector de la doctrina, el más numeroso (Pothier, Savigny, Aubry y Rau, Planiol, Sánchez Román, Giorgi, Mazeaud, Julliot de la Morandière, Borda, Boffi, etc.) considera que la convención es el acuerdo de voluntades sobre un objeto de interés jurídico, o sea el acuerdo destinado a crear, modificar o extinguir una relación jurídica, en tanto que el contrato es el acuerdo de voluntades destinado a crear obligaciones.

Puede observarse que según esta corriente doctrinal la diferencia entre la convención y el contrato no es únicamente la que existe entre el género y la especie, lo que ocurriría si la convención fuera el acuerdo destinado a crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas y el contrato fuera el mismo acuerdo pero limitado a las relaciones

³ DE LA PUENTE Y LAWALLÉ, Manuel, *El Contrato en General*, Palestra Editores, Lima, 2001, Tomo I, pág. 85.

jurídicas obligacionales (o sea obligaciones), sino que el contrato está más circunscrito aún ya que sólo se da el nombre de tal al acuerdo destinado a **constituir** una obligación, siendo convención el acuerdo cuya finalidad es **modificar y extinguir** una obligación, además de todos los otros acuerdos encaminados a crear, modificar y extinguir relaciones jurídicas distintas de las obligaciones. Vemos pues, que la convención puede llegar, según esta concepción doctrinal, a ingresar en el campo del contrato, ya que las obligaciones creadas por éste no podrían ser modificadas o extinguidas por otro contrato, sino que sería necesario para ello una convención. En estas condiciones, el **distracto**, entendido como el acto jurídico convencional mediante el cual se disuelve un contrato, así como la modificación de éste, no serían contratos sino convenciones.

Tal posición no es compartida por autores modernos (Castan, Stolfi, Puig Brutau, Spota, Leon Barandiarán, etc.), quienes inspirándose en DOMAT y en los pandectistas alemanes, consideran que el contrato cubre todo el Derecho de obligaciones y su finalidad no se limita a la creación de obligaciones sino también a su modificación y extinción. Ello ocasiona que puedan existir contratos **constitutivos**, que son los que dan lugar a la creación de una relación obligatoria; contratos **modificatorios**, mediante los cuales se cambian determinadas estipulaciones de otros contratos, que siguen subsistiendo; y contratos **extintivos**, que son aquellos que ponen fin a obligaciones.

Esta concepción, al conceder al contrato la potestad de modificar y extinguir obligaciones, ha privado a la convención de estas funciones.

Sin embargo, opino que el nuevo concepto de contrato no ha tenido como consecuencia borrar la distinción entre convención y contrato, ya que creo que al pensar así se ha olvidado que el campo de acción de la convención comprende la creación, modificación o extinción de las relaciones jurídicas que no sean obligacionales, cualquiera que sea la clase de estas relaciones. Es así como todos los acuerdos de voluntad destinados en el campo del Derecho Civil a crear, modificar o extinguir relaciones de Derecho referentes al estado civil de las personas o a vínculos familiares, o que no tienen como efecto la creación, modificación o extinción de obligaciones, como son los acuerdos sobre constitución de derechos reales, son convenciones y no contratos.

En virtud de lo que se acaba de decir y tomando en consideración la definición de acto jurídico dada por el artículo 140 del Código Civil, tenemos lo siguiente:

- 1) El acto jurídico, por la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas, es el género de la convención, que es el acuerdo de voluntades destinado a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas.

La diferencia radica en que el convenio es siempre un acto plurilateral y el acto jurídico no.

- 2) La convención es el género del contrato, que es el acuerdo de voluntades para crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas obligacionales.

La disimilitud se encuentra en que el contrato es siempre fuente de obligaciones y la convención no.

Consecuentemente, el contrato es una especie de convención y la convención una especie de acto jurídico.

III. OBLIGATORIEDAD DE LAS CONVENCIONES

El artículo 1361 del Código Civil establece que **los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos**. ¿es ésta norma aplicable a las convenciones?

Para absolver esta pregunta conviene, en primer lugar, conocer cuál es el fundamento de la obligatoriedad de los contratos.

Según Ruggiero⁴, la determinación del fundamento en que se basa la fuerza obligatoria del contrato es un problema de carácter filosófico que ha sido diversamente resuelto por los autores. La solución no hay que buscarla en la norma positiva que ordena el respeto de la fe dada y constriñe a la observancia del contrato, sino que precisa remontarse a la razón suprema, en cuya virtud todo ordenamiento jurídico, incluso el más primitivo o imperfecto acoge una norma como esta.

El punto central de la discusión es el fundamento de la autonomía privada, que es el poder reconocido a las personas para regular, dentro del ordenamiento jurídico, sus propios intereses.

Dos posiciones tratan de encontrar el fundamento de la autonomía privada. Quizá la mejor expresión de estas dos posiciones con las conferencias dictadas por André Rouast y Emmanuel Gounot en las "Semanas sociales de Francia", dictadas en 1938.

Para Rouast, el principio de respeto del contrato libremente consentido es de Derecho Natural, porque se basa en una regla moral indiscutida, no pudiendo existir Derecho que pueda prevalecer sobre una regla moral.

Gounot, en cambio, considera que la doctrina de la autonomía de la voluntad y de la libertad absoluta de las convenciones parece condenada definitivamente, por cuanto un error fundamental la vicia: la voluntad no es por sí misma cuenta de derecho, sino el instrumento de su determinación y actuación. La voluntad está al servicio del Derecho, no el Derecho al servicio de la voluntad.

Respondiendo a estos dos se han elaborado sendas teorías. La primera de ellas, llamada teoría individualista, sostiene que los derechos subjetivos no derivan de un derecho objetivo primordial, sino de la esencia misma del hombre, por lo cual es totalmente autónomo para regular sus intereses, que es lo que justifica la autonomía privada. De acuerdo con la segunda teoría, conocida como teoría normativista, la autonomía privada le es concedida a la persona por expresa delegación del ordenamiento jurídico, el cual, para no entorpecer el tráfico económico-jurídico, confía los particulares la autorregulación de sus intereses, dentro de los cauces que les señala dicho ordenamiento.

La tesis normativista parte del principio de que los particulares al celebrar un contrato no constituyen un ordenamiento autónomo o distinto que el del Estado, sino que obra en el ámbito del ordenamiento del Estado. En otras palabras, la obligación que nace del contrato adquiere la naturaleza de vínculo jurídico sólo si se inserta en el ordenamiento del Estado. Norma pública y norma privada forman, por tanto, un ordenamiento único.

⁴ RUGGIERO, Roberto *ob. cit.*, Tomo II, Volante I, pag. 257

Es por esto que Mosses afirma que *“la autonomía o soberanía de la voluntad nace de una delegación del orden jurídico. En otras palabras, la autonomía privada es el poder atribuido por la ley a los particulares de crear derecho subjetivo”*.

Considero que la tesis normativista responde mejor a la naturaleza de la autonomía privada. No encuentro razón de peso alguna que justifique que la libertad individual tenga en sí la potencialidad suficiente para crear relaciones obligatorias, porque precisamente esa misma libertad permitiría al hombre deshacer lo que creó.

El Código Civil peruano de 1984 ha tomado opción respecto de las dos teorías antes expuestas, inclinándose por la teoría normativista, según la cual el poder reconocido a la persona no es originario o soberano de las personas, sino que encuentra su fuente de validez en la ley.

Esto queda de manifiesto por el artículo 1361 del Código Civil, que establece que los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. La obligatoriedad de los contratos existe porque así lo manda la ley. Si no existiera este mandato los contratos no serían obligatorios.

¿Quiere decir que las convenciones no son obligatorias porque no hay ley que lo declare así?

Se ha visto que la convención es el género y el contrato es la especie, pero ello no justifica que la obligatoriedad del contrato determine la obligatoriedad de la convención.

En principio, para dilucidar el problema parecería que fuera necesario interpretar el artículo 1361 del Código Civil a fin de conocer la explicación del sentido mismo.

Sin embargo, Coviello⁵ nos advierte que así se está dando a la palabra “interpretación” un sentido restringido, y no un sentido amplio, esto es, en el sentido de determinación no sólo del significado de la ley, sino también de investigación del principio jurídico por aplicar a un caso no contemplado por la ley. Las dos cosas difieren por sí mismos y no es conveniente denotarlas con un solo y único vocablo. Una cosa es indagar el significado de una disposición de ley que indudablemente concierne a un caso determinado y deducir las consecuencias que de allí lógicamente derivan, y otra cosa es investigar el principio jurídico que se debe encontrar en el sistema legislativo para hacer su aplicación a un caso no expresamente considerado. La segunda investigación sobrepasa los modestos confines de la interpretación, y pertenece a un campo de actividad más arduo y trabajoso.

En el caso de la obligatoriedad de la convención debe aplicarse la segunda clase de investigación, pues se trata de determinar el principio jurídico que informa a la obligatoriedad del contrato para determinar si es posible aplicarlo a la convención.

Se sabe que el contrato es un acuerdo de voluntades para crear una relación jurídica patrimonial. Se ha visto que el legislador peruano ha decidido que el contrato sea obligatorio entre las partes que lo han celebrado a fin, sin duda, de que las tales partes cumplan las prestaciones derivadas de esa relación jurídica.

El codificador peruano no actuó por capricho al establecer en el artículo 1361

⁵ COVIELLO, Nicolás. *Doctrina General del Derecho Civil*. Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, México, 1908, pág. 70.

que los contratos son obligatorios en cuanto se hayan expresado en ellos. En la Exposición de Motivos de este artículo, elaborada por la Comisión Reformadora se dice que existe un interés fundamental para que se cumpla la palabra prometida, que es lo que confiere seguridad sobre la base del comportamiento leal y honesto de las partes. De faltar esta fuerza vinculativa, los contratos sólo serían expresiones de buena voluntad o, como se ha dicho, "simples pedazos de papel" y su incumplimiento provocaría graves trastornos sociales.

Puig Peña⁴ enfoca con singular claridad el tema diciendo que uno de los problemas que más preocupan a los juristas al estudiar la doctrina general de los contratos es el referente a la precisión del fundamento de su fuerza obligatoria. No cabe duda que los contratos son obligatorios porque la ley así lo establece, llegando a decir que son verdaderas normas de inexcusable inobservancia. Pero esto no es únicamente acelarar el problema, pues lo que interesa en realidad es saber el porqué o motivo que impulsó al legislador a asignar a los mismos ese poderío vinculativo.

No es este artículo, dada su necesaria brevedad, el lugar adecuado para desarrollar las teorías que tratan de explicar la razón filosófica por la cual se da fuerza obligatoria de los contratos.

Conviene sólo decir, en opinión de Puig Peña, que considero acertada, la fuerza obligatoria del contrato tiene, en realidad, una raíz subjetiva y otra objetiva. Sobre la primera vuelcan sus razones las doctrinas de tipo subjetivista; y el hecho de que, sobre todo, al ser el contrato una proyección de la libertad y propiedad individuales, si se reconocen éstas absolutamente, deben ser estimadas asimismo en sus efectos, tanto positivos como negativos. La segunda se asienta en razones de conveniencia social, pues que la sociedad le interesa procurar el respeto y cumplimiento de lo acordado por sus miembros. La fidelidad a la promesa obedece en general a móviles de tipo individual y, si se quiere, social; pero la filosofía necesita pasar del móvil (elemento subjetivo) al fundamento objetivo.

Tanto interesa a la sociedad que las relaciones jurídicas obligacionales creadas por los contratos sean fielmente cumplidas, para así asegurar la convivencia humana mediante la seguridad de las transacciones, como que sean igualmente cumplidas las relaciones jurídicas no obligacionales que, al igual que las obligacionales, crean vínculos que sea necesario respetar.

Tan importante es reconocer la obligatoriedad de un convenio de constitución de hipoteca, que crea una garantía real, como la de un contrato de fianza que constituye una garantía personal. En ambos casos, el fundamento de la obligatoriedad es igual.

En estas condiciones, el mismo principio jurídico que justifica la obligatoriedad del contrato es el que justifica la obligatoriedad de la convención, por lo cual puede afirmarse que, aunque no lo diga el Código Civil, las convenciones son obligatorias en cuanto se haya expresado en ellas.

En realidad, el problema se creó porque el codificador de 1984 optó por limitar el campo de acción del contrato a la creación de obligación y no tuvo en mente la existencia de la convención como género del contrato, por lo cual no se preocupó de pronunciarse sobre la obligatoriedad de aquella.

⁴ PUIG PEÑA, Federico. *Tratado de Derecho Civil español*. Editorial Revista de Derecho Privado. 1972. Tomo IV, pág. 14.

Justificada la obligatoriedad de la convención, el sistema jurídico peruano cobra gran sencillez: todos los acuerdos de voluntad destinados a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas son obligatorios. Sólo es necesario distinguir los acuerdos relativos a relaciones obligacionales, que son contratos, y acuerdos relativos a relaciones no obligacionales, que son convenciones.

Depende del efecto jurídico que las partes desean alcanzar el que utilicen para ello una convención o un contrato, pero es necesario utilizar en cada caso la denominación adecuada.

Surge, sin embargo, un nuevo problema: ¿son aplicables a las convenciones las disposiciones generales del los contratos contenidas en la Sección Primera del Libro VII del Código Civil? Este problema, dada su complejidad, será tratado en un nuevo artículo.

ESTUDIO LUIS ECHECOPAR GARCÍA
ABOGADOS