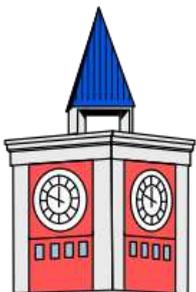


COMISIÓN N° 10 DERECHO ROMANO

PONENCIAS



XXIX Jornadas Nacionales de
Derecho Civil
Buenos Aires, Argentina | 2024



UNIVERSIDAD
AUSTRAL

ÍNDICE

Los contratos que regulaban la prestación de servicios de los <i>auctorati</i> Por Gustavo Albano Abreu	1
Fundamento romanístico de la distinción entre la permuta y la compraventa Por Mirta Beatriz Álvarez	7
Contrato, principios y mutuo en el derecho romano. Su influencia en el CCCN Por Fabio Isaac Arriagada	23
El “favor debitoris” en Roma y su proyección al derecho argentino: el artículo 1095 C.C. y C Por José Carlos Costa	36
La caracterización del <i>contractus</i> en el derecho clásico Por Augusto Alfredo Di Pietro y Alfredo Gustavo Di Pietro	49
Antecedentes del consensualismo en la obra <i>De agri cultura</i> , de Marco Porcio Catón, y sus proyecciones en el derecho privado argentino Por Anabella Facciuto Kaed	62
Dolo como vicio de la voluntad en materia contractual: la situación actual y su posible revisión a la luz del derecho romano Por Gonzalo Fuertes	74
Relación de dependencia vs Locación de Servicios, un aporte romanista Por Julio Javier Lo Coco	82
El contrato: de Roma al siglo XXI Por Juan Manuel Medina	91
<i>Obligatio</i> en visión procesal en el derecho romano Por Patricia Silvina Mora	100
Evolución contractual del sistema jurídico romano, estudio particular del contrato de juego y apuesta Por Leticia Inés Núñez y Marilina Andrea Miceli	115
El contrato: <i>synallagma</i> y <i>conventio</i> Por María del Rosario Stoppani	130

LOS CONTRATOS QUE REGULABAN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE LOS *AUCTORATI*

Por Gustavo Albano Abreu¹

I. CONCLUSIONES

1. El juramento gladiatorio o *auctoramentum depugnandi causa* tenía una naturaleza jurídica compleja que combinaba elementos de un contrato condicional con una forma de compromiso legal y social o juramento solemne, de fuerte componente punitivo y subordinado, que vinculaba legalmente al *auctoratus* a un régimen de obediencia y riesgo extremo. Jurídicamente, obligaba al gladiador a cumplir con los peligros del combate, con consecuencias serias para su vida y su integridad física, a cambio de dinero.

2. El contrato mediante el cual el Lanista le aportaba los gladiadores al Editor u organizador de los juegos gladiatorios tenía por objeto la prestación profesional del *auctoratus* en el combate y esta prestación no devenía en absoluto imposible aun cuando el deportista moría o era herido dado que la prestación deportiva ya había sido cumplida y de este modo, la lesión o muerte era una condición contemplada por ambas partes contratantes, que transformaba el contrato de arrendamiento de gladiadores en uno de compraventa debido a que, según la regla romana “*perfecta emptio periculum ad emptorem respicit*”, el editor-comprador tenía que soportar el riesgo del daño o pérdida de la cosa.

II. FUNDAMENTOS

1. CONDICIÓN JURÍDICA DEL AUCTORAMENTUM

¹ Doctor en Derecho (Universidad Rey Juan Carlos, España), Magíster en Derecho Empresario y en Derecho Administrativo (Universidad Austral). Profesor Titular de Derecho del Deporte y Derecho Romano (Universidad Austral). Director del Departamento de Arbitraje y de la Maestría en Derecho o LLM (Universidad Austral). Profesor invitado en diversos posgrados de universidades argentinas y extranjeras.

Los *auctorati* eran los ciudadanos romanos que por decisión propia decidían convertirse en gladiadores, para ello el magistrado correspondiente debía hacer una revisión a todo aquel que quisiera alistarse para determinar si era apto o no.

Entre las cosas que se miraban se encontraba la edad y la capacidad física². Una vez aceptados, se convertían en *auctorati*, pudiendo ser *quaestus causa*, ‘por dinero’, o *virtus causa*, ‘para demostrar sus habilidades’.

Para controlar esto, el *auctoramentum* debía siempre ser ratificado por un magistrado que podía negarse a la realización de dicho contrato si la persona no tenía la capacidad jurídica suficiente o si en el censo estaba catalogada como perteneciente a la clase senatorial³.

Los ciudadanos romanos interesados en ingresar a la *gladiatura* debían prestar al empresario organizador, que podía ser el *lanista* o el Editor, un solemne juramento sacramental y jurídico, el *auctoramentum* –de *auctoramentum rogatum ad gladium* –, en virtud del cual juraban sufrir las penalidades que el *lanista* ordenaba.

En el caso del contrato que firmaban con el *lanista*, el plazo normalmente era de cinco años y podía renovarse por períodos del mismo tiempo si ambas partes estaban de acuerdo, a cambio de una paga fija y comisiones por objetivos (victorias)⁴.

El origen de los términos *auctoramentum* y *auctoratus*, se encuentra en el significado de *auctorare* como *augere* en el sentido de aprobar, autorizar o incrementar el valor de un acto con la propia autoridad, de donde se desprende el significado subsiguiente de asumir una responsabilidad o un riesgo que en nuestro caso se cifra en someterse o ponerse al servicio del

² Roma debía asegurarse de que todo hombre libre que iniciaba una carrera como gladiador lo hacía voluntariamente y de que su estado de forma física le ofrecía ciertas probabilidades de supervivencia. Cfr. MATYSZAK, P., *Gladiador. El manual del guerrero romano.*, Akal, Madrid, 2012, p. 19

³ CASTILLO SANZ, F. J., «El *auctoratus*: controversia entre libertad e infamia», *Antesteria* 1, 2012, p. p.159.

⁴ El juramento implicaba un acuerdo condicional en el que el gladiador aceptaba las reglas del combate, incluyendo la aceptación de castigos físicos, posibles mutilaciones, y la muerte si ocurría. Este compromiso se asemeja a un contrato condicional, donde las obligaciones de las partes dependían del resultado de los combates.

lanista, acto que es llamado técnicamente *auctoramentum depugnandi causa*⁵.

El juramento que consistía en “*iuro per ... me uri vinciri verberari virgis ferroque necari et quidquid aliud iusseris vel invitum me pati passurum*”, para algunos autores solo era obligatorio solo en el caso de los *auctorati* pero los esclavos y los condenados por crímenes no debían prestar este juramento, dado que el *auctoramentum* era un acto voluntario del *auctoratus* que se daba al lanista, y por tanto, esto sólo lo podría hacer un hombre libre⁶; sin embargo, otros autores afirman que el *auctoramentum* lo habrían prestado también los esclavos dada la naturaleza religiosa del acto⁷.

El denominado *auctoramentum*⁸, entonces, era el acuerdo que reflejaba el compromiso por juramento de un hombre libre con el objetivo de convertirse en gladiador⁹. Según algunos autores, una vez celebrado el acto, éste quedaba vinculado al *lanista*, que era el entrenador y muchas veces dueño del *ludus* desde el *auctoramentum*, un particular tipo de juramento,

⁵ Cfr. SANFILIPPO, C., “Gli auctorati”, en Studi in onore di A. Biscardi I (Milano 1982) 181- 192, p. 181, citado por LÁZARO GUILLAMON, C. en “Las transacciones comerciales a través de Leasing en las fuentes romanas”, *Revue internationale des droits de l'antiquité*, ISSN 0556-7939, N° 48, 2001, p.188.

⁶ Cfr. SANFILIPPO, C., “Gli auctorati”, en Studi in onore di A. Biscardi I (Milano 1982) 181- 192, p. 181, citado por LÁZARO GUILLAMON, C. en “Las transacciones comerciales a través de Leasing en las fuentes romanas”, *Revue internationale des droits de l'antiquité*, ISSN 0556-7939, N° 48, 2001, p. 183.

⁷ GUARINO, A., Spartaco [Società e diritto di Roma 5] (Napoli 1979) p. 148 y MATYSZAK, P., *Gladiador. El manual del guerrero romano.*, Akal, Madrid, 2012, p 21.

⁸ Esta institución apenas se trata con claridad en las fuentes antiguas y Mommsen se limitó a decir que la palabra *auctoramentum* tenía origen en un antiguo juramento, con el que un comandante vinculaba tropas mercenarias a su hueste. La necesidad de dicho juramento se explica porque ¿quién se iba a fiar de los mercenarios si el enemigo pagaba más por su lealtad?, un juramento poseía un carácter sagrado y su incumplimiento acarrearía el castigo divino, lo que comprometía la lealtad de los mercenarios de un modo más fiable. MAÑAS BASTIDA, A. *Gladiadores, el gran espectáculo de Roma*, Ariel Historia, Barcelona, 2013, p.151.

⁹ Aunque es posible que algunos *auctoramenta* fueran registrados de alguna forma, especialmente en las escuelas de gladiadores más grandes o en casos donde involucraban a personas de mayor estatus, la norma sería que se trataban como compromisos orales.

de carácter religioso, de naturaleza extrajurídica, por tanto accesible incluso a los esclavos comunes¹⁰.

La validez del *auctoramentum* dependía en gran medida de la presencia de testigos que escuchaban el compromiso del gladiador, lo cual era suficiente para que el juramento tuviera fuerza vinculante y legal. La mayoría de los juramentos y compromisos en Roma, especialmente en los contextos más formales y solemnes, eran realizados verbalmente en presencia de testigos. La formalidad venía más de la solemnidad del procedimiento y la presencia de estos testigos que de un documento escrito.

2. EL CONTRATO DE CESIÓN DE SERVICIOS DE LOS AUCTORATI ENTRE EL *LANISTA* Y EL EDITOR SEGÚN GAYO.

El contrato entre el *lanista* y el organizador del juego, ya fuera un editor privado o un funcionario público, preliminarmente puede calificarse como una *locatio conductio operarum* o arrendamiento de servicios y, en algunos casos, como una *emptio venditio* o compra venta.

Como se puede ver en un famoso pasaje del jurista Gayo en el que interpreta el caso como si él mismo fuera el *lanista* y le hubiera proporcionado al organizador de los juegos un grupo de gladiadores, se crea una relación de venta o alquiler de servicios supeditados a una situación totalmente fáctica y aleatoria:

En español:

“Cuando te entrego unos gladiadores para que me des veinte denarios por el trabajo de cada uno de los que salgan sanos, y mil denarios por cada uno de los que mueran o salgan lisiados, se discute si hay compraventa o arrendamiento. Y es opinión dominante que, respecto a los que salen sanos, hay arrendamiento, y respecto de los muertos o lisiados, contrato de compraventa. Y así depende de lo que les ocurra, como si se hubiese hecho venta o arrendamiento de cada uno de ellos bajo

¹⁰ REDUZZI MEROLA, F, I luoghi della dipendenza dei gladiatori: dal ludus all' arena Actes du Groupe de Recherches sur l'Esclavage depuis l'Antiquité Année 2015 35 p. 396.

condición. Pues es indudable que se puede vender o arrendar cosas bajo condición”¹¹.

En el caso de que los gladiadores fueran devueltos muertos o heridos en condiciones de no volver a ser utilizables, el empresario debía pagar mil denarios porque se había realizado una venta o *emptio venditio* mientras que, para los que salieron ilesos el precio acordado era de veinte denarios, ocurriendo en este caso un arrendamiento de servicios o *locatio conductio operarum*¹².

Según parte de la doctrina, en el pasaje analizado por Gayo, inicialmente surge una hipótesis de arrendamiento de la cual es el resultado de los enfrentamientos lo que determina la transición a la venta. Este paso no se produce por libre elección del editor o el empresario que contrata con el *lanista*, ya que el primero queda obligado exclusivamente si el hecho de la lesión o de la muerte de los gladiadores, pactado en la condición y que sólo depende del azar, ocurre.

Gayo habría intentado calificar con posterioridad de los hechos, en términos de contrato consensual típico, una hipótesis simple de *do ut des* en la que la contraprestación correspondiente por el desempeño de los gladiadores, necesariamente habría cambiado la calificación del negocio¹³.

El jurista, por tanto, presentaría un caso contractual, el de la *traditio gladiatorum*, en el que identifica los rasgos característicos de la *venditio* y la *locatio*, teorizando el paso del alquiler a la venta en función del acontecimiento de la competición. Por tanto, el contrato en cuestión sería una *locatio conductio operarum* de gladiadores contra una recompensa de

¹¹ “Gaius, inst. 3, 146: Si gladiatores ea lege tibi tradiderim, ut in singulos, qui integri exierint, pro sudore denarii XX mihi darentur, in eos vero singulos, qui occisi aut debilitati fuerint, denarii mille, quaeritur, utrum emptio et venditio an locatio et conductio contrahatur. Et magis placuit eorum, qui integri exierint, locationem et conductionem contractam videri, at eorum, qui occisi aut debilitati sunt, emptionem et venditionem esse; idque ex accidentibus apparet, tamquam sub condicione facta cuiusque venditione aut locatione”.

¹² REDUZZI MEROLA, F., “I luoghi della dipendenza dei gladiatores: dal ludus all’ arena”, en *Los espacios de la esclavitud y la dependencia desde la antigüedad*. Madrid, 28-30 noviembre 2012, p. 397.

¹³ CARRO, V., *I Gladiatori e il loro regime giuridico: traditio gladiatorum* en *Atti dell’Accademia Romanistica Costantiniana XXIII* ISBN 978-88-495-3925-7, (giugno 2019) pp. 516.

veinte por cada uno, si permanecían intactos, o una *emptio venditio* de gladiadores al precio de mil cada uno, si éstos no permanecieron intactos.

Siguiendo ese razonamiento eran totalmente separables las relaciones contractuales de arrendamiento y compraventa, y el *lanista* tenía a su disposición las acciones proporcionadas por el *ius civile*, como la *actio locati* para los gladiadores vivos y la *actio venditi* para los muertos o lisiados, sin recurrir a ninguna nueva acción fundamentada en la buena fe o en circunstancias ajenas a los contratos mencionados, utilizando categorías contractuales conocidas y determinadas; en definitiva, para Gayo, este negocio era un tipo contractual mixto producto de una combinación alternativa entre compraventa y arrendamiento.

Analizadas las distintas posturas doctrinales respecto de la naturaleza jurídica del contrato, se observa que, en realidad, el editor no quería comprar los combatientes muertos o heridos porque ello lo obligaba a hacerse cargo de los gastos de entierro de los muertos y de la asistencia médica de los heridos, ambas obligaciones naturalmente a cargo del *lanista*.

El editor compraba la prestación de los servicios de los gladiadores y con el precio indemnizaba por la muerte o por las heridas. De ahí que haya que admitir el ingenio de los juristas romanos que, extraordinariamente pocos en el desarrollo de nuevas instituciones, prefirieron utilizar la elasticidad de las acciones de compraventa para resolver de manera adecuada nuevas situaciones casuísticas¹⁴.

La prestación debida consistía más bien en la participación del gladiador en el combate y esta prestación no devenía en absoluto imposible aun cuando el deportista moría o era herido dado que la prestación debida ya había sido cumplida y de este modo, la lesión o muerte era una condición contemplada por ambas partes contratantes, que transformaba el contrato de arrendamiento de gladiadores en uno de compraventa debido a que, según la regla romana "*perfecta emptio periculum ad emptorem respicit*", el editor-comprador tenía que soportar el riesgo del daño o pérdida de la cosa.

¹⁴ Cfr. WACKE, A. *Accidentes en el deporte y juego según el derecho romano y el vigente derecho alemán*. Anuario de historia del derecho español, ISSN 0304-4319, N° 59, 1989, p. 554.

FUNDAMENTO ROMANÍSTICO DE LA DISTINCIÓN ENTRE LA PERMUTA Y LA COMPRAVENTA

Por Mirta Beatriz Álvarez¹

I. CONCLUSIONES

1. Del análisis efectuado sobre la base del fragmento de Paulo en Digesto 18, 1, 1, pr., podemos concluir en que la diferencia entre la compraventa y la permuta en el Código Civil velezano tenía raíz netamente romanista.

2. Del contenido de los artículos del Código Civil y Comercial de la Nación transcritos, se desprende la raíz romanista de la distinción entre ambos contratos. Tanto la compraventa como la permuta se consideran contratos consensuales, ya que se ha eliminado la clasificación de contratos reales

II. FUNDAMENTOS

1. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se analizará el origen de la distinción entre la permuta y la compraventa en Roma, las opiniones sustentadas por las dos famosas escuelas jurídicas del siglo I d.C.: la de los sabinianos y la de los proculeyanos, la solución sostenida en la compilación justiniana, y cómo ésta fue receptada por Vélez Sársfield en el Código Civil Argentino. Asimismo se hará referencia a lo que establece el Código Civil y Comercial de la Nación vigente desde 2015.

2. FUENTE ANALIZADA

¹ Profesora Titular Regular Ordinaria de Derecho Romano de las Facultades de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y de la Universidad de Flores. Investigadora categorizada en el Sistema Nacional de Incentivos. Directora del Centro de Investigaciones Romanísticas de la Universidad de Flores. Vicepresidente de AIDROM. Presidente emérita de ADRA.

La fuente analizada es un fragmento de Paulo que se encuentra en Digesto, 18, 1, 1, pr.².

La traducción propia del fragmento es la siguiente: “El origen de la compra y de la venta comenzó a partir del trueque. Así, en efecto, en otro tiempo, no había moneda y no se distinguía la mercancía del precio, sino que cada uno, de acuerdo con la necesidad de los tiempos y de las cosas, cambiaba las útiles por las inútiles, pues a menudo sucede que lo que a uno le sobra a otro le falta. Pero porque no siempre ni fácilmente coincidía que, al tener tú aquello que yo deseaba, a su vez yo tuviera lo que tú querías recibir, se eligió una materia para que su pública y perpetua estimación, superara las dificultades de los trueques, con la igualdad de cantidad. Y aquella materia acuñada de forma pública, ofrece un uso y dominio, no tanto de la sustancia como de la cantidad y no se llama más mercancía a una y a otra, sino precio, a una de los dos (a esta última)”.

3. UBICACIÓN DEL FRAGMENTO

En la obra justiniana, el pasaje fue inserto en el Libro décimo octavo, Título 1, titulado “*De contrahenda emtione, et de pactis inter emtorem et venditorem compositis, et quae res venire non possunt*” (De la contratación de la compra, de los pactos contratados entre el comprador y el vendedor, y de las cosas que no pueden ser vendidas³), en el fragmento uno, *principium*.

4. AUTOR DEL FRAGMENTO

²T. MOMMSEMI- P KRUEGER, *Corpus Iuris Civilis* Paulus libro trigensimo tertio ad edictum: “Origo emendi vendendique a permutationibus coepit. Olim enim non ita erat nummus neque aliud merx, aliud pretium vocabatur, sed unusquisque secundum necessitatem temporum ac rerum utilibus inutilia permutabat, quando plerumque evenit, ut quod alteri superest alteri desit. Sed quia non semper nec facile concurrebat, ut, cum tu haberes quod ego desiderarem, invicem haberem quod tu accipere velles, electa materia est, cuius publica ac perpetua aestimatio difficultatibus permutationum aequalitate quantitatis subveniret. Eaque materia forma publica percussa usum dominiumque non tam ex substantia praebet quam ex quantitate, nec ultra merx utrumque, sed alterum pretium vocatur.”

³GARCIA DEL CORRAL, I., *Cuerpo de Derecho Civil Romano*, I (Digesto), Barcelona, 1889, reimpresso en Lex Nova, Valladolid, 1988, Tomo 1, p. 888.

*PAULO*⁴ (*IULIUS PAULUS*) fue asesor de Papiniano como Prefecto del pretorio, luego *magister memoriae* y miembro del *consilium*.

Papiniano, Paulo y Ulpiano fueron miembros de la burocracia central bajo los Severos⁵⁶.

Iulius Paulus fue alumno de Scevola. Nada se sabe acerca de su origen, pero la bondad del estilo invita a considerarlo romano, o por lo menos, itálico⁷.

Fue un jurista de mucho ingenio y de mucha doctrina, aunque no excesivamente original. Escribió muchísimo y utiliza todas las formas de expresión de la jurisprudencia clásica⁸.

5. LA OBRA CITADA EN EL FRAGMENTO EN ANÁLISIS

Libri ad Edictum.- Esta obra consta de ochenta libros⁹; los últimos dos son sobre el Edicto *ad aedilium curulium*.

6. PALINGENESIA

⁴ SCHULZ, F. *History of Roman Legal Science*, Oxford University Press, Londres, 1953, p. 107.

⁵ SCHULZ, F., *History of Roman Legal Science*, Oxford University Press, Londres, 1953, p. 264

⁶ DE FRANCISCI, P. *Sintesi storica del diritto romano*, Bulzoni, Roma, 1968, p. 365: "Iulius Paulus, di patria ignota, forse scolaro di Cervidio Scevola, assessore di Papiniano, *magister memoriae*, membro del *consilium* di Settimio Severo, esiliato da Elagabalo, ma poi richiamato da Alessandro Severo e investito della carica di *praefectus praetorio*".

⁷ GUARINO, A., *L'Esegesi delle Fonti del Diritto Romano*, Jovene, Napoli, 1982, p. 9

⁸ BRETONE, M., *Storia del diritto romano*, Laterza, Bari, 1995, p. 289: "Ma Paolo esercitava la sua indipendenza di giudizio su uno scritto dal quale lo distanziavano oltre due secoli; il suo era solo, in definitiva, un esercizio pedagogico".

⁹ DE FRANCISCI, P., *Sintesi storica del diritto romano*, Bulzoni, Roma, 1968, p. 365: "Ma le opere principali sono il commento *ad Edictum* e quello *ad Sabinum*. Il primo in settantotto libri è una larga esposizione generale di tutto il diritto onorario, con l'aggiunta di svolgimenti intorno a materie di *ius civile*, come la dote, la tutela, la manomissione, l'usucapione, il possesso: mentre le parti riguardanti il testamento e il legato sono appena accennate, perchè sviluppate nei libri *ad Sabinum*."

En la palingenesia de Lenel, podemos encontrar la obra *Ad Edictum de Paulus*, reconstruída en su totalidad. La misma se encuentra dividida en setenta y ocho libros *ad edictum praetoris* y en dos libros *ad edictum aedilium curulium*. En el libro XXXIII, titulado *Empti venditi*, en el primer fragmento bajo el número 502, encontramos nuestro pasaje¹⁰.

El libro XXXIII de la obra reconstruída en la Palingenesia, no se encuentra dividido en títulos. El fragmento en análisis encabeza el libro, como también encabeza el primer título del libro décimo octavo del Digesto.

Los compiladores justinianos no han seguido el mismo orden que tienen los fragmentos en la obra del jurista.

El Libro XXXIII de la obra original de Paulo, contiene fragmentos que Justiniano incorporó en libros diversos al de referencia¹¹. Como consecuencia del accionar de Justiniano, resulta sumamente alterado el orden original de la obra pauliana.

III. EL PROBLEMA AFRONTADO Y LA SOLUCIÓN SOSTENIDA

Conforme lo señala Arangio-Ruiz, el problema que plantea Paulo en este fragmento –el origen de la compraventa- no es jurídico, sino de índole sociológico y económico¹².

¹⁰ LENEL, O. *Palingenesia Iuris Civilis*, Il Cigno Galileo Galilei, Roma, 2000, Volumen Prius, p. 1034.

¹¹ Así: Paulo, Comentarios al Edicto, Libro XXXIII, 502 último párrafo, en D.19,4,1, Paulo, Comentarios al Edicto, Libro XXXIII, 507, en D.18,2,8; Paulo, Comentarios al Edicto, Libro XXXIII, 508, en D.18, 4, 5 y 14 pr. ; Paulo, Comentarios al Edicto, Libro XIII, 509, en D.18,4,14,1 y parte en D.18,4,9; Paulo, Comentarios al Edicto, Libro XXXIII, 510, en D.18,4,16; Paulo, Comentarios al Edicto, Libro XXXIII, 511, en D.35,2,71; Paulo, Comentarios al Edicto, Libro XXXIII, 512, en D.18,5,3; Paulo, Comentarios al Edicto, Libro XXXIII, 513, en D.18,6,8; Paulo, Comentarios al Edicto, Libro XXXIII, 514, en D.19,1,21; Paulo, Comentarios al Edicto, Libro XXXIII, 515, en D.21,2,5 y Paulo, Comentarios al Edicto, Título XXXIII, 516, en D.,50,16,188.

¹² ARANGIO RUIZ, V., *La compravendita in diritto romano*, Jovene, Napoli, 1956, p. 4: “Con ciò quel giurista non ha voluto risalire a tradizioni più o meno vive nella memoria dei romani, ma ha piuttosto parlato da sociologo e da economista”.

Nada mejor que dejarnos llevar por la sorprendente narración histórico-sociológica, que contiene este fragmento con el que el Digesto inicia el régimen jurídico de la compraventa¹³.

En los primeros tiempos de cualquier comunidad política, en los que comienza un incipiente y escaso tráfico comercial, fácilmente puede entenderse la falta de una mercancía que pudiera desempeñar el papel que más tarde asumiría el dinero. En este sentido, el primitivo tráfico de bienes, se realizaba a través del simple trueque o intercambio simultáneo de cosas. Cada una de las partes intervinientes trataba de conseguir las cosas que no producía, entregando a cambio el exceso de las que producía¹⁴.

Con la aparición de la moneda acuñada, se diferencia la permuta de la compraventa¹⁵, y la *merx*¹⁶ del *pretium*¹⁷.

1. LA PERMUTA COMO GÉNERO Y LA COMPRAVENTA COMO ESPECIE

¹³ FERNANDEZ DE BUJAN, F., *Sistema contractual romano*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 151-152: "...este tipo de enunciados no es nada frecuente en los pasajes que los compiladores justinianos seleccionaron de entre la ingente obra de la jurisprudencia romana clásica para incluir en el Digesto".

¹⁴ FERNANDEZ DE BUJAN, F., *Sistema contractual romano*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 143.

¹⁵ FERNANDEZ DE BUJAN, F., *Sistema contractual romano*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 154: "Esta diferenciación de posiciones entre quien entrega y cobra y quien recibe y paga, hace que nos encontremos ante un negocio diverso de la permuta. La compraventa fue así conformándose, paulatinamente, con un contenido y una naturaleza diversa hasta configurarse como el contrato por excelencia, modelo de todos los demás y paradigma de la categoría de contrato consensual".

¹⁶ ARANGIO RUIZ, V., *La compravendita in diritto romano*, Jovene, Napoli, 1956, p. 113, sostiene que hay textos que reservan el nombre de *merx* a la mercancía puesta en venta por un comerciante, otros que hablan de *res quae venit*, o según el contexto y para aclarar la situación, de *res pura* y simplemente.

¹⁷ FERNANDEZ DE BUJAN, F., *Sistema contractual romano*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 154: "Es preciso advertir que no es necesario esperar a la aparición del dinero amonedado para dar por superada la etapa del trueque".

García Garrido¹⁸ sostiene que, en sus orígenes, la forma más antigua de compraventa consistía en el trueque o permuta de unas cosas por otras.

Miquel¹⁹, por su parte, manifiesta que los romanos veían en la permuta el germen de la compraventa. Ahora bien, para que la compraventa suplante a la permuta, es necesario que aparezca el dinero en su función de facilitar el intercambio de mercaderías (cfr. Paul. D.18,1,1,pr.).

El trueque es anterior históricamente a la moneda. De ahí que la *emptio-venditio* sea una derivación histórica de la permuta, una vez que apareció la moneda (*nummus*).

Los juristas señalaron el hecho genérico de la permuta como base de la *emptio-venditio*, pero la elevación de la convención llamada *permutatio* a la categoría de contrato, suscitó criterios dispares entre los jurisconsultos de las escuelas sabiniana y proculeyana.

La idea sabiniana (subsunción *permutationes* en *emptiones*) se enraiza en la concepción histórica vulgar de que por medio de la *permutatio rerum* se realiza una *emptio-venditio*. La *permutatio* como especie de la *emptio-venditio*, en vez de género (G, I.3,141)²⁰.

No obstante, frente a la tesis sabiniana, consistente en que todavía en su época podía admitirse una *emptio-venditio* sin moneda (*sine nummis*), había ya una idea firme en la economía monetaria de entonces, y es que el *pretium* debía consistir en *pecunia numerata*²¹.

¹⁸ GARCIA GARRIDO, M., *Derecho Privado Romano*, Dykinson, Madrid 1993, p. 619, en la nota 2 y citando el fragmento en análisis sostiene: “Paulo, 33 ed. D.18.1.1. pr....considera la permuta la clase más primitiva de compraventa”.

¹⁹ MIQUEL, J., *Curso de Derecho Romano*, PPU, Barcelona, 1987, p. 388.

²⁰ SCHULZ, F. *Derecho Romano Clásico*, Bosch, Barcelona, 1960, p. 500: “El Derecho clásico referente a la permuta, es particularmente claro. Los sabinianos, acertadamente, consideraban a la permuta como una especie de venta, esto es, como un contrato consensual, pero desgraciadamente, este punto de vista no prevaleció. De acuerdo con la doctrina clásica dominante, la permuta, no fue un contrato...” y 505: “Conforme la opinión victoriosa de los proculeyanos, la permuta no fue una venta y ni, por tanto, contrato. El comprador podía prometer algo además de dinero, lo que constituía un supuesto que daba la razón a las dos opiniones en conflicto, y que como todos los de esta especie no hizo otra cosa que producir dificultades”.

²¹ FERNANDEZ DE BUJAN, A., *El precio como elemento comercial en la compraventa romana*, Reus, Madrid, 1999, p. 38-39.

2. LA APARICIÓN DE LA MONEDA²² COMO VALOR DE CAMBIO^{23 24}

La primera observación de orden general, es que entre el trueque en estado puro y la compraventa realizada a través de la moneda acuñada, existen situaciones intermedias que ya nos permiten distinguir las figuras del vendedor y del comprador²⁵.

Al tiempo de la Ley de las XII Tablas, no existía exacta correspondencia con la definición de la moneda que es dada por Paulo en el fragmento analizado²⁶. En efecto, no existía una moneda acuñada en forma pública, ni tenía una *publica ac perpetua aestimatio*, sino que era el *aes rude*²⁷, el metal (cobre) que se pesaba.

²² FERNANDEZ DE BUJAN, F., *Sistema contractual romano*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 154: “Al realizarse esta tarea de acuñación de los metales en un edificio anexo al templo erigido en honor de la diosa Juno Moneta, se comenzó a hablar de *moneda*, derivado de Moneta, para referirse a esos trozos cilíndricos de diverso tamaño, en los que el sello o cuño público garantizaría el peso como la pureza del metal utilizado”.

²³ GARCIA GARRIDO, M., *El Comercio, los Negocios y las Finanzas en el Mundo Romano*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 22-23, sostiene: “En la historia del comercio ocupa un lugar privilegiado la aparición y uso generalizado de la moneda acuñada. En la sociedad primitiva de pastores y labriegos, los alimentos y bienes se permutaban o cambiaban, sirviendo de unidades de valor, las cabezas de ganado”.

²⁴ FERNANDEZ DE BUJAN, F., *Sistema contractual romano*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 144: “Puede decirse que existe un elemento común de cambio cuando los individuos que integran una determinada comunidad político-social, aceptan, de forma generalizada, un bien fungible que se constituye como instrumento de cambio respecto de todos los demás bienes, que son susceptibles de una eventual transmisión y consecuente adquisición. En Roma, el primer medio de cambio fueron las cabezas de ganado-*pecus*”.

²⁵ ARANGIO RUIZ, V., *La compravendita in diritto romano*, Jovene, Napoli, 1956, p. 5.

²⁶ FERNANDEZ DE BUJAN, F., *Sistema contractual romano*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 153: “El jurista (Paulo) se detiene para referir el origen de la compraventa. Su reseña histórica no hace referencia a los distintos tipos de negocios jurídicos que conoció el mundo y el derecho romano en etapas pretéritas...Su análisis histórico se limita a señalar que la permuta, el trueque primitivo, se constituyó como antecedente remoto de la compraventa, en la medida que no existía una clara diferenciación entre cuál fuese mercancía y cuál fuese el precio abonado por ella. Esta natural indeterminación venía motivada por la inexistencia del dinero, y aún antes del dinero, por la falta de un elemento común de los cambios”.

²⁷ FERNANDEZ DE BUJAN, A., *El precio como elemento comercial en la compraventa romana*, Reus, Madrid, 1993, p. 27: “Nuestra opinión es coincidente con la mayor parte de la doctrina en el sentido de que el *aes rude* no tenía un peso regular, por lo que era necesario pesar los lingotes para cada pago hasta conseguir el peso requerido”.

En la época del rey Servio Tulio, o probablemente aún más tarde, se colocó un sello en los lingotes de metal, y éstos recibieron el nombre de *aes signatum*²⁸. Al parecer, el sello sólo garantizaba la composición del lingote, pero no excluía la necesidad de pesar el precio.

La verdadera y propia moneda conocida, que se cuenta (y que los romanos en el lenguaje jurídico continuaron siempre denominando *pecunia*²⁹*numerata*^{30 31}) fue instituída un poco más tarde que la ley decenviral, y las de plata y oro, sólo en el siglo tercero (a.C.) a notable distancia una de otra³².

A la moneda en sentido moderno (*pecunia numerata*) se refiere Paulo en el célebre texto del fragmento del Digesto analizado, en el que el *pretium* es presentado como elemento diferenciador entre el hecho genérico de la

²⁸ FERNANDEZ DE BUJAN, A., *El precio como elemento comercial en la compraventa romana*, Reus, Madrid, 1993, p. 28-29: “Para Plinio, que se funda en Timeo, fue el rey Servio Tulio el primero en poner una marca al cobre, no sirviéndose antes Roma más que del metal sin sello, siendo las imágenes del buey y de la oveja las primeras que se imprimieron sobre el cobre... A nuestro juicio, el *aes signatum* supone una innovación con respecto al *aes rude* consistente en garantizar la pureza del metal averiguando su ley, es decir, la relación entre el metal fino y su aleación.”

En el mismo sentido se manifiesta SERRAO, F., *Diritto Privato Economia e Società nella storia di Roma*, Jovene, Napoli, 1999, p. 144.

²⁹ FERNANDEZ DE BUJAN, A., *El precio como elemento comercial en la compraventa romana*, Reus, Madrid, 1993, p. 24-25: “La utilización de cabezas de ganado como mercancías-moneda se mantuvo largo tiempo en Roma, pues en todos los fragmentos llegados a nosotros de las antiguas leyes de la República, la tasa de las multas está fijada en bueyes o en corderos, y no es más que relativamente tarde cuando se ve aparecer una tasación en sumas amonedadas o incluso en pesos de metal...Para un sector de opinión, y a nuestro juicio el más acertado, el cobre se usó juntamente con las cabezas de ganado en los primeros tiempos de Roma”.

³⁰ FERNANDEZ DE BUJAN, A., *El precio como elemento comercial en la compraventa romana*, Reus, Madrid, 1993, p. 30-31: “...los romanos, tenacísimos observadores de sus usos por lo menos en los primeros tiempos, conservaron la palabra *pecunia* para designarla (a la moneda), por haber sido precisamente el ganado el primer denominador común de los cambios”.

³¹ SERRAO, F., *Diritto Privato Economia e Società nella storia di Roma*, Jovene, Napoli, 1999, p. 142: “Nemmeno vi sarebbe bisogno di ricordare la derivazione di *pecunia* e di *peculium* da *pecu*. Tale derivazione permette di risalire ad una società di pastori in cui il bestiame serviva ad indicare ogni ricchezza diversa dalla terra e costituiva anche il mezzo più importante per gli scambi e i pagamenti”.

³² ARANGIO RUIZ, V., *La compravendita in diritto romano*, Jovene, Napoli, 1956, p. 12.

permuta y la *emptio-venditio*. Asimismo se pone de manifiesto en este texto, el carácter convencional de la moneda, al afirmarse que la materia elegida por la autoridad pública, tenía un valor público y perpetuo.

La moneda representa una utilidad y una riqueza, no tanto por la materia de la cual está constituida³³, sino por la cantidad que se posee³⁴.

3. EL PRECIO EN LA COMPRAVENTA ES SIEMPRE EN DINERO

La palabra *pretium* originariamente, no aludía a dinero, sino que *pretium*, probablemente en su primera raíz etimológica, quería decir, simplemente equilibrio, es decir, contraprestación. Por tanto, *pretium* significaría algo así como equivalencia que tendría el sentido de equilibrio económico, para acabar adquiriendo el sentido de contravalor en dinero, de estimación pecuniaria de una cosa. De ahí que en las fuentes relativas a la compraventa aparezca empleada con frecuencia la palabra *pecunia* en vez de *pretium*³⁵.

A comienzos del Principado surgió, una controversia doctrinal entre sabinianos y proculeyanos: mientras que los primeros sostenían que cualquier cosa podía servir de precio, los segundos afirmaban que no existía venta sin dinero.

Para entender la cuestión planteada al respecto, mencionamos la presentación del problema en Gayo I.3,141: “Además el precio (en la compraventa) debe consistir en dinero amonedado (*numerata pecunia*). Se discute mucho, en efecto, sobre si el precio puede consistir en otra cosa como, por ejemplo, un esclavo o un fundo de la otra parte. Al respecto nuestros maestros (es decir, los pertenecientes a la escuela sabiniana) piensan que el precio puede consistir aun en otra cosa que el dinero. De ahí

³³ ARANGIO RUIZ., V., *La compravendita in diritto romano*, Jovene, Napoli, 1956, p.5 nota 3: “...L’ accenno si fatto che il valore della moneta è determinato una volta per tutte dall’ autorità è nelle parole *publica ac perpetua aestimatio*: le quali però sono intese nel solo senso ottimistico della garanzia che lo stato offre d’ una precisa determinazione (all’ epoca di Paolo erano in atto i procedimenti con quali i Severi cercavano di far passare per buona una moneta deteriore, ma qui egli voleva parlare soltanto dei vantaggi che la moneta porta negli scambi, e non vi era luogo a indicare gli abusi)”.

³⁴ ARANGIO RUIZ, V., *La compravendita in diritto romano*, Jovene, Napoli, 1956, p. 5.

³⁵ FERNANDEZ DE BUJAN, A., *El precio como elemento comercial en la compraventa romana*, Reus, Madrid, 1993, p. 58.

la opinión vulgar según la cual por la permuta (*permutatio*) de las cosas se puede contraer la compraventa, y que ésta sería la más antigua de las especies de compraventa...Los autores de la escuela contraria (es decir, los proculianos) discuten al respecto y estiman que una cosa es la permuta de las cosas y otra la compraventa, ya que en el caso de un trueque de cosas, no se puede saber cuál es la que se ha vendido, y cuál la que se ha pagado a título de precio; y que, inversamente, sería absurdo considerar que ambas cosas han sido vendidas y compradas simultáneamente. Pero, sin embargo, Celio Sabino³⁶ dice que si teniendo tú una cosa en venta, como por ejemplo un fundo, yo la recibo aceptándola y como precio de venta te doy un esclavo, resultaría que el fundo ha sido vendido y el esclavo dado a título de precio respecto de la adquisición del fundo³⁷.

Para Sabino y Casio la *permutatio* no sólo merecía protección sino que, además, se entendía que era una de las especies de compraventa, razón por la cual, se conceden, tanto la *actio ex vendito* como la *actio ex empto* para las partes intervinientes. Los sabinianos resuelven, pues, el problema planteado, dilatando el campo de aplicación de la compraventa, sobretudo en cuanto a la interpretación que se da al elemento precio, al permitir entender por tal, no solamente el dinero, sino cualquier otra cosa³⁸.

Para Labeón y sus seguidores, una cosa es la compraventa, que es un contrato consensual y que se verifica por “la nuda voluntad de los que en ella consienten, mientras que la permuta da principio a la obligación con la

³⁶ ARANGIO RUIZ, V., *La compravendita in diritto romano*, Jovene, Napoli, 1956, p. 7: “...la convenzione a cui accennava il giurista Celio Sabino nel cercare una conciliazione fra la teoria della scuola sabiniana, cui apparteneva, e che pretendeva essere la permuta un’ipotesi di compravendita, e il netto diniego opposto dai proculiani; se tu, diceva Celio, metti in vendita qualcosa, per es., un fondo, e io me presento a te per acquistarlo ma invece di denaro ti offro, e tu, accetti, altra cosa, si avrà compravendita benchè non venga pagato un prezzo in denaro. E non è questa l’opinione isolata di un giurista, qual era Celio, di seconda grandezza; in una costituzione di Gordiano datata al 238 d.C. (C.4,64,1) sono presentati due casi”.

³⁷ DI PIETRO, A., *Los negocios jurídicos patrimoniales y los contratos en el derecho romano*, Abaco, Buenos Aires, 2004, p. 253-254.

³⁸ DI PIETRO, A., *Los negocios jurídicos patrimoniales y los contratos en el derecho romano*, Abaco, Buenos Aires, 2004, p. 255.

cosa entregada” (con la *datio*) (Paulo D.19,4,2). Es decir, de considerarse un contrato, pertenecería a la categoría de los contratos reales³⁹.

El criterio de Sabino recordado por Gayo en I.3,141, es un punto intermedio entre las posiciones de las dos escuelas. Pero este criterio no se presenta totalmente persuasivo, por cuanto podía suceder que ambas partes hubieran puesto a la venta cada uno su cosa, con lo cual tienen razón los proculeyanos, en cuanto a que en la permuta falta la combinación de los dos elementos (*-res* y *pretium-*), que es, existiendo ya el dinero, lo que caracteriza a la compraventa⁴⁰.

Justiniano adopta la posición de la escuela proculeyana^{41 42}, que sostenía que el precio debía ser en dinero, en razón de la necesidad de distinguir completamente a la compraventa de la permuta, que incluyó en el Libro XIX del Digesto, título IV, denominado “*De rerum permutatione*”.

IV. DERECHO INTERMEDIO: LAS 7 PARTIDAS

Las Siete Partidas tratan en la Partida 5º, en títulos 5 y 6 respectivamente, las ventas y los cambios.

³⁹ DI PIETRO, A., *Los negocios jurídicos patrimoniales y los contratos en el derecho romano*, Abaco Buenos Aires, 2004, p. 256.

⁴⁰ DI PIETRO, A., *Los negocios jurídicos patrimoniales y los contratos en el derecho romano*, Abaco, Buenos Aires, 2004, p. 256 citando a Filippo Gallo.

⁴¹ IGLESIAS, J., *Instituciones de Derecho Privado Romano*, Ariel, Madrid, 1972, p. 416: “Según los sabinianos, cualquier cosa puede servir de precio-*pretium-*, en términos que “*per permutationem rerum emptionem et veinditionem contrahi*”(G. I.3,141). Prevalece, sin embargo, la doctrina proculeyana, luego acogida por Justiniano (C.4,64,1 e I.3,23,2)”, y 452: “Famosa es la discusión entre sabinianos y proculeyanos a propósito de la permuta: los primeros ven en ésta una compraventa; los segundos, en cambio, no admiten semejante configuración, otorgando a la parte cumplidora la simple “*condictio*”, para reclamar la devolución de lo entregado”. Nota: Iglesias sólo menciona la *condictio* en el texto citado.

⁴² DI PIETRO, A., *Los negocios jurídicos patrimoniales y los contratos en el derecho romano*, Abaco, Buenos Aires, 2004, p. 258: “Si (A) dio una cosa que (B) adquirió en propiedad sin problema, pero ocurre que (B) no da la cosa que debe entregar en permuta, quien realizó la *datio* efectiva (A) podría reclamársela mediante una *actio civilis* redactada conforme al *agere praescriptis verbis*. O, si lo prefiere, arrepentirse y reclamar por la *condictio* la restitución de lo entregado”.

Así, en el Título 5 DE LAS VENTAS Y DE LAS COMPRAS, en la Ley 1 *Qué cosa es venta*, se define: “*Véndida* (venta) es una manera de pleito que los hombres usan entre sí mucho, y hácese con consentimiento de ambas partes por precio cierto, en que se avienen el comprador y el vendedor”⁴³.

El Título 6 DE LOS CAMBIOS expresa: “*Cambiar* una cosa por otra es una manera de pleito que semeja más la de las ventas y la de las compras que a otro; y bien así como hombre gana la cosa que ha comprado por precio que da por ella, bien otrosí la gana por aquello que por ella cambió...”⁴⁴.

Observamos que las Siete Partidas receptan la postura proculeyana y distinguen las ventas de los cambios.

V. EL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO

La compraventa se encontraba definida en el artículo 1323, de este modo:

1323. Habrá compra y venta cuando una de las partes se obligue a transferir a la otra la propiedad de una cosa, y ésta se obligue a recibirla y a pagar por ella un precio cierto en dinero.

En la nota al citado artículo, el Codificador mencionaba entre las fuentes “LL. 1 y 9, Tít. 5, Part. 5a. e Instit. §§ 1 y 2, Tít. 24, Lib. 3”.

La permuta, por su parte, se encontraba regulada en el artículo 1485 del Código, de la siguiente manera:

1485. El contrato de trueque o permutación tendrá lugar, cuando uno de los contratantes se obligue a transferir a otro la propiedad de una cosa, con tal que éste le dé la propiedad de otra cosa.

En la nota se mencionaba entre otras fuentes: “L. 1, Tít. 6, Part. 5a. - Instit., § 2, Tít. 24, Lib. 3. - L. 1, Tít. 4, Lib. 19, Dig.”.

⁴³ LOPEZ ESTRADA, F. y LOPEZ GARCIA-BERDOY, M., *Alfonso X, el Sabio, Las Siete Partidas, Antología*, Castalia, Madrid, 1992, p. 319.

⁴⁴ LOPEZ ESTRADA, F. y LOPEZ GARCIA-BERDOY, M., *Alfonso S, el Sabio, Las Siete Partidas, Antología*, Castalia, Madrid, 1992, p. 320.

Por último, el artículo 1492 establecía que para el contrato de permuta regían supletoriamente las disposiciones del contrato de compraventa.

1492. En todo lo que no se haya determinado especialmente, en este Título, la permutación se rige por las disposiciones concernientes a la venta.

En la nota, Vélez Sársfield consignaba: *Sobre la afinidad del cambio con el contrato de venta, Troplong, nos 30 y siguientes, y sobre las diferencias. - L. 1, Tít. 4, Lib. 19, Dig.*

VI. EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

Define a la compraventa en el artículo 1123⁴⁵ y a la permuta en el artículo 1172⁴⁶. El artículo 1175 establece que se aplican supletoriamente las reglas de la compraventa.

Conforme sostienen Herrera, Caramelo y Picasso⁴⁷, la definición propuesta por el art. 1123 CCyC resulta adecuada, pues identifica los elementos esenciales del contrato: cosa y precio; y la finalidad económica: obligarse a transferir la propiedad. También resulta acertada la eliminación de la obligación de recibir la cosa a la que hacía referencia la definición de compraventa propuesta por el art. 1323 CC, pues se trataba de una obligación accesoria y no definitiva del contrato.

La obligación del comprador en la compraventa es el pago de un precio cierto en dinero. Pero bien puede ocurrir que nos encontremos frente a lo que se ha dado en denominar “precio mixto”, esto es que parte del precio sea pagado en dinero y parte del precio mediante la transmisión de la propiedad de una cosa ¿En tal caso, el contrato debe reputarse compraventa o permuta?

El CCyC resuelve la situación planteada en el art. 1126, teniendo en consideración cuál cosa tiene mayor incidencia en el precio: la cosa

⁴⁵ Art. 1123. Definición: “Hay compraventa si una de las partes se obliga a transferir la propiedad de una cosa y la otra **a pagar un precio en dinero**”.

⁴⁶ Art. 1172: Definición: “Hay permuta si las partes se obligan recíprocamente a transferirse el dominio de cosas que no son dinero”.

⁴⁷ Herrera, M., Caramelo, G., Picasso, S., *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Tomo III, Arts. 724 a 1250, Infojus, Buenos Aires, 2015, p. 525.

intercambiada o la suma de dinero. Si la parte del precio en dinero es mayor o igual a la otra cosa se aplican las reglas de la compraventa. Si el valor de la cosa intercambiada tiene mayor valor que el precio en dinero pagado, el contrato debe reputarse permuta.

El contrato de permuta o trueque tiene una larga data en la economía del mundo, pues antes de la acuñación de la moneda era el contrato de intercambio por excelencia. Si bien a partir de la aparición de la moneda, la mayor parte de las operaciones de transmisión de la propiedad onerosa de cosas se celebra a través de compraventa, el contrato de permuta sigue teniendo vigencia en la realidad negocial moderna⁴⁸.

El CCyC define a la permuta como el contrato que las partes se obligan recíprocamente a transferirse el dominio de cosas que no son dinero. La definición resulta acertada, pues se describen en ella las prestaciones esenciales de las partes.

Por otro lado, también resulta acertada la mención efectuada por el CCyC en el sentido de que las cosas intercambiadas no pueden ser dinero, pues en tal supuesto se trataría de una compraventa y no de una permuta.

Si el precio fuera mixto, es decir se intercambiara la propiedad de una cosa por la propiedad de otra, más una suma de dinero, de conformidad con lo dispuesto por el art. 1126 CCyC, el contrato sólo es permuta si en relación al precio total, el valor de la cosa es mayor al de la porción en dinero⁴⁹.

Resulta interesante el comentario que realiza Lorenzetti⁵⁰ como introducción al análisis de la permuta sosteniendo: "Aunque nadie duda de la relevancia económica y social de la compraventa, y por tanto su liderazgo en la vida negocial, debe reconocerse a la permuta como el "príncipe" de los contratos, en el sentido de ser históricamente el primero entre sus pares", desde que el "trueque" "...es una práctica que existe desde el neolítico, hace

⁴⁸ Herrera, M., Caramelo, G., Picasso, S., *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Tomo III, Arts. 724 a 1250, Infojus, Buenos Aires, 2015, p. 549

⁴⁹ Herrera, M., Caramelo, G., Picasso, S., *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Tomo III, Arts. 724 a 1250, Infojus, Buenos Aires, 2015, p. 549

⁵⁰ Lorenzetti, R., (director), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Tomo VI, Arts. 1021 a 1279, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2015, p. 478.

aproximadamente 10.000 años, con la aparición de la sociedad agricultora-ganadera".

La irrupción de la moneda, y consecuentemente de la compraventa, retrajo a la permuta, pese a lo cual, su presencia en la sociedad contemporánea no ha desaparecido.

Estas consideraciones introductorias replican el fragmento de Paulo que hemos analizado.

Y continúa Lorenzetti remarcando el valor que aún tiene el contrato de permuta: "Frecuentemente actúa en contextos de crisis económicas que afectan la solidez o estabilidad de la moneda —especialmente cuando ésta deja de ser el instrumento aceptado como unidad de cuenta, medida de valor y medio de pago—; en el canje de bienes culturales entre instituciones públicas o privadas; en las relaciones contractuales de larga duración entre empresas que se aprovisionan mutuamente, y en el ámbito de los contratos internacionales".

VII. CONCLUSIONES:

- Del análisis efectuado sobre la base del fragmento de Paulo en Digesto 18,1,1,pr., podemos concluir en que la diferencia entre la compraventa y la permuta en el Código Civil velezano, tenía raíz netamente romanista.

- El Código Civil Argentino, con base en el Derecho Romano, consideraba a la compraventa como contrato consensual, y a la permuta como un contrato real⁵¹. Esta apreciación surge del análisis de la redacción

⁵¹ Garrido, R.,-Zago, J., *Contratos Civiles y Comerciales*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2012, Tomo II, p. 58, al referirse a la comparación de la compraventa con la permuta sostienen: "...Hay por tanto semejanza, dado que la permuta también es consensual, bilateral, conmutativa y onerosa, pero difieren las prestaciones; una de ellas, en la compraventa, es un precio cierto en dinero, y en cambio, en la permuta es la entrega de otra cosa." Y en p. 156, al comparar la permuta con la compraventa, establecen: "Como diferencia remarcable no debemos olvidar que en la compraventa hay plena distinción entre la cosa y el precio, hay una cosa vendida y un precio, mientras que en la permuta hay dos cosas que se sirven recíprocamente de precio; cada una de las cosas permutadas es a la vez la cosa y el precio y cada uno de los contratantes es a la vez vendedor y comprador".

de los artículos 1323 y 1485 respectivamente y de sus correspondientes notas⁵².

- Al establecer el artículo 1492 la aplicación supletoria al contrato de permuta de las normas concernientes a la venta, el codificador mencionaba en la nota un pasaje del Digesto del jurista Paulo, para conocer sobre las diferencias entre los dos contratos.

- Del contenido de los artículos del Código Civil y Comercial de la Nación transcritos, se desprende la raíz romanista de la distinción entre ambos contratos. Tanto la compraventa como la permuta se consideran contratos consensuales, ya que se ha eliminado la clasificación de contratos reales.

⁵² Esta conclusión, si bien no coincide con la opinión mayoritaria de la doctrina argentina que sostiene el carácter consensual de la permuta, se explica en la redacción del artículo 1485 del Código Civil, como en el fragmento de Paulo en D.19,4,1,2 que es fuente del artículo y que sostiene: “...la compra y venta se verifica por la nuda voluntad de los que en ella consienten; pero la permuta da principio a la obligación con la cosa entregada...”

CONTRATO, PRINCIPIOS Y MUTUO EN EL DERECHO ROMANO. SU INFLUENCIA EN EL CCCN

Por Fabio Isaac Arriagada¹

I. CONCLUSIONES

Por su actualidad y relevancia, en materia contractual, creemos oportuno detenernos, en el análisis de tres instituciones: a) sobre los contratos a partir de la clasificación de Gaius de las obligaciones; b) sobre los principios del derecho romano en materia contractual y c) sobre los préstamos y el contrato de mutuo. De los cuales, pudimos extraer, las siguientes conclusiones:

1. Sostenemos que es de los contratos de donde surgen verdaderas obligaciones para las partes y no, de las convenciones.
2. Los principios contractuales del derecho privado que persiguió el CCCN, en materia contractual nos evoca al ius comune del Derecho Romano, que confluye los principios del ius civile y del derecho de gentes en la obra fundamental que fue la obra de los juristas clásicos y el Corpus Iuris Civilis, como conjunto sistemático de normas del ius privatum.
3. Los romanos, también concedían a la “promesa” los efectos propios de los contratos, porque ellos, abrevaban directamente de la realidad.
4. El contrato actual como el romano obedece a una “realidad práctica”, es una típica función económico social, porque se puede observar claramente en el mutuo el tratamiento que se le dio por ejemplo a los intereses.
5. La clasificación en torno al carácter real o consensual del mutuo, ha perdido utilidad.

II. FUNDAMENTOS

¹ Profesor Titular de Derecho Romano en la Universidad Nacional de Lomas de Zamora, Profesor Titular de Derecho Romano en la Universidad del Este, Profesor Adjunto Ordinario de Derecho Romano en la Universidad Nacional de La Plata, Director del Instituto de Derecho Antiguo y Comparado de la Universidad del Este.

Trataremos de focalizar el planteo de las cuestiones en crisis, brevemente y sin ambages.

1. SOBRE LOS CONTRATOS A PARTIR DE LA CLASIFICACIÓN DE GAIUS DE LAS OBLIGACIONES.

Según Gayo (III,88)² -que abre así su exposición del derecho de obligaciones- *omnis obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*.

Para “nuestro Gayo”- como decía Justiniano- , ésta constituye - a tenor de sus propias palabras- la *summa divisio* de las fuentes de las obligaciones. Es sabido que el sentido que Gayo quiere dar a *summa divisio* es el más general, que incluye a todas las obligaciones posibles sin exceptuar ninguna, del mismo modo que cuando habla de *summa divisio personarum* el jurista se refiere a que "todos los hombres o son libres o son esclavos", o cuando trata la *summa divisio rerum* incluye a todas las res que son *divini aut humani iuris*.

Por lo que respecta a la controvertida cuestión sobre el origen de la bipartición gayana de las fuentes de las obligaciones, las posiciones doctrinales son de gran disparidad debido a la falta de fuentes que aseguren directamente la existencia de una clasificación similar perteneciente a algún jurista anterior a Gayo.

Se dijo que Gayo, pudo recibir la influencia de algún otro jurista, sobre todo si pensamos que no era un jurista original y profundo; con todo, parece mucho más prudente dejar en suspenso esto último al no existir prueba segura de cuál fue la supuesta obra que pudo tener influencia en la *Institutiones*.

La bipartición gayana se fundamenta, pues, en la contraposición entre *contractus* y *delictum*: una persona es deudora de otra, o porque así lo han convenido de común acuerdo, o porque la primera ha realizado contra la segunda un acto ilícito que debe reparar.

A tenor de la terminología de la era gayana *contractus* es sinónimo de "acuerdo de voluntades" y el propio Gayo (III, 89)³ distingue cuatro tipos

² GAYO, *Institutas*, Texto traducido, notas e introducción por Alfredo Di Pietro, Abeledo-Perrot, 5° Ed., Buenos Aires, 1997, p.445.

³ GAYO, *Institutas*, Texto traducido, notas e introducción por Alfredo Di Pietro, Abeledo-Perrot, 5° Ed., Buenos Aires, 1997, p.448.

de los mismos: I) contratos reales (*re contrahitur obligatio*), en los que la obligación surge por la entrega de la cosa; II) contratos verbales (*verbis contrahitur obligatio*), que para la producción de la obligación requieren la pronunciación de ciertas palabras; III) contratos literales (*litteris contrahitur obligatio*, perfeccionados por la forma documental; IV) contratos consensuales (*consensu contrahitur obligatio*), en los que la obligación nace por el simple consentimiento sin forma.

Esta cuatripartición debe ser originaria del propio Gayo, pues parece improbable que el jurista la tomara en esos precisos términos de autores anteriores, aunque estaría lejos de la realidad creer que carezca de entronque con el pensamiento de la jurisprudencia precedente.

Por otra parte, en su clasificación de las fuentes de las obligaciones en sentido estricto, se encuentran protegidas por acciones personales civiles cuya fórmula llevaba el verbo *oportere* en la *intentio*, bien solo o bien acompañado, en determinadas ocasiones, de la cláusula de buena fe: *oportere ex fide bona* o equivalente.

La noción de *contractus* del *ius civile*, que Gayo refleja en su cuatripartición, está, pues, encuadrada en el binomio *actio-obligatio* civiles.

Gayo deja en la referida cuatripartición dos concepciones distintas de la idea contractual. La primera y más antigua se refleja en los tres primeros miembros de la cuatripartición gayana (*obligationes re, verbis, litteris contractae*) que parecen tener como eje la idea de *contrahere obligationem*.

En cambio, en el cuarto miembro de la cuatripartición las *obligationes consensu contractae*, responden a la idea de *contrahere negotium*, que procede de otra línea evolutiva, los *iudicia bonae fidei*, que reflejan una condición bilateral y sinalagmática de la *obligatio* y que tienen su sede en el título XIX del *Edictum* (*De bonae fidei iudiciis*), cuya rúbrica original quizá tuvo su sede en el *Edictum peregrino*.

Por ende, la inserción de las *actiones bonae fidei* en la cuatripartición gayana de los contratos, quizá se deba a la fusión de los edictos urbano y peregrino, puesto que, en éste se hallarían las *obligationes* que exigían una *bona fides* recíproca: *quidquid alterum alteri dare facere oportet ex fide bona*. Esta mención de reciprocidad de la *obligatio ex fide bona* rompió el binomio *actio-obligatio* civiles y con esta ruptura se superó la tipicidad imperante en el sistema contractual romano.

Así, el *contractus* deja de ser una figura tipificada para convertirse en un concepto genérico que solo se aproxima a la *conventio*. Porque la convención solo contiene deberes y no obligaciones.

Por ello es que sostenemos que es de los contratos de donde surgen verdaderas obligaciones para las partes y no, de las convenciones.

2. SOBRE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO ROMANO EN MATERIA CONTRACTUAL.

Los principios del derecho romano en materia contractual se han visto reflejados exitosamente en el Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN), que entró en vigor a partir del año 2015.

Se ha dicho que los principios, son entendidas como normas generales, universalmente extendidas a cualquier comunidad o cultura.

Pues, al hablar de principios generales del derecho, estos serían los enunciados normativos, que utilizan los jueces, los legisladores, los creadores de doctrina y por los juristas en general, ya sea para integrar derechos legales o para interpretar las normas jurídicas cuya aplicación resulta al menos dudosa.

Estos principios no siempre han sido integrados formalmente, en todos los ordenamientos jurídicos particulares. A veces los hemos encontrado de manera implícita, pero entendemos que no son externos al ordenamiento, sino que forman parte de él.

Así las cosas, vemos que en el artículo 2 del CCCN sobre: Interpretación, se hace referencia a que:

«La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta... los principios y valores jurídicos...».

Conceptos jurídicos indeterminados, los cuales no sólo tienen un carácter supletorio, sino que son normas de integración y de control axiológico.

Es innegable que la jurisprudencia, no ha considerado acertado el que se haga una enumeración de principios ni de valores, por su carácter dinámico.

Pero observamos, que el CCCN, establece reglas de interpretación al regular algunas instituciones o figuras. Como, por ejemplo, en lo que hace a

esta ponencia, cuando se refiere a los Contratos en general el art. 963 establece:

«Cuando concurren disposiciones de este Código y de alguna ley especial, las normas se aplican con el siguiente orden de prelación: a) normas indisponibles de la ley especial y de este Código; b) normas particulares del contrato; c) normas supletorias de la ley especial; d) normas supletorias de este Código».

Otro ejemplo está en los artículos 1094 y 1709, el primero referido a la prelación de normas en los contratos de consumo y el segundo, en la responsabilidad civil.

En materia contractual no podemos dejar pasar el principio tan trascendente incluso para el derecho internacional, como es el llamado *pacta sunt servanda*.

Los romanos hablaban de honrar los pactos, con lo cual generaban la tan ansiada confianza entre las partes, y la proporciona una seguridad en las transacciones. Resultando además la buena fe base del comportamiento en el cumplimiento regular de las convenciones entre las partes. Ambos, han sido exitosamente incorporados al ordenamiento interno.

Los principios tienen amplia aplicación en material contractual en el derecho romano. El juez echa mano a estos principios pudiendo así, aclarar lagunas de la ley o incluso contraponerse a lo estipulado por la norma, siempre y cuando no sean términos irrenunciables. Es con estos criterios de interpretación, que la voluntad o intención de las partes contratantes, necesariamente, debe ser valorada y respetada, en todo aquello que no contravenga las leyes, como norma suprema en sus relaciones.

También se puede decir, que, en materia contractual, este CCCN, abreva en la transculturización latinoamericana, al constitucionalizar y convencionalizar el derecho privado, que viven en los invalorable principios generales del derecho, que los romanos nos aportaron.

En síntesis, el CCCN tiene su antecedente cuando Roma, a través del intercambio comercial, fija las bases del derecho Mercantil y dispone acerca de la solución de los conflictos que provienen de estos negocios.

Tal el caso de China y la búsqueda hacia el derecho romano que acerque la cuestión comercial con el resto del mundo.

Así, los principios contractuales del derecho privado que persiguió el CCCN, en materia contractual nos evoca al *ius commune* del Derecho Romano, que confluye los principios del *ius civile* y del derecho de gentes en la obra fundamental que fue la obra de los juristas clásicos y fundamentales el *Corpus Iuris Civilis*, como conjunto sistemático de normas del *ius privatum*.

3. SOBRE LOS PRÉSTAMOS Y EL CONTRATO DE MUTUO.

Tradicionalmente se definió el contrato de mutuo, como el préstamo de cosas consumibles o fungibles de una persona, denominada mutuante, a otra persona, denominada mutuario, que está autorizada a consumir o utilizar los objetos recibidos, y luego debe devolver al mutuante una cantidad igual de cosas de misma especie y calidad.

Otra definición dice que habrá contrato de mutuo, cuando un sujeto llamado mutuante, transfiere a otro sujeto llamado mutuario la propiedad de una cierta cantidad de dinero o de otra cosa fungible, y el mutuario se obliga a restituir, al vencimiento del plazo, no la misma cosa, pero sí el “*eiusdem generis et qualitatis*”, (del mismo tipo y calidad): se concebían indudablemente entre los contratos de carácter real.

El art. 2240 del Código Civil de Vélez, expresaba:

*“Habrá mutuo o empréstito de consumo, cuando una parte entregue a la otra una cantidad de cosas que esta última está autorizada a consumir, devolviéndole en el tiempo convenido, igual cantidad de cosas de la misma especie y calidad.”*⁴

De conformidad con la nueva definición adoptada por el Código Civil y Comercial de la Nación, en su art. 1525, regula que:

“Hay contrato de mutuo cuando el mutuante se compromete a entregar al mutuario en propiedad, una determinada cantidad de cosas fungibles, y éste se obliga a devolver igual cantidad de cosas de la misma calidad y especie”.

Con respecto a la controversia desatada en torno a la naturaleza primeramente, deberemos develar, si para el perfeccionamiento del contrato de mutuo, bastará prometer o habrá que entregar alguna cosa.

⁴ La cita de Vélez, tienen su fuente en el derecho romano en I, 3, 14 y D. 12, 1,2 PAULO, Comentario al Edicto libro XXVII.

Atendiendo a los antecedentes, de lo que podría interpretarse, como práctica del consensualismo, en contratos a los que hoy llamaríamos integrados o conexos.

Podríamos dar como ejemplos, que aparecen en la jurisprudencia romana: a) el mandatorio: que se retiene sumas anteriormente poseídas en base al mandato. Como otra forma de traditio brevimanu y delegatio solvendi; b) la imputación de la misma, dación a persona diferente al actor efectivo de la traditio (relevancia de la conventio para determinar el locus solutionis,); c) el caso de los “mutua cum stipulatione” en el que el mutuo venía contenido en un contrato verbal de stipulatio, con el cual a menudo el mutuuario prometía la restitución del capital y los intereses al mismo tiempo, entonces, procedía la restitución de una suma de dinero, que todavía no recibió en mutuo “*non numerata pecunia*”; d) el caso del contrato a través del cual se concedía al (futuro) mutuuario una cosa material (ej. un vestido) a fin de que la vendiera y retuviera para sí, en calidad de mutuo aquello que hubiera recibido. Y por último e) el caso de la denominada “*stipulatio de mutuo dando*” y de mutuo accipiendo por el cual el stipulante y el promitente se obligaban recíprocamente a dar y recibir una suma a título de mutuo.

Ahora bien, a partir de la nueva definición del mutuo, del art. 1525 del CCCN, que hemos dado más arriba, es notable, que se ha optado por la idea de que el contrato queda configurado o plasmado consensualmente; esto es, ya no se lo trata más como un contrato real.

La palabra “compromete” supone compromiso o, sencillamente, contracción de una obligación, por lo que el contrato quedaría sellado con la simple asunción de tal empeño.

Observe, que del art. 1141 del Código Civil de Vélez (derogado), se desprende que: “Forman la clase de los contratos reales, el mutuo, el comodato, el contrato de depósito y la constitución de prenda y de anticresis”.

Las notas de los arts. 1141 y 1142 del viejo Código Civil resultan muy ilustrativas:

“En Derecho francés, las convenciones son obligatorias por el solo efecto del consentimiento de las partes, sin necesidad ni de la entrega de la cosa que forma el objeto, ni del cumplimiento del hecho por una de las partes, al cual se hubiese obligado. Bajo este respecto el Derecho francés difiere esencialmente del Derecho romano y del nuestro, cuyas disposiciones reposan sobre el

principio contrario, es decir, sobre el principio que el consentimiento no basta por regla general para hacer una convención civilmente obligatoria. Sin embargo, por el Código francés, el comodato, el mutuo, el depósito y la prenda no existen como tales, sino por la entrega de la cosa que forma el objeto, mas por esto, esos contratos no constituyen contratos reales, pues que la simple promesa seguida de aceptación de entregar una cosa a título de comodato, de depósito, de mutuo, o de prenda, es civilmente obligatoria. Véase AUBRY y RAU, § 340; ZACHARIAE, § 610, nota 5ª.”

Empero, si bien la tradición de la cosa prestada aparece imprescindible en la regulación del Código Civil de Vélez, desde hace mucho, se presenta la idea de que esa exigencia es simplemente de forma y no *ad substantia*, sino que constituiría una presunción que admitiría prueba en contrario.

Es que la práctica del comercio había admitido la llamada “promesa de mutuo”, lo cual tornó abstracto el debate antes referido, dando al contrato un contorno eminentemente consensual⁵.

Como hemos visto desde antaño, los romanos, también concedían a la “promesa” los efectos propios de los contratos, porque ellos, abrevaban directamente de la realidad.

La doctrina y la jurisprudencia, más moderna, ya concedían a la promesa los efectos propio del contrato, porque para permitir tal equiparación, se había superado la valla del art. 2244 del Código velezano, en cuanto frente a la desatención de la promesa, sólo permitía reclamar el resarcimiento de los perjuicios; pues, por aplicación a contrario del art. 559 del Código de Comercio (también derogado), fue considerado válido el reclamo del mutuario que perseguía el cumplimiento de la promesa esto es la efectiva dación del préstamo.

Decimos que el contrato actual como el romano obedece a una típica función económico social porque se puede observar claramente en el mutuo el tratamiento que se le dio por ejemplo a los intereses.

⁵ Ejemplo de ello es el denominado “convenio de asistencia financiera” por el cual los mutuantes prometen conceder al mutuario una línea de crédito, bajo ciertas y determinadas circunstancias y al solo requerimiento de éste último.

Trataremos muy brevemente el tema de los intereses, ya que a continuación lo haremos con un poco más de detenimiento, al tratar de la preocupación de los romanos por este tema, pero principiaremos, recordando las épocas históricas y los guarismos establecidos, a fin de evitar que superen, un determinado estándar de aprovechamiento del dinero.

En la época clásica, el interés era del 12 % anual (1% mensual).

Época de la roma-cristiana: a) Se prohibió el establecimiento de intereses por parte de los senadores; b) Se fijó una tasa general del 6% anual.

En la época del emperador Alejandro Severo, se fijó el 6% de interés anual.

Y por último en la época del emperador Justiniano, se estableció el 6% anual.

Una disposición muy interesante fue que en su totalidad no podía exceder el mutuo del capital, y en caso contrario podrían ser repetidos en exceso como indebidos (D.12.6.26.1).

Igualmente se prohibía que los intereses vencidos y no pagados se capitalizaran, devengando de este modo nuevos intereses (este sería el caso del anatocismo).

Por último, recordemos también que fue al mutuo con usurae estupaldos, a los que se denominaba “*fenus*”.

Estos intereses significan, no el precio pagado por el capital, sino el precio del uso y una compensación por el riesgo que puede correr el mutuante por la insolvencia del mutuario (*sortis periculum*).

Entonces, tenemos que el mutuo, siempre que esté acompañado de una estipulación, es un negocio “*rei et verebis*”, que en el común de los casos, debe tener un interés.

El texto del Código Civil velezano, no contenía una normativa que facultara al juez a reducir los intereses excesivos.

El art. 771 del CCCN señala la facultad de los jueces en este sentido:

“Los jueces pueden reducir los intereses cuando la tasa fijada o el resultado que provoque la capitalización de intereses excede, sin justificación y desproporcionadamente, el costo medio del dinero para deudores y operaciones similares en el lugar donde se contrajo la obligación. Los intereses pagados en exceso se imputan al capital y, una vez extinguido éste, pueden ser repetidos”.

En el derecho romano, recordamos el párrafo del Digesto de Justiniano D.12.6.26pr, rescripto del emperador Alejandro Severo:

*“si paso intereses por más de lo permitido en las leyes, ciertamente no pueden ser repetidos, sino que se han de aplicar al capital; y si después pagó el capital, puede repetir el capital como no debido”*⁶

Como adelantamos, el CCCN., regula al mutuo como contrato consensual, en el art. art. 1525

“Hay contrato de mutuo cuando el mutuante se compromete a entregar al mutuario en propiedad, una determinada cantidad de cosas fungibles, y éste se obliga a devolver igual cantidad de cosas de la misma calidad y especie”.

Recordemos, además, que el mutuante puede no entregar si la situación del mutuario torna incierta la restitución. Excepto en este último supuesto, si el mutuante no entrega la cosa entonces el mutuario puede pedir el cumplimiento o la resolución.

Entonces el mutuo es “oneroso”, excepto pacto en contrario.

Con respecto a la regulación de los intereses en el CCCN podemos decir que, si es dinero, se deben intereses compensatorios (en la misma moneda prestada) y si son otras cosas fungibles, entonces los intereses se liquidan en dinero.

En definitiva, se suprimió en el código la categoría de contratos reales. Solo se establecen dos categorías de contratos de préstamos: mutuo y comodato

El problema radicaba en que, al ser real, no teníamos contrato de mutuo hasta que no se producía la entrega de la cosa. También es por es por ello, por ejemplo, que se reguló “la promesa de mutuo” en el art. 2244 del Código Civil de Vélez.

Ahora, en cambio, por el art. 971 del CCCN., queda perfeccionado, cuando existe consentimiento, es decir “aceptación de una oferta”.

“«Formación del consentimiento». Los contratos se concluyen con la recepción de la aceptación de una oferta o por

⁶ JUSTINIANO, *Cuerpo de Derecho Civil Romano*, Idelfonso García del Corral, ed. Jaime Molina, Barcelona, 1889, p. 711.

una conducta de las partes que sea suficiente para demostrar la existencia de un acuerdo”.

Sobre las cosas fungibles, el art. 232 del CCCN señala que son aquellas en que cada individuo de la especie, equivale a otro individuo de la misma especie y, en consecuencia, puede ser sustituido por otro individuo de la misma especie.

Con respecto a la transferencia de la propiedad de la cosa, creemos que, al ser consensual, el contrato de mutuo revestirá el carácter de título para la transmisión de la propiedad, requiriéndose para que este opere, el modo, que consistirá en la tradición posesoria.

Como consecuencia del efecto traslativo de la propiedad, el mutuante debe ser propietario de la cosa, y si no reviste tal carácter al momento de la celebración, deberá adquirirlo al momento de cumplir su obligación.

Por último, al igual que lo establecía el Código velezano y el derecho romano, la transmisión de la propiedad, hace que asuma los riesgos de la cosa, ya que la pérdida, por culpa o caso fortuito, no lo eximirá de su obligación de restituir (*res perit domino*)

Si tenemos que clasificar al contrato de mutuo, diremos además que es bilateral, es gratuito u oneroso (según se pacte o no intereses y el art. 1527 establece expresamente la presunción de onerosidad), es conmutativo, nominado, no formal, de efecto diferido ya que se presume la existencia de un plazo entre la celebración y el cumplimiento.

Finalmente, el art. 1526 del CCCN., trata expresamente sobre la tutela preventiva del mutuante y las facultades del mutuario, esto es, el cumplimiento forzado y la resolución del contrato. Mientras que el art. 1527 trata sobre la onerosidad del mismo.

Finalmente decimos que la cuestión de la clasificación y naturaleza del mutuo ha sido superada.

Por ello, y a modo de cierre de lo aquí analizado, tenemos que, la clasificación en torno al carácter real o consensual del mutuo, ha perdido utilidad.

Anteriormente, hemos analizado como, en el comportamiento de los seres humanos, radicó la utilización del instituto, en sus diferentes épocas.

Otrora el art. 2240 del Código Civil de Vélez, expresaba: Habrá mutuo o empréstito de consumo, cuando una parte entregue a la otra una

cantidad de cosas que esta última está autorizada a consumir, devolviéndole en el tiempo convenido, igual cantidad de cosas de la misma especie y calidad.

La nueva legislación, como dijimos con anterioridad, apoyada en el CCCN, en su art. 1525, regula que: Hay contrato de mutuo cuando el mutuante se compromete a entregar al mutuario en propiedad, una determinada cantidad de cosas fungibles, y éste se obliga a devolver igual cantidad de cosas de la misma calidad y especie.

Vemos aquí, una diferencia, que resulta de comparar ambos códigos. El que la nueva legislación consagra el carácter consensual del contrato de mutuo, mientras que la anterior lo ubicaba entre los contratos real, aunque claro está, preveía la promesa de mutuo, que era eminentemente consensual.

Ejemplo de ello es el art. 2244 del Código Civil de Vélez: La promesa aceptada de hacer un empréstito gratuito no da acción alguna contra el promitente; pero la promesa aceptada de hacer un empréstito oneroso, que no fuese cumplida por el promitente, dará derecho a la otra parte por el término de tres meses, desde que debió cumplirse, para demandarlo por indemnización de pérdidas e intereses.

Ahora bien, era y es esencial en el mutuo que se trate de cosas fungibles, ya que, a diferencia del comodato en el que se compromete a la devolución de la misma cosa prestada, en el mutuo, se debe devolver otras cosas de la misma identidad.

Por último, las cosas que se entregan producto de la utilización del contrato de mutuo lo hacen en carácter de propiedad.

Quisiéramos no dejar de recordar, por lo avanzado de sus saberes, que sobre el tema, ya se había expresado, mucho antes de la reforma al CCCN., con acertadas conclusiones el maestro Di Pietro, esto es:

*“que mientras que en el espíritu de la Parte general de los contratos se siguen considerando estas distintas situaciones como que se tratara de un contrato entre partes iguales ante la ley y libres de expresar su consentimiento, de tal modo que lo convenido debe ser cumplido, la realidad práctica en que se mueven estos préstamos significa un ámbito muy distinto”*⁷.

⁷ DI PIETRO, Alfredo, “Los negocios jurídicos patrimoniales y los contratos”, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2004, p. 366.

Y como si fuera poco, va más allá en sus desenlaces, ya que deja de lado la definición legal del art. 1137 del Código Civil de Vélez, porque dice que se trata de negocios creditorios, pero no estrictamente de “contratos”.

Pero ¿podemos hablar aquí de la convención como la base y el fundamento, en consecuencia, decir que estamos en presencia de un contrato?

Pues, resulta más apropiado decir, que se trata de “negocios obligacionales”, a los cuales no hay que darles el mismo tratamiento de los contratos con obligaciones recíprocas, y respecto de los cuales corresponde un tratamiento jurídico apropiado con el análisis concreto y particularizado de cada especie de estos “prestamos”, que por su especificidad tiene un funcionamiento propio”. En síntesis, observamos, que el mutuo, exigía un nuevo tratamiento, otorgando al mismo, el carácter de contrato consensual y no de contrato real, tal como fuera receptado por el CCCN.

EL ‘FAVOR DEBITORIS’ EN ROMA Y SU PROYECCIÓN AL DERECHO ARGENTINO: EL ARTÍCULO 1095 C.C. Y C

Por José Carlos Costa¹

I. CONCLUSIONES

1. La norma del artículo 1095 C. C. y C. contemplativa del “*favor debitoris*”, dictada dentro del nuevo paradigma de no discriminación y de igualdad, tiene origen en consideraciones elaboradas por los juristas que articularon el “*derecho romano humano*” (“*ius romanorum humanum*”), por el cual se tuvo en cuenta a aquellos que presentaban una debilidad jurídica respecto de quienes se encontraban protegidos, integrándolos, y equiparándolos en el sistema legal

II. FUNDAMENTOS

I. El artículo 1095 del código civil y comercial dispone al legislar sobre el contrato de consumo que: “El contrato se interpreta en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existen dudas sobre los alcances de su obligación, se adopta la que sea menos gravosa”, lo cual implica, en mi consideración, la aplicación del “favor debitoris”, es decir, la protección de la parte más débil en la relación contractual².

Lorenzetti señala al respecto que se trata del “código de la igualdad” por cuanto “busca la igualdad real, y desarrolla una serie de normas orientadas a plasmar una verdadera ética de los vulnerables. Ello puede apreciarse en una serie de normas sobre protección de los consumidores,

¹ Profesor Titular Consulto de Derecho Romano, Universidad de Buenos Aires; Profesor Emérito de Derecho Romano, Universidad Del Salvador; Profesor Titular de Derecho Romano, Universidad de Belgrano.

² Costa J. C., “La protección del consumidor como parte más débil de la relación jurídica en el derecho romano”, Revista de la Asociación de Derecho Romano de Argentina, V. VI, PubliFadecs, General Roca, Río Negro, 2010, p. 45.

que, por primera vez son incorporados sistemáticamente en un código, que innova profundamente en la materia³”.

II. El “favor debitoris” no es una elaboración del derecho actual, sino que tiene origen en el derecho romano y es producto del trabajo meticuroso y constante llevado a cabo por sus juristas, que lo elaboran y aplican en sus decisiones destinadas a ‘humanizar el derecho’ y, por ende, resulta importante dejar en claro cómo arriban a su determinación por cuanto el principio ha alcanzado suma relevancia en la normativa actual, siendo el caso del artículo 1095 C. C. y C.

En mi parecer, el “favor debitoris” tiene origen en el derecho romano en razón de una larga evolución en donde el hombre deja de ser tenido en cuenta en modo tangencial por la jurisprudencia romana para pasar a ocupar el centro de las normas a través de la implementación de su debida protección.

Los juristas romanos detectaron las falencias provenientes de la dureza del derecho antiguo y arbitraron los medios necesarios para adecuarlo a las necesidades de los cambios sociales, puesto que al erigirse en imperio transformaron “el derecho de la civitas en el de todos⁴”.

Es bueno dejar en claro que, el derecho antiguo cobijaba ‘un sesgo humanista’, que más luego es elaborado y desarrollado por la actividad jurídica, evolucionado y despojándose de la tosquedad de sus orígenes, pero manteniendo la consideración del ‘rasgo humano’ indicado en sus manifestaciones jurídicas primitivas⁵.

III. La consideración del “favor debitoris” se produce en el período que considero puramente romano sin injerencia del cristianismo, de decir, desde los inicios de Roma hasta el siglo III de nuestra era, abarcando el derecho antiguo no escrito, la ley de las XII tablas, la actividad pretoria y los

³ Lorenzetti R., “Aspectos Valorativos y Principios Preliminares”, “Nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina, Ediciones Tribunales, 1ra. Edición, Buenos Aires, 2014, p. 67.

⁴ Costa J. C., Derecho Romano Humano”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, p. 17 y ss.

⁵ Costa J. C., Derecho Romano Humano, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, p.37 y ss.

juristas clásicos cuyos exponentes toman decisiones de significativa importancia recopilados luego en la obra justiniana.

Las razones de esta evolución se hace menester determinarla a la luz de las fuentes culturales romanas que deben ser convenientemente analizadas en búsqueda de los fundamentos de este cambio “que busca focalizar la atención en la protección del hombre en modo independiente a su condición física, social y jurídica⁶”, y no en vano Lorenzetti sostiene también que, el código está “basado en un paradigma no discriminatorio”, entendiéndose que, “en la tradición histórica, el sujeto del derecho privado ha sido el hombre. Se ha cambiado este paradigma para concebirlo en términos igualitarios, sin discriminaciones basadas en el sexo, la religión, el origen o su riqueza”, incluyendo en la recepción de este nuevo paradigma al ‘consumidor’⁷.

IV. Entiendo que, la determinación del origen del ‘favor debitoris’ se encuentra enraizado con la búsqueda de ‘la humanidad del derecho en Roma’ e implica una necesaria referencia a su ‘creación y desarrollo constitucional’, puesto que, y en mi opinión, los distintos sistemas políticos romanos suscitados a lo largo de su evolución guardan relación con las diversas fuentes de producción del derecho en cada período, pero dejando en claro que, este proceso no se ha dado en modo rígido debido a la movilidad propia del sistema romano caracterizado en “una yuxtaposición de las fuentes de producción del derecho y no en su derogación directa o tácita”; y por lo tanto, los períodos históricos de Roma deben relacionarse con ‘la capacidad de producir derecho’, siendo objetivo principal en el tema el análisis y desarrollo de las fuentes jurídicas primordiales en cada período desde la sanción de la ley de las XII tablas hasta el corpus justiniano, siendo éste el punto neurálgico del derecho del mundo occidental, que permitió la supervivencia del derecho romano y su transformación en derecho moderno⁸.

⁶ Costa J. C, Derecho Romano Humano, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, p.17 y ss.

⁷ Lorenzetti R., “Aspectos valorativos y principios preliminares”, Código Civil y Comercial de la República Argentina”, Ediciones Tribunales, 1ra. Edición, Buenos Aires, 2014, p. 68.

⁸ Catalano P., La familia ‘fuente de la historia’ según el pensamiento de Giorgio La Pira, Revista de Derecho, Tribunal Supremo de Justicia, N° 18, Caracas, 2005; Ghirardi

V. Roma no surgió de la nada, sino que es producto de una serie de subculturas situadas en la península itálica desde el año 1000 a. C., que converge luego en lo que se conoce como ‘civilización romana’. Estos asentamientos tienen en común una base cultural propia, ‘el mos italicum’, que facilita la alianza política devenida en la necesidad de su fundación. Las ‘gens’ que participan en el acto fundacional de la ‘civitas’ portan dicho sustrato cultural que les permite decidir la conveniencia de vivir agrupadas en una nueva estructura política⁹. Acontecida la fundación de Roma (753 a. C.) la ‘civitas’ se desarrolla a través de distintas etapas políticas donde se halla ‘el humanismo en las distintas fuentes relacionadas a los períodos históricos¹⁰’. El orden constitucional romano en su aspecto formal se manifiesta en los distintos modos de gobierno que se suceden en Roma coincidentes generalmente con los períodos históricos conocidos, monarquía, república e imperio¹¹, por su parte, el aspecto material del derecho de Roma, según mi opinión, gira en pos de “la defensa del más débil” y en “la equiparación de los postergados en toda situación jurídica que deviene en injusta por dicha causa¹²”.

VI. En la Roma arcaica ya encontramos ‘indicios de este humanismo al cual hemos hecho referencia’, evidenciando un agudo sentido de observancia de la realidad que, más luego, se destacara en el casuismo de su derecho, implicando una inclinación natural en la contemplación y aceptación de los cambios que la vida cotidiana trae consigo demostrando un sentido común práctico subyacente en el sustrato cultural propio (‘mos

J. C., El nacimiento de Roma. Visión crítica de la leyenda. Una versión posible; Editorial Académica Española, Saarbrücken, 2013, p. 77 y ss.

⁹ Bloch R. Los etruscos, Eudeba, Buenos Aires, 1993, p. 16 y ss.; Ghirardi J. C., El nacimiento de Roma, EAE, Saarbrücken, 2003, p. 8 y ss.; Grimal P., La vida en la a Roma antigua, Paidós, Barcelona, 1993, p. 15 y ss.; Hus A., Los etruscos. FCE, México, 1996, p. 74 y ss.; Montanelli I., Historia de Roma, Plaza & Janés, Barcelona, 2001, p. 21 y ss.

¹⁰ Costa J. C., *Imperium* y concepción de poder, XXI Encuentro Nacional de Profesores de Derecho Romano, La Plata, 2013.

¹¹ Costa J. C., El Alto Imperio o Principado, Editorial Estudio, Buenos Aires, 2001, p. 5.

¹² Costa J. C., Manual de Derecho Romano Público y Privado, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016, 3ra. Edición actualizada, p. 20 y ss.

italicum’), que siglos más tarde evoluciona en un humanismo maduro aplicado en el derecho.

Resulta relevante la consideración jurídica del ser humano en Roma desde tiempos antiguos, que se haya ínsito en las antiguas tradiciones con anterioridad a la fundación de la propia ‘civitas’, dado que, en ésta convergen las creencias y ritos de toda la zona itálica primitiva y del mundo mediterráneo, una serie de subculturas que se hayan en el Lacio y de las cuales las ‘gens’ fundadoras son exponentes. En este marco primitivo se encuentran: (a) “la situación de la mujer”, que es respetada desde tiempos antiguos como dueña y señora del hogar y liberada del cumplimiento de trabajos serviles gozando de similar consideración que el esposo; (b) la protección a los “filiisfamilias” ante el abuso de la autoridad del ‘paterfamiliae’ facultándolos a exigir su emancipación cuando son vendidos más de tres veces -aunque en realidad se trata, en mi opinión, de colocaciones de trabajo-; (c) la protección del deudor, principal víctima de la ‘usura’, castigada por la ley decenviral, exigiendo la determinación judicial de la deuda y la regulación de la ejecución sin que medie abusos que agraven aún más su situación, disponiendo su necesaria alimentación, la no obligatoriedad de la sujeción en cadenas y que éstas deben tener un mínimo de peso estipulado.

Lo expuesto permite decir que, “el sentido humano del derecho se encuentra desde antiguo en el mundo romano, aún antes de su constitución en civitas contemplado por los mores maiorum y sostenido posteriormente por la ley decenviral¹³”.

VII. Precisamente, la ley de las XII tablas surge por imposición de la clase plebeya necesitada de un texto escrito en defensa del avasallamiento patricio que domina el poder político y la riqueza. Los plebeyos, pese a su gran número, no pueden imponerse políticamente, encontrándose su participación circumscripita a pagar tributos y contribuir al ejército. Esta situación produce con el tiempo una fuerte tensión social que se torna más compleja con el acceso de las familias etruscas al poder, especialmente después de las míticas reformas de Servio Tulio, que coloca a la clase plebeya y cierto sector patricio proveniente de las familias latinas y sabinas menos pudientes en una posición económica todavía más difícil.

¹³ Costa J. C., Derecho Romano Humano, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, p. 36.

En consecuencia, ‘la parte más débil’ de esta dura contienda social (plebeyos), padece el rigor de la más fuerte (patricios), que conculca sus derechos exigiéndole cada vez más esfuerzo y contribuciones. El pueblo romano comprende desde temprano que, ‘el poder se controla a través del derecho’ y la ley decenviral, aún con las falencias que porta consigo, sirve para limitar el poderío patricio erigiéndose en ‘la primera ley escrita en Roma, oficiando de conexión entre costumbre y derecho escrito concretando en su texto ‘los mores maiorum’.

Los indicios de humanidad hallados en el período arcaico son recogidos y elaborados en el texto decenviral, que en su análisis luce por la ‘defensa del más débil’, y que fuera más tarde desarrollado por las diversas fuentes jurídicas que brindaron sustento a la recopilación de Justiniano. “El texto debe comprenderse en cuanto punto de inicio del sistema legal que después emerge en la humanización del derecho creado por Roma a través de la contemplando del ser humano iniciando el camino de la centralidad del hombre en el derecho¹⁴”.

VIII. En la búsqueda del inicio del “favor debitoris” parto de la premisa que, la ‘civitas’ considera desde inicios la observancia de la humanidad en su derecho consuetudinario que luego desarrolla a través de sus leyes escritas, pocas, por cierto, pero importantes, y más tarde mediante el casuismo de sus juristas. Esta evolución es paulatina y tiene inicio en el sur de Italia, Sicilia, y Magna Grecia, ámbito geográfico donde convergen culturas milenarias, así, los jonios en su consideración divina del hombre que más luego desarrollan distintas corrientes filosóficas incluido el cristianismo; los sofistas, que centran su pensamiento en “la realidad concreta del hombre como medida de todas las cosas” deteniéndose en la finitud de la existencia tornando la vida en inestimable, cuestión luego retomada por otras corrientes filosóficas, especialmente el estoicismo de gran predicamento en el mundo romano. Por su parte, Sócrates comienza a focalizar la idea del aspecto humano del hombre a través de la piedad que con distintos matices también es luego elaborada por los juristas romanos. Platón roza la divinidad de lo humano reflexionando que el alma es un dios

¹⁴ Costa J. C., *La ley de las XII tablas*. Editorial Estudio, Buenos Aires, 2002, p. 42 y ss.; Grimal P., *La civilización romana*, Paidós, Buenos Aires, 2008, p. 30 y ss.; Schiavone A., *Ius. L’Invenzione del diritto in occidente*, Einaudi, Torino, 2005, p. 246 y ss.; Arangio-Ruiz V., *Historia del derecho romano*, Reus, Madrid, 1943, p. 71 y ss.; Aulo Gelio, *Noches Áticas*, EJE, Buenos Aires, 1959, p. 231 y ss.

prisionero en un cuerpo considerándola divina y en donde el hombre es protagonista privilegiado y, Aristóteles, medita que el alma es el principio de la vida y es el vehículo por el cual se comunica con el cuerpo, denominándolo ‘pneuma’¹⁵.

Lo expuesto brevemente permite establecer que cierta parte del mundo griego, las ciudades del sur de Italia, Magna Grecia y Sicilia, tienen presente en su cultura la idea del hombre en cuanto identidad materia-alma y que esta última le brinda el sesgo humano, y que, teniendo en cuenta la composición de las ‘gens’ primitivas en el Lacio y su vinculación con el sur de Italia y Sicilia no es de extrañar que tuvieran conocimiento de las ideas aludidas¹⁶.

IX. La ‘civitas’ romana dista de las polis griegas que entraron en decadencia dando lugar a un ciudadano distinto, ‘el romano’, quizás más rustico, apegado a las tareas rurales y a su tierra, que venera y aprende a defender, gozando de una mentalidad más práctica y abierta a las ideas y al cambio que trae consigo. También debemos tener en cuenta la fuerte influencia habida en Roma del estoicismo, que por razones de tiempo y espacio no podemos intensificar en esta oportunidad, y que está relacionada con un orden o derecho natural respeto del cual toda ley positiva está vinculada y es igual para todos los hombres.

El ‘ius honorarium’ posteriormente continúa elaborando estas ideas que tiende lentamente a tener en mira al hombre pasando la justicia por la consideración de éste como ser humano¹⁷. El pensamiento de Cicerón, Séneca y Juvenal, exponentes de las ideas estoicas imperantes entre fines de la república e inicios del Alto Imperio convergen en determinar que el indicio de humanismo del sentir romano tiende a cristalizarse en realidad concreta. El hombre adquiere importancia en cuanto ser humano sin importar condicionamientos de carácter político, sexual o social,

¹⁵ Costa J. C., *Derecho Romano Humano*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 56 y ss.

¹⁶ Jaeger W., *Paideia: Los ideales de la cultura griega*, FCE, México, 1993, p. 153 y ss.; Maritain J., *Introducción a la Filosofía*, Club de Lectores, Buenos Aires, 1969, p. 40 y ss.; Armstrong A. H., *Introducción a la filosofía antigua*, Eudeba, Buenos Aires, 2007, p. 22 y ss.; Mondolfo R., *La comprensión del sujeto humano en la cultura antigua*, Eudeba, Buenos Aires, 1979, p. 79 y ss.

¹⁷ Jaeger W., *Paideia: Los ideales de la cultura griega*, FCE, México, 1993, p. 84 y ss.

comenzando el derecho necesariamente a tenerlo en mira en cuanto a tal en sus decisiones¹⁸. Marco Aurelio dando fin a este devenir estoico conduce a la contemplación jurídica del hombre en cuanto a su condición de ser humano. Se desprende de su pensamiento la protección de la vida humana en cuanto la considera un bien superior, siendo contrario a derecho adoptar otra pauta de valor en contrario. Su pensamiento lo lleva a respetar la vida en todo sentido y sin ningún tipo de discriminación desde la gestación del individuo demostrando una madurez proclive a la apertura conceptual de la aceptación del ser humano por sobre cualquier rasgo físico debiendo ser protegido jurídicamente conduciendo a que las leyes deben focalizarse en él humanizando las normas que lo contemplan, luciendo más justas y equitativas denostando los abusos sobre el más débil¹⁹.

X. La literatura es un reflejo de la sociedad y en las obras de Livio Andrónico, Nevio, Ennio, Titinio, Accio, y especialmente Plauto y Terencio²⁰, nos permite encontrar la consideración del ser humano en la vida cotidiana romana²¹, demostrando ‘una acentuación en la consideración del aspecto humano²²’.

XI. El cambio paulatino y profundo producido en todo el ámbito romano en su acervo cultural, es decir, pensamiento filosófico, letras, situación político- social coadyuvaron en dicho sentido, y finalmente, la obra de los grandes juristas clásicos, Ulpiano, Paulo y Modestino representan el pensamiento filosófico-jurídico que hemos expuesto.

Ulpiano es uno de los grandes juristas que ilumina con sus opiniones buena parte del derecho de su época, por cierto, turbulenta en lo político y

¹⁸ Cicerón M. T., Obras completas, traducción y prefacio Navarro y Calvo F., Anaconda, Buenos Aires, 1946, V. 2, p. 649 y ss.; Grimal P., El amor en la Roma antigua, Paidós, Barcelona, 2000, p. 290 y ss., Levi A., Historia de la filosofía romana, Eudeba, Buenos Aires, 1969, p. 144 y ss.

¹⁹ Marco Aurelio, Meditaciones, Planeta De-Agostini, Buenos Aires, 1995, p. 10.21.

²⁰ Plauto, Obras Completas, El Ateneo, Buenos Aires 1947, p. 10 y ss.; Rostovtzeff M., Roma, Eudeba, Buenos Aires, 1984, P. 79 y ss.

²¹ Grimal P., El amor en la Roma antigua, Paidós, Barcelona, 2000, p. 116 y ss.; Plauto, Obras Completas, El Ateneo, Buenos Aires, 1947, p. 8 y ss.; Plauto, Obras Completas, El Ateneo, Buenos Aires, 1947, Triinummus, p. 1181 y ss.

²² Tenney F., Vida y literatura en la república romana, Eudeba, Buenos Aires, 1971, p. 128 y ss.

social, siendo el jurisconsulto más citado en la obra justiniana. Es autor de una fecunda obra jurídica que abarca los más diversos temas²³, destinada, entre otras cuestiones, al nasciturus, el hermafrodita, la responsabilidad derivada de la obediencia debida y el temor reverencial, etc., erigiéndose en uno de los juristas más lúcidos y preparados de su tiempo que, y coincidiendo con Táforo, “supo recoger la herencia de los jurisconsultos romanos del Principado y divulgarla en forma incisiva, por cuanto su pensamiento más allá de todo ha signado el derecho de Roma a nuestros días²⁴”.

Paulo reconoce ‘la labor de la interpretación’ de los juristas de su tiempo y por la cual se concreta la evolución del sentido jurídico a favor de lo humano. Sus decisiones se destacan por la protección de la concubina, los hijos naturales, la mujer embarazada, la igualdad de la mujer respecto al hombre y al esclavo, entre otras cuestiones²⁵.

Por su parte, Modestino, nos brinda que la verdadera finalidad del derecho es ‘el hombre’, y que aquel no se debe ir contra éste porque ni la razón ni la equidad lo justifican, como así tampoco debe ser alterado por la interpretación, puesto que el derecho es para utilidad del ser humano y no en su perjuicio²⁶.

La opinión de Modestino resulta de importancia en razón que junto a Ulpiano y Paulo evidencia el pensamiento jurídico de las postrimerías del período clásico²⁷, pero no debemos olvidar a otros juristas, cuyo análisis excede el presente, así, Hermogeniano cuando dice “todo el ius ha sido constituido por causa de los hombres²⁸”, y el propio Gayo proponiendo una división de las personas de modo amplio estableciendo que “todos los

²³ Ulpiano, Reglas, traducción y notas Ponssa de la Vega de Miguens N., Ediciones Lerner, 1970, Buenos Aires, p. 15 y ss.

²⁴ Tafaro S., Centralità dell’uomo (persona), en Studi per Nicosia G., Giuffrè Editore, Napoli, 2007, VIII, p. 97 (la traducción de la cita me pertenece).

²⁵ Paulo 1.8.4 / 4.5.3 / 5.11.24 / 5.11.26.

²⁶ Modestino, Respuestas. Libro I a XIX, traducción y notas Adame Goddard J, UNAM, México, 1987, Prólogo, p. X y ss.

²⁷ Costa J. C., Manual de derecho romano público y privado, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 551 y ss.

²⁸ D.1.5.2.

hombres son libres o esclavos²⁹”, reconociendo al esclavo como ser humano por sobre su condición jurídica³⁰.

XII. Entonces, el derecho romano logra a través de la evolución de su cultura jurídica un complejo de principios protectorios de la persona con acentuación en su condición humana erigiendo al hombre en la consideración central del derecho de modo tal que las decisiones jurídicas dejan de tenerlo como referente tangencial para ubicarlo en fin del sistema. Este cambio cultural permite entender el pensamiento jurídico romano que refleja una asombrosa humanización en las decisiones dirigiéndose en rechazo de ‘lo contrario al hombre’, por cuanto el derecho no puede tener un contenido inhumano dado que contempla lo que es esencialmente humano’, siendo necesario recordar la opinión de Modestino destacando la importancia de la racionalidad del derecho y su utilidad al hombre.

Es decir, Roma inicia el camino a seguir respecto a la humanización del derecho. La humanitas como palabra y concepto es una creación autónoma de los romanos que nace y se desarrolla a mediados de la república cuando Roma se abre al mundo y al mejor conocimiento de la cultura griega a través de Sicilia superando desde el punto de vista jurídico sus primitivos formalismos influenciando el derecho de un modo comprensivo y profundo. Debemos a Cicerón el concepto de humanitas, sosteniendo al respecto la necesidad de “respetar a todo hombre por el solo hecho de que es nuestro semejante”, fundándolo en el derecho natural.

Pues bien, todo lo expuesto tiene como destinatario al hombre. La actividad pretoria, la jurisprudencia clásica, la labor de los príncipes y emperadores, las propias leyes comiciales y los senadoconsultos tienden al desarrollo del humanismo romano que considera al hombre como un valor en sí mismo. Por dicha razón se protege a la mujer, los hijos, el esclavo, el nasciturus, el hermafrodita, los menores de edad, los que mal se les niega la libertad (favor libertatis) y especialmente al ‘deudor víctima de la usura’ (‘favor debitoris’), es decir, “todos aquellos que presentan una debilidad respecto a quien se encuentra protegido por el derecho”.

La consideración del ser humano en todos sus aspectos tiende a conformar el núcleo de un complejo de principios protectorios que se

²⁹ Gayo 1.9.

³⁰ Costa J. C., El derecho de familia y de las personas en Roma, Editorial Estudio, Buenos Aires, 1997, p. 36 y ss.

encuentra instalado en el pensamiento de los juristas romanos desde antiguo, que al decidir lo que es justo no pueden soslayar a la persona humana. Esta madeja de principios protectorios no escrito, producto de la evolución que he expuesto largamente, considero apropiado denominarlo ‘derecho romano humano’ (‘*ius romanorum humanum*’)³¹”.

Modestino trasluce “el verdadero sentido del derecho” sosteniendo, que no debe ir contra el hombre, porque ni la razón ni la equidad lo justifican, como así tampoco debe ser alterado por quienes lo interpretan, puesto que el derecho es para utilidad del ser humano y no en su perjuicio. Paulo también señala su preocupación de jurista considerando la necesidad de tener presente al momento de decidir, “el verdadero sentido del derecho“, afirmando, “no se puede hacer pacto contra la ley ni contra las buenas costumbres³²”. Esta idea se encuentra en diversos pasajes de su obra incluso cuando se refiere al ser humano³³. Modestino y Paulo coinciden respecto a la importancia de ‘la interpretación’, especialmente porque a través de ésta se manifiesta el pensamiento y actividad de los juristas³⁴. Ambos destacan su importancia, porque ‘interpretar el derecho’ importaba poseer una sólida cultura jurídica en la toma de decisiones respecto a la consideración y protección de la persona humana³⁵.

XIII. Los juristas suelen tratar el “favor debitoris” dentro de la “temática del contrato”, es decir, como implicancia de la actividad mercantil, pero no han hecho hincapié en su origen, concretamente en la procedencia evolutiva que ha tenido en lo que he denominado “derecho romano humano”, en el cual se tuvo en cuenta al hombre como fin del derecho y su protección en cuanto a tal. Indudablemente el “favor debitoris” se inicia en Roma como consecuencia de la problemática de los deudores víctimas de la usura y lentamente “la protección humana del deudor” evoluciona, primero,

³¹ Costa J. C., *El derecho de familia y de las personas*, Editorial Estudio, Buenos Aires, 1997, p. 36 y ss.; Costa, J. C., *Estatuto de la persona*, XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, 2001.

³² Paulo 1.8.4.

³³ Paulo 4.5.3 / Paulo 5.11.24 / Paulo 5.11.26.

³⁴ Paulo 4.8.4.

³⁵ Costa J. C., *Derecho Romano Humano*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, p. 133 y ss.

a través de la labor de la pretura peregrina, y después, por lo actividad de los juristas clásicos.

XIV. Lo expuesto tiene relación con la opinión de Lorenzetti cuando dice puntualmente que el código vigente se trata del “código de la igualdad” por cuanto “busca la igualdad real, y desarrolla una serie de normas orientadas a plasmar una verdadera ética de los vulnerables. Ello puede apreciarse en una serie de normas sobre protección de los consumidores, que, por primera vez son incorporados sistemáticamente en un código, que innova profundamente en la materia³⁶”, señalando Lorenzetti que, el código está “basado en un paradigma no discriminatorio”, entendiendo que, “en la tradición histórica, el sujeto del derecho privado ha sido el hombre. Se ha cambiado este paradigma para concebirlo en términos igualitarios, sin discriminaciones basadas en el sexo, la religión, el origen o su riqueza”, incluyendo en la recepción de este nuevo paradigma al ‘consumidor³⁷’.

La opinión de Lorenzetti vislumbra un cambio en la consideración del “favor debitoris”, puesto que habla concretamente de “...un paradigma no discriminatorio... para concebirlo en términos igualitarios, sin discriminaciones basadas en el sexo, la religión, el origen o su riqueza...”, incluyendo puntualmente al “consumidor” entre las personas beneficiadas por la concepción de este nuevo paradigma.

Es decir, entonces, que la situación jurídica del consumidor no se encuentra proyectada como protagonista de la actividad mercantil, sino, dentro del paradigma de la no discriminación y de la igualdad, incluso afirmado por el fenómeno jurídico de la “constitucionalización del derecho privado” que torna factible la aplicación de los tratados “... en particular los de Derechos Humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad... y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado...³⁸”.

³⁶ Lorenzetti R., “Aspectos Valorativos y Principios Preliminares”, “Nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina, Ediciones Tribunales, 1ra. Edición, Buenos Aires, 2014, p. 67.

³⁷ Lorenzetti R., “Aspectos valorativos y principios preliminares”, Código Civil y Comercial de la República Argentina”, Ediciones Tribunales, 1ra. Edición, Buenos Aires, 2014, p. 68.

³⁸ Lorenzetti R., “Aspectos valorativos y principios preliminares”, Código Civil y Comercial de la República Argentina, Ediciones Tribunales, 1ra. Edición, Buenos Aires, p. 67.

XV. En mi consideración, el fin que han tenido los autores del código en cuanto a la equiparación igualitaria en el trato jurídico sin discriminación por el sexo, la religión, el origen o la riqueza en cuanto a la mujer, el niño, las personas con capacidades diferentes, a las comunidades originarias y al consumidor tiene relación directa con la finalidad del “derecho romano humano” (“*ius romanorum humanum*”), que en “la consideración del ser humano en todos sus aspectos tiende a conformar un núcleo de un complejo de principios protectorios que se encuentra instalado en el pensamiento de los juristas romanos desde antiguo, que al decidir lo que es justo no pueden soslayar a la persona humana³⁹”.

XVI. En síntesis, y a modo de conclusión, propongo la siguiente ponencia:

“La norma del artículo 1095 C. C. y C. contemplativa del “favor debitoris”, dictada dentro del nuevo paradigma de no discriminación y de igualdad, tiene origen en consideraciones elaboradas por los juristas que articularon el “derecho romano humano” (“*ius romanorum humanum*”), por el cual se tuvo en cuenta a aquellos que presentaban una debilidad jurídica respecto de quienes se encontraban protegidos, integrándolos, y equiparándolos en el sistema legal”.

³⁹ Costa J. C., *El derecho de familia y de las personas*, Editorial Estudio, Buenos Aires, 1997, p. 36 y ss.; Costa, J. C., *Estatuto de la persona*, XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, 2001; Costa J. C., *Derecho Romano Humano*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, p. 161 y ss.

LA CARACTERIZACIÓN DEL *CONTRACTUS* EN EL DERECHO CLÁSICO

Por Augusto Alfredo Di Pietro¹ y Alfredo Gustavo Di Pietro²

I. CONCLUSIÓN

El contrato, tal como nos lo presentan las fuentes clásicas del derecho romano, es un negocio *ex fide bona*. Resulta necesario revalorizar a la buena fe como elemento constitutivo del contrato, luego de tantos siglos de voluntarismo jurídico en los que la voluntad reemplazó a la buena fe. La revalorización del contrato, tal como afirma Zimmermann, y especialmente su elemento constitutivo: la buena fe, representan un eminente aporte para la unificación legislativa y una contribución a los actuales procesos de integración en materia contractual.

II. FUNDAMENTOS

1. INTRODUCCIÓN

El vocablo contrato, aparece por primera vez en la lengua latina. No tiene traducción a la lengua griega, si bien podemos encontrar referencias aproximadas al vocablo *συνάλλαγμα* en la *Ética* de Aristóteles. En la opinión de Alvaro D'Ors, el contrato es una de las más grandes creaciones del genio jurídico romano. Según el gran romanista español, "*Los antiguos ritos basados en certa et sollemnia verba, como la mancipatio, fueron sustituidos por una figura trascendente, basada en el deber de dar, prestar o hacer en virtud de la buena fe*".

Si bien los romanos no conocieron la palabra contrato hasta promediar la época clásica. Durante casi diez siglos, grandes personajes de la historia romana, como Julio César, Marco Tulio Cicerón y Octavio

¹ Licenciado en Ciencias Jurídicas. Universidad Católica de Temuco, Chile.

² Abogado. Doctor en Ciencias Jurídicas. Profesor Asociado. Universidad Católica de Temuco, Chile. Universidad Nacional de José C. Paz. Profesor Titular.

Augusto conocieron otras formas de realizar transacciones, y de establecer lazos comerciales. La figura del contrato no había sido aún esclarecida³.

2. EL CONTRATO EN LAS INSTITUCIONES DE GAYO

Gayo, el gran pedagogo del derecho expuso en sus Instituta, los distintos modos por los que se pueden contraer las obligaciones. Para ello utiliza el verbo *contrahere*, acuñando la expresión *contrahere obligationem*. De tal modo que las obligaciones se pueden contraer de diversos modos: por la palabra, por la escritura, por la entrega de una cosa, o por el *consensus*.

La exposición presentada por Gayo es de carácter netamente pedagógico, pues a cada uno de los diversos modos, corresponden cuatro figuras de actos jurídicos, las cuales suman dieciséis en total. El modo de exponer el tema pareciese responder a un recurso mnemotécnico, que facilitara el aprendizaje de los alumnos.

Pero lo que más nos interesa es que a partir del verbo *contrahere*, se va a formar la expresión *res contracta*, entendida como asunto contraído, y luego el sustantivo “*contractus*”. Tales vocablos, sin embargo, no tienen en Gayo el sentido preciso que vamos a encontrar en otros textos, fundamentalmente porque Gayo no distingue claramente entre los distintos modos de contraer obligaciones, cuáles son propiamente contratos y cuáles no.

De la exposición gayana, es posible, sin embargo, distinguir las obligaciones de derecho estricto de las de buena fé, lo cual, nos permitiría a priori, distinguir por un lado las obligaciones que se contraen por la palabra, la escritura y la entrega de una cosa, y por otro, las que se contraen *consensus*.

Mientras las primeras se encuentran protegidas por acciones de derecho estricto, como la *actio ex stipulati*, las segundas se hallan protegidas por *actiones bonae fidei*, más precisamente *bonae fidei iudicia*, que son acciones en las que el juez debe analizar el comportamiento de las partes de

³ DE VISSCHER, F. *Les origines de l'obligation ex delicto*. Études de droit romain, 1931. El autor se plantea si fueron primero las obligaciones ex delicto o las obligaciones ex contractu. Probablemente debamos atenernos a la evolución del procedimiento judicial, y especialmente a la división entre las *actiones in rem et in personam*.

acuerdo con lo que debieron haber hecho o dado a la luz del principio de la buena fe: *dare facere, oportere ex fide bona*.

El derecho clásico conoce la expresión *iudicia bonae fidei*, es decir "juicios de buena fe". Esta aparece como la denominación clásica exacta, y si bien Ulpiano (Dig. 16.3.1.23) habla de la acción de depósito como tratándose de una *actio bonae fidei*, esta denominación no resulta propiamente clásica, habiendo sido posiblemente objeto de una interpolación. Justiniano en sus *Institutas* (4.28) contrapone las *actiones bonae fidei* a todas las demás, a las que llama *actiones stricti iuris*⁴.

Los *bonae fidei iudicia* eran ya conocidos desde tiempos de la *Lex Aebutia*, en tiempos de la República. Cicerón, en sus *De officiis* (3.17.70), nos presenta una nómina atribuida a Quintus Mucius Scaevola, y que comprende las *actiones tutelae*, la *actio pro-socio*, la *actio fiduciae*, la *actio mandati*, la *actio empti venditi* y la *actio locati conducti*. Gayo⁵ reproduce los mismos casos, pero agrega tres más: la *actio negotiorum gestio*, la *actio rei uxoriae*, es decir la acción de la mujer para recobrar los bienes dotales, y la *actio depositi*. Las dos primeras eran conocidas en la época de Cicerón, no así la última. Se puede pensar que esta lista se completa para cada una de ambas épocas, siendo que además coinciden con la lista dada por Lenel en el Edicto Perpetuo (Tit.19)⁶.

Aclaremos, sin embargo, que, en el mismo Derecho clásico, los *iudicia bonae fidei*, dadas las características especiales, se distinguen nítidamente ya de las *actiones civiles* que son aquellas cuyas fórmulas están redactadas in *ius*⁷ y de las *actiones honorariae* cuyas fórmulas están redactadas in *factum*. Sin embargo, para adentrarnos en la concepción

⁴ DI PIETRO, Alfredo. "Los *iudicia bonae fidei* y su importancia en materia contractual". Revista Prudentia Iuris n° 36, 1994.

⁵ GAYO, *Instituta*. Trad. Alfredo Di Pietro. Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, IV.62. D' Ors advierte en su brillante exposición *Re et Verbis* que "Gaius noster, a pesar de vivir en el siglo II, era, en cierto modo, tanto por sus aficiones como por sus esquemas escolásticos, una mentalidad postclásica. Por eso Gayo no es siempre una fuente segura para mostrarnos el verdadero pensamiento de los clásicos. Todo esto independientemente del problema de los glosemas del Gayo veronés, evidente en algunos casos.

⁶ DI PIETRO, Alfredo. "Los *iudicia bonae fidei* y su importancia en materia contractual". Revista Prudentia Iuris n° 36, 1994.

⁷ GAYO. *Instituta*. IV.45; IV.46.

romana del contrato, debemos recurrir a complementar lo antedicho con otros textos.

3. EL CONTRATO EN ULPIANO

En una cita del Digesto atribuida al jurista Ulpiano, D. 50. 16. 19. Aparece transcrita una definición en la que el mismo Ulpiano cita a Labeón diciendo: “*Contractum autem ultro citroque obligationem; quod Graeci συναλλαγμα vocant, veluti emptionem, venditionem, locationem, conductionem, societatem; gestum rem significare sine verbis factam*”.

La cita, podría traducirse diciendo: “contrato significa obligación de uno y de otro, lo que los griegos llaman *synallagma*, como la compra, venta, locación, conducción y sociedad. *Gestio*, significa cosa hecha sin palabras”.

La definición resulta por tres razones fundamentales. En primer lugar, por cuanto define de una manera típicamente clásica, como diría Winckelman: “*con noble sencillez y serena grandeza*”, que el contrato es la obligación de uno y otro, lo cual significa que en el contrato hay necesariamente dos partes que se encuentran vinculadas por obligaciones recíprocas. En segundo lugar, por cuanto identifica al contrato con “*aquello que los griegos denominan Synallagma*”, haciendo una remisión implícita a la lengua griega, como podremos explicar más adelante. Por último, brinda ejemplos de lo que debe entenderse por contrato, de una manera asertiva y clara. Así, enumera el caso de la compra, la venta, la locación, la conducción, y la sociedad⁸.

La remisión a la lengua griega es un recurso utilizado en la época clásica, que a la vez da un rasgo de *elegantia* al texto. Sabido es por los textos de Varrón que los propios romanos eran muy críticos con la lengua latina, a la que consideraban pobre en comparación con la griega, que disponía de varios términos para designar una misma cosa. Así, la mención de un vocablo griego eleva el tono del discurso e introduce una forma de *ornatio* para embellecer la definición.

Pero, por otra parte, nos presenta el problema de traducir un vocablo que no es técnicamente jurídico, sino que aparece en un texto filosófico de Aristóteles: la ética a Nicómaco. Allí, Aristóteles trata la equidad y vincula

⁸ DI PIETRO, Alfredo. “*Oportere ex fide bona. Consideraciones sobre el contrato en el derecho actual*”. Revista Jurídica Internacional, IJ. Editores. 2022.

el *synallagma* con la igualdad existente en una y otra ribera, con aquello que es igual de uno y otro lado.

De tal modo que el contrato, desde el punto de vista del *synallagma*, es una relación netamente conmutativa en la que la prestación a cargo de cada parte resulta equivalente a la prestación de la otra. A tal punto, que si por determinadas circunstancias, una de las prestaciones deviniese excesivamente onerosa, la ruptura del equilibrio sinalagmático pondría en riesgo la vigencia misma del contrato. Tal es el caso del precio vil o irrisorio que para el derecho justiniano ocasiona la nulidad de la venta.

Esta diferenciación entre los negocios crediticios, es decir, las promesas de pago como ocurre en la *stipulatio*, las daciones de dinero como los préstamos y los contratos como negocios complejos en los cuales se da la bilateralidad de las obligaciones, resulta muy significativa y que aparece perfilada en otros textos de Ulpiano⁹ y de Pomponio¹⁰.

Ulpiano cita a Labeón, que era uno de los *iurisprudentes* más relevantes de su época, en un texto cuyo origen es bastante incierto, por cuanto el propio Lenel, si bien ubica el origen del texto en la cláusula edictal “*quod metus causa gestum erit*” duda si en realidad proviene del edicto “*De capitis minutis*”. De todas maneras, resulta claro que el texto atribuido a Labeón es auténtico, por lo que carece de importancia si responde a una u otra cláusula edictal¹¹.

4. EL PROBLEMA DE LAS *ACTIONES PRAESCRIPTIS VERBIS*

Sostiene Dalla Massara¹², que “*concentrarse en el origen del contrato significa seguir el camino que conduce, por el impulso creativo de la jurisprudencia romana, a la elaboración del concepto*”. Así, de una simple lectura del edicto, podemos advertir que el nomen contractus, es decir el nombre de cada figura contractual, deriva de las acciones judiciales que protegían a cada una de las partes.

⁹ DIGESTO 2.13.6.3.

¹⁰ DIGESTO 40.7.29 pr.

¹¹ DI PIETRO, Alfredo. “Los negocios jurídicos patrimoniales y los contratos en el derecho romano”, Ed. Abaco de Rodolfo Depalma, 2005.

¹² DALLA MASSARA, T. *Alle origini della causa del contratto. Elaborazione di un concetto nella giurisprudenza classica*. Padova: CEDAM. 2004

Sostiene Dalla Massara¹³, que “*concentrarse en el origen del contrato significa seguir el camino que conduce, por el impulso creativo de la jurisprudencia romana, a la elaboración del concepto*”. Así, de una simple lectura del edicto, podemos advertir que el *nomen contractus*, es decir el nombre de cada figura contractual, deriva de las acciones judiciales que protegían a cada una de las partes.

Tal es el caso de la *actio empti*, y la *actio venditio*, que unidas dan lugar al negocio que conocemos como la *emptio venditio*, es decir la compraventa. Lo mismo ocurre con la *actio locati* y la *actio conducti*, que unidas dan lugar al negocio de la *locatio conductio*, es decir la locación, a las que Labeón define con la palabra *synallagma*.¹⁴

Según Biscardi, “*La noción de synallagma, equivale al término latino commutatio, lo cual, de por sí, resulta bastante genérico como para construir una teoría del contrato*”. Para algunos autores, como Filippo Gallo, la idea de *synallagma* “*comprende tanto a las figuras típicas como a las llamadas atípicas*”. Esta afirmación, ha generado distintas controversias.

En primer lugar, debemos considerar que el derecho clásico conoció la expresión *iudicia bonae fidei*, es decir “juicios de buena fe”. Esta aparece como la denominación clásica exacta, y si bien Ulpiano en un texto¹⁵ habla de la acción de depósito como tratándose de una *actio bonae fidei*, esta denominación no resulta propiamente clásica, habiendo sido posiblemente objeto de una interpolación. Por otra parte, Justiniano contrapone las *actiones bonae fidei* a todas las demás, a las que llama *actiones stricti iuris*. Sin embargo, en el mismo Derecho clásico, los *iudicia bonae fidei*, dadas sus características especiales, se distinguen nítidamente de las *actiones*

¹³ DALLA MASSARA, T. *Alle origini della causa del contratto. Elaborazione di un concetto nella giurisprudenza classica*. Padova: CEDAM. 2004

¹⁴ La concepción del *synallagma* se halla vinculada a la concepción ética de los intercambios en las transacciones. No es casualidad que Aristóteles mencione el *synallagma* en su *Ética*, como un modelo de justicia conmutativa. En sentido concordante, es la obra de Arnaldo Biscardi “*Quod Graeci synallagma vocant*”, en Labeo, 1983.

¹⁵ DIGESTO 16.3.1.23

civiles que son aquellas cuyas fórmulas están redactadas *in ius*¹⁶ y de las *actiones honorariae* cuyas fórmulas están redactadas *in factum*¹⁷.

Lo típico y característico de las llamadas *actiones stricti iuris*, es que se corresponden a reclamos unilaterales por parte del actor. Esto es lo que ocurre tanto en las *actiones in rem*, tal es el caso de la *rei vindicatio*, como en las *actiones in personam*. Por medio de éstas podemos reclamar un *certum* o un *incertum*. Un ejemplo de lo primero ocurre con la *actio certae creditae pecuniae*, en la cual la *intentio* es para que el demandado, si se encuentra probado, me deba dar una determinada cantidad de sestercios. El caso de un *incertum*, lo tendríamos en la denominada *actio ex stipulati incerti*, donde se reclama "aquello que ha sido estipulado", sin indicación de la suma, la cual resultará de la prueba posterior. Pero en todos estos casos de *actio stricti iuris*, la potestas del *iudex* se verá más o menos acotada. Tal como lo explica Gayo¹⁸, el *iudex* debe observar estrictamente los términos de la *condemnatio*. Si ésta era cerco, a menos que incurriera en *litem suam facere*, es decir "hacer suyo el litigio", no puede condenar más allá del monto fijado; de lo contrario debía absolver al demandado. Si era *incerta*, y la *condemnatio* contenía un monte-tope, es decir una condena *cum taxatione*, no podía condenar más allá del mismo. Y si no lo contenía, su libertad era mayor, pero debía limitarse en su condena a lo verdaderamente probado¹⁹.

En cambio, en los *bonae fidei iudicia*, le está permitido al *iudex* la libre potestad de estimar el monto de lo que se debe restituir al actor conforme a los principios de la *fides* y del *bonum*: *dare, facere oportere ex fide bona*; conforme nos lo presenta Gayo en IV.61; Inst.4.6.39. De este modo, vemos que el *iudex* tenía una libertad muy amplia, ya que al contar con dicha cláusula debía decidir no estrictamente conforme al *ius civile*, es

¹⁶ GAYO, Instituta. Trad. Alfredo Di Pietro. Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997. IV.45

¹⁷ GAYO, Instituta. Trad. Alfredo Di Pietro. Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997. IV.46

¹⁸ GAYO, Instituta. Trad. Alfredo Di Pietro. Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997. IV.48-52.

¹⁹ DI PIETRO, Alfredo. "Los *iudicia bonae fidei* y su importancia en materia *contractual*". Revista Prudentia Iuris n° 36, 1994. La relación existente entre los contratos y el procedimiento judicial resulta relevante a efectos de comprender el vínculo existente entre los *iudicia bonae fidei* y los negocios consensuales en los que la *bona fides* se presenta como el elemento esencial y constitutivo del contrato.

decir *ex iure Quiritium*, sino conforme a lo que encontraba equitativo que debiera restituirse al actor conforme al *aequum et bonum*.

Así, en sus aplicaciones principales, nos encontramos con que no solamente debía resolverse el pleito teniendo en cuenta las cláusulas expresamente contenidas en el negocio, sino también aquellas otras que resultaban implícitamente incorporadas atendiendo a la expresión *ex fide bona*. Por ello, es que se consideró que en este tipo de juicios no era necesario que el demandado interpusiera la *exceptio doli mali*, ya que se entendía que la misma estaba sobreentendida en la fórmula, interpretando que el dolo estaba precisamente opuesto a la *fides*²⁰. Y lo que era también muy importante, el juez escapaba a la rigidez de las otras fórmulas, pudiendo apreciar libremente toda una serie de incidencias internas al negocio, como ser la cuestión de los frutos, de los intereses, y más aún, será por este camino de estos *bonae fidei iudicia* que se inicia la vigencia de la compensación²¹.

2) El problema se va a presentar con los denominados negocios atípicos, como es el caso de las *dationes*, y especialmente de las *dationes ob rem*. Si consideramos el tratamiento que la Ulpiano ha dado a estas figuras, podemos advertir que poseen un *nomen*, y por ello están amparadas en el Edicto²².

La inexistencia de una acción civil, que es prácticamente indiscutida para el caso de la prenda, tropieza, para ser admitida en el caso del comodato, con la alusión gayana a que para el comodato existió una doble fórmula como para el depósito: *similes etiam commodati formulae sunt*. De este testimonio se quiere derivar una prueba firme de la existencia de una *actio commodati in ius*, por más que la misma analogía gayana obligara a encontrar esa acción entre las de buena fe, lo que no ocurre,

El comodato no fue nunca sancionado más que por una acción *in factum*, es decir, la negación de que existiera en el derecho clásico una *actio*

²⁰ DIGESTO 24.3.21; DIGESTO 18.5.3.

²¹ DI PIETRO, Alfredo Gustavo. "Los iudicia bonae fidei y su importancia en materia contractual". Revista Prudentia Iuris n° 36, 1994.

²² DI PIETRO, Alfredo. "Los negocios jurídicos patrimoniales y los contratos en el derecho romano", Ed. Abaco de Rodolfo Depalma, 2005. P. 240. "A diferencia de lo que ocurre con Gayo, Labeón no se queda meramente con la circunstancia modal de cómo nacen las obligaciones, lo cual nos conduce subjetivista y consensualista del contrato, sino que se adentra en la concepción objetivista". En igual sentido ver el trabajo de Filippo Gallo, "Synallagma e conventio nell' contratto", Giappichelli, Torino, 1992.

commodati in ius, la cual, a mi modo, de ver, tenía necesariamente que haber sido, de haber existido, una *actio bonae fidei*, ha tenido hasta ahora poca aceptación.

Sin embargo, debemos preguntarnos: ¿Es posible extender la denominación de contrato, a todos aquellos negocios atípicos en los que existe la reciprocidad entre partes? Tomemos el siguiente ejemplo: “*Te doy una suma de dinero, para que tú manumitas al esclavo Stichus*”. En principio, si el accipiens lleva a cabo la acción convenida, puede retener la suma entregada. Pero si no realiza la acción, carece de causa para retener lo entregado.

En el Título XIX del Digesto, figura el Título *De praescriptis verbis et in factum et in factum actionibus*, en el cual se plantea la posibilidad de accionar en estos casos mediante una *actio civilis in factum*, o de la *actio praescriptis verbis*. Así lo expresa Pomponio²³: “*A veces sucede que en el caso que falten en los juicios las acciones ordinarias y acostumbradas, teniendo un nombre propio, (es decir acciones típicas), recurrimos fácilmente a las que llamamos por el hecho (in factum)*. Es el caso de las *acciones praescriptis verbis*. Accionar por medio de una *actio praescriptis verbis*, significa en la práctica que el pretor, luego de escuchar a las partes, permitía la incorporación de una *praescriptio*.”

Señala Gayo, al respecto que hay praescriptiones que son admitidas en favor del actor, “*Praescriptiones quae receptae sunt pro actore*”, para proteger al actor y evitarle eventuales problemas con el desarrollo del proceso. Justamente se ubican al principio de la fórmula *prae-scribuntur*, uniéndola con la *demonstratio*.

Así, en el caso de la *permutatio*, se presenta el problema del pago del precio. Gayo nos dice que en la compraventa el pago del precio debe consistir en una suma de dinero (*numerata pecunia*). Sin embargo, las escuelas de juristas discutieron acerca de si podía efectuarse el pago del precio en especie. Así, los sabinianos, consideraron que el pago del precio podía consistir en otra cosa además del dinero. En cambio, los proculeyanos distinguían la permuta de la compraventa como dos figuras distintas entre sí, dada la dificultad que presenta la permuta en cuanto a que no podría precisarse cuál de las dos cosas es la que se ha vendido.

²³ DIGESTO 19.5.1

Para Paulo²⁴, el origen de la compraventa estuvo dado por la permuta, porque “antiguamente no había moneda y cada uno permutaba según sus necesidades”. Sin embargo, establece las diferencias entre una y otra. Al vendedor, dice, “*le basta obligarse por razón de evicción a entregar la posesión, y a justificarse de dolo malo*”. En cambio, en la permuta, las cosas ocurren de otro modo.

Tomemos en consideración el siguiente caso citado por Aristón: Si te diera una Toga para que tú me entregues una túnica, Sabino y Cassio opinan que hay compraventa, mientras que Nerva y Próculo dicen que hay permuta. Una cosa es la permuta y otra la compraventa. En cierta forma, para Sabino y Cassio, la *permutatio* no sólo merecía protección, sino que, además, era entendida como una especie de compraventa, aunque no logran distinguir en la permuta, el precio de la cosa²⁵.

Para la época de Justiniano, prevaleció la opinión de Próculo y de Nerva en el sentido que la permuta es una especie propia de contrato (*Propia species contractus*). Pero continúa subsistiendo la pregunta acerca de si la permuta sería un contrato consensual o una *datio*. En principio, si nos atenemos al modo de perfeccionarse, tenemos que la permuta perfecciona la obligación una vez que es entregada la cosa, es decir *ex re tradita initium obligationi praebebat*²⁶.

El otro problema que se presenta es relativo a la expresión de Próculo (*Propia species contractus*) ¿Quería referirse Próculo a una especie de *Synallagma* en los términos de una *ultra citroque obligatio*? Autores como Sargenti consideran que no, sino que pretendía referirse a un *novum negotium*.

Entre los casos de aplicación del *Agere Praescriptis Verbis*, podemos mencionar:

²⁴ DIGESTO 18.1.1.

²⁵ DIGESTO 2.14.7.2. De manera coincidente hay un texto de Celso en Digesto 12. 4.16. en el que se pregunta si esta especie de contrato es acaso parte de una compraventa o de otra causa.

²⁶ DI PIETRO, Alfredo. “*Los negocios jurídicos patrimoniales y los contratos en el derecho romano*”, Ed. Abaco de Rodolfo Depalma, 2005. pp.234 y ss. A ello cabe agregar que “Si bien Labeón creó la categoría contractual como comprensiva de figuras típicas, tal cual surgen del Edicto, demostró que era un *iurisperitus atque prudens*, es decir un entendido en las cuestiones propias del *ius*, así como un *prudens*, esto es el que sabe manejar la cuestión de la prudencia en los asuntos en que debe dar su *responsum*”

- a) La compraventa sujeta a una condición.
- b) La compraventa con *Pactu Adiectum*.
- c) La *Datio ad Credendum*.

Pero uno de los casos más interesantes es el que cita Ulpiano:²⁷ “*Me rogaste que te diera dinero en mutuo. Como yo no lo tenía, te di una cosa para que la vendieras y utilizaras el precio. Si no la vendiste, o si ciertamente la vendiste, pero no recibiste el dinero en mutuo, es más seguro que, como dice Labeón, procedas mediante el agere praescriptis verbis, como si entre nosotros se hubiese generado un cierto negocio de contrato propio*”.

En el caso relatado se trata de una *datio ad credendum*, en la que el obligado queda obligado “*quasi negotio quodam inter nos gestio proprii contractus*”, es decir como si entre nosotros se hubiera gestionado un cierto negocio de contrato propio.

En conclusión, las figuras contractuales atípicas exceden el ámbito de los *bonae fidei iudicia*, y deben ser considerados en función de la causa o fuente de la obligación, para merecer la protección judicial. Pues si la convención no se encuadra en otro contrato, y todavía subsiste la causa, *ut eleganter Aristo respondit*,²⁸ “*existe una obligación que merece ser protegida*”, aunque no deba llamarse contrato, tal como lo habían concebido los clásicos.

5. LA CRISIS ACTUAL DEL CONTRATO

Advierte Alvaro D’ Ors, que sin embargo y pese a ser una de las instituciones jurídicas más relevantes en la vida cotidiana de los ciudadanos, durante los casi veinte siglos de historia, el contrato que nació de los *bonae fidei iudicia*, y en el que el deber de dar o hacer, *-oportere ex fide bona-*, era la cláusula óptima y máxima que daba razón a su existencia, sufrió diversas crisis que afectaron el modo en que es estudiado desde el punto de vista jurídico.

Esta crisis del contrato tiene diversas causas. En primer lugar, señalaremos la excesiva intervención estatal, en la que los estados nacionales

²⁷ DIGESTO 19.5.19 pr.

²⁸ DIGESTO 2.14.7.2.

establecen reglamentos que perturban la libertad de las partes contratantes, afectando incluso la posibilidad de llevar adelante un determinado negocio. Son ejemplos de ello las leyes que a menudo se dictan para limitar los plazos de los arriendos, la posibilidad de renegociar sus cláusulas, modificar el precio, o que establecen condiciones legales desfavorables para las partes contratantes, especialmente en países con economías poco previsibles y con altos índices inflacionarios.

En segundo lugar, cabe señalar la perspectiva excesivamente voluntarista según la cual se entiende la institución contractual en el derecho moderno. Tal como hemos señalado precedentemente, el contrato en el derecho romano se constituye por el *consensus* y por la *bona fides*.

El contrato romano es netamente objetivo y no responde a la idea moderna del acuerdo de voluntades. Cabe señalar al respecto que no existe prácticamente textos que mencionen en alguna de sus partes la *voluntas* como fundamento de los contratos, lo que sí ocurre con el *consensus*.

Mientras el *consensus* representa una realidad objetiva, la *voluntas* representa un elemento subjetivo. Por ello es por lo que la *voluntas* aparece asociada a la idea de poder subjetivo como poder del que se encuentra investido cada parte contratante para exigir a la otra el cumplimiento de su obligación.

A partir del fenómeno del llamado voluntarismo jurídico, cuyos orígenes se remontan a los textos de Duns Scoto y Guillermo de Ockham, la buena fe fue sustituida por la voluntad. Y es a partir de ese momento que la literalidad del contrato tuvo un lugar más esencial que la buena o mala fe.

6. REFLEXIONES FINALES

Ante la actual crisis del contrato, resulta necesario redescubrir el rol de la buena fe como elemento fundamental y constitutivo del *negotium*. El excesivo voluntarismo ha conducido al contrato al ámbito subjetivo de las voluntades encontradas y más aún, contrapuestas.

Probablemente sea el momento de reestudiar la institución contractual, recurriendo a las fuentes romanas que nos proporcionan la esencia de este instituto, que no es otra que la buena fe. En la medida que recuperemos al contrato como un instituto jurídico *ex fide bona*, podremos volver a recuperar todo el esplendor de esta forma jurídica excelsa, que expresa de un modo admirable y éticamente noble, la realización concreta de la justicia.

Como nos dice Zimmerman²⁹: “*Los modelos romanos, siguen inspirando los términos del discurso jurídico y el discurso del método jurídico; además, a pesar de las conocidas rupturas de la continuidad —en el Derecho público, el Estado constitucional; en el Derecho privado, la Codificación—, y sin echar en olvido mil quinientos años de historia, existe todavía hoy en día en el ámbito continental europeo la referencia constante al ius commune y la pretensión de universalizar una cultura jurídica inspirada en aquella tradición, en aquella común tradición jurídica europea.*”

El estudio de la naturaleza del contrato en los juristas clásicos, y especialmente el elemento constitutivo del contrato, la buena fe, puede resultar de vital importancia para la unificación legislativa y un aporte significativo a los actuales procesos de integración en materia contractual.

²⁹ ZIMMERMANN, Reinhard. *Europa y el Derecho Romano*. Estudio introductorio de Ignacio Cremades. Marcial Pons, Madrid, 2009. El autor pone de relieve la relevancia de los estudios romanísticos en Alemania, en relación con la existencia de un *ius commune*.

ANTECEDENTES DEL CONSENSUALISMO EN LA OBRA *DE AGRI CULTURA*, DE MARCO PORCIO CATÓN, Y SUS PROYECCIONES EN EL DERECHO PRIVADO ARGENTINO

Por Anabella Facciuto Kaed¹

I. CONCLUSIONES

1. El *De agri cultura*, escrito por Catón en la primera mitad del s. II, a.C., alumbra el escenario de floreciente actividad agraria que experimentaba Roma por entonces, cuando comienza a imponerse el modelo de granja racional. En esta coyuntura económica, surge la necesidad de recurrir a fórmulas precontractuales -sobre las cuales el autor nos ilustra- para regular diversas transacciones entre privados, como el arrendamiento y la compraventa.

2. En efecto, los contratos consensuales nacen en el derecho romano, y la obra bajo análisis muestra los rudimentos de una legislación iusprivatista que tomará forma progresivamente con el paso del tiempo, y cuya exposición más acabada puede apreciarse en el Digesto.

3. En la Argentina, los tipos de contratos arriba citados fueron regulados como contratos consensuales en el Código Velezano. En este sentido, Vélez Sarsfield conservó la clasificación -tomada del derecho romano- que dividía a los contratos en consensuales (se perfeccionan con el consentimiento) y reales (se perfeccionan con la entrega de la cosa). Por su parte, el actual Código Civil y Comercial de la Nación eliminó la

¹ Abogada egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Asesora legal del Ministerio Salud de la Nación. Docente universitaria en la Universidad de Buenos Aires (Facultad de Derecho y Ciclo Básico Común), en la Universidad del Salvador (Facultad de Ciencias Jurídicas), en la Pontificia Universidad Católica Argentina (Facultad de Ciencias Económicas, de Ingeniería y Ciencias Agrarias y Facultad de Filosofía y Letras), en la Universidad de Belgrano (Facultad de Derecho) y en la Universidad John F. Kennedy (Facultad de Ciencias Jurídicas). Vocal Titular de la Asociación de Derecho Romano de la República Argentina. Profesora Adjunta de la materia derecho romano en la UBA y UK. Profesora Adjunta de las materias Derecho Civil, Derecho Comercial, Derecho Empresarial y Legislación Profesional en la Pontificia Universidad Católica Argentina. Mail de contacto: anabellafacciutokaed@derecho.uba.ar/anabellafacciuto@uca.edu.ar/facciuto.anabella@usal.edu.ar.

categoría de contratos reales, por considerar que todos los contratos son consensuales.

II. FUNDAMENTOS

1. INTRODUCCIÓN

En la presente comunicación se analizan algunos pasajes de la obra *De agri cultura, escrita hacia el 160 a.C. por Marco Porcio Catón (234-149 a.C.)*, también conocido como Catón el Viejo, por cuanto en ellos aparecen las manifestaciones de un embrionario consensualismo, que paulatinamente se fue consolidando en el derecho romano, hasta adoptar una configuración nítida en las fórmulas contractuales que se leen en el *Corpus Iuris Civilis*.

En el sentido mencionado, Castresana sostiene que *De agri cultura* da noticia de unas fórmulas de contratación que constituyen casi la prehistoria de los contratos consensuales en el Derecho romano². Por otra parte, puede verse en *De agri cultura* el primer manual de derecho agrario por medio del cual acercarse al tráfico jurídico del siglo II a.C. Cabe destacar el *animus docendi* que impulsa la escritura de Catón, que lo lleva a proponer una educación integral para el romano agricultor.

De hecho, la obra constituye el manual de agricultura más antiguo que se conserva en la literatura latina, orientado a instruir al hombre de campo sobre la gestión de una granja, en el que se incluyen aspectos tan variados como la elección de un fundo, los diferentes tipos de cultivo, las variedades de plantaciones, el cuidado del ganado, la ordenación del trabajo, la vigilancia de los labradores, la administración de los esclavos, entre otros temas³.

Pero el *animus docendi* de Catón trasciende el ámbito meramente práctico, porque lo que prima en el autor es el paralelismo que traza entre ser un buen agricultor y ser un buen ciudadano de Roma. De los preceptos dados por el autor llama la atención que la finalidad de la actividad agrícola sea la producción dirigida a la venta. El autor representa al agricultor que

² Catón, M., *De agri cultura*; estudio preliminar, traducción y notas de Amelia Castresana, Madrid, Editorial Tecnos, 2009, pág. LXXIX.

³ Catón, M., *De agri cultura*; estudio preliminar, traducción y notas de Amelia Castresana, Madrid, Editorial Tecnos (Grupo Anaya S.A.), 2009, p. XVI.

quiere implementar las formas económicas más modernas y, por ello, lo consigna por escrito con el fin de promocionarlas, construyendo mediante su obra el arquetipo social de buen agricultor y *diligens paterfamilias*.

Así, pues, el propietario de la tierra no cultiva directamente el fundo, sino un “sagaz paterfamilias que invierte en la tierra su capital y ha de obtener su máximo provecho”.⁴ Más aún, Catón cree que son *officia* a desempeñar por los ciudadanos romanos el comercio y la agricultura. Por el contrario, la inversión de capitales en la concesión de préstamos de dinero a interés constituye para el autor una actividad poco honorable.

Por todo lo dicho, puede concebirse a este instructivo manual como una colección de reglas y preceptos que ponen de relieve las insurgentes necesidades de los agricultores romanos en una época floreciente para la economía de la República⁵, en la que comienza a fomentarse el modelo de granja racional -villa-, signado por dos importantes características: 1) la organización del trabajo de los esclavos; 2) la especialización del producto.

De esta forma, el *De agri cultura* recoge las prácticas negociales nuevas que facilitaban los intercambios del mercado y garantizaban la seguridad jurídica de los mismos. Entre los principales contratos a los que hace alusión Catón en su escrito se encuentran la compraventa y la locación o arrendamiento. De aquí que el manual de Catón el Viejo adquiera interés jurídico, en la medida en que permite rastrear los orígenes del consensualismo en el ámbito del derecho romano.

Ahora bien, para alcanzar el objetivo planteado al inicio de este apartado, el trabajo se dividirá en dos partes. En la primera parte se analizarán algunos pasajes de la obra de Catón, que revelan la existencia de fórmulas precontractuales en la Roma del siglo II a.C. Inmediatamente, se indicarán algunos ecos de esta doctrina -a propósito de la venta de vino- en el *Corpus Iuris Civilis*, en tanto que este documento cristaliza y sistematiza el contrato de compraventa en el derecho romano.

En la segunda parte del estudio se abordará el tratamiento de los contratos consensuales en el Código Velezano, por un lado, y en el Código Civil y Comercial de la Nación, por el otro. Se señalarán algunas semejanzas

⁴ Catón, M., *De agri cultura*; estudio preliminar, traducción y notas de Amelia Castresana, Madrid, Editorial Tecnos (Grupo Anaya S.A.), 2009, p. XII.

⁵ Catón, M., *De agri cultura*; estudio preliminar, traducción y notas de Amelia Castresana, Madrid, Editorial Tecnos (Grupo Anaya S.A.), 2009, p. XVII.

y diferencias entre el consensualismo propuesto por el derecho romano y el que se trasluce en los ordenamientos iusprivatistas mencionados.

2. LOS FORMULARIOS DE CATÓN Y LOS ANTECEDENTES DEL CONSENSUALISMO

De agri cultura llama la atención de los romanistas “porque da noticias de unas fórmulas de contratación que constituyen casi la prehistoria de los contratos consensuales en el derecho romano”⁶. Así, el texto presenta en germen el contenido y las formas legales de contratos tan relevantes como el de compraventa y el arrendamiento. Por lo tanto, los contratos a celebrar han de encajar en la guía precontractual que confecciona el propietario-vendedor o el propietario-arrendador.

El valor de estas fórmulas radica en que proporcionan un marco para la redacción de acuerdos claros y minuciosos, que garanticen la comprensión de los derechos y obligaciones que conciernen a cada una de las partes antes de formalizar un contrato.

Según Catón el propietario de la granja ha de celebrar cuantos negocios jurídicos proporcionen la mayor rentabilidad, y ello implica encomendar la ejecución de algunas de las tareas propias del campo a colonos y aparceros. A tal fin debe celebrar contratos de arrendamiento con aquellos. Así las cosas, en el libro aparecen indicaciones precisas sobre las condiciones de contratación del arrendamiento de obra.

Por otra parte, el autor emplea la palabra *lex* para significar la determinación del contenido concreto de ciertos negocios que ha de llevar a cabo el dueño de la granja. En este contexto, determina las cláusulas singulares de diferentes tipos de contratos. Es el agricultor quien ha de dictar la normativa, confeccionando de modo unilateral el contenido de las cláusulas que integran el contrato. De lo dicho se infiere que no hay igualdad entre las partes contratantes al momento de redactar los términos consensuales.

Otra preocupación del autor estriba en la tutela judicial de estos contratos nuevos de derecho de gentes. En relación a ello, el autor ofrece como solución la utilización de un sistema de arbitraje privado.

⁶ Catón, M., *De agri cultura*; estudio preliminar, traducción y notas de Amelia Castresana, Madrid, Editorial Tecnos (Grupo Anaya S.A.), 2009, p. LXXIX.

Este sistema de arbitraje privado consiste en la designación de un árbitro, un *bonus vir*, seleccionado entre ciudadanos prestigiosos a quienes se les encomendará evaluar los daños acaecidos por el incumplimiento en aquellos casos que se presenten. De esta manera, el árbitro determinará la suma que en concepto de reparación de daños ha de afrontar la parte incumplidora.

3. LOS FORMULARIOS DE VENTA PROPUESTOS POR CATÓN

El autor propone diferentes supuestos de venta, entre ellos, la venta de las aceitunas que están en el árbol, la venta de los racimos de las cepas, la venta de vino en tinajas, la venta del pasturaje en invierno y la venta del producto de las ovejas. Todos estos supuestos proveen las primeras formulaciones de la compraventa privada en la experiencia jurídica republicana.⁷

Para Castresana en las fórmulas de venta no faltan numerosas referencias a formas de obligarse jurídicamente eficaces y a ganancias que aseguran el leal cumplimiento de las obligaciones del comprador o la responsabilidad del vendedor por daños. En ocasiones parece que la venta es consensual pura, de manera que bastaría el simple acuerdo de las partes sobre cosa y precio. Otras veces, en cambio, se menciona algún instrumento jurídico formal que precisa de algo más que el mero consenso, como la estipulación, la *satisfatio* o el *pignus*, para dar cobertura jurídica y hacer en su caso exigible en sede jurisdiccional los compromisos pactados entre el propietario y el comprador.⁸

En concordancia con lo expresado, en el cap. 155, intitulado “Condiciones de venta de las aceitunas que están aún en el árbol”, se encuentran claras referencias a la estipulación y a la prenda⁹. Aquí el autor aconseja al dueño-vendedor que requiera al comprador la estipulación como

⁷ Catón, M., *De agri cultura*; estudio preliminar, traducción y notas de Amelia Castresana, Madrid, Editorial Tecnos (Grupo Anaya S.A.), 2009, p. CVI.

⁸ Catón, M., *De agri cultura*; estudio preliminar, traducción y notas de Amelia Castresana, Madrid, Editorial Tecnos (Grupo Anaya S.A.), 2009, p. CVII.

⁹ En concordancia con lo dicho, Castresana siguiendo a Talamanca, sostiene: “El consensus no era todavía eficaz, como lo va a ser a partir de la mitad del siglo I a.C., pero sí se puede pensar en la tutela del pretor de vínculos nacidos del acuerdo”. Ver Catón, M., *De agri cultura*; estudio preliminar, traducción y notas de Amelia Castresana, Madrid, Editorial Tecnos (Grupo Anaya S.A.), 2009, p. CVIII.

un requisito previo a la ejecución de los compromisos acordados que están contemplados en el acuerdo suscripto por las partes:

“Es preciso que las aceitunas que aún están en el árbol se vendan en las siguientes condiciones: las aceitunas [...] se venderán en la propiedad de Venafro. El que compre las aceitunas añadirá una centésima parte más de la suma total del precio en que las haya comprado, como gastos de anuncio en dinero contante y sonante cincuenta sesteracios y de aceite mil quinientas libras de romano, doscientas libras de verde [...]. Plazo para el pago en dinero: dentro de los diez meses siguientes a las calendas de noviembre [...]. Que prometa al dueño o a quien él indique que esto se dará y hará con toda exactitud y que se otorgará una caución. Que dicha caución la dé de acuerdo con la voluntad del dueño; hasta que se efectúe el pago o se facilite caución en la forma indicada, servirán de garantía los utensilios que se hayan llevado a la propiedad”¹⁰.

Así las cosas, en la compraventa, junto al acuerdo de voluntades aparecen dos elementos esenciales del contrato: la *merx* y el *pretium*.

En el cap. 157, que versa sobre la venta de vino en tinajas, el autor incorpora en el formulario de venta ciertas cláusulas especiales, dada la peculiaridad de la mercadería vendida. Tales condiciones se vinculan con la calidad del vino, su degustación, con la cantidad de vino que se vende, con la medición. Lo expresado hace pensar en la obligación del vendedor de conservar la cosa en buen estado hasta su entrega y a la obligación de entrega de la cantidad y calidad comprometidas en el acuerdo¹¹:

“El vino en tinajas debe venderse del modo siguiente: [...] se proporcionará un vino que no esté ácido ni enmohecido. Dentro de los tres días siguientes que el comprador lo deguste con el dictamen de un hombre de bien; si no lo hace, el vino se considerará como degustado; tantos días como por la actuación del dueño se produzca demora para degustar el vino, otros tantos se concederán de prórroga al comprador. Que reciba el vino antes de las primeras calendas de enero; si no lo recibe antes, el dueño medirá el vino: que el comprador pague lo que haya medido el dueño; si el comprador lo exige, el dueño prestará juramento de que ha actuado

¹⁰ Catón, M., *De agri cultura*; estudio preliminar, traducción y notas de Amelia Castresana, Madrid, Editorial Tecnos (Grupo Anaya S.A.), 2009, p.p. 171-173.

¹¹ Castresana, A., *Derecho romano. El arte de lo bueno y de lo justo*. Madrid, Editorial Tecnos, 2013, p. 231.

lealmente. Se concederá un emplazamiento para el vino hasta las calendas de octubre; si no lo ha sacado antes, el dueño hará lo que quiera con el vino”¹².

4. CATÓN Y EL DIGESTO: ALGUNOS PARALELISMOS EN TORNO A LA VENTA DE VINO

Si se repara en lo que Catón señala sobre la garantía de calidad del vino, esto es, que “no esté agrio ni enmohecido”, puede encontrarse un paralelismo entre lo afirmado por Catón y lo que expresa Pomponio en *Digesto* 18, 6, 6:

“Si comprase vinos, exceptuados los agrios y enmohecidos, y me conviniese recibir también los ácidos, dice Prócuro que, aunque la excepción se haya hecho por causa del comprador, no obstante, los ácidos y enmohecidos no han sido vendidos. Pues lo que el comprador no está obligado a aceptar contra su voluntad, resultaría inicuo que no se permitiese al vendedor venderlo, si quiere, a otro”¹³.

A su vez, la garantía de calidad se relaciona con la fijación de un plazo para la degustación del vino, lo que va a engendrar el convencimiento en el comprador contra el riesgo de que el vino pueda agriarse o enmohecerse. En línea con esto último, en *Digesto* 18, 6, 4pr. puede leerse:

“Si alguno hubiera vendido unos vinos y hubiera declarado que habían de ser degustados dentro de cierto tiempo, y después hubiese impedido el vendedor hacerlo, se pregunta si el vendedor debe responder del riesgo anterior de agriarse o enmohecerse (de tal modo que, si se corrompiese el vino después de pasado el día de la degustación, pertenezca el riesgo al vendedor), o, más bien, se habrá resuelto la compra. Interesará determinar que se ha convenido. Si esto no se declara, creo que debe decirse que la compra se mantiene, y que el riesgo afecta al vendedor incluso más allá del día prefijado para la degustación, porque fue él quien impidió la degustación”.

¹² Catón, M., *De agri cultura*; estudio preliminar, traducción y notas de Amelia Castresana, Madrid, Editorial Tecnos (Grupo Anaya S.A.), 2009, p.p. 174-175.

¹³ Castresana, A., *Derecho romano. El arte de lo bueno y de lo justo*, Madrid, Editorial Tecnos, 2013, p. 231.

En Digesto 18, 6, 1pr. aparece la degustación como el último acto del contrato:

“Si [el vendedor] no designó tiempo, debe soportar el riesgo solamente hasta que se pruebe el vino, esto es, como si realmente se vendiera entonces, cuando hubiera sido probado”. (Ulpiano)

La medición del vino es un momento jurídicamente trascendente que los juristas hacen coincidir con el traslado del riesgo por caso fortuito y fuerza mayor, así como los posibles defectos del vino al comprador¹⁴.

5. PROYECCIONES DEL CONSENSUALISMO DE CATÓN EN EL DERECHO PRIVADO ARGENTINO

En este apartado se reflexionará sobre los elementos del consensualismo incipiente de Catón en su obra *De agri cultura*, y la pervivencia de aquel en el derecho privado argentino: en primer lugar, las proyecciones de las ideas de dicho autor en el Código Civil respecto de la necesidad de formalizar el consentimiento mutuo de quienes celebran una compraventa o un arrendamiento; en segundo lugar, el modo en que recepciona el actual Código Civil y Comercial de la Nación el concepto de contrato.

Así, las fórmulas precontractuales que en Catón estaban vinculadas al arrendamiento y a la compraventa reflejan la conveniencia de formalizar un acuerdo mutuo entre las partes interesadas en un negocio, como expresión de la voluntad y garantía del cumplimiento de las obligaciones que le corresponden a cada uno de los implicados en una transacción. El consensualismo latente que fulgura en *De agri cultura* será ratificado luego por diversas disposiciones contractuales en el *Corpus Iuris Civilis*.

Se incoó así una larga tradición consensualista que en Argentina tuvo consecuencias verificables en la redacción del Código Civil. En efecto, los contratos de compraventa y de arrendamiento a los que Catón implícitamente alude en su obra fueron regulados en el Código Velezano como contratos consensuales. En este sentido, Vélez Sarsfield continuó con la clasificación -tomada del derecho romano- que dividía en contratos consensuales (se perfeccionan con el consentimiento) y contratos reales (se

¹⁴ Ver Castresana, A., *Derecho romano. El arte de lo bueno y de lo justo*, Madrid, Editorial Tecnos, 2013, p. 232.

perfeccionan con la entrega de la cosa). Por su parte, el actual Código Civil y Comercial de la Nación eliminó la categoría de contratos reales, al considerar que todos los contratos son consensuales.

a) Los contratos consensuales en el Código Velezano

El art. 1137 del Código Civil establece que “hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos”.

Del art. 1140 surgía la clasificación entre contratos consensuales y reales. Así las cosas, dicho art. expresaba: “Los contratos son consensuales o reales. Los contratos consensuales [...] quedan concluidos para producir sus efectos propios, desde que las partes hubiesen recíprocamente manifestado su consentimiento”.

Al decir de Stiglitz¹⁵, los efectos propios de los contratos consensuales nacen desde que las partes recíprocamente consienten una declaración de voluntad común destinada a reglar sus derechos.

Dentro de la regulación realizada en el *Código Velezano*, los contratos de compraventa y de locación son contratos consensuales, ya que en la compraventa (art. 1323) las partes manifiestan su consentimiento sobre la cosa que se transfiere, su recepción y el precio¹⁶.

Por su parte, en el contrato de locación (art. 1493) la producción de los efectos propios surge con el intercambio de declaraciones de voluntad coincidentes¹⁷.

Además, el art. 1141 expresaba: “Los contratos reales, para producir sus efectos propios, quedan concluidos desde que una de las partes haya hecho a la otra tradición de las cosas sobre que versare el contrato”.

¹⁵ Stiglitz, R., *Contratos civiles y comerciales. Parte I*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, p. 106.

¹⁶ Stiglitz, Rubén, *Contratos civiles y comerciales. Parte I*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, p. 106.

¹⁷ Stiglitz, Rubén, *Contratos civiles y comerciales. Parte I*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, p. 106.

Según el art. 1142, son contratos reales: el mutuo, el comodato, el depósito y la constitución de prenda y anticresis.

b) Los contratos consensuales en el Código Civil y Comercial de la Nación

El *Código Civil y Comercial de la Nación* define al contrato en su art. 957: “acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir, o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales”.

El actual Código plasma los siguientes principios que se aplican en la materia contractual:

a) libertad de contratación (art. 958); b) el efecto vinculante del contrato o principio de autonomía de la voluntad de las partes (art. 959); c) la buena fe (art. 961); d) la conservación del contrato (art. 1066) en miras de obtener el resultado económico previsto; e) la relatividad de los efectos (art. 1021 a 1024).

El nuevo Código conserva la clasificación de los contratos en unilaterales, bilaterales y plurilaterales, onerosos y gratuitos, conmutativos y aleatorios, formales, y nominados e innominados, eliminándose el criterio de distinción entre contratos consensuales y reales.

La categoría de contratos reales ha sido eliminada y ha quedado establecida la consensualidad como criterio general para concluir el contrato, salvo en aquellos casos en los que la ley exige una formalidad solemne.

En relación con lo expuesto, el art. 971 del *corpus iusprivatista* vigente instituye que el consentimiento dado por las partes deriva en la formación de los contratos¹⁸. Así las cosas, el contrato se perfeccionará con la oferta efectuada por una parte y la aceptación de la otra, en un proceso continuo que comienza con tratativas y se concreta gradualmente.¹⁹

¹⁸ Berenguer, Marcela Claudia, Cerini, Silvana María y Báez, María Florencia, *Elementos Básicos del Derecho Civil conforme al Código Vigente*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Educa, 2018, p. 154.

¹⁹ Berenguer, Marcela Claudia, Cerini, Silvana María y Báez, María Florencia, *Elementos Básicos del Derecho Civil conforme al Código Vigente*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Educa, 2018, p. 155.

En relación con el contrato de compraventa, el art. 1123 del *Código Civil y Comercial de la Nación* define al mismo de la siguiente manera: “Hay compraventa si una de las partes se obliga a transferir la propiedad de una cosa y la otra a pagar un precio en dinero”.

Este contrato se perfecciona con el consentimiento dado entre las partes y sus caracteres son: bilateral, consensual, conmutativo -en algunas oportunidades puede ser aleatorio si así lo acuerdan las partes-, nominal y no formal (excepto en los casos de bienes registrables).

Una importante diferencia con lo que acontecía en Roma es que en la compraventa actual el vendedor se obliga a transferir la propiedad al comprador; en cambio, en Roma el vendedor sólo tenía que entregar la posesión²⁰.

En relación al contrato de locación, el art. 1187 del *Código Civil y Comercial de la Nación* expresa: “Hay contrato de locación si una parte se obliga a otorgar a otra el uso y goce temporario de una cosa, a cambio del pago de un precio en dinero. Al contrato de locación se aplica en subsidio lo dispuesto con respecto al consentimiento, precio y objeto del contrato de compraventa”.

De la lectura de la definición se puede observar que el contrato de locación se caracteriza porque la entrega de la cosa se otorga solo a los efectos de un uso y goce limitado en el tiempo y amparado por un precio que debe entregarse al dueño de ella²¹.

6. CONCLUSIÓN

El *De agri cultura*, escrito por Catón en la primera mitad del s. II, a.C., alumbra el escenario de floreciente actividad agraria que experimentaba Roma por entonces, cuando comienza a imponerse el modelo de granja racional. En esta coyuntura económica, surge la necesidad de recurrir a fórmulas precontractuales -sobre las cuales el autor nos ilustra-

²⁰ Louzan de Solimano, Nelly Dora, *Curso de Historia e Instituciones de Derecho Romano*, Buenos Aires, Ediciones Lumiere S.A., 2001, p. 299.

²¹ Berenguer, Marcela Claudia, Cerini, Silvana María y Báez, María Florencia, *Elementos Básicos del Derecho Civil conforme al Código Vigente*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Educa, 2018, p. 174.

para regular diversas transacciones entre privados, como el arrendamiento y la compraventa.

En efecto, los contratos consensuales nacen en el derecho romano, y la obra bajo análisis muestra los rudimentos de una legislación iusprivatista que tomará forma progresivamente, y cuya exposición más acabada puede apreciarse en el *Digesto*:

Las guías precontractuales que contienen los distintos formularios de Catón nos ofrecen un valioso testimonio sobre los instrumentos jurídicos elegidos para la celebración de los primeros contratos de arrendamiento y compraventa: la omnipresencia de la convención, esto es, del acuerdo de voluntad de las partes como modo general de contratar alterna con la exigencia de cumplimentar formas jurídicas verbales, todavía alejadas de la idea más progresiva del simple consenso contractual²².

En la Argentina los contratos arriba citados fueron regulados, en continuidad con la tradición del derecho romano, como contratos consensuales en el *Código Velezano*. En este sentido, Vélez Sarsfield mantuvo la clasificación que dividía a los contratos en consensuales (se perfeccionan con el consentimiento) y reales (se perfeccionan con la entrega de la cosa). En contrapartida, el actual *Código Civil y Comercial de la Nación* eliminó la categoría de contratos reales, por considerar que todos los contratos son consensuales.

²² Castresana, Amelia, *Derecho romano. El arte de lo bueno y de lo justo*, Madrid, Editorial Tecnos, 2013, pp. 221/222.

**DOLO COMO VICIO DE LA VOLUNTAD EN MATERIA
CONTRACTUAL: LA SITUACIÓN ACTUAL Y SU POSIBLE REVISIÓN
A LA LUZ DEL DERECHO ROMANO**

Por Gonzalo Fuertes¹

I. CONCLUSIONES

1. La doctrina en el derecho romano en relación con los efectos del dolo de un tercero sobre la validez del contrato ya condensaba los diversos posicionamientos de los distintos ordenamientos jurídicos y posiciones doctrinarias actuales en la materia.

2. La doctrina imperante en el derecho romano sobre los efectos del dolo de un tercero sobre la validez del contrato contradice la posición imperante en el derecho nacional en la materia.

3. La doctrina imperante en el derecho romano en relación con los efectos del dolo de un tercero sobre la validez del contrato es seguida por la gran mayoría de los regímenes jurídicos del mundo.

4. La doctrina imperante en el derecho romano sobre los efectos del dolo de un tercero sobre la validez del contrato resulta más coherente con la sistemática del CCyC que una interpretación literal de lo dispuesto por el art. 274 del CCyC.

5. La doctrina imperante en el derecho romano en relación con los efectos del dolo de un tercero sobre la validez del contrato se compadece de mejor manera que la predominante en el derecho nacional con los lineamientos de la protección de la apariencia y la seguridad dinámica del tráfico jurídico y, por lo tanto, además de posible, es aconsejable su adopción, aunque por diferentes fundamentos.

II. FUNDAMENTOS

¹ Abogado y Magíster (Universidad Austral). Profesor ayudante diplomado de Derecho Privado I – Hechos y actos jurídicos y de Derechos Reales en la Universidad Austral Coordinador en la Maestría de Derecho Civil de la Universidad Austral. Se aclara que esta ponencia precisa el aval de un miembro titular, el cual es otorgado por Ignacio Alterini.

1. La doctrina en el derecho romano en relación con los efectos del dolo de un tercero sobre la validez del contrato ya condensaba los diferentes posicionamientos de los distintos ordenamientos jurídicos y posiciones doctrinarias actuales en la materia. Estas últimas consisten, básicamente, en admitir la declaración de nulidad del contrato frente al dolo de tercero o, por el contrario, no hacerlo y solo admitir a tal fin el dolo que ha sido cometido por una de las partes.

En ese sentido, cabe destacar que la doctrina en el derecho romano exteriorizó, a grandes rasgos, dos alternativas sobre la consideración del dolo. Por un lado, la posición, como la de Ulpiano (Dig. 4, 3, 1 S 2), que resaltó la condición del dolo como vicio de la voluntad y lo asemejó así con el error, en tanto solo vio en aquél la provocación de este a una víctima. Por otro lado, una posición diversa, como la de Labeón (L. 1, Digesto, S 2, De dolo malo), se inclinó por centrar la consideración del dolo como una sanción al comportamiento de mala fe, sin ceñirse necesariamente a la provocación de un error, tesis que finalmente prevaleció (Paulo, D. 17, 2, 3, S 3)².

2. La doctrina imperante en el derecho romano sobre los efectos del dolo de un tercero sobre la validez del contrato contradice la posición imperante en el derecho nacional en la materia. Esto se debe a que en el primero prevaleció la posición que sostenía que el contrato no puede ser declarado nulo frente al dolo cometido por un tercero, mientras que en el derecho nacional prevalece el denominado principio de la indiferencia de la autoría del dolo, por el cual la declaración de nulidad del contrato es procedente independientemente de quien haya sido el autor del dolo³.

² Tobías, José W., Lorenzo, Miguel Federico, “El dolo en el derecho civil (Propuestas para una noción en eclipse)”, publicado en: LA LEY2001-C, 1102 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo II, 01/01/2007, 563 - LJU Tomo 147, 01/01/2013, DEX-7, cita online: AR/DOC/13965/2001, p. 11; Carranza, Jorge A., “El dolo-vicio de la voluntad en el derecho civil argentino”, Anuario de derecho civil, Vol. 26, Nº 2, 1973, pp. 585 y 586.

³ Salas, Acdeel Ernesto, *Código Civil anotado*, t. I, Depalma, Buenos Aires, 1956, p. 521; Luis Niel Puig en Calvo Costa, Carlos A., *Doctrina y estrategia del Código Civil y Comercial*, t. I, La Ley, 2016, p. 977; Rabinobic Berkman, Ricardo D., *Derecho Civil. Parte General*, 2ª reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 2003, pp. 688 y 709; Borda, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil - Parte General*, 14ª ed., La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2013, Tercera parte – El objeto, capítulo XIV - Vicios de los actos jurídicos, apartado II. Dolo, punto 1145; Ramiro Prieto Molinero en Rivera, Julio César, Medina, Graciela (directores), *Código Civil y Comercial comentado*, t. I, La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2014, p. 367; Budano Roig, Antonio R., *Lecciones de derecho civil. Parte*

Al respecto, cabe recordar que en el derecho romano se previó la *actio doli mali* y la *exceptio doli mali*, las cuales solo podían ser dirigidas o interpuestas, respectivamente, contra aquel que había cometido el dolo⁴.

En consecuencia y a diferencia del derecho nacional, en el derecho romano las implicancias del dolo cometido por un tercero dependían de si la parte cuya voluntad no había sido afectada directamente por aquél había sido cómplice o no del autor de la maniobra. Por lo tanto, la nulidad del acto ante el dolo de tercero solo tenía lugar cuando la contraparte de quien fue víctima del engaño actuó en complicidad de aquél. De lo contrario, la situación únicamente admitía la reparación de los daños provocados a cargo del autor del dolo⁵.

La razón del temperamento adoptado por el derecho romano residía en que la *actio doli* tenía carácter infamante y eminentemente personal, por lo que solo podía afectar al autor del dolo y no a la parte inocente⁶. En este sentido, recuérdese que la *actio doli* revestía un perfil penal, más allá de su función indemnizatoria, la cual, a raíz de la labor de los glosadores, se transformó en su aspecto principal⁷.

En síntesis, el derecho romano, al concebir al dolo dentro del ámbito delictual, solo admitía, como regla, consecuencias de índole extracontractual. En consecuencia, la respuesta natural ante ello era la reparación de daños por el tercero autor del dolo y no, por el contrario, la nulidad del contrato por

General, Hammurabi, Buenos Aires, 2017, p. 584; Llambías, Jorge Joaquín, *Tratado de derecho civil: parte general*, t. II, 22ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, pp. 452 y 453; Alterini, Atilio Aníbal, López Cabana, Roberto M., *Reformas al Código Civil*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 186; Cifuentes, Santos, *Elementos de derecho civil. Parte General*, 4a ed. actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 1997, p. 356.

⁴ Di Pietro, Alfredo Gustavo, *Derecho Privado Romano*, 3a. ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, parte cuarta – Las obligaciones y los negocios, capítulo 1 - El negocio jurídico, punto IV. Vicios de la voluntad.

⁵ Llambías, Jorge Joaquín, *Tratado de derecho civil: parte general*, t. II, 22ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 452; María Isabel Benavente en Lorenzetti, Ricardo Luis (director), *Código civil y comercial de la Nación comentado*, t. II, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, p. 75.

⁶ Carranza, Jorge A., “El dolo-vicio de la voluntad en el derecho civil argentino”, *Anuario de derecho civil*, Vol. 26, Nº 2, 1973, p. 603.

⁷ José W. Tobías en Alterini, Jorge Horacio (director), Alterini, Ignacio Ezequiel (coordinador), *Código civil y comercial: tratado exegético*, t. II, 3ª ed. ampliada, La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2019, comentarios al art. 271 del Código Civil y Comercial, punto 4.b.

vicio del consentimiento. Se sostenía, entonces, básicamente, que los efectos del delito no debían extenderse más allá de su autor.

Esta conclusión es contraria a la sostenida por la doctrina nacional sustentada en una interpretación literal de lo dispuesto por el art. 274 del CCyC, en línea con la posición tradicional en la materia seguida desde el art. 935 del CC.

3. La doctrina imperante en el derecho romano en relación con los efectos del dolo de un tercero sobre la validez del contrato es seguida por la gran mayoría de los regímenes jurídicos del mundo. Lo expuesto se debe a que estos últimos no admiten el denominado principio de la indiferencia de la autoría del dolo, sino que exigen participación o, al menos, el conocimiento de una de las partes del contrato para tornar procedente su nulidad frente al dolo de autoría de un tercero.

En ese sentido y en apretada síntesis, es posible sistematizar la legislación comparada en relación con los efectos del dolo de autoría de un tercero sobre la validez del contrato en tres sistemas: restrictivos, moderados y amplios.

Los sistemas restrictivos pueden ser denominados de esta manera ya que son los que se caracterizan por admitir la declaración de nulidad del contrato ante el dolo solo cuando es cometido por una de las partes, es decir, no admiten la declaración de nulidad cuando la autoría de aquél ha sido de un tercero. En este grupo se encuentran ordenamientos jurídicos como los de Bolivia⁸, Chile⁹, Colombia¹⁰, el *common law*¹¹, Costa Rica¹², Cuba¹³,

⁸ Art. 482 del Código Civil de Bolivia.

⁹ Art. 1458 del Código Civil de Chile.

¹⁰ Art. 1515 del Código Civil de Colombia.

¹¹ José W. Tobías en Alterini, Jorge Horacio (director), Alterini, Ignacio Ezequiel (coordinador), *Código civil y comercial: tratado exegético*, t. II, 3ª ed. ampliada, La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2019, comentarios al art. 274 del Código Civil y Comercial, con cita de Cabrillac, Remy, *Derecho europeo de los contratos*, Facultad de Derecho, UBA-La Ley, Buenos Aires, 2017, p. 77.

¹² Art. 1020 del Código Civil de Costa Rica.

¹³ Art. 71 del Código Civil de Cuba.

Ecuador¹⁴, El Salvador¹⁵, España¹⁶, Honduras¹⁷, Nicaragua¹⁸, República Dominicana¹⁹ y Uruguay²⁰.

A la par, los sistemas moderados son caracterizados de esta manera por ser aquellos en que la nulidad del contrato como consecuencia del dolo realizado por un tercero únicamente se admite si la contraparte fue cómplice, es decir, si tuvo conocimiento de la maniobra o, por las circunstancias del caso, podía tenerlo. Dentro de este grupo es posible mencionar legislaciones como las de Alemania²¹, Brasil²², Portugal²³, Suiza²⁴, Francia²⁵, Guatemala²⁶, Italia²⁷, México²⁸, Perú²⁹ y Venezuela³⁰.

Finalmente, es posible denominar sistemas amplios a aquellos que admiten la nulidad del contrato siempre que la voluntad de una de las partes ha sido viciada por dolo, ya sea autoría de una de dichas partes o de un tercero, y sin prever condicionante alguno al respecto. Dentro de esta alternativa solo es posible ubicar al derecho argentino³¹ y a la legislación de Paraguay³².

¹⁴ Art. 1501 Código Civil de Ecuador.

¹⁵ Art. 1329 del Código Civil de El Salvador.

¹⁶ Art. 1269 del Código Civil de España.

¹⁷ Art. 1560 del Código Civil de Honduras.

¹⁸ Art. 2460 del Código Civil de Nicaragua.

¹⁹ Art. 1116 del Código Civil de República Dominicana.

²⁰ Art. 1275 del Código Civil de Uruguay.

²¹ Art. 123, inc. 2, del BGB.

²² Art. 148 del Código Civil de Brasil.

²³ Art. 254, inc. 2, del Código Civil de Portugal.

²⁴ Art. 28, inc. 2, del Código de las Obligaciones de Suiza.

²⁵ Art. 1138 del Código Civil de Francia.

²⁶ Art. 1262 del Código Civil de Guatemala.

²⁷ Art. 1439 del Código Civil de Italia.

²⁸ Art. 1816 del Código Civil Federal de México.

²⁹ Art. 210 del Código Civil de Perú.

³⁰ Art. 1154 del Código Civil de Venezuela.

³¹ Art. 274 del CCyC.

³² Art. 292 del Código Civil de Paraguay.

En consecuencia, la posición prevaleciente en el derecho romano es coherente con la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos del derecho comparado y solo se halla en contradicción con el derecho nacional y el paraguayo³³.

4. La doctrina imperante en el derecho romano en relación con los efectos del dolo de un tercero sobre la validez del contrato resulta más coherente con la sistemática del CCyC que una interpretación literal de lo dispuesto por el art. 274 del CCyC.

Esta última, es decir, una interpretación literal del art. 274 del CCyC conduce al ya aludido principio de la indiferencia de la autoría del dolo. El resultado de esta interpretación, a criterio de quien suscribe, no se hallan en línea con otras disposiciones afines, mientras que el seguimiento de la doctrina del derecho romano resultaría más compatible con ellas.

En ese sentido, esta última, es decir, el rechazo como principio del dolo de autoría de un tercero sobre la validez del contrato pareciera ser más coherente si se interpreta la cuestión a la luz de la exigencia de reconocibilidad del error como vicio de la voluntad en el supuesto de actos bilaterales y unilaterales recepticios, según lo dispuesto por el art. 265 del CCyC.

En consecuencia, el paso de la excusabilidad del error (propio del régimen del CC) al de reconocibilidad de él (propio del CCyC), pareciera admitir la realización de matizaciones en la interpretación del art. 274 del CCyC, en relación con los alcances del dolo de tercero y su incidencia sobre la validez del contrato, tal como resultaría de seguir la línea del derecho romano.

La solución que se propicia también pareciera ser más coherente con el régimen que se establece en materia de responsabilidad civil ante la presencia de dolo. Al respecto, el art. 275 del CCyC solo responsabiliza a la parte del acto por los daños que provoque el dolo cometido por un tercero al supuesto en que aquélla haya tenido conocimiento del accionar de este último. Este temperamento, al igual que el anterior, parecieran ser más afines con la posición adoptada por el derecho romano sobre el punto en tratamiento.

³³ Con el fin de graficar aun más la notable desproporción que se pone en evidencia, cabe aclarar que en Paraguay la influencia del derecho nacional es notoria, a tal punto que allí rigió el Código Civil argentino hasta 1986. Por esto, no es arriesgado decir que el sistema nacional en la materia prácticamente es el único en el mundo.

5. La doctrina imperante en el derecho romano en relación con los efectos del dolo de un tercero sobre la validez del contrato se compadece de mejor manera que la predominante en el derecho nacional con los lineamientos de la protección de la apariencia y la seguridad dinámica del tráfico jurídico y, por lo tanto, además de posible, es aconsejable su adopción, aunque por diferentes fundamentos.

Al respecto, recuérdese que el Código Civil de Vélez Sarsfield respondió a un paradigma de corte netamente individualista y que, en consecuencia, privilegiaba la seguridad jurídica estática por sobre la dinámica. Este temperamento era completamente coherente y comprensible en atención a la época de la sanción de aquél, más allá de que la mayoría de los códigos decimonónicos siguieron una posición diferente³⁴.

Más allá de ello, en la actualidad, el CCyC prevé múltiples disposiciones que privilegian la posición del tercero de buena fe. En ese sentido, es posible citar los arts. 337, 361, 381, 392, 426, 1076, 1079, inc. b, 1166, 1234, 1570, 1824, 1893, 1918, 2315, 2617, entre otros, del CCyC.

En ese contexto, pareciera que una interpretación razonable conduce a que se considere como tercero de la maniobra dolosa a la parte del contrato que no ha tenido ni pudo tener conocimiento de ella obrando con diligencia. Si es así, esta parte actuaría de buena fe y ella, además de la otra parte, también caería en un error. Frente a este supuesto, a criterio de quien suscribe, la potencia nulificante del dolo debe ceder ante el efecto convalidante del error (no reconocible)³⁵. Esta solución, como se anticipó, redirecciona nuestro derecho a la posición dominante en el derecho romano y resguarda, en línea con las modernas tendencias, la seguridad del tráfico negocial, por sobre la seguridad estática.

Si bien el carácter, por principio, intransferible del dolo en el derecho romano se explicaba en su consideración como de índole punitiva, y lo cierto es que ello ya no es sostenible en nuestro derecho actual, sí es posible arribar a su misma solución práctica, aunque por diferentes fundamentos, es decir,

³⁴ Esto se debe, en muy apretada síntesis, a que Vélez Sarsfield, en el art. 935 del CC, siguió al art. 475 del Esbozo de Freitas, quien rompió con la tradición que abrevó en el art. 1116 del Código Civil francés de 1804 (Código de Napoleón) y que siguieron la enorme mayoría de los códigos modernos.

³⁵ Cfr. Fuertes Lerena, Gonzalo Andrés en Alterini, Ignacio Ezequiel (director), *Estudios de investigación en derecho civil*, La Ley, Universidad Austral, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2022.

por proteger al tercero de buena fe respecto de la maniobra (la parte del contrato que no fue su autora ni conoció o pudo conocerla obrando con diligencia) y, con ello, resguardar la tráfico negocial.

RELACIÓN DE DEPENDENCIA VS LOCACIÓN DE SERVICIOS, UN APORTE ROMANISTA

Por Julio Javier Lo Coco¹

I. CONCLUSIONES

1. Los esclavos en Roma desempeñaron una variada cantidad de ocupaciones. La mayoría de ellos, luego de manumitidos, continuaba llevando a cabo la misma actividad, pero como hombres libres. Sin embargo, existe una clara diferencia entre el modo en que se llevaba a cabo las tareas en esclavitud o en libertad.

2. La esclavitud era un status, el servus pertenecía al dueño, quien podía matarlo, castigarlo, alquilarlo o venderlo; pero que al mismo tiempo debía proporcionarle alimento y vestido y alojamiento. El esclavo participaba del culto familiar de su dueño. Por el contrario quien era libre, desarrollaba la misma actividad, pero en forma independiente, a cambio del pago de un precio, sujeto no por un estado, sino por un contrato.

3. Ciertamente que en el mundo actual la esclavitud no es una institución aceptable desde ningún punto de vista. Empero, su versión actual es el trabajo en relación de dependencia, en el que el trabajador se encuentra sometido al poder de dirección del empleador al que enajena su tiempo, le debe fidelidad y hasta incluso, se ve representado por organizaciones gremiales, aun contra su voluntad. Las obligaciones del empleador por su parte, no se limitan al pago del salario sino que implican proporcionarle atención en la enfermedad, incapacidad, maternidad e incluso proveer a su futuro mediante el pago de una indemnización. Recordemos que ciertas versiones de la “teoría de la relación de trabajo” constituyen reacciones antiliberales y anticontractualistas dirigidas a exhibir a la figura del “contrato de trabajo” sólo como una “ficción jurídica” y que, en realidad, diversos aspectos de la vinculación de las partes en la relación de trabajo vienen determinados estructuralmente.

4. Por el contrario, la locación de servicios y de obra, en las que el prestador no enajena su tiempo y se somete al poder de dirección del contratante, sino que se limita a prestar determinados servicios o llevar a cabo obras determinadas a cambio de un precio, mantiene su carácter

¹ Profesor adjunto de Derecho romano en UBA y UCA.

eminentemente contractual ajeno al carácter institucional de la relación laboral.

II. FUNDAMENTOS

1. INTRODUCCIÓN

La reciente ley 27.742 en sus aspectos laborales nos presenta dos reformas a la Ley de Contrato de Trabajo (LCT) muy interesantes. Se incorpora un inciso 'd' al art. 2 que determina su ámbito de aplicación, excluyéndose a *“las contrataciones de obra, servicios, agencia y todas las reguladas en el Código Civil y Comercial de la Nación”* y se reforma el artículo 23 que en su primer párrafo dispone que *“El hecho de la prestación de servicios hace presumir la existencia de un contrato de trabajo, salvo que, por las circunstancias, las relaciones o causas que lo motiven se demostrase lo contrario”* sustituyendo el segundo párrafo que disponía que *“Esa presunción operará igualmente aun cuando se utilicen figuras no laborales, para caracterizar el contrato, y en tanto que por las circunstancias no sea dado calificar de empresario a quien presta el servicio”*, por uno nuevo que dispone que *“La presunción contenida en el presente artículo no será de aplicación cuando la relación se trate de contrataciones de obras o de servicios profesionales o de oficios y se emitan los recibos o facturas correspondientes a dichas formas de contratación o el pago se realice conforme los sistemas bancarios determinados por la reglamentación correspondiente. Dicha ausencia de presunción se extenderá a todos los efectos, inclusive a la Seguridad Social”*.

La reforma reaviva una polémica -que nunca había sido saldada- respecto del alcance de la relación de dependencia.

2. LA CUESTIÓN DEL TRABAJO EN ROMA

Inserte Desde el pecado original² el hombre debe trabajar para obtener lo necesario para mantenerse en la vida.

² “... con fatiga sacarás de él el alimento todos los días de tu vida... Con el sudor de tu rostro comerás el pan...” Gn. 3,17-19.

Ahora, una cosa es trabajar para uno mismo y otra para otros. Como sabemos, esta última modalidad estaba reservada a los esclavos.

El origen de la esclavitud se encuentra en la posibilidad de ‘conservar’ al enemigo que se rinde, manteniéndolo con vida en lugar de matarlo, de allí el nombre de *servus*³.

Estos prisioneros eran llevados a Roma por el general victorioso donde eran vendidos al mejor postor debajo de la lanza del jefe militar (*sub asta*).

En los fundos rústicos los esclavos servían como administrador (*procurator* o *monitor*) capataz (*vilicus*), aradores (*atatores*), zapadores (*fossores*), sembradores (*runcatores*), podadores (*potatores*), cosechadores (*leguli*), etc⁴ mientras que en las fincas urbanas, llevaban a acabo todo tipo de tareas domésticas comandados por el *atriensi*, como ser portero (*iuanuarius*), camarero (*cubicularii*), etc.⁵

Los esclavos además ejercían los más diversos oficios desde la medicina y la edificación hasta la alfarería, la producción de paños y la confección de vestidos, a excepción de la profesión militar, que les estaba especialmente prohibida⁶.

Con la caída del imperio romano y la conformación de la sociedad feudal, los esclavos rurales, obtuvieron la libertad pero continuaron prestando servicios en las tierras como siervos de la gleba.

3. LA LOCATIO CONDUCTIO

Este contrato surge en relación con la compraventa (intercambio de un bien por un precio en dinero)⁷ aquí el propietario ‘coloca’ (pone a disposición) una cosa en poder del *conductor* (tener para sí) a cambio del pago de un precio en dinero (*merce*).

³ D, 1, 5, 4, 2.

⁴ Augenti, E. *Il lavoro schiavile a Roma*, Quasar, Roma, 2008, 53.

⁵ Ver D, 33,7.

⁶ Cfr. Bradley K., *Slavery and Society at Rome*, Cambridge University Press, 1994, 65.

⁷ Pugliese G., *Istituzioni di Diritto Romano*, Giappichelli, Torino, 1991, 567.

Fuentes literarias hacen referencia al contrato⁸ y Gayo lo menciona como vigente al tiempo de la Ley de las XII Tablas (siglo V a.C.) como una de las aplicaciones del modo de ejecución denominado ‘*pignoris capio*’ contra aquel que “*no pagara el alquiler del jumento con que hubiese locado con la condición de que el dinero que se recibiera fuera empleado en una ofrenda, es decir en un sacrificio*”⁹.

La locación era un contrato consensual¹⁰, bilateral¹¹ y protegido por acciones *bonae fidei*¹².

El contrato duraba el tiempo convenido por las partes y en ausencia de término, cualquiera tenía el derecho de extinguirlo.

El *locator* respondía si por dolo o culpa hacía imposible el goce de la cosa locada y el *conductor* por el pago del precio como en cualquier obligación pecuniaria y por dolo y culpa en cuanto a la conservación de la cosa¹³.

El esclavo era considerado una cosa¹⁴ por lo que podía ser alquilado.

Ahora bien, el dueño del esclavo le podría otorgar la libertad (*manumittir*) y acordar la prestación de determinados servicios, aun siendo libre¹⁵ y el patrono alquilar tales servicios. Tal situación se diferencia

⁸ Plauto (siglo III a. C.) *Poenulus* 503 y *Vidularia* 44.

⁹ Gayo IV, 28.

¹⁰ Junto a la compraventa, el mandato y la sociedad, “se contraen por el consentimiento porque no requieren ni palabras ni escrituras especiales, sino que es suficiente que quienes hacen el negocio hayan convenido hacerlo” (Gayo III, 136).

¹¹ Conforme Lebeón sinalagmático, porque origina obligaciones para ambas partes (*ultra citroque obligatio*) (D 50, 16, 19).

¹² En los *bonae fidei iudicia*, el *iudex* tiene una mayor libertad para estimar correctamente lo que es debido a por cada uno atendiendo a las circunstancias del caso, conforme el *bonum* y el *aequum* (Gayo III, 137 y IV 61).

¹³ Talamanca M., *Istituzioni di Diritto Romano*, Giuffrè, Milano, 1990, 595.

¹⁴ En Gayo II, 13 se nos dice que “Son corporales aquellas que se pueden tocar como por ejemplo un fundo, un esclavo, un vestido, el oro y otras innumerables cosas”.

¹⁵ Gayo incorpora entre las obligaciones que se contraen ‘*verbis*’ un instituto denominado *promissio iurata liberti*, según el cual “un liberto ha jurado que procuraría al patrono un regalo (*donum*), un servicio (*munus*) o trabajos (*opera*)”. El esclavo antes de ser manumitido se obligaba por medio de un juramento (*iusiurandum*) que una vez obtenida la libertad ratificaba con una *stipulatio* (Gayo, III, 96; también se hace referencia en III, 83). El patrono podía exigir el cumplimiento de la promesa con una *actio operarum*.

claramente de la *locatio conductio rei* Y se configuró como *locatio conductio operarum* ya que lo que se alquila no es una cosa sino los servicios del liberto¹⁶. Esta nueva modalidad abrió camino para que la persona libre alquile sus propias energías en favor de otra.

No obstante, no podía ser objeto de este contrato las llamadas profesiones ‘liberales’ por la dignidad que tenían¹⁷.

A su vez, cuando en lugar de servicios lo que se loca es la realización de una obra determinada (*opera*) nos encontramos con una nueva modalidad denominada *locatio conductio operis*. En este caso es el *locator* quien entrega al *conductor* una cosa para que con ésta lleve a cabo una obra, a cambio del pago de un precio. Así por ejemplo el *locator* entrega al *conductor* oro para que haga un anillo¹⁸.

Es conteste la doctrina de que los juristas romanos no vieron en estas modalidades tres contratos diversos, sino un sólo y único contrato.¹⁹ Sin embargo, surgen algunas diferencias en cuanto a la responsabilidad, ya que el prestador de servicios contrae una obligación de medios,²⁰ el realizador de la obra una obligación de resultado, sin el cual no puede exigir el pago de la *merce*.

4. EL CONTRATO DE TRABAJO

¹⁶ “Asimismo, las más de las veces los médicos hacen libertos a esclavos de la misma profesión, cuyos servicios no pueden utilizar continuamente, sino dándolos en arrendamiento” (D 38, 1, 25, 2)

¹⁷ Si bien el *otium* es el ideal de la aristocracia romana ello no significa vivir en la holgazanería sino dedicarse a actividades nobles al servicio de la república. Entre estas se incluyen la de los filósofos, profesores de derecho, profesores de literatura, notarios, etc. para quienes la prestación de servicios es un ‘honor’ y sólo se admitía que como contraprestación recibieran un aporte voluntario, aunque en época imperial se admite la ejecución por medio de un proceso extraordinario la retribución que se denomina ‘honorario’ (cfr. D, 50, 13).

¹⁸ Se vinculaban por medio de este contrato los servicios que por ejemplo, prestaba el *fullo* (lavadero) o el *sarcinator* (sastre).

¹⁹ Zimmermann R, *The Law of Obligations*, Clarendon Paperbacks, Oxford, 1996, 338.

²⁰ “El que dio en arrendamiento sus servicios, debe recibir el salario de todo el tiempo, si en él no consistió que no prestase los servicios” D, 19, 2, 38 pr.

Durante la edad media el trabajo se estructuró en las corporaciones que auto regulaban el ejercicio de los oficios, formaban a los artesanos, controlaban el mercado e incluso proporcionaban asistencia a sus integrantes y sus familias en casos de enfermedad o muerte²¹.

Con la primera y segunda revolución industrial surge una nueva realidad que es la irrupción de grandes cantidades de personas (incluso mujeres y niños) trabajando para otros, a cambio de un salario y en situaciones infrahumanas.

Bajo el influjo del nominalismo, racionalismo e individualismo impuestos por la revolución francesa, la sociedad es concebida como ‘un pacto’ y el trabajo es una mercancía sujeta a la ley de oferta y demanda. Se prohíben las corporaciones, se postula la abstención del Estado en materia económica y se absolutiza el principio de autonomía de la voluntad.

El Código Civil francés de 1804 dedicaba tan sólo dos artículos a regular la relación laboral²².

Esta situación motivó, la reacción de la Iglesia Católica que advertía sobre la denominada “cuestión social”²³.

A partir del siglo XX comenzó una intensa regulación del contrato de trabajo, con un fuerte acento protectorio del trabajador y teniendo como premisa su ‘hipo suficiencia’ en la negociación con su empleador.

5. LA RELACIÓN DE DEPENDENCIA

La LCT en su art. 21 dispone que “Habrá contrato de trabajo, cualquiera sea su forma o denominación, siempre que una persona física se obligue a realizar actos, ejecutar obras o prestar servicios en favor de la otra y bajo la dependencia de ésta, durante un período determinado o indeterminado de tiempo, mediante el pago de una remuneración. Sus cláusulas, en cuanto a la forma y condiciones de la prestación, quedan

²¹ Boza Pró G. *Surgimiento, evolución y consolidación del derecho del trabajo*, THĒMIS-Revista de Derecho 65. 2014. pp. 13-26.

²² Bajo el título “Del Arrendamiento de Domésticos y obreros. El art. 1780 disponía que “Los servicios solamente se pueden contratar por un cierto período de tiempo, o para una empresa determinada” y el 1781 “El maestro es creído en sus afirmaciones sobre la cuota de los salarios, el pago del salario del año anterior y las cuentas del año en curso”.

²³ Cfr. La encíclica *Rerum Novarum* de 1891.

sometidas a las disposiciones de orden público, los estatutos, las convenciones colectivas o los laudos con fuerza de tales y los usos y costumbres”.

Como se aprecia la diferencia entre la locación de servicios y de obra²⁴ que hemos analizado en su génesis, con el contrato de trabajo estriba en el modo en que se lleva a cabo, esto es ‘bajo dependencia’.

El concepto de “dependencia” ha suscitado en la doctrina y jurisprudencia una amplia gama de cuestiones, siendo relevante señalar que cuando se controvierte la existencia de una relación laboral subordinada, la decisión final que se adopte terminará decidiendo el tema a “todo o nada”, encuadrando el vínculo en la normativa laboral o lo excluirá por completo de ella²⁵.

La doctrina y la jurisprudencia distinguen tres clases o facetas de “subordinación”: a) La jurídica, que consiste en la posibilidad jurídica del empleador de dar instrucciones u órdenes y la correlativa obligación del trabajador de acatarlas. El trabajador está sometido a la autoridad del empleador, que cuenta con facultades de dirección, control y poder disciplinario. b) La económica, que implica, por un lado, que el trabajador depende para su propia subsistencia y la de su familia del producto de su esfuerzo, representado por la percepción de la contraprestación dineraria que expresa el salario y, por el otro, que el trabajador no sigue la suerte o los riesgos del empleador, es decir, no participa del alea que existe en la actividad de que se trate. c) La técnica: El trabajador somete su trabajo a los pareceres y objetivos señalados por el empleador. Pone a disposición del dador de empleo su conocimiento, idoneidad y habilidad, pero debe someter el modo de realización de la tarea a las instrucciones que reciba del empleador, utilizando para tal cometido todo el bagaje de la experiencia y conocimientos que le sean propios.²⁶

²⁴ Estos contratos estaban regulados en los arts. 1623 a 1647 bis del código de Vélez.

²⁵ Stefanoni Zani J., *Los fallos sobre relación de dependencia y la Corte Suprema*, El Dial.com.

²⁶ Cfr. Grisolia, J., *Manual de Derecho del trabajo y la seguridad social*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, 128.

Se ha ido verificando en la doctrina²⁷ y jurisprudencia laboral una tendencia a configurar como ‘contrato de trabajo dependiente’ toda realización de actos, ejecución de obras o prestación de servicios llevados a cabo por una persona física en favor de otra. Así se ha llegado al extremo de afirmar que *“si bien el contrato de locación de servicios no existe más en ningún ámbito del derecho; si alguien intentara utilizarlo estaría desarrollando una conducta inconstitucional ya que es principio implícito de nuestra Constitución que el trabajo no es una mercancía y que goza de la protección de las leyes entrando ya ahora en el art.14 bis”*.²⁸ y que *“sostener que una persona puede con su trabajo ser objeto de una locación de servicios no es sólo dar muestras de un enorme atraso histórico y social sino que también es “cosificar” al ser humano. Y para hacer frente a estas concepciones, se han lanzado los más prestigiosos juslaboralistas del mundo detentando para ello las banderas de la dignidad, concepto estrechamente ligado a los derechos humanos”*²⁹.

6. LA VIGENCIA DEL CONTRATO DE LOCACIÓN DE SERVICIOS

La tendencia señalada, vino a ser puesta en entredicho por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en la causa ‘Cairone’ dictada el 19/02/2017. En este caso, en doble instancia, se había condenado a un conocido hospital a abonar la indemnización a los causahabientes de un médico anestesiólogo que había prestado tareas por 32 años sin estar en relación de dependencia con el nosocomio, con base en la presunción del art. 23 de la LCT. En este pronunciamiento la mayoría remitió al dictamen de la Procuradora Fiscal, que consideró que la Cámara no había dado un tratamiento adecuado a la controversia de acuerdo con las constancias del caso y la normativa aplicable, señalando que dicha exigencia debió imponerse con mayor estrictez en el caso en atención a la trascendencia del resultado económico del fallo.

²⁷ Cf. BORDA, G., *Tratado de Derecho Civil. Contratos*, t. II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1979, 9; SPOTA, A., *Instituciones de Derecho Civil. Contratos*, Depalma, Buenos Aires, 1980, vol. V, N° 1118, p. 168.

²⁸ Ferreirós, E., *El contrato de trabajo y la locación de servicios*, en *Doctrina Laboral y Previsional- Errepar*; n° 270, febrero de 2008.

²⁹ CNAT sala IX, en autos “Pastore, Adrián c/ Sociedad Italiana De Beneficencia En Buenos Aires S/Despido”, fallo del 21/12/2016; pronunciamiento que sería revocado por la CSJN.

En voto concurrente, el Dr. Lorenzetti, sostuvo que “el pronunciamiento apelado incurre en una equivocada valoración de la prueba, aplica la legislación laboral a supuestos de hecho para los que no ha sido prevista y omite analizarlo a la luz de la normativa relativa a la locación de servicios regulada por el Cód. Civil, causando consecuencias jurídicas, económicas y sociales que exceden el caso, y que los magistrados no pueden ignorar, ya que repercuten sobre todo el sistema de contrataciones” afirmando con esto, la vigencia del contrato de locación del servicios.

Esta vigencia fue reafirmada por el Código Civil y Comercial, promulgado el 7 de octubre de 2014, que en su art. 1251 dispone que *“Hay contrato de obra o de servicios cuando una persona, según el caso el contratista o el prestador de servicios, actuando independientemente, se obliga a favor de otra, llamada comitente, a realizar una obra material o intelectual o a proveer un servicio mediante una retribución.*

El contrato es gratuito si las partes así lo pactan o cuando por las circunstancias del caso puede presumirse la intención de beneficiar”.

Ahora bien, el artículo 1252 en un segundo párrafo dispone que *“Los servicios prestados en relación de dependencia se rigen por las normas del derecho laboral”* con lo que se mantiene la incerteza sobre la configuración de contrato de trabajo o de locación de servicios, en atención a la dificultad de definir la existencia de ‘dependencia’.

Por eso la reforma de los artículos 2 y 23 de la LCT, vienen a dar certeza de la exclusión de la normativa laboral cuando el prestador de servicios o de obra, *“emitan los recibos o facturas correspondientes a dichas formas de contratación o el pago se realice conforme los sistemas bancarios determinados por la reglamentación correspondiente”*.

EL CONTRATO: DE ROMA AL SIGLO XXI

Por Juan Manuel Medina¹

I. CONCLUSIONES

Para concluir la importancia de relevancia, de cada época histórica por la que han pasado los contratos “desde Roma a la actualidad”, la evolución del contrato a través de la historia, desde el derecho primitivo hasta la actualidad. Tal es así que los contratos surgieron en el derecho primitivo como vínculos de alianza y mística sin connotación económica. Luego describe que en el derecho romano los contratos ya tenían connotación económica y características como capacidad, consentimiento, objeto posible y lícito. El Derecho Medieval diferenció contrato y pacto, dando preeminencia al contrato formal, y que los obligados cumplan las obligaciones contractuales. La Introducción del Derecho Romano en Argentina, en el inicio de la colonización, los aportes Jesuitas y Franciscanos, impactaron en la redacción del Código Civil del Jurista Dalmasio Vélez Sarsfield, en su obra “Codigo Civil Argentino” y en la actualidad la sanción de Código Civil y Comercial que mantuvo herencia Romana en las instituciones basadas en el derecho patrimonial y la libertad”, han aportado características al derecho contractual, tales como la formalidad, solemnidad y buena fe, que hoy en día siguen prevaleciendo, las normativas y pautas correspondientes para su realización, crean compromiso, obligación en gran cantidad de los negocios jurídicos, es por ello han sido de gran importancia evolutiva hasta para nuestro derecho actual.

Los contratos han ido afrontando junto con el derecho variaciones en los hechos sociales acorde a las relevancias demográficas territoriales y culturales, la labor de los juristas tales como obras de los Doctores José Carlos Costa y Alfredo Di Pietro, han transitado por el análisis de cuestiones jurídicas y filosóficas que contribuyeron al ayornamiento necesario y actual para convertirse en derecho vivo, que con el advenimiento de las nuevas tecnologías y la I.A (Inteligencia Artificial) que caracteriza al siglo actual

¹ Prof. Aux. Elementos Dcho. Civil UBA DERECHO, Prof. Dcho. Romano U.CA.LP.SM, Prof. Sup. Ed. Media - Universitaria U.A.I. Aval Dr. En Cs Jurídicas Omar Cabrera Prof. Titular Contratos UCALPSM, UJFK, UAI.

aun con normas de otros siglos. Se ha proclamado durante mucho tiempo que el orden público, la asimetría entre los acordantes, la autonomía de la voluntad y la libertad son la base necesaria del acuerdo de voluntades de lo que técnicamente denominamos contrato pero aclaramos que debe perseguir como decimos siempre también un fin ético y social.

En el último tiempo, el Derecho de los Contratos se ha visto en la necesidad de reconsiderar viejos dogmas ante los cambios impuestos por avances tecnológicos en materia de comercios nacionales e internacionales electrónicos. Si bien la esencia dinámica del Derecho Comercial es atinente del Derecho de Consumo, permite una gran flexibilidad frente a nuevas realidades del mercado y la economía entre las que incluimos a las nuevas formas de contratación a través de Internet, entendemos que tal capacidad de adecuación resulta por sí misma insuficiente para regularlas con precisión.

II. INTRODUCCIÓN

Al hablar de contratos, nos referimos a un acuerdo para comprender su funcionamiento y su validez absoluta para la realización de un contrato legal, puesto que, siempre debe haber el acuerdo mutuo entre dos o más personas, para así constituir una relación obligatoria y poder diferenciar lo estipulado en la ley, puesto que, la ley nos da el derecho de reclamar alguna acción para darle su validez y cumplimiento, un ejemplo de esto son las novedades del CCyC con las U.T.E (Unión Transitoria Empresarial) es cuando se celebran contratos de compra venta, obligaciones de adhesión y suministro, las partes las tienen que cumplir y es por esta razón que gracias al contrato podemos reclamar su funcionamiento correcto y darle su validez propia.

El contrato romano se basó en las obligaciones y su cumplimiento, ya que, los romanos siempre tuvieron un grado de percepción en base al buen cumplimiento de cada función o en este caso en el cumplimiento de cada obligación. Los contratos escritos y no escritos, se formaron con las antiguas civilizaciones y fueron traspasando fronteras con el comercio internacional a lo largo del mundo, viendo como esta idea de cumplimiento y obligaciones siguen en nuestra legislación actual, creándose para el cumplimiento de las relaciones comerciales nacionales o internacionales o cualquier acción realizada por un grupo de dos o más personas y ver como la ley protege y le da validez a cada una de estas obligaciones.

III. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El problema que nos planteamos es “los contratos romanos han sido el eje fundamental a la contribución y formulación de contratos que favorecen positivamente al uso de las nuevas tecnologías I.A y su impacto nuestra legislación actual.

IV. OBJETIVOS

1. OBJETIVO GENERAL

Comprender los principales aspectos que aportan los contratos romanos a nuestra legislación actual y dar a conocer los tipos de contratos creados en la antigua Roma, hasta su formulación con el uso tecnológico.

2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1. Reconocer la influencia de contratos de la legislación romana

2. Identificar los aspectos fundamentales que permiten reconocer sus verdaderas obligaciones.

3. Identificar la proyección que pueden generar los principales aspectos en el comportamiento que ejerce el ciudadano al cumplimiento de los contratos, tanto en roma como en la actualidad voluntades, no daba carácter de obligatoriedad al objeto de convención, ya que, si dos o más personas dan su validez y están de acuerdo con tal acción no es obligatorio el proceso de convención, pero si es importante el cumplimiento de obligación en base a los contratos jurídicos. El ser los contratos acuerdos de voluntades, acuerdos a partir de los cuales se crean las obligaciones para que el contrato llegue además de llegar a su elaboración para que prosiga con su cumplimiento, (por otro lado), se necesitan las personas o bien sea los sujetos para que establezcan la relación que debe haber entre sí, por otro lado, para que el contrato se llegue a su celebración se necesita el consentimiento para que se vea el vínculo jurídico y el compromiso que se necesita para que el contrato exista, ya que en caso tal de que se llegue a presentar algún vacío de consentimiento por alguno de los dos sujetos, se podría solicitar una nulidad ocasionando consigo una terminación del contrato.

No obstante, vemos como actualmente los contratos siguen siendo el eje fundamental para los procesos jurídicos y obligaciones, puesto que, se

basan en el cumplimiento de las obligaciones, de una manera jurídica, ya que se caracteriza en el sujeto activo y pasivo en base a sus obligaciones, es decir, cada que se realiza un acto jurídico, como la compra venta o cualquier tipo de proceso que genere un testimonio, siendo acreedor o deudor, adquiriendo la facilidad del derecho en base a las obligaciones contraídas por medio de un contrato, por esta razón, los contratos romanos siguen siendo de gran importancia en el mundo actual, puesto que, es necesario en cada proceso realizado, tanto en los procesos civiles como patrimoniales, siendo de gran importantes para los procesos comerciales y hasta en los procesos matrimoniales, adquiriendo un contrato de cumpliendo para su funcionamiento y desarrollo en los procesos jurídicos.

V. MARCO TEÓRICO

1. LOS DERECHOS DE CRÉDITO U OBLIGACIONES

Estos derechos se basan en función a los derechos patrimoniales, dividiéndose a lo largo de la historia en derechos reales y derechos personales o derechos de crédito. Para Cayo es llamado “suma divisio”, puesto que, hace una división abismal entre los derechos subjetivos entre reales y personas o de crédito, puesto que, se basa en el funcionamiento de las constituciones democráticas y su importancia en la formación de los derechos intelectuales, siendo de valor fundamental para el cumplimiento de las obligaciones de crédito.

Con la sanción del CC y C, se mantienen los contratos unilaterales y bilaterales, a título oneroso y a título gratuito, conmutativos y aleatorios, formales, nominados e innominados, permitiendo que un derecho real se desarrolle cuando el hombre ejerce una estrecha relación con algún objeto determinado, un ejemplo de esto sería la propiedad, puesto que, se le otorga un sentido de pertenencia y de cumplimiento. Sin embargo, vemos como los derechos personales o de crédito, surgen de las relaciones entre grupos de personas, generándole un papel importante al acreedor y al deudor, gracias a esto nacen los derechos de crédito u obligaciones entre varios grupos de personas, para así exigir el cumplimiento y su validez fundamental. Esta relación puede considerarse como un acuerdo entre varios, puesto que, el acreedor es un derecho de crédito otorgado que cuenta con gran parte del activo de su patrimonio. En efecto, vemos como el deudor es la obligación, puesto que, todo recae sobre el deudor, ya que, es quien debe responder en

base a su función y darle un cumplimiento a tal obligación, por esta razón es que cada obligación se basa en la finalidad de un contrato y la manera en el que se le otorga un valor jurídico para su absoluta validez.

2. INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS

Los contratos romanos se caracterizaban por una jerarquía en base a las pruebas y su funcionamiento jurídico, para los jueces era de vital importancia la justificación de las pruebas. Por esta razón Justiniano constituía a los jueces para considerar las decisiones de las partes pactadas entre ciudadanos, basándose en caracterizarla por una jerarquía en fidelización con las pruebas estipuladas, sin embargo, las partes siempre debían tomar una decisión para un acuerdo mutuo y es gracias a esto que se creó el derecho clásico y la interpretación del contrato jurídico.

En la edad media surgió la interpretación de los contratos, puesto que, contaban con la participación del criterio interpretativo formal (verbas) y del criterio subjetivo (voluntas), recorriendo cada camino para el buen desarrollo de un contrato jurídico, el cual se caracteriza por la aplicación de casos concretos y su procedimiento racional e interpretativo. Por otro lado, vemos como una serie de autores afirman que el formalismo y el objetivismo han ayudado a la formación y caracterización de los contratos jurídicos, otorgándole una interpretación formal y literal, puesto que, se basa en desarrollo tanto crítico como intelectual, ya que, se cataloga como un derecho en común basándose en la jurisprudencia y el funcionamiento de la sociedad en sus obligaciones y formaciones jurídicas.

Los contratos desde Roma, se caracterizaron por la formación y desarrollo del comercio y los procesos civiles, puesto que, se necesitaba de un acuerdo para su validez y cumplimiento jurídico, ya que, cada ciudadano necesita comprobar la legalidad de las situaciones y sus funcionamientos legales para la formación de dichas instituciones tanto comerciales, civiles y patrimoniales. Con la sanción del Código Civil y Comercial los contratos cobran autonomía entre las partes, libertad de voluntad al contratar, siempre y cuando se respeten las formas, dejando en claro lo ateniende en el artículo

Cabe destacar como novedad de instrumentos electrónicos al momento de contratar acorde al “Artículo 1106 CCyC. -Utilización de medios electrónicos. Siempre que en este Código o en leyes especiales se

exija que el contrato conste por escrito, este requisito se debe entender satisfecho si el contrato con el consumidor o usuario contiene un soporte electrónico u otra tecnología similar.” Es menester nombrar que en defensa de las distintas formas de contratar al “Artículo 960 CCyC “Los jueces no tienen facultades para modificar las estipulaciones de los contratos, excepto que sea a pedido de una de las partes cuando lo autoriza la ley, o de oficio cuando se afecta, de modo manifiesto, el orden público”.

3. INFLUENCIA DE LOS CONTRATOS ROMANOS HASTA LA ACTUALIDAD

En base a las definiciones anteriores vemos como los contratos han sido el acuerdo de voluntades para el cumplimiento de dichas obligaciones en ambas partes, caracterizándose como una acción civil y de obligatoriedad. cada época histórica por la que han pasado los contratos “desde Roma a la actualidad“, que contemplan “La Compilación Justiniana”, “La Influencia Otomana”; “La Escuela de los Glosadores”, “La Escuela de los Post Glosadores”, “El Derecho Holandés”, “Escuela Humanística del Ser Filosófico”, “El Civil Law”, “La Escuela Histórica de Savigny”, “Introducción del Derecho Romano en Argentina, en el inicio de la colonización, los aportes Jesuitas y Franciscanos”, “Influencia Romana en la redacción del Código Civil del Jurista Dalmasio Vélez Sarsfield”, “La Sanción del actual Código Civil y Comercial que mantuvo herencia Romana en las instituciones basadas en el derecho patrimonial y la libertad”, han aportado características al derecho contractual, tales como la formalidad, solemnidad y buena fe, que hoy en día siguen prevaleciendo, las normativas y pautas correspondientes para su realización, crean compromiso, obligación en gran cantidad de los negocios jurídicos, es por ello han sido de gran importancia evolutiva hasta para nuestro derecho actual.

Los contratos han ido afrontando junto con el derecho variaciones en los hechos sociales acorde a las relevancias demográficas territoriales y culturales, la labor de los juristas tales como obras de los Doctores José Carlos Costa y Alfredo Di Pietro, han transitado por el análisis de cuestiones jurídicas y filosóficas que contribuyeron al ayornamiento necesario y actual para convertirse en derecho vivo, que con el advenimiento de las nuevas tecnologías y la I.A (Inteligencia Artificial) que caracteriza al siglo actual aun con normas de otros siglos. Se ha proclamado durante mucho tiempo que el orden público, la asimetría entre los acordantes, la autonomía de la

voluntad y la libertad son la base necesaria del acuerdo de voluntades de lo que técnicamente denominamos contrato pero aclaramos que debe perseguir como decimos siempre también un fin ético y social. Los contratos aportan contenidos éticos, libertad a nuestra legislación y nuestra formación tanto jurídica como social, dado que los ciudadanos así como tienen derechos también tienen deberes el cual deben cumplir de una forma legalmente constituido otorgando gran valor al derecho y su funcionamiento normativo, en base a las normas y sus obligaciones pactadas.

En el último tiempo, el Derecho de los Contratos se ha visto en la necesidad de reconsiderar viejos dogmas ante los cambios impuestos por avances tecnológicos en materia de comercios nacionales e internacionales electrónicos. Si bien la esencia dinámica del Derecho Comercial, comprensivo del Derecho de Consumo, permite una gran flexibilidad frente a nuevas realidades del mercado y la economía -entre las que incluimos a las nuevas formas de contratación a través de Internet-, entendemos que tal capacidad de adecuación resulta por sí misma insuficiente para regularlas con precisión.

VI. CONCLUSIÓN:

Para concluir, cada época histórica por la que han pasado los contratos “desde Roma a la actualidad“, la evolución del contrato a través de la historia, desde el derecho primitivo hasta la actualidad. Comienza explicando que los contratos surgieron en el derecho primitivo como vínculos de alianza y mística sin connotación económica. Luego describe que en el derecho romano los contratos ya tenían connotación económica y características como capacidad, consentimiento, objeto posible y licito. El Derecho Medieval diferenció contrato y pacto, dando preeminencia al contrato formal, y que los obligados cumplan las obligaciones contractuales. La Introducción del Derecho Romano en Argentina, en el inicio de la colonización, los aportes Jesuitas y Franciscanos, impactaron en la redacción del Código Civil del Jurista Dalmasio Vélez Sarsfield, en su obra “Codigo Civil Argentino” y en la actualidad la sanción de Codigo Civil y Comercial que mantuvo herencia Romana en las instituciones basadas en el derecho patrimonial y la libertad”, han aportado características al derecho contractual, tales como la formalidad, solemnidad y buena fe, que hoy en día siguen prevaleciendo, las normativas y pautas correspondientes para su realización, crean compromiso, obligación en gran cantidad de los negocios

jurídicos, es por ello han sido de gran importancia evolutiva hasta para nuestro derecho actual.

Los contratos han ido afrontando junto con el derecho variaciones en los hechos sociales acorde a las relevancias demográficas territoriales y culturales, la labor de los juristas tales como obras de los Doctores José Carlos Costa y Alfredo Di Pietro, han transitado por el análisis de cuestiones jurídicas y filosóficas que contribuyeron al ayornamiento necesario y actual para convertirse en derecho vivo, que con el advenimiento de las nuevas tecnologías y la I.A (Inteligencia Artificial) que caracteriza al siglo actual aun con normas de otros siglos. Se ha proclamado durante mucho tiempo que el orden público, la asimetría entre los acordantes, la autonomía de la voluntad y la libertad son la base necesaria del acuerdo de voluntades de lo que técnicamente denominamos contrato pero aclaramos que debe perseguir como decimos siempre también un fin ético y social.

En el último tiempo, el Derecho de los Contratos se ha visto en la necesidad de reconsiderar viejos dogmas ante los cambios impuestos por avances tecnológicos en materia de comercios nacionales e internacionales y las firmas electrónicos. Si bien la esencia dinámica del Derecho Comercial es atinente del Derecho de Consumo, permite una gran flexibilidad frente a nuevas realidades del mercado y la economía -entre las que incluimos a las nuevas formas de contratación a través de Internet-, entendemos que tal capacidad de adecuación resulta por sí misma insuficiente para regularlas con precisión.

“Por las obras nosotros podemos conocer los autores, y conocer el autor ayuda a conocer a las obras”

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

“La Compilación Justiniana” Obra del Dr. José Carlos Costa (año 2015)

“Derecho Civil Turco” Notas de Dr. Luis Moisset de Espannes (años 2012).

"Los imperios coloniales desde el siglo XVIII". Fieldhouse, D. K. (1987)

“Code de Napoleón” Carpentier A. Code Civil. Paris (año 1924)

“La Interpretación del Negocio Jurídico en Alemania” Danz Erich (año 1914).

“Derecho Ingles y Derecho de Contratos” Donoghue v. Stevenson, Cámara de los Lores, (año 1932).

“El Derecho Español en América” José Ma. Castas Vázquez (año 1930)

Código Civil Argentino Doctor Dalmasio Vélez Sarsfield (año 1950)

Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (año 2015)

“Derecho Romano Humano” Doctor José Carlos Costa (año 2023)

“Imperio y Derecho” Doctor Alfredo Di Pietro (año 2014)

“Inteligencia Artificial en la gestión de Contratos (IA) Lic José Manuel Jiménez Marín (año 2023)

***OBLIGATIO* EN VISIÓN PROCESAL EN EL DERECHO ROMANO**

Por Patricia Silvina Mora¹

I. CONCLUSIONES

1. El Derecho Romano nos otorga una herramienta fundamental para entender que la concepción moderna del derecho subjetivo, en el campo contractual y en el derecho de las obligaciones, requiere de mecanismos procesales que aseguren su efectividad. El análisis de la evolución de tales conceptos en perspectiva procesal se propone a través de la presente comunicación.

II. FUNDAMENTOS

1. INTRODUCCIÓN

La obligación consiste sin duda uno de los conceptos fundamentales del derecho, más allá de su campo de aplicación y un legado innegable del genio jurídico romano

En el derecho romano, hasta el período bizantino, no se conocerá el concepto de contrato tal como se conoce en la actualidad. Lo que se regulaban eran obligaciones, que según sus fuentes, eran estudiadas y a su vez tenían reconocimiento legal a través de las acciones que se le iban reconociendo.

Como indica Pieri, el sustantivo *obligatio* es relativamente tardío en la lengua latina (no pudiendo precisarse exactamente la época de aparición), pues salvo el empleo por Cicerón, no figura entre los juristas latinos. En cambio, advierte, el verbo *obligare*, tenía un antiguo uso general². En cuanto

¹ Profesora de Derecho Romano UBA, Derecho Constitucional U.K. y UAI, Derecho Administrativo UAI. Profesora de la Escuela de Abogados del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación.

² Pieri, Geoges (1990): "Obligation", Archives de Philosophie du Droit. Vocabulaire fundamental du droit, tomo 35.. 222; 224. Como indica Schulz puede remontarse el verbo a las comedias de Plauto, en cuyas obras es usada en su sentido literal y metafóricamente. Contrariamente, agrega, el sustantivo aparece solo en la obra de

al sustantivo, este representará un proceso de abstracción del término vínculo, traducido en el acto de ligar y atar. De este modo, reflejaba el acto de ligar a dos sujetos en virtud de formas específicas. Así, por ejemplo, *obligatio* no designaba la obligación del mandatario, sino el acto mismo que vinculaba³.

Lo que interesa básicamente es la forma o la causa por la que nace una obligación y los instrumentos legales reconocidos para su exigibilidad. Obligación representa en un estadio primitivo, tanto aquello que da origen al vínculo, como el vínculo mismo. Se afirma también que el concepto de *obligatio*, en el lenguaje de los juristas romanos, significaba tanto relación obligatoria, como acto y efecto obligatorio⁴. Cuando no hay causa no puede constituirse una obligación (Ulpiano D.2.14.7.4)⁵. Menos aún podrá hablarse de obligación si no existe una acción para demandar su cumplimiento.

Desde un punto de vista metodológico, indica Pelloso, constituye un error afirmar que los juristas romanos podrían concebir a la *obligatio* en los términos de la categoría dogmática moderna; desde el punto de vista hermenéutico, no existe nada en las fuentes que revele la posición del acreedor como un derecho; y, desde el punto de vista del histórico, no puede llegarse a alguna conclusión sobre la tutela del crédito, sin echar mano a la evolución de la *obligatio* en términos procesales⁶.

De tal manera, el proceso civil romano irá evolucionando desde un proceso ritual y formal hacia un proceso basado en la investigación de la causa, del consenso entre las partes, y de la mano de principios generales como la equidad y la buena fe.

Cicerón, véase Schulz, Fritz (1960): Derecho romano clásico (trad. de José Santa Cruz Teigeiro, Barcelona, Bosch)p. 435.

³ Pieri, Geoges (1990): "Obligation", Archives de Philosophie du Droit. Vocabulaire fundamental du droit, tomo 35 p. 225

⁴ Cannata, Carlo Augusto (2003): Corso di Istituzioni di Diritto Romano (Turín, Giappichelli). P.13

⁵ Esto es receptado en el art. 729 del Código Civil y Comercial: "No hay obligación sin causa, es decir, sin que derive de algún hecho idóneo para producirla, de conformidad con el ordenamiento jurídico."

⁶ Pelloso Pelloso, Carlo (2011): "Il concetto di 'actio' alla luce della struttura primitiva del vincolo obbligatorio", en: Luigi Garofalo (a cura di), Actio in rem e actio in personam (in ricordo di Mario Talamanca), tomo I (Padova, Cedam) pp. 150; 153-154.

De allí que la evolución del contrato, como término genérico, deba su expansión a la evolución habida en el sistema procesal romano, o si se quiere, en el mismo derecho romano en tanto en su mayor fase evolutiva el mismo es concebido como un sistema de acciones.

2. EL DERECHO ROMANO COMO HERRAMIENTA TUTELAR. LA ACTIO.

El derecho romano ha sido caracterizado por muchos autores, por los menos hasta el denominado período postclásico, como un derecho de acciones.

La definición de derecho de acción que la doctrina formulaba hasta mediados del siglo XIX partía de la definición de Celso (D. 44, 7, 51) conforme a la cual, la acción no era nada más que el derecho de alguien a perseguir en juicio lo que le es debido (*actio autem nihil est quam ius perseguendi in iudicio quod sibi debetur*). Fue solo la doctrina procesal alemana del siglo XIX la que comenzó a repensar un concepto que se había mantenido casi inalterable por cientos de años. En efecto, se ocupó profundamente de la acción y, al hacerlo desde las fuentes romanas, estableció algunas bases de lo que posteriormente vendría a ser la discusión acerca del derecho de acción en el siglo XX. Esas directrices serían fundamentalmente (i) la aproximación histórica a cualquier estudio que quisiera hacerse sobre la acción; (ii) el fuerte contenido dogmático de su discusión y (iii) los conceptos se elaborarían sobre la base de la relación de la acción con el derecho material.

Es decir, en la medida que existiera la acción reconocida a través de una *lex* o del correspondiente edicto, podríamos decir que existía el derecho, lo dicho toda vez que la concepción de la noción de derecho subjetivo resulta ajena a esta etapa del derecho.

Las nefastas consecuencias de la venganza privada y un mayor interés por parte de la organización de la *civitas* de controlar las actuaciones entre los grupos familiares y gentilicios propició la aparición, hacia el año 450 a. C. dentro de la *Lex XII Tabularum*, de un instrumento procesal: la *actio*.

Por lo tanto el sistema de la venganza privada como forma única de justicia existió en Roma en la época precívica, encontrándose vestigios en el derecho quirritario y la persecución del deudor o autor de un delito, contra las personas o los bienes, correspondía al grupo de la víctima o perjudicado.

La venganza privada ilimitada llegó a desaparecer, pudiéndose afirmar que perduran huellas de esta lucha en instituciones jurídicas avanzadas.

De esta venganza privada se pasó a la llamada composición voluntaria, es decir, al pago de una suma de dinero que se entregaba a la víctima por el rescate de su venganza, la denominada *poena* privada, habiendo llegado a comprender que la sanción más eficaz contra el delito sería la pena pecuniaria impuesta al ofensor a través del sistema de la composición voluntaria. La expresión utilizada para el arreglo era *pacere*, *pacisci* y para el acuerdo final *pactum*, cuya significación primaria no es *conventio* sino *pax* o apaciguamiento, fin de la discordia. Pero por este medio el ofendido llegaba a veces a abusar de su derecho exigiendo penas desproporcionadas, por lo que el monto fue fijado por la comunidad a través de una norma y así se llega a la composición legal.

El derecho de la víctima se limita entonces a exigir una pena pecuniaria contra el ofensor, pero como observa Von Mayr⁷, la expiación en los primeros tiempos vencía inmediatamente, debía hacerse efectiva enseguida y el pago inmediato era las más de las veces imposible por la cuantía de la pena, normalmente del *duplum*. Había por lo tanto que concederle al deudor un plazo y al acreedor una garantía y tal es el punto inicial del que arranca la evolución del derecho de obligaciones.

La idea de la *obligatio* como consecuencia derivada del delito, ha sido expuesta, entre otros, por Zimmermann. Según el autor, las raíces de la *obligatio* se encuentran, en el antiguo Derecho romano, en las relaciones jurídicas que giraron en torno a la familia. Las cuestiones sucesorias y la propiedad eran los problemas jurídicos que se les presentaron a los antiguos romanos, en una sociedad de carácter elementalmente rural⁸. Es en virtud de dicho carácter rural que el negocio jurídico no tenía prácticamente expansión, en la medida que los fundos rurales se autoabastecían.

Las únicas situaciones que comenzaron a escapar de este ámbito de control del *pater*, siguiendo siempre a Zimmermann, guardan relación con las acciones dirigidas contra un tercero para la sanción de un mal causado.

⁷ Von Mayr, Robert, "Historia del Derecho Romano", pag. 197, Editorial Labor, Barcelona, 1930.

⁸ Zimmermann (1996) *The law of obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition* (Oxford, Clarendon Paperbacks) pp. 1-3. ". La pecunia sería un sucedáneo de la disposición del cuerpo del ofensor.

El ejercicio de los poderes del *pater*, entonces, no estaban dirigidos a incorporar a una persona a su familia, sino a obtener una retribución⁹, para lo cual los mecanismos de autodefensa fueron desplazados por el ejercicio de la *actio*, y con ella el reconocimiento de la responsabilidad.¹⁰

D'Ors dice que la acción es el acto jurídico por excelencia, es decir, la actuación enderezada a resolver una controversia mediante una decisión definitiva (*iudicatum*) fundada en la opinión (*sententia*) de un *iudex* privado. El que la ejercita es un actor (demandante) y el demandado es designado como aquel *cum quo agitur*, o defensor; el objeto del litigio es la *res de qua agitur*¹¹. Para Schulz el derecho privado clásico es, en gran parte, un derecho de acciones y puede ser denominado así porque aparece en forma de remedios o recursos judiciales¹². Samper expresa que el *ius* aparece

⁹ Señala Guzman Brito, "La idea de obligación como vínculo jurídico entre personas que permite a una exigir prestaciones de la otra, fue el resultado de la evolución iniciada en la primordial experiencia del comportamiento dañoso que alguien puede asumir frente a un coasociado, y del natural deseo de venganza que entonces surge en la víctima; dicho de otra manera, en aquel ámbito que con terminología posterior se llamó de los delitos". (*Derecho Privado Romano*, tomo I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile p. 674).

¹⁰ Algunos romanistas critican la idea de que la *obligatio* tenga su origen en los delitos. En particular, Betti, estima que dicha idea supone una confusión entre la obligación y la acción penal; de otro, también revela la confusión entre el concepto de responsabilidad, en el sentido de garantía, con el término desde la perspectiva penal. Entre sus diferencias, se preocupa de destacar algunas: la *poena*, como mecanismo sustitutivo de la *vindicta*, supuso la respuesta del ordenamiento frente a un hecho pasado; se trataba, en consecuencia, de reemplazar el valor perdido con una suma de dinero (que no cumplía, por cierto, un valor compensatorio). En cambio, la genuina *obligatio*, particularmente, la responsabilidad, entendida como garantía, entrañaba la respuesta frente a un hecho futuro (la frustración de la expectativa del acreedor). Por estas mismas razones, en el pensamiento de Betti, hay una razón para negar el carácter de obligación a la consecuencia derivada de delito: la *vindicta* no admitía la *solutio*, pues el pago de la suma de dinero, como consecuencia de la *poena*, era un acuerdo posterior al delito (Betti, Emilio (1955): *La Struttura dell'obbligazione romana e il problema de la sua genesi* -Milano, Giuffrè- pp. 97-98; 104; 107).

¹¹ D'ORS, Álvaro, *Derecho Romano Privado*, Ediciones de la Universidad de Navarra (Pamplona, 1992), p.111.

¹² SCHULZ, Fritz, *Derecho Romano Clásico*, Bosch, Casa Editorial (Barcelona, 1960), p. 11.

como una realidad eminentemente judicial, reducida, inclusive, al ámbito de las reclamaciones privadas.¹³

El problema, a partir de Windscheid, se orientó hacia un planteamiento más profundo, concretamente a la naturaleza misma del sistema jurídico romano: plantear si los romanos reconocían derechos subjetivos o acciones. No es posible describir aquí más ampliamente la polémica en tomo a este tema, en especial en Alemania, hacia fines del siglo XIX, pero sí creemos oportuno señalar que la función del pretor en el *edictum* parece limitada a otorgar *acciones*, y no a crear derechos (*iura*).¹⁴ La fuerza de reiteración, las normas del Edicto, en gran parte, van adquiriendo fijeza y estabilidad –*edictum traslaticium*–, limitándose los magistrados sucesores a introducir en este fondo permanente ciertas innovaciones: *nova edicta* o *novae clausulae*. De este modo llega a formarse una práctica judicial constante, capacitada para asumir la dirección de la vida jurídica.

El argumento procesalmente más importante de Windscheid consiste en valorar como una prioridad la facultad pretoria el otorgar o denegar una *actio* y, por ello, supone que la *actio* tendría la supremacía.¹⁵ "En el derecho moderno, derecho y acción coinciden en cuanto que la acción no es más que la sombra del derecho. La acción no tiene una existencia autónoma. Esta

¹³ SAMPER, Francisco, *Derecho Romano*, Ediciones Universidad Internacional Sek (SL, 1993), p. 47.

¹⁴ En 1856 Bernard Windscheid realiza un trabajo sobre "*La actio del Derecho Civil Romano desde el punto de vista del derecho actual*", que motivó la crítica de Theodor Muther con su escrito "*Sobre la doctrina de la actio romana, del actual derecho de acción, de la litis contestatio y de la sucesión singular en las obligaciones*", una polémica que dio origen en el campo procesal a la revisión de las ideas imperantes sobre la acción. En este sentido, p. ej. Reconoce Gayo, III, 32 que "*praetor heredes facere non potest, per legem enim tantum... heredes fiunt, velut per senatus consultum et constitutionem principalem...*" "El pretor no puede hacer herederos, ya que solo se hacen herederos por la ley, por senadoconsulto y por una constitución imperial" Con este párrafo parecería indicar que para su época los derechos tienen una fuente basada en dichos instrumentos y no así en el reconocimiento de una *actio* en el *edictum*.

¹⁵ Para. FUENTESECA, cabe objetar que el *praetor* en el proceso formulario no otorga *acciones*, sino *iudicia*, es decir, *formulae* procesales. El *Edictum* supone un *agere per formulas* frente a las *legis actiones*. A cada *obligatio civilis* corresponde una *actio civilis in personam*. El sistema clásico de los contratos estaba basado en la tipicidad, con *obligationes* concretas y *acciones* también concretas, de tal modo que no existía un concepto general de *contractus* hasta que fue superada la tipicidad contractual. La noción de *contractus* del *ius civile*, que Gayo refleja en su conocida cuatripartición, está encuadrada en el binomio *actio-obligatio civilis*. [Cfr. *El problema de la relación entre "novatio" y "delegatio" desde Roma hasta las codificaciones europeas* (Madrid, 2000) p. 18, nt. 1.

*idea de la acción es completamente extraña a la idea de la actio romana; es algo que pertenece a la conciencia jurídica actual, pero que no tiene realidad alguna en el Derecho Romano".*¹⁶

En su trabajo "*Actio e diritto subiettivo*", Giovanni Pugliese¹⁷ señalaba que asumir el problema de la relación que existe entre el derecho de acción y el derecho subjetivo, supone, tanto desde el aspecto histórico, como desde el dogmático, ir a las propias raíces tanto del derecho privado, como del derecho procesal, dado que los conceptos en mención son las nociones centrales de cada uno de ellos.

Como señala Santoro, la *actio* no era el poder de un acreedor contra la persona del *debitor*, sino el poder para hacer efectiva la responsabilidad. Como no puede separarse el poder del acreedor de la *actio*, entiende este autor que no puede hablarse, en Roma, propiamente de un débito¹⁸.

Según Arangio-Ruiz, el término *actio*, en Derecho romano, designaba el acto jurídico mediante el cual una persona afirmaba solemnemente su derecho, a fin de que fuera reconocido (si fue éste desconocido) o bien habiendo sido reconocido fuera perturbado en su goce (de ahí que fuese realizable)¹⁹.

En sentido sustancial, *actio* implica "estar asistido por el derecho" de manera de poder esperar una sentencia favorable. Bajo este concepto, la palabra *actio* cumple la misma función lingüística que nuestra expresión "tener derecho (subjetivo)"²⁰

De allí que la evolución de este concepto y del procedimiento civil romano acompañe, muy particularmente, el desarrollo del negocio jurídico

¹⁶ Windscheid, Benhard, *Diritto delle Pandette*. Trad. Fadda e Bensa. Torino. 1930, Vol. I, pp. 123-126. Ver también Polémica sobre la Actio, BERNHARD WINSCHIED / THEODOR MUTHER- Ediciones Olejnik, Santiago – Chile.

¹⁷ PUGLIESE, Giovanni. *Actio e diritto subiettivo*. Milán, 1938; pp. 3 y 4.

¹⁸ Santoro, Raimondo "Per la storia dell'obligatio. Il iudicatum facere oportere nella prospettiva dell'esecuzione personale", *Iuris Antiqui Storia*, vol. I. (2009) p. 62.

¹⁹ Arangio-Ruiz, V. *Las acciones en el derecho privado romano*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado-1945, p.11.

²⁰ GUZMAN BRITO, Alejandro, *Derecho Privado Romano*, Editorial Jurídica de Chile (Santiago de Chile, 1996), Tomo I., p. 161-162.

en Roma y el reconocimiento de la *obligatio* de fuente lícita, hoy caracterizada básicamente por el contrato civil y comercial.

3. LA OBLIGATIO EN PERSPECTIVA PROCESAL

Señala Rodríguez Ennes que la palabra *obligare* es relativamente antigua, apareciendo ya en las comedias de Plauto, con el significado de “atar”.²¹

Hay pues una idea de atadura que une a dos personas (*debitor* y *creditor*), atadura que se destruye a través de un “*liberare*” o “*solvere*” (pagar, disolver). La definición clásica que figura en Institutas de Justiniano 3.13 pr.: *obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostris civitatis iura*. Pelloso ha entendido que la expresión *vinculum iuris* de la definición de Justiniano, no pudo significar sino un vínculo coercible mediante *actio*, es decir, que el vínculo jurídico se entendía únicamente desde la acción, de modo que la *actio* misma quedaba inmersa en la sustancia de la *obligatio*.²²

Tal como sostiene Di Pietro, se suele afirmar que en esta definición no se encuentra presente el acreedor, toda vez que no resultaría estrictamente romano definir a la *obligatio* como “derecho subjetivo” que tiene el acreedor sobre el deudor. El *obligatus* es quien puede ser perseguido por una *actio in personam*. Según Betti, no puede predicarse un derecho subjetivo del acreedor, sino una expectativa de condena que verificada permitía exigir, ejecutar, aquello que se había determinado judicialmente. La *obligatio* para este autor no supone una prestación, sino una garantía de cumplir un cierto hecho, sentido etimológico que acerca al originario *praestare*²³.

A su turno, el orden expositivo de la evolución de las formas obligacionales desde el punto de vista de la jurisprudencia clásica, se relaciona con la evolución de las diferentes *actiones* dentro del denominado

²¹ PLAUTO, Truc. 214: nam fundi et aedes obligatae sunt ob amoris praedium.

²² PELLOSO, Carlo (2011): "Il concetto di 'actio' alla luce della struttura primitiva del vincolo obbligatorio", en: Luigi Garofalo (a cura di), *Actio in rem e actio in personam (in ricordo di Mario Talamanca)*, tomo I (Padova, Cedam)

²³ Betti, Emilio (1955): *La Struttura dell'obbligazione romana e il problema de la sua genesi* (Milano, Giuffrè), p.11, 19-21.

proceso ordinario romano. A su turno, la evolución del proceso se relaciona netamente con la evolución de la *obligatio* y su rito.

Pueden distinguirse dos grandes grupos de acciones, unas del lado del *creditum* (*actiones stricti iuris* derivadas de las *legis actiones*²⁴) y otras correspondientes a los *iudicia bonae fidei* (dónde no predomina el rito sino el análisis de la buena fe de las partes y una mayor libertad del *iudex*). Las mismas evolucionan conforme se van abandonando en forma paulatina las formas rituales y sacrales, que producían en ciertos casos graves injusticias, para alcanzar el predominio del análisis del consenso entre las partes y su buena fe negocial.

La mayoría de los doctrinarios asocian el origen de la *obligatio* al concepto del *nexum*, que más que con la *obligatio* en sí, se relaciona con la garantía del cumplimiento, tal es el caso de Betti y Talamanca. No obstante, será Pugliese quien vea en el *nexum* una verdadera *obligatio*, como vínculo corporal de sujeción para el caso de incumplimiento. A su vez, se afirma que existieron originariamente obligaciones que no surgían del delito, sino de una negocio jurídico de raíz lícita, basado fundamentalmente en el principio general de la *amicitia*, como los fueron los préstamos, a través de sus dos figuras más características, el mutuo²⁵ y el comodato, que generaron las denominadas *obligatio re*. No obstante Betti, sosteniendo el origen contractual de la *obligatio*, señala la prevalencia de la *sponsio*, que a su entender importaba la garantía de cumplimiento de una expectativa del acreedor, y el acto de extinción por excelencia la *solutio per aes et libram*. El sponsor no sería el deudor, sino el garante de la *obligatio*, es decir un vínculo potencial y no una sujeción material directa. En idéntico sentido, García Garrido y Pelloso. La *obligatio* comprendía a la persona física del deudor, y el dinero hacía las veces de una especie de rescate. Para Fuenteseca será a través de la *legis actio per iudicis postulationem* cuando,

²⁴ El procedimiento "*per legis actiones*", representa, en el orden cronológico el primer sistema de Enjuiciamiento en Roma, puede corresponder al período histórico del derecho quirritario, de cuyas características más notables participa y en particular de su solemnidad y ritualismo, debiendo adaptarse todo litigio a uno de los cinco módulos de la ley, en razón de haber existido cinco esquemas preestablecidos, que se traducían siempre en un complicado ritual compuesto de gestos simbólicos y palabras solemnes y sacramentales.

²⁵El mutuo resultó el más típico de los préstamos. Mutuo derivaría del verbo Mutare, cambiar de lugar., y de tal manera lo explica Gayo en Inst. III.90, al afirmar: "...Es por esto que se llama mutuo, por lo que yo te he dado, cesa de ser mío para ser tuyo".

procesalmente, se permitirá reclamar el compromiso verbal asumido, es decir una exigibilidad procesal y el surgimiento de la verdadera *obligatio verbis*²⁶.

Según establece Giuffrè²⁷ no hay duda que la vida de la comunidad humana en torno al Tíber en el primer siglo y medio desde su formación tuviera un tipo de actividad productiva muy limitada, una economía agropastoril, en la que el préstamo se manifestaba como algo extremadamente raro. También, es muy probable que las figuras del mutuo y el comodato o préstamo de uso se confundieran en un principio y que dada su rareza no encontraran regulación dentro de las *mores*. Tras la caída de la monarquía etrusca se produce una fuerte crisis económica, conjuntamente con la liquidación de la clientela que procedía de las *gens* patricias, que hizo nacer una enorme necesidad de crédito y la de proteger al *tradens* dentro del marco del *ius* y así en la operación crediticia se recurre al *nexum*²⁸ en función de la diferencia social entre acreedor y deudor, y de la posibilidad de satisfacer eventualmente la perspectiva del acreedor con la propia labor semiservil o aún la disposición de la vida del deudor. Tanto el *nexus* como el *addictus*, luego de la condena, se comprenden en una sociedad donde la economía de producción agraria hace que la fuerza del trabajo personal tenga un notable valor.

La ejecución constituye un medio de someter la voluntad del deudor pertinaz y la pena por el incumplimiento de su obligación, priorizando la idea de tutela del acreedor y de su hacienda.²⁹ No obstante, en el siglo IV a.C. la situación en el marco de las deudas contraídas por los plebeyos como consecuencia de los préstamos, se comienzan a sostener notorios abusos de la clase dominante ejercitando el proceso ejecutivo sobre aquellos que habían sido dados como garantía de la *obligatio* a través del *nexum*³⁰.

²⁶ Fuenteseca Degeneffe, Margarita “Dare facere oportere y los orígenes de la *obligatio ex contractu*”, RIDA N° 55-2008, p. 235

²⁷ Vincenzo Giuffrè: “La *datio mutui*- Prospettive romane e moderne”- Jovene 1989-Italia. Pgs.25 y ss.

²⁸ Feliciano Serrao, “Diritto privato Economia e società nella storia di roma”, p.171 y ss

²⁹ Así lo sostiene entre otros Jörs, Paul, “Derecho Privado Romano”, pag.533, Editorial Labor S.A., Barcelona, 1937.

³⁰ No existe duda alguna que en el siglo V a. C. se practicaba el préstamo usurario, a través de los relatos que nos llegan principalmente de Dionisio de Halicarnaso y Tito

El último paso será la espiritualización del vínculo, aboliéndose a través de la *Lex Poetelia Papiria* la prisión por deudas y el vínculo centrado en la acción física sobre el deudor, a la vinculación patrimonial del deudor, quedando excluida la muerte o venta del deudor. El proceso ejecutivo de carácter patrimonial supuso el ejercicio de la acción personal.

Sostiene Rodríguez Ennes: “...A la vista de lo expuesto, se infiere claramente que, poco a poco, el contenido personalísimo de la responsabilidad a que queda afecto el cuerpo mismo del deudor -su integridad física y su libertad- va atenuándose hasta adquirir fisonomía exclusivamente patrimonial consustanciándose por imperio de la ley con toda obligación, por el mero hecho de existir y sin necesidad de acto jurídico especial que la constituya: el débito engendra por sí mismo, autónomamente, la responsabilidad. Las antiguas formas de que ésta nacía se proyectan ahora sobre los contratos de débito; más al cambiar las circunstancias y las ideas políticas, cambia también la naturaleza de estos contratos, que en adelante engendran derechos perfectos de crédito, haciendo "personalmente" responsable al deudor con todos sus bienes.”.³¹

Es que a partir de la transformación de la *obligatio* en un vínculo *iuris*, se profundiza el desarrollo de nuevas formas obligacionales, que si bien desde tiempo arcaico eran reconocidas, se expanden hacia el mundo comercial como lo fue el obligarse a través de las palabras³² y consolidar su reconocimiento ante un posible incumplimiento por una acción ritual que

Livio. El primero atribuye a una cuestión de deudas la participación de los plebeyos en la conspiración de los Tarquinos. También Tito Livio estima que el endeudamiento plebeyo será el que desencadena la secesión y la creación del tribunado de la plebe. Y así en estos tiempos tan antiguos ya tiene relevancia el problema de la usura. Cfr. Feliciano Serrao “Diritto privato Economia e società nella storia di roma”, p. 171 y ss. Durante los siglos V y IV a.C., los romanos debieron enfrentar el problema de la relación de dependencia, estrechamente conectado al problema de la fuerza de trabajo, problemas ambos en que los aspectos jurídicos estaban fuertemente ligados a los aspectos económicos y sociales. Durante esta época, el ámbito preponderante del estado de sujeción de los deudores, nacido de la relación de crédito y de la fuerza de trabajo, fue la de la familia; sumándose a tales problemas el de la forma comercial tradicional en el ámbito de la relación de crédito y de dependencia, el *nexum*, cuya abolición debió ser decretada por la *Lex Poetelia* durante los últimos años del siglo.

³¹ RODRIGUEZ ENNES, Luis, *La obligatio y sus fuentes*. Revista Internacional de Derecho Romano, abril 2009.

³² Frente a la pregunta del *stipulator* (*spondes mihi?*) el *sponsor* debería responder *spondeo* (=prometo) para que surgiese una *obligatio verbis*, que no implicaría un vínculo físico del promitente sino un vínculo *iuris civilis*.

consistió básicamente en una apuesta o juramento denominada *legis actio per sacramentum in rem (vindicationes)* y *legis actio per sacramentum in personam*³³.

Más avanzada la república, nacerá la *conditio*, como acción para exigir cumplimiento, también del denominado derecho estricto. La diferencia fundamental radicará en que en lugar de pagar la apuesta al *populus o aerarium*, se le abonará a la parte vencedora y la suma se estipulará en un tercio del valor del pleito³⁴.

Por último una nueva modalidad de contraer voluntariamente obligaciones, de tipo formales o rituales, va a estar dada por la *obligatio litteris*, u obligación que se adquiere por la escritura, siendo un tema poco desarrollado en las fuentes a excepción de las Institutas de Gayo en dónde se cita como ejemplo la *nómina transcripticia*, o libro del *pater familias* en la que llevaba una especie de contabilidad con entradas y salidas en dónde se anotarían los créditos y débitos. Otra de las formas que menciona Gayo en relación a este tipo de obligaciones, son la “*chirographa*” y la “*syngraphae*” que eran documentos por los que se reconocía una deuda actual o futura, señalando que ese género de obligación era propia de los extranjeros y discutiéndose en doctrina su carácter obligacional o meramente probatorio.³⁵ La forma hace al rito, al efecto jurídico y al proceso a través del cual será dirimido.

³³ Algunos estiman que el *sacramentum* era un juramento efectuado por las partes, consistiendo en una suma de dinero establecida en la *lex* a modo de apuesta. Otros como Noailles los estiman como algo sacro y que en sus orígenes estaba relacionado con el sacrificio en cabezas de ganado con anterioridad a la Ley de las XII Tablas (Cic. De Republicae, II, 35,60). Se estimaba que se producía el sacrificio de modo de determinar mediante el análisis de las vísceras por medio de la etrusca disciplina de los augures, y de tal manera saber hacia quien se inclinaban los dioses y establecer cuál de los dos *sacramentum* era el *iustum*. De tal manera en sus orígenes se trataría de un *sacrificium propiciatorio* destinado a que los dioses determinaran cuál de las partes tenía razón, o si se quiere una ordalía, son los dioses quienes dictan la *sententiae*. (Gayo, “Institutas”, Texto traducido, notas e introducción por Alfredo Di Pietro, pag.632/633-Nota 14, 5ª. Edición, Ed.Abeledo Perrot, Bs. As. 1997

³⁴La acción de la ley por requerimiento o emplazamiento, o *legis actio per conditionem*, fue introducida, como refiere Gayo, por una ley Silia (250 a.C.) para intentar la recuperación de créditos consistentes en dinero, y extendida por una ley Calpurnia (alrededor del 200 a.C.) a los créditos que tienen por objeto cosas ciertas. (Gai.4.17-19).

³⁵ GAYO, Inst. III.134, op.cit. pág.506..

En cambio, el cuarto tipo obligacional de la cuatripartición las *obligationes consensu contractae*, responden a la idea de formalizar un negocio dónde interesa el acuerdo de voluntades más allá de cualquier forma, que procede de otra línea evolutiva desde el punto de vista procesal, eso es los denominados juicios de la buena fe a través de los cuales se refleja una condición bilateral y sinalagmática de la *obligatio* y que tienen su sede en el título XIX del *Edictum (De bonae fidei iudiciis)*, cuya rúbrica original quizá tuvo su origen en el *Edictum* peregrino. El hecho de que las acciones de buena fe se refieran a obligaciones recíprocas es, siguiendo a Álvaro d'Ors,³⁶ la causa que generó su diferenciación respecto de las otras acciones que sancionan obligaciones unilaterales. La labor de la jurisprudencia conducirá a estimar al contrato como encuentro de dos voluntades.

Al deber investigarse la voluntad o consenso de las partes, en estas obligaciones de tipo bilaterales y recíprocas, el rito pasa a ser desplazado por la *bonae fides*, como principio general de base interpretativa incorporado por el pretor peregrino, y sobre el cual se asientan los denominados juicios de la buena fe, caracterizados por un *liberum officium*, sin que esto signifique que el *iudex* tiene poderes normativos o discrecionales, que a su libre arbitrio emplea o deja de emplear. La libertad que tiene el juez es la de condenar haciendo, como dice Carcaterra, una *interpretatio plenior*, es decir una indagación e interpretación del asunto en cuestión más profunda y comprehensiva, y de tal manera procurar que se obtenga el resultado práctico querido por las partes.³⁷

Según Addame Goddard, esa interpretación en dónde en base al carácter bilateral y consensual de las obligaciones juega un papel sustantivo la buena fe, "...*El fundamento o causa de este método de juzgar es la propia naturaleza bilateral o recíproca de las relaciones que son objeto de los juicios de buena fe...*".³⁸ Es en el edicto del pretor peregrino en dónde se encontrarían las obligaciones que exigían una buena fe recíproca,

³⁶ D'Ors, Alvaro, *Derecho privado Romano* 8ª. (Pamplona 1991) 509.

³⁷ Carcaterra, A., *In torno ai bonae fidei iudicia* (Nápoli 1964) 35, donde resume las conclusiones que explica en subsiguientes capítulos

³⁸ Adame Goddar, Jorge, *El principio de buena fe en los contratos internacionales*, <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/id/1590>.

rompiendo el binomio *actio-obligatio ius civile* y con esta ruptura se superó la tipicidad imperante en el sistema contractual romano.

Por ello, algunos doctrinarios sostienen que el último eslabón se encuentra en Labeón, primer jurista que empleará la expresión *obligatio*, relacionada con el *contractus*. Ahora bien, en el pasaje, Labeón, contenido en D., 50, 16, 19³⁹, hace equivalente el término de contrato, con el *synallagma*⁴⁰ griego. Gaudement ensaya una hipótesis de cómo el término llegó hasta el jurista. Afirmando que la expresión fue tomada de Aristóteles. Cicerón poseía dichas obras y éste, a su vez, era íntimo amigo de Trebacio, maestro de Labeón. Resulta entonces una explicación plausible para la adopción de un concepto propio de la filosofía griega, que condujo a la creación de una categoría general⁴¹. El término *contrahere* será el concepto en virtud del cual giraran las obligaciones de carácter bilateral, bajo la idea de la constitución de relaciones jurídicas en forma voluntaria.

El *contractus* deja de ser una figura tipificada para convertirse en un concepto genérico que se aproxima a la *conventio* que tiene como elemento instrumental un proceso en el que se investiga, bajo el principio de buena fe, el consenso de las partes al momento de perfeccionar la obligación.

³⁹ Este pasaje del digesto sostiene: "*Labeón define en el libro primero del Pretor urbano, que unas cosas se hacen, otras se gestionan, y otras se contratan. Y ciertamente que la palabra acto es general, ya sea que alguna cosa se haga de palabra, ya sea que realmente, como en la estipulación, o en la entrega de cantidad; pero contrato significa obligación de una y de otra parte, lo que los griegos llaman σν ἄλλαγμα, como la compra, venta, locación, conducción y sociedad; gestionado significa cosa hecha con palabras*"

⁴⁰ Labeón entiende que el *contrahere* proviene de una actuación conjunta (*ultra citroque*) y como no había un nombre en el latín jurídico para dicho fenómeno, se empleó la expresión griega del *synallagma*, que significaba contrato en sentido amplio y no exclusivamente contrato bilateral. Con todo, en el Libro V, Cap. II de la *Ética a Nicómaco*, Aristóteles habla del *synallagmáta*, tanto para referirse a los actos voluntarios, como involuntarios. Véase, Martini, *Diritti Greci* (Torino, Zanichelli, quinta reimpresión primera edición-2009) pp. 68 y ss.

⁴¹ "*El verbo contrahere es un verbo antiguo y fue usado literal y metafóricamente (... En contraste con el verbo contrahere, el sustantivo contractus apareció mucho más tarde (Thes. L.L. IV 753 y s.) No se remonta más allá de la época de Cicerón. Se halla ausente en las obras de César, Cicerón, Salustio, Livio, Tácito, Suetonio y los Plinius (maiory minor)...*" Gaudement "Naissance de la notion d'obligation dans le droit de la Rome Antique", en AA. VV. *Iuris Vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, tomo IV -Napoli, Jovene Editore-2001, p. 144.

EVOLUCIÓN CONTRACTUAL DEL SISTEMA JURÍDICO ROMANO, ESTUDIO PARTICULAR DEL CONTRATO DE JUEGO Y APUESTA

Por Leticia Inés Núñez¹ y Marilina Andrea Miceli²

I. CONCLUSIONES

Podemos afirmar que la tradición jurídica occidental, se remonta sin solución de continuidad hasta el antiguo derecho romano, logrando adecuarse y evolucionar como perviviente o ultra activo.

¹ Abogada Facultad de Derecho - UBA. Procuradora- Facultad de Derecho - UBA – Diplomada en Derecho Romano Público y Privado (UAI) – Diplomada en Historia y Estrategia I (UAI). Profesora Jefa de Trabajos Prácticos Regular y Profesora Adjunta Interina de Derecho Romano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Profesora Adjunta de la Facultad de Derecho de la Universidad Abierta Interamericana (UAI). Profesora Adjunta de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Isidro (USI). Profesora Adjunta de la Universidad J. F. Kennedy (UK). Investigadora permanente de la Universidad John F. Kennedy. Miembro Permanente y ex Vocal Titular de la Asociación de Profesores de Derecho Romano de la República Argentina (ADRA). Miembro de Proyectos DeCyT 2010/12 – 2012/14 y Proyecto Institucional 2017/2018 de la Facultad de Derecho de la UBA. Miembro del Instituto de Derecho Romano del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal. Miembro de AIDROM (Asociación Iberoamericana de Derecho Romano). Miembro de la Schola Serviana Iuris Romani. Miembro del Seminario Permanente de Investigación de Derecho Romano de la Universidad Abierta Interamericana (UAI). Curso varios posgrados en la materia Derecho Romano en Argentina como en el exterior en la Universidad de Salamanca (USAL), España, 2017 y 2019. Autora y co-autora de diversas ponencias y publicaciones en la especialidad Derecho Romano tanto en Argentina como en el extranjero. Premio a la “Generosidad Intelectual” (UAI 2019).

² Posdoctora en Derecho Universidad Nacional de Córdoba, Posdoctora en Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Doctora en Derecho UAJFK, Profesora invitada del Doctorado en Derecho de la UBA, en el Doctorado en Derecho de la UNC. Profesora regular del Doctorado en Derecho de la UAJFK, de la Maestría en Derecho Administrativo de la UAI, de la Maestría en Derecho de la Universidad del Sur. Bahía Blanca, Profesora invitada del Doctorado en Derecho de la Universidad de Morón, Profesora Invitada en el Departamento de Posgrado de la UNAM. Profesora de grado titular en la UAI, Asociada en UAJFK y Adjunta Interina en UBA, Miembro de la Comisión directiva de ADRA (Asociación de Derecho Romano de la República Argentina) de AIDROM (Asociación Iberoamericana de Derecho Romano), miembro del Comité académico de RIDROM, (Revista Internacional de Derecho Romano) y del Instituto de Derecho Romano y Cultura clásica de la UCALP. Directora en diversos proyectos de investigación y de numerosos artículos doctrinarios, en la materia.

Considerando que, el contrato fue, y sigue siendo, la fuente más importante de las obligaciones, es en el *Corpus Iuris Civilis* en donde encontramos definido al contrato, como aquel acuerdo de voluntades capaz de constituir a una persona en deudora de otra, para la creación, modificación o extinción de cualquier relación jurídica.

Evolucionando, en el medioevo, con Donello y Cuiaccio, más tarde con Grocio, Domat y Pothier, es incorporado en la doctrina de Savigny, receptada en la por la codificación americana, internamente, en el código de Vélez, llegando a nuestros días al código unificado, Art. 957.

El sistema jurídico romano, en su clasificación moderna, distinguió a los contratos reales y consensuales, estructura que se mantuvo en nuestro país hasta el año 2015, cuando el Código Civil de Vélez pierde vigencia.

Sin embargo, al eliminar la clasificación en el código actual no se le resta importancia a la entrega de la cosa, sino que, forma parte de la etapa de ejecución, de eficacia, de cumplimiento del plan prestacional de un negocio ya perfeccionado y concluido mediante la manifestación de voluntad de los contratantes.³ Por lo que, los tipos de contratos reales romanos siguen existiendo, la diferencia esencial está en el momento en que el contrato queda perfeccionado, comprendiendo así, que el sistema jurídico originario continúa ultra activo.

El principio general de buena fe (*bona fides*) asume también, en estos tiempos, además de las funciones que, tradicionalmente, se le atribuyen, un rol esencial en la conceptualización del contrato hacia la autonomía de la voluntad. es por ello que las formas contractuales se diversificaron y las practicas jurídicas se afinaron en el transcurrir histórico.

Expresa Salerno: “Las normas influyen sobre la población, constituyendo en su conjunto un instrumento flexible para el comportamiento social. Organizan las relaciones intersubjetivas en todos los campos de la actividad del hombre. Esta tarea va adaptándose a las exigencias de cada época, según las necesidades y conforme las ideas predominantes. El dinamismo del derecho está dado por su poder de

³ Herrera, M.; Caramelo, G.; Picasso, S. “Código Civil y Comercial de la Nación comentado, tomo III”. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Bs. As. 2016

adaptación a las circunstancias históricas sin desnaturalizar los fines que persigue”.⁴

En Roma los juegos basados en la destreza física, y en relación a la apuesta, constituían una obligación al estar dotados de acción reclamatoria, a diferencia de la haraganería supuesta en el mero azar; regulación del derecho honorario que se traslada al derecho justinianeo.

Ley de las VII Partidas, es la bisagra transoceánica al derecho vigente, Partida VII, Título 14 y 16 y en la Partida I, Título 6, destacando que, en todos los casos, la regulación prevé al detalle, diversas cuestiones que podrían invocarse con pretensión crediticia y todas se desestiman, “dinero se considera mal ganado”.

Con Vélez la distinción se hace más clara, pues, el detalle descriptivo despeja dudas en relación a lo que serían *virtutis causa*, Art. 2055 C.C “ejercicio de fuerza, destreza de armas, corridas y de otros juegos o apuestas semejantes”.

El código actual recepta los lineamientos anteriores de manera restrictiva, entendemos que puede resultar perjudicial para una ciencia que debe acompañar a una cultura en constante evolución, de hecho, es sabida la opinión de Nicolau quien lo comprende como un nuevo modo de contratación empresarial, por la gran escala o magnitud de los fondos y lucro involucrados.

Es interesante mencionar las cuestiones históricas internas que originan su recepción en el sistema jurídico argentino; erradicar el ocio y entrenarlos en destrezas para ser útiles en el trabajo de hacienda, siendo los juegos entre peones y la idea de competencia totalmente funcional con la idea utilitaria de capacitarlos, dos cuestiones ya mencionadas en la historia jurídica romana.

Estas situaciones, nos hacen reflexionar respecto a que los romanos siempre aprendían del pasado para no tropezar dos veces con la misma piedra, repetían o eliminaban de sus prácticas, aquello que no les fuera conveniente. Nosotros, los operadores jurídicos, contamos con la suerte de obtener de sus antecedentes, la esencia propia de los institutos jurídicos que, al día de hoy, se mantienen ultra activos, evolucionando, de manera

⁴ Salerno, Marcelo Urbano “Derecho Civil Profundizado” Ed Ciudad Argentina, Bs. As. 1998, pág. 240.

consciente, de acuerdo a nuestras necesidades sociales vigentes, sin olvidarnos nunca de nuestras raíces. *Nova est ex antiquis*.⁵

II. FUNDAMENTOS

*Ubi Societas Ibi Ius*⁶

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

Ya hemos señalado, en otras oportunidades, que el ser humano es autor y protagonista de sus propias relaciones, que a lo largo de la vida diseña y proyecta en relación a su entorno y grupo de pertenencia dentro de esa sociedad, que los valores o ideales se representan como estándares que resignifican lo cotidiano. Recordamos, que es por medio de lo heterónimo, representado en el Estado y por las normas, encargadas de describir el abanico conductual de posibilidades, el otorgamiento de consecuencias valiosas o des valiosas según el entramado jurídico de múltiples relaciones que, en coexistencia desempeña el hombre, a través de sus conductas.

No debemos olvidar que la sociedad evoluciona históricamente y se desarrolla a lo largo del tiempo, a través de un proceso gradual. Indica Bonfante; “El derecho, como cualquier otra manifestación de la vida de los pueblos, el arte, la costumbre, la literatura, es un producto de la conciencia social y, por lo tanto, varía en el tiempo, varía de pueblo a pueblo, a medida que cambian y se afinan las necesidades...”⁷

Sabemos que la tradición en general, y en particular la tradición jurídica propia del continente europeo se remonta sin solución de continuidad hasta el antiguo derecho romano, logrando evolucionar a través de la aplicación de justicia al caso concreto, transmutando o transfigurando en lo que solemos denominar fenómeno de pervivencia del Derecho Romano.

⁵ Lo nuevo viene de lo viejo.

⁶ Donde hay sociedad, hay derecho. y donde hay derecho hay personas que se ocupan de crear normas jurídicas, aplicarlas y explicarlas.

⁷ Bonfante Pietro, Instituciones de Derecho Romano, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1959, pág. 9.

2. EVOLUCIÓN DEL CONTRATO

Considerando que, el contrato fue, y sigue siendo, la fuente más importante de las obligaciones podemos definirlo de modo general como un acuerdo de voluntades entre dos o más sujetos capaces de crear, regular, modificar, transferir o extinguir derechos con contenido patrimonial ⁸

Sin embargo, el contrato no siempre significó lo mismo; en el derecho romano primitivo, lo que existía era un *pactum*, para cualquier convención *conventium* de partes, los cuales carecían de exigibilidad.

El vocablo *contractus*, como sustantivo en su forma nominativa, no figura en los primeros tiempos ni tampoco se lo conoce como un término jurídico abstracto, en el sentido en que hoy lo conocemos. ⁹

El término *contractus* se conforma a partir del verbo *contrahere* y comienza a utilizarse para denominar cualquier obligación contraída como consecuencia de la conducta humana. Conducta reconocida como obligatoria por encontrarse dotada de una causa civil y provista de una acción (*actio*) ¹⁰.

La ley contenía un catálogo cerrado de contratos que podían celebrarse, cada uno con sus reglas particulares, el cual se iba actualizando de acuerdo a las nuevas necesidades que iban surgiendo, como parte de su espíritu práctico, es decir, derecho como objeto cultural.

Con el transcurso del tiempo, es Justiniano, a través de su obra “*Corpus Iuris Civilis*” quien logra definir a los contratos, como aquel acuerdo de voluntades capaz de constituir a una persona en deudora de otra para la creación, modificación o extinción de cualquier relación jurídica ¹¹; evolucionando, en el medioevo, con Donello y Cuiaccio, en la época

⁸ Se sugiere ver Cabrera O, “Los contratos civiles y comerciales desde una perspectiva integrativista”, Ediciones Oslo 2018

⁹ Costa J.C, “Manual de Derecho Romano Público y Privado”, Ed Abeledo Perrot, Bs As 2016, Cap XXIII.

¹⁰ D.2.14.7.1.

¹¹ D.50.16.19.

moderna con Grocio hacia una visión consensualista, cuya influencia se refleja en Domat y Pothier.¹²

Este concepto fue incorporado en la doctrina de Savigny, doctrina receptada en la normativa de la codificación americana, la cual fue incorporada en particular y casi literalmente, en el año 1896, por Dalmasio Vélez Sarsfield en el Código Civil de la Nación Argentina, llegando a nuestros días al Código Civil y Comercial vigente, art. 957.

En nuestro código unificado, se define el contrato como el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales, finalidad ultra activa de una mirada justiniana.¹³

Petit, en su tratado elemental sobre derecho romano refiere a los contratos como “una convención sinalagmática” (...) de una prestación recíproca”¹⁴. Así fue, pues, se acordó darles una tutela procesal por medio del *actio praescriptis verbis*, por la cual, podía exigirse el cumplimiento de lo pactado, siempre que una de las partes hubiera cumplido con la prestación convenida; es decir, no basta con el mero acuerdo de voluntades, sino que es necesario probar el cumplimiento.

La obligatoriedad del contrato no dependía de la pura voluntad sino de la protección de ciertos intereses legítimos¹⁵ en la comprensión del enriquecimiento que obtenía una de las partes, en razón del cumplimiento de la otra.

El consentimiento, el objeto y la causa fueron signados como sus elementos necesarios, aunque en la actualidad, ésta última es parte necesaria, o mejor dicho, elemento fundamental de las obligaciones.¹⁶

¹² Costa J.C, “Manual de Derecho Romano Público y Privado”. Ed Abeledo Perrot, Bs As 2016, págs 270/293

¹³ Ver artículo 957 C.CyCN.

¹⁴ Petit, E, “Tratado Elemental de Derecho Romano”, Editorial Albatros, Bs As, 1985, pág 371.

¹⁵ Belda, M. J., “Reconocimiento jurídico de los contratos innominados”. 2008.

¹⁶ Barbón, Lacambra J.A, “La causa del contrato. Comparación entre el Código Civil de Vélez y el Código Civil y Comercial” Ed Thomson Reuters. Bs As 2017, pág 1.

Considerados *contractus lex*, sus preceptos fundamentales debían ser observados por los intervinientes que debían ajustarse a las estipulaciones del contrato (principio de literalidad), los efectos del contrato solo era aplicados a las partes que intervenían en el contrato y sus causahabientes, (principio de relatividad del contrato), los pactos contenidos debían ejecutarse en los términos que fueron suscriptos, las estipulaciones contrarias a la ley se tenían por no puestas, las disposiciones legales reconocían al contrato como fuente de obligaciones y las obligaciones contractuales eran obligaciones civiles por lo que, el acreedor podía exigir del deudor la satisfacción de la deuda según lo pactado (si no era posible, por equivalencia, el acreedor, también, podía demandar la indemnización por daños y perjuicios).

Debemos mencionar como excepción que, si bien, por principio de relatividad, los contratos sólo tenían efectos entre las partes, en algunos casos, surtían efectos respecto de terceros, por ejemplo, los ya mencionados causahabientes y también los acreedores quirografarios, debido a que cualquier contrato del deudor que afectara su patrimonio, lo hacía, también, en la garantía de cobro de sus acreedores.

Cabe destacar que, una vez nacido válidamente un contrato, se convertía en irrenunciable y las obligaciones originadas por el contrato válido, no se podían modificar unilateralmente y siempre era presumibles de buena fe. (*contractus lex*)

La buena fe (del [latín](#), *bona fides*) se manifiesta en la Antigua Roma, positivizada en el Digesto de Justiniano en los siguientes términos “Bona fides quae in contractibus exigitur aequitatem summam desiderat (...)”,¹⁷ la obligación contractual de obrar de buena fe, deberá ser interpretada conforme a criterios de equidad. Su aplicación se desenvuelve en el ámbito de la doctrina del enriquecimiento injusto, al que se contrapone la equidad y la buena fe, por eso la necesidad de cumplimiento como condicionante para accionar.

3. CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS

Los contratos romanos pueden dividirse en “contratos romanos antiguos” y “contratos romanos modernos”, a su vez Gayo en *Institutas*, los

¹⁷ Ver concepto en D.16.3.31

dividía en verbales, perfeccionándose por el solo empleo de las palabras y en literales, o escritos, así perfeccionados.

Entre los verbales, se encontraba el *nexum*, la *sponsio* y *stipulatio*¹⁸. Entre los literales, estaban la *nómina transcriptitia*, la *chirographa* y la *syngrapha*.¹⁹ El análisis de cada uno de ellos, escapa al objeto de estudio del presente, por lo que solamente, haremos mención a la coyuntura circunstancial de la técnica utilizada, refiriendo una vez más, que el derecho es un objeto cultural y que tanto unos u otros, obedecieron a la falta o expansión de la divulgación y adquisición de la escritura.

Por otro lado, dentro de los “contratos romanos modernos” se distinguían contratos reales y consensuales y se diferenciaban por su forma de perfeccionamiento, es decir, referente a la entrega de una cosa o por el simple acuerdo de partes, estos últimos, en su nominación más clásica, son la compraventa, la locación, el contrato de sociedad y el mandato.²⁰

Someramente y para destacar la ultra actividad jurídica romana, podemos mencionar que la compraventa fue reconocida como el acuerdo de voluntades por el cual una de las partes denominada vendedor se obliga a entregar a otra, denominada comprador la propiedad de una cosa, a cambio de una suma cierta de dinero, denominada precio, concepción vigente a nuestros días.

Por otro lado, los romanos comprendieron en la locación, (*locatio conductio*) al acuerdo de voluntades por el cual una persona denominada locatario se obligaba a pagar a la otra, denominada locador, un precio cierto a cambio del uso temporal de una cosa o la prestación de un servicio o la realización de una obra, sumamos aquí y de manera clara, la trascendencia esencial del concepto contractual y su objetivo, locación de cosa, locación de servicio o locación de obra.

¹⁸ Dejamos algunas citas como testimonio objetivo y para mayor abundamiento: Gayo 3. 93 y ss. / Tito Livio 6. 14 y 8.28 / Inst. 3.15.1/ Gayo 3. 136/ D.45.1 / Inst 2.105/ Inst 3.15.1/ Gayo 3.117/ Inst. 3.18/ D 45.1.5/ Inst.3.18.1 y ss./ D 21.1.1.

¹⁹ Por misma razón y en igual sentido: Gayo 3. 96/ Gayo 3.128 y ss./ Inst 3.21 / Tito Livio 24. 7.

²⁰ Podemos encontrar referencias respecto a los contratos consensuales y, a modo de ejemplo en Gayo 3.135/ Inst. 3.22 pr. / D.18. I y ss, Gayo 4. 130 y ss, para la compraventa/ D.19. 2 y ss, Inst 3. 21 y ss. para la *locatio*/ Gayo 3.148/Inst 3.251 y D.17.2.1 para la *societas*.

El mandato fue conceptualizado como el acuerdo de voluntades por el cual una persona, denominada mandatario, se obligaba respecto de otra denominada mandante, a realizar gratuitamente una cosa lícita por su encargo. En la *societas* y también por acuerdo de voluntades, los socios se obligaban a aportar bienes para un fin lícito que les fuera común.

Más allá de algunas transmutaciones, por ejemplo, en este último, se requerían tres personas como mínimo, reiteramos, el fin debía ser lícito y por *lex Iulia de collegiis*, requerían autorización del estado para funcionar, como lo es aquí por intermedio de la Inspección General de Justicia.

Por otra parte, los contratos *re* o reales que, como sabemos, **además de la *conventio* requieren la *datio rei***, generan una obligación de restitución a cargo del que la recibe, entregando la misma cosa u otra de igual género.²¹

Podemos mencionar al mutuo, conocido también como “préstamo de consumo”, era el acuerdo de voluntades mediante el cual una persona, llamada mutuante, le entregaba en propiedad a otra, llamado mutuario, una determinada cantidad de cosas fungibles, con la obligación por parte de esta última de restituir, dentro de cierto plazo, la misma cantidad del mismo género y calidad.

El Comodato, también llamado “préstamo de uso”, era el acuerdo de voluntades por medio del cual una persona, llamada comodante, entregaba gratuitamente a otra, llamada comodatario, el uso de una cosa no fungible, debiendo esta última devolver esa misma en el lugar y tiempo convenidos.

En el depósito, en el acuerdo de voluntades, el depositante, le entregaba una cosa mueble a otra, llamada depositario, para que guarde o custodie gratuitamente, y lo devolviera ante el primer requerimiento o ante el vencimiento del plazo convenido, con sus frutos y productos.

Por su parte en la prenda, una persona, llamada pignorante le entregaba a otra, llamada pignoratario, la posesión de una cosa corporal para garantizar una deuda propia o ajena, con la obligación de quien la recibía de conservarla, sin utilizarla, y de restituirla cuando ella se saldara, obviamente, mediando acuerdo de voluntades.

²¹ D.12.1.2.2 / D. 12.1.2.4/D 10.4.9/D.12.3.2.1/D.12.1.9.9/D.12.1.11/ D.12.1.30/ Inst. 3.14.2/ Gay 4.23/Cód. 4.32.26.1/ Nov 106 y 110, todas regulatorias del mutuo. Para el comodato: D.13.6 y ss. e Inst 14.2. Para el depósito D 13.6 y ss. y D.16.3 y ss. La prenda la encontramos en D. 16.3 /D.12.1.9/ D13.7.1/ D.13.7.9/ Inst. 3.14/Gayo 3.135, entre otros.

Señala D'Ors que el derecho romano en sí mismo es algo más profundo que trasciende lo meramente histórico²². “En el radica el numen del derecho del mundo occidental como claro forjador de las ideas jurídicas a través del paso del tiempo.”²³ Es por ello que las formas contractuales se diversificaron y las prácticas jurídicas se afinaron en el transcurrir histórico.

4. CONTRATO DE JUEGO Y APUESTA

En Roma, al igual que en Grecia, los juegos y las destrezas físicas eran de vital importancia; dentro de una cultura pujante, en donde la competencia organizada se encontraba especialmente coordinada, los juegos y las pautas, para la realización de los mismos, dependían del tipo de juego y destreza invocada.

Por ello, y debido a que admite múltiples formas, depende de la habilidad del jugador, manual, física, intelectual, fruto del azar, o de una mezcla de azar y destreza, la manera en la cual se participaba. Por lo general, eran varias personas, sin embargo, en algunos se participó individualmente. Este es el caso de los juegos en Olimpia, donde cada atleta representaba a su ciudad y cuyo carácter religioso, siendo los juegos más importantes en su momento, posibilitó la trascendencia de las Olimpiadas a nuestra actualidad.²⁴

Deporte y salud, deporte y destreza; orientadas a la defensa y la guerra, se unían en el cuidado del cuerpo, esta concepción, es totalmente grecorromana y viene de la idea espartana de que todo hombre es un soldado en potencia, en este sentido, podemos observar la capacitación y el juego como búsqueda utilitaria en la idea de defensa territorial. También como parte de la sanidad humana; ya es un aforismo latino, el comentario sátiro de

²² Ver D' Ors Pérez Peix, A, Presupuestos críticos para el estudio del derecho romano, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1943

²³ Costa, J. C. los principios generales del derecho. Sistema latinoamericano, XI Jornadas Nacionales de derecho Civil, Bs. As., 1987; Costa, J. C. Temas de derecho romano, Bs. As. 1994, Pág. 17 y Sgtes.

²⁴ Se puede profundizar en Lopez Masa, S. El contrato de juego y apuesta en el ámbito civil. Editorial Aranzadi, Pamplona. 2011 y/o en Algarra Pratts, E. El contrato de juego y apuesta. Ed. Dykinson, Madrid.2012.

Decimo Junio Juvenal, que afirma **mens sana in corpore sano**, como máxima a observar.

Ahora bien, es dable decir, que los juegos de azar, se encontraban permitidos en las fiestas Saturnalias, celebraciones realizadas en el mes de diciembre en honor a Saturno, en donde cuadraba el solsticio de invierno y la finalización del año; algunos autores, como Cátulo el poeta, lo referían como el mejor de los días. El resto del año, se propiciaba el cuidado del patrimonio, siendo considerados juegos de dilapidación, no estaban permitidos, política que se mantiene regularizada desde tiempos republicanos.

Llegan a nuestros días, políticas de prodigalidad a niveles estamentales, nos cuenta Cayo Suetonio, en la “Vida de los doce Césares”, la conducta escandalosamente neroniana, quien utiliza, como valiosos, vocablos tales como, “dilapidación y despilfarro”, colocando como ejemplo la red de oro en pescadores y los gastos fastuosos como espléndidos.²⁵ pero, más allá de lo mencionado, la regla fue la disuasión del azar por el azar mismo, con una clara moral de tripalio, para el alcance de logros.

Es así que, siendo el juego una actividad recreativa y el azar devenido de la apuesta, se propiciaban los primeros y, por *leges Aleariae* se prohibían los segundos, por el puro interés dinerario. Se excepcionaba, solamente, en el caso de los juegos *virtutis causa*, es decir, juegos que requerían habilidad.²⁶

Las sanciones, por dicha transgresión, se elevaban al cuádruplo de lo recibido ilegalmente; para desestimar, aún más dicha práctica, dentro del derecho honorario, fue el pretor por edicto *Aleatoribus*, quien denegó cualquier reclamo del actor, dejando así de garantizar su cobro. Dicha prohibición se mantiene en el periodo imperial, la encontramos en el *Corpus Iuris Civilis*, Libro III, Título XLIII del *Codex*. Sin embargo, llega a nuestros días por intermedio de Paulo, la existencia de un senadoconsulto que valida

²⁵ Suetonio C, “Los Doce Cesares”, Obras Maestras Editorial Iberia S.A, Barcelona 1994, págs 223/259

²⁶ Echeverría de Rada. Los contratos de juego y apuesta. Ed. JM Bosch. Barcelona. 1996.

la apuesta si es de menor cuantía, *vicendi causa* y sin derecho de repetición.
²⁷

Desde el punto de vista contractual, las deudas contraídas en los juegos permitidos generaban una obligación natural, siendo la Ley de las VII Partidas la bisagra al derecho vigente. En la Partida VII, Título 14, ley 6, en el Título 16, Ley 10, en la Partida I, Título 6, Ley 34 y Ley 57. En todos los casos, se desestiman las casas de apuestas, el dinero se considera mal ganado, a los jugadores se los considera hombres de mala vida y, por ende, de mala compañía.

En nuestro sistema jurídico, la regulación se encuentra positivizada en el Código Civil y Comercial de la Nación, artículos 1609 a 1613. Indicando que, existe contrato de juego “si dos o más partes compiten en una actividad de destreza física o intelectual, aunque sea solo parcialmente, obligándose a pagar un bien mensurable en dinero a la que gane”.

Nos parece acertada la observación de Cabrera, respecto a los integrantes de la relación jurídica y el rol de intervención asumida, pues lo bilateral es el alea y, de hecho, pueden ser más de dos, mientras que, respecto a la destreza física podría ser esta unilateral.²⁸

Cabe destacarse que no se tipifican los juegos y apuestas basados en el mero azar, sin embargo, en el Art. 1611 CCyCN, expresamente se establece que “no hay acción para exigir el cumplimiento de la prestación prometida” esté o no prohibida dicha actividad, por autoridad competente.

Diferente es la situación respecto a los sorteos o apuestas ofrecidas al público en general, reponsabilizándose al oferente, por imperio del artículo 1612 CCyCN, frente al apostador o participante.

El tratamiento jurídico sometido a estudio, finaliza con el Art. 1613 CCyCN apartando, de dicha normativa, a los juegos regulados por el Estado Nacional, Provincial y Municipios, los cuáles se rigen por sus propias regulaciones administrativas.

²⁷ Quintana Orive, “De Aleae Lusu et Aleatoribus. Precedentes romanos del contrato de juego. Anuario Jurídico y Económico escurialense. España 2009.

²⁸ Cabrera O, “Contratos en Especial” Editorial Oslo, Bs AS 2018, Págs 379

Nos hemos saltado, intencionalmente, la regulación Velezana, quien, siguiendo el código de Napoleón, lo consideraba un contrato aleatorio, Art. 2052 CC. plausible de reclamación en los casos de existir destreza física.

Entendemos que, para que exista contrato, el hecho lúdico debe sumar a su resultado, una consecuencia patrimonial, (apuesta), y es en la incertidumbre del mismo, en el riesgo o azar que corren las partes, en donde radica el centro imputativo de intereses, es decir en la situación de pérdida o ganancia. Siguiendo a nuestro sistema originario, lo que juega en dichos contratos es lo aleatorio, *aleatorius*, aleatoribus, indicándose que fue utilizado inicialmente, como vocable en los juegos de dados.

Al caracterizarlo, debemos indicar que es un contrato típico, nominado, bilateral, consensual, oneroso, informal y aleatorio. Por su finalidad es un contrato recreativo, es decir, de esparcimiento.

Evolucionando, como parte de la cultura, a nuevas variables como bingos, casinos, juegos televisivos, en línea, entre otros, la casuística se diversifica, al igual que la doctrina. Lo importante, sostiene Cabrera, no es el medio por el cual se anoticie el participante, sino, que la publicidad individualice al oferente, con el objeto que el aceptante sepa dónde debe recurrir para efectivizar la recepción de su premio. Si en la propaganda no existe información sobre el ofertante, la normativa responsabiliza, frente al apostador, a quien la divulga.²⁹

En todos los casos las partes quedan sujetas al resultado del juego y obligadas al pago consensuado por el riesgo asumido artificialmente, (alea). En el propio fundamento normativo que incorpora, de manera trascendente, dicho contrato del código velezano al código vigente, se expresa “hemos preferido mantener una tradición restrictiva, como lo sostiene mayoritariamente la doctrina”.³⁰

Ciertamente el código anterior regulaba dicho fenómeno en dieciocho artículos sumada la suerte y apuesta, en el presente se reducen a cinco, sobre destrezas físicas e intelectuales.

Como relación de género a especie y, dada la eliminación en la distinción de contratos consensuales y reales, entendiendo que TODOS,

²⁹ Cabrera O, “Contratos en Especial” Editorial Oslo, Bs AS 2018, Págs 377 y sgtes.

³⁰ Ver exposición de motivos CCYCN, en lo que a su regulación respecta.

revisten la característica de consensuales, se refuerza en su tipificación, dicho carácter. En el código anterior se hacía referencia a que las partes “entregándose al juego se obligan a pagar” prestándose a discusión, su naturaleza. En la codificación unificada, queda claro que, es voluntariamente y de manera consensuada, que las partes traban su relación jurídica, en la reciprocidad del riesgo **asumido**, (de allí, la consensualidad).

Es interesante mencionar las cuestiones históricas internas, que originan su recepción en el sistema jurídico argentino, cuenta Cabrera que una de las cuestiones básicas de la política estatal fue erradicar el ocio desmedido, tras las primeras campañas del desierto generaron. Con “la Ley del vago” muchos de aquellos que no pudieron justificar su subsistencia fueron enviados a fortines o haciendas para ejercer allí su trabajo y que fue la falta de destreza gaucha la que originó los juegos entre peones, con la idea utilitaria de capacitarlos. Dos cuestiones ya mencionadas en la historia romana, la cuestión moral del esfuerzo para conseguir logros y el juego utilitario para la adquisición de habilidades.³¹

De lo expuesto, podemos observar tres situaciones en torno a la regulación actual del contrato de juego y apuesta, existen juegos tutelados, que generan obligaciones civiles con presencia del Estado, juegos permitidos, las obligaciones, en estos casos, son de carácter natural y una vez abonadas no hay retractación y/o reclamación posible, esto ha originado múltiples críticas doctrinarias y, por último, juegos prohibidos los cuáles no tienen ninguna protección jurídica y amparo.

Si entendemos al derecho como un objeto cultural variable, debemos comprender allí, todos sus fenómenos, en este aspecto la mirada restrictiva puede resultar insuficiente y, justamente aquí, podemos evidenciar la mixtura entre lo petreo y lo dinámico, en la cuestión de los medios de comunicación, los juegos en línea, los programas televisivos, pues, no se tratan de juegos prohibidos, tampoco juegos de intervención estatal, sin embargo, no serían juegos permitidos de obligación civil; existe en ellos, reclamación y ejecutoriedad para la obtención del premio, queda expuesta la falencia sistémica del legislador a la hora de normar de manera restringida, interpelando, indirectamente, al resto de los operadores jurídicos zanzar la brecha.

³¹ Cabrera O, “Contratos en Especial” Editorial Oslo, Bs AS 2018, Págs 377.

Debemos aclarar que, en el presente, no nos hemos abocado al tratamiento de la eliminación, en el código unificado, de la clasificación de los contratos reales y consensuales porque ha sido motivo de análisis previo, en el Encuentro Nacional de Profesores de Derecho Romano celebrado en la Universidad del Sur Bahía Blanca en el año 2022, en el que concluimos que, carecía de sentido la eliminación de la clasificación entre contratos reales y consensuales, pues, a la hora de realizar la calificación de los mismos, permanecen en su esencia todos los contratos reales como tipos puros, afirmando así, que no hay cambio de paradigma, que la naturaleza jurídica se mantiene y que no existe desprendimiento del genio práctico romano. Más aún, cuando grandes referentes de la doctrina contractual actual expresan, “Si bien esta categoría clasificatoria ya no se encuentra regulada en la norma como antaño, no ha perdido fuerza ordenatoria, manteniendo la misma calidad desde su actual naturaleza implícita (...) agregando- Se ha enumerado a los contratos reales en mutuo, comodato, depósito, y la constitución de prenda y anticresis; nosotros adicionamos el contrato oneroso de renta vitalicia. Estos tipos convencionales son unilaterales, porque contienen una sola obligación; pero el deudor no puede dar cumplimiento a su prestación si no se le ha hecho entrega de la cosa, ya que la única obligación en los contratos detallados, debe practicarse sobre la cosa objeto del pacto. .”³² por dicha razón, lo normado no puede sostenerse en la práctica jurídica sea por las partes, sea por la jurisprudencia; tornándose la teoría una falacia práctica impropia de una disciplina científica y por ende experimental.

³² Cabrera Omar “Contratos Elementos y generalidades” Ed Oslo Bs As 2001, pág. 70.

EL CONTRATO: *SYNALLAGMA* Y *CONVENTIO*

Por María del Rosario Stoppani¹

I. CONCLUSIONES

1. La realidad contractual tiene su *principium* en el Derecho Romano, lo que se evidencia en el análisis realizado por la jurisprudencia romana de la compleja realidad contractual; ejemplo de ello son los fragmentos del Digesto del emperador Justiniano, recogidos en D. 50,16,19; D. 2,14,7, pr.-4 y D. 2,14,1,3.

2. En materia contractual se evidencian ciertos elementos de continuidad y otros de discontinuidad entre el sistema romano y el ordenamiento jurídico argentino actual. Entre los primeros es posible incluir a la *conventio* como elemento esencial del contrato; y entre los segundos, a la idea del *synallagma* en la definición del contrato.

3. La definición de contrato dada por el jurista Labeón en D. 50, 16, 19 en términos de *ultra citroque obligatio* es más restrictiva que la definición contemporánea del contrato plasmada en el artículo 957 del Código Civil y Comercial de la Nación.

4. La *conventio* de las partes, establecida en el artículo 957 del Código Civil y Comercial de la Nación como elemento esencial para la construcción del contrato, halla su arquetipo conceptual en la jurisprudencia romana en el fragmento del Digesto D. 2,14,1,3.

5. El derecho romano se proyecta como un medio útil para comprender y analizar la complejidad de la naturaleza de las instituciones jurídicas modernas.

II. FUNDAMENTOS

¹ Doctora en Derecho (Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”). Master en Derecho (Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”). Abogada (Universidad Austral). Profesora Adjunta Nivel II a cargo de la cátedra Derecho Romano e Instituciones Contemporáneas (Universidad Austral). Fundadora y Directora del Centro de Investigación en Derecho Romano (CIDR) de la Universidad Austral. Miembro del Comité Académico del Centro de Investigación en Derecho Romano (CIDR) de la Universidad Austral. Escribana Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

1. EL ORIGEN DEL CONTRATO EN LA JURISPRUDENCIA ROMANA

La jurisprudencia romana analizó la compleja realidad contractual, lo que se evidencia en diversos fragmentos del Digesto del emperador Justiniano, entre ellos es importante destacar los recogidos en D. 50,16,19; D. 2,14,7, pr.-4 y D. 2,14,1,3.

a) *Ulp. l. XI ad. ed., D. 50, 16, 19: Labeo libro primo praetoris urbani definit, quod quaedam “agantur”, quaedam “gerantur”, quaedam “contrahantur”: et actum quidem generale verbum esse, sive verbis sive re quid agatur, ut in stipulatione vel numeratione: contractum autem ultro citroque obligationem, quod Graeci ‘synallagma’ vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem: gestum rem significare sine verbis factam.*²

b) *Ulp. l. IV ad. ed., D. 2, 14, 7 pr.-4: Ius gentium conventiones quaedam actiones pariunt, quaedam exceptiones. 1. Quae pariunt actiones, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus, ut emtio, venditio, locatio, conductio, societas, commodatum, depositum, et ceteri similes contractus. 2. Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem; utputa dedi tibi rem, ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias, hoc synallagma esse, et hinc nasci civilem obligationem. Et ideo puto recte Iulianum a Mauricio reprehensum in hoc: dedi tibi Stichum, ut Pamphilum manumittas; manumisisti; evictus est Stichus. Iulianus scribit in factum actionem a praetore dandam; ille ait, civilem incerti actionem, id est praescriptis verbis, sufficere; esse enim contractum, quod Aristo synallagma dicit, unde haec*

² *Ulp. l. XI ad. ed., D. 50, 16, 19: Labeón define en el libro primero del pretor urbano, que en algunos casos “se actúa” (agere), en otros “se hace” (gerere), y en otros “se contrae” (contrahere). Y ciertamente que la palabra “acto” es general y alude a aquello que se hace, sea mediante <la pronunciación de> palabras <solemnes> (verbis), sea mediante el comportamiento <concluyente> (re), como sucede respectivamente en la stipulatio o en la entrega de dinero; pero en cambio “contrato” significa <el acto productivo de> obligaciones recíprocas, aquello que los Griegos llaman synallagma, como la compraventa, locación-conducción y la sociedad; el “gesto” significa una cosa hecha sin el uso de palabras. Sobre el análisis de este fragmento cfr. GALLO, Filippo, *Synallagma e conventio nel contratto*, I, G. Giappichelli Editore, Torino, 1992, pp. 82 y ss.; GALLO, Filippo, *Contratto e atto secondo Labeone: una dottrina da riconsiderare*, Roma e America. Diritto romano comune, Mucchi Editore, Modena, 1999, pp. 17 y ss.; y GROSSO, Giuseppe, *Voce: Contratto (dir. rom.)*, *Enciclopedia del Diritto IX*, Milano, Giuffrè, 1961, pp. 752-753.*

*nascitur actio. 3... 4. Sed cum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem: igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem.*³

c) *Ulp, l. IV ad. ed., D. 2, 14, 3: Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt qui inter se agunt: nam sicuti convenire dicuntur qui ex diversis locis in unum locum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est in unam sententiam decurrunt. adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat: nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est.*⁴

³ *Ulp. l. IV ad. ed., D. 2, 14, 7 pr.-4*: Algunas convenciones del *ius gentium* producen acciones, otras excepciones. 1. Las que producen acciones, no subsisten con su nombre, sino que asumen un específico nombre de contrato, como la compraventa, la locación conducción, la sociedad, el comodato, el depósito y los demás contratos semejantes. 2. Pero si la cosa no pasare a otro contrato, y subsistiere, sin embargo, la causa, respondió acertadamente Aristón a Celso, que había obligación; por ejemplo, te di una cosa, para que me dieras otra; di, para que hagas algo, esto es *synallagma*, y de aquí nace una obligación civil. Y por ello opino que con razón fue Juliano reprendido por Mauriciano en esto: te di a Stico, para que manumitas a Pánfilo; lo manumitiste; Stico fue vindicado. Juliano escribe que se ha de dar por el pretor la acción de hecho; aquel dice, que basta la acción civil de cosa incierta, esto es, la *prescriptis verbis*; pues que hay un contrato, que Aristón llama *synallagma*, de donde nace esta acción. 3... 4. Pero cuando no existe la causa, es cierto que, a causa de la convención, no se puede constituir, aquí, la obligación: por lo tanto el nudo pacto no genera obligaciones, sino excepciones. Sobre el análisis de este fragmento cfr. GALLO, Filippo, *Synallagma e conventio nel contratto*, I, G. Giappichelli Editore, Torino, 1992, pp. 90- 127; CARDILLI, Riccardo, *Sul problema della nascita delle obbligazioni onorarie*, *Annali del seminario giuridico (AUPA)*, Vol. LXI, Torino, Giappichelli Editore, 2018, pp. 20-22 y CARDILLI, Riccardo, *Fondamento romano dei diritti odierni*, Torino, Giappichelli Editore, 2021, pp. 464 y ss.

⁴ *Ulp, l. IV ad. ed., D. 2, 14, 1, 3*: La palabra convención es de valor general, siendo pertinente a todas las cosas sobre las que quienes realizan actos entre sí para contratar o negociar un negocio expresan consenso. De hecho, así como se dice que están de acuerdo quienes vienen de diferentes lugares y se reúnen en un lugar, de la misma manera quienes, movidos por intenciones diferentes, coinciden en una misma cosa, es decir, llegan a una sola decisión. Hasta tal punto, además, la palabra convención tiene un alcance general, que como dice Pedio con elegante propiedad de lenguaje, no hay contrato, ni obligación contractual, que no contenga en sí mismo una convención, ya sea que se perfeccione con la entrega de la cosa, ya sea con la pronunciación de palabras solemnes. De hecho, incluso la promesa solemne de estipulación, que se cumple con la pronunciación de palabras solemnes, si no cuenta con el consentimiento, no existe. Sobre el análisis de este fragmento

2. LA DEFINICIÓN DE CONTRATO DADA POR EL JURISTA LABEÓN Y SU COMPARACIÓN CON LA DEFINICIÓN DE CONTRATO ESTABLECIDA EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN ARGENTINO.

Por un lado, conforme surge del ya citado fragmento del Digesto atribuido al jurista Ulpiano en D. 50, 16, 19⁵, el jurista Labeón desarrolló la categoría general del *contractus*, definiendo al contrato en términos de *ultra citroque obligationem*, haciendo referencia a la reciprocidad de las obligaciones e identificándolo con el término griego *synallagma*.

El jurista fundador de la *secta* proculeyana circunscribió la noción de *contractus* al acto lícito subjetivamente bilateral productor de obligaciones recíprocas, construyendo así una estructura de contrato que permitió incluir también a las convenciones sinalagmáticas atípicas y superar la tipicidad negocial del sistema contractual romano.⁶

Por otro lado, el Código Civil y Comercial define al contrato en el artículo 957, estipulando que: “*El contrato es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales*”, resaltando la necesidad de que existan diversos centros de interés⁷ y sin mencionar la idea de reciprocidad.

Esta ausencia de mención de la idea de reciprocidad en la definición dada en el artículo 957 permite clasificar a los contratos en unilaterales o bilaterales, tal como resulta del artículo 966, el que establece que: “*Los contratos son unilaterales cuando una de las partes se obliga hacia la otra sin que ésta quede obligada. Son bilaterales cuando las partes se obligan recíprocamente la una hacia la otra*”.

cfr. CARDILLI, Riccardo, *Fondamento romano dei diritti odierni*, Torino, Giappichelli Editore, 2021, pp 469 y ss.

⁵ Ver nota número 2.

⁶ Cfr. GALLO, Filippo, *Synallagma e conventio nel contratto*, I, G. Giappichelli Editore, Torino, 1992, pp. 82 y ss.; y GALLO, Filippo, *Contratto e atto secondo Labeone: una dottrina da riconsiderare*, Roma e America. Diritto romano comune, Mucchi Editore, Modena, 1999, pp. 17 y ss.

⁷ Cfr. *Código Civil y Comercial de la Nación analizado, comparado y concordado*, dirigido por Alberto Bueres, 1 ed. Buenos Aires, Hammurabi, 2014, pp. 555 y ss.

En suma, es posible afirmar que la definición de contrato dada por el jurista Labeón en términos de *ultra citroque obligatio* es más restrictiva que la definición contemporánea de contrato plasmada en el artículo 957 del Código Civil y Comercial de la Nación por cuanto aquélla se limita únicamente a las estructuras jurídicas que producen obligaciones recíprocas.

3. LA “CONVENTIO” COMO PRESUPUESTO DEL CONTRATO.

Los juristas romanos concibieron a la *conventio* como un elemento esencial de contrato, lo que es puesto de manifiesto explícitamente en el fragmento del Digesto D. 2, 14, 1, 3⁸ atribuido a Ulpiano, en el que el jurista severiano citando a Sesto Pedio afirma que “...*nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem...*”.⁹

El texto del artículo 957 del Código Civil y Comercial de la Nación al definir al contrato como el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales, establece al consentimiento de las partes como un requisito esencial para la construcción del contrato.

En conclusión, es posible afirmar que la *conventio* de las partes, establecida en el artículo 957 del Código Civil y Comercial de la Nación halla su arquetipo conceptual en el fragmento del Digesto D. 2,14,1,3.

⁸ Ver nota número 4.

⁹ Cfr. CARDILLI, Riccardo, *Fondamento romano dei diritti odierni*, Torino, Giappichelli Editore, 2021, pp 469 y ss.