

DE LA ULTRO CITROQUE OBLIGATIO AL PRINCIPIO DEL CONSENSUALISMO

FROM ULTRO CITROQUE OBLIGATIO TO PRINCIPLE OF CONSENSUALISM

Por *Mónica Villagra* (*)

Resumen: Nos proponemos trazar un recorrido diacrónico desde la época clásica romana partiendo de la concepción restrictiva objetivista del contrato en Labeón, como sinalagma recíproco y bilateral, hasta la instauración formal del Principio de Consensualismo contractual en la novel legislación civil y comercial unificada que, finalmente, recepta en nuestro país una corriente jurídica ‘antirealista’, ya propiciada desde albores del s. XIX como corolario del lento tamiz que, durante las edades Media y Moderna, hizo decantar en forma preferente la concepción subjetivista de Gayo en su categorización de la *obligatio solo consensu contrahitur*. A partir de este análisis, intentaremos extraer nuestras conclusiones en la presente sincronía a los fines de verificar si, el actual sistema jurídico argentino, postula un consensualismo contractual puro, si sólo lo es en ‘teoría’ y si aún quedan resabios ‘realistas’ y cuáles consecuencias podría ello tener.

Palabras clave: Consensualismo contractual, Contratos, Abolición de Contratos reales, Labeón.



Artículo publicado bajo Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Sin Derivar. © Universidad Católica de Córdoba

[http://dx.doi.org/10.22529/rdr.2019\(1\)07](http://dx.doi.org/10.22529/rdr.2019(1)07)

(*) Abogada (UNC); miembro del “*Instituto de Derecho Romano ‘Agustín Díaz Bialet’*” de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Córdoba (UCC); Profesora de Derecho Romano, de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. (UNC); Doctoranda en Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba; miembro de ADRA, AIDROM y CENTRO MICHELS; Est. Av. de la Licenciatura y Profesorado de Letras Clásicas en la Facultad de Filosofía y Humanidades de la Universidad Nacional de Córdoba. villagra.monica@gmail.com.

Abstract: We intend to draw a diachronic route since Roman Classic period starting from restrictive objectivist conception of contract in Labeón, as reciprocal and bilateral sinalagma, until the formal establishment of Contractual Consensualism Principle in the novel civil and commercial unified legislation that, finally, in our country, incorporates ‘antirealist’ legal trend, that was already propitiated since the dawn of nineteenth century corollary of slow sieve that, during the middle and modern ages, preferentially made decant Gaius subjective conception in his ‘*obligatio solo consensus contrahitur*’ categorization.

From this analysis, we’ll try to extract our conclusions in present synchrony in order to verify if, the current Argentine legal system, postulates a pure contractual consensualism; if it is only in ‘theory’ and if there are still remnants ‘*realistic*’ and what consequences it could have.

Key words: Contractual consensualism, Contracts, Abolition of real contracts, Labeo

El contrato es uno de los conceptos más fundamentales del derecho. Como negocio jurídico patrimonial inter vivos es el centro neurálgico de la circulación de bienes y servicios. Al rastrear en su génesis romana, no encontramos registro del uso del término “*contractus*” en la mayoría de los escritores - jurídicos o no - ni en época arcaica ni republicana y tan sólo aparece en forma muy genérica y vaga en autores del s. I. Quizás en su origen, “*solo significaba el acto vinculante por el que una obligación quedaba contraída*”, según enseña Fernández de Buján¹, sin identificarse con el “*acuerdo de voluntades con eficacia jurídica, generador de obligaciones*”, tal como es comprendido el concepto en la actualidad.

Nos resultaría atractivo poder afirmar que existió en Roma un sistema romano de los contratos, pero reconocemos que ello, innegablemente, es muy dudoso, pues, siendo las generalizaciones y sistematizaciones, en general, ajenas al mundo clásico, sus jurisprudentes sólo se habrían conformado con discutir los tipos singulares de contrato, tal como bien reseñara Schulz² al afirmar que “*los juristas clásicos no desarrollaron una teoría sistemática de lo que en la actualidad se denomina ‘contrato’*” y que, si bien se acepta que las escuelas post-clásicas de Derecho habrían mostrado un mayor interés en un intento de sistematización, “*fue la jurisprudencia del Derecho Romano común, la verdadera creadora de una teoría general del contrato*”. Sobre esta base, agrega Di Pietro³, “*se iría gestando la sistematización generalizadora en el pensamiento jurídico moderno*”.

De este modo y, pese a haber titulado su libro como “*Sistema Contractual romano*”, Fernández de Buján⁴ reconoce que, prescindiendo de su aparición cronológica, el ordenamiento sistemático de los conceptos en: *actus, negotium, conventio, pactum* y *contractus*, proviene de una concepción sistemática y conceptual atribuida especialmente a

¹ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Federico. *Sistema Contractual Romano* – 2º Edic. aum. y corr. , Dykinson, Madrid, 2004, p. 109.

² SCHULZ, Fritz. *Derecho Romano Clásico*– Tit. Orig.: *Classical Roman Law* - Trad. directa de la edición inglesa por J. Santa Cruz Teigeiro, Bosch, Barcelona, 1960, p. 445 y ss.

³ DI PIETRO, Alfredo. *Los negocios jurídicos patrimoniales y los contratos en el Derecho*, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2004, p. 55.

⁴ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Federico. *Sistema Contractual Romano* – 2º Edic. aum. y corr. , Dykinson, Madrid, 2004, p. 103.

la Escuela Histórica Alemana, particularmente, a la Pandectística, “*quienes, desde el análisis de los textos contenidos en la compilación justiniana, han formulado dogmáticamente las categorías jurídicas que hoy utilizamos y las han ordenado y sistematizado respondiendo a un esquema lógico y estructural*”.

Coincide al respecto Guzmán Brito⁵ en que “*el consensualismo, como principio general, es algo más bien moderno. Los romanos, que inventaron los contratos consensuales, desconocidos en otros pueblos de la Antigüedad, y particularmente en el mundo helenístico, no pensaron en elevar el canon que los rige a la categoría de tal principio; lo propio hicieron los medievales. La generalización del consensualismo fue obra del derecho natural moderno*”.

Precisando la cuestión con respecto a la utilización del vocablo *contractus*, Di Pietro⁶ -quien, en “*Los negocios jurídicos patrimoniales y los contratos en el Derecho Romano*”, realiza un exhaustivo análisis que seguiremos en forma preferente en el decurso del presente trabajo- reseña que, hacia el s. I, “*salvo el caso especial de Labeón*”, citado en D.50.16.19, era muy genérica e imprecisa. Hacia el s. II - época clásica de jurisprudencia romana, en que lo ubicamos tentativamente-, Gayo, sin brindar concepto ni definición, sólo alude al término tangencialmente cuando expone sobre las fuentes de las obligaciones y, así, en *Inst.* III, 88, dice: “*omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*”.

Guzmán Brito⁷ explica al respecto, a su vez, que, aunque Gayo “*utilizó una noción amplia y unificadora de contractus, que estaba en desacuerdo con el uso más restringido que hacía de esta palabra la jurisprudencia clásica conectada con Labeón, lo cierto es que no formó una teoría general del contrato. Lo mismo cabe decir de Justiniano, que siguió muy de cerca la sistematización expositiva de Gayo en sus propias Instituciones*”. Fue, entonces, aquella síntesis gayana, la puntada inicial para que, la

⁵ GUZMÁN BRITO, Alejandro. “La consensualización de los contratos reales”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n° 29, Valparaíso, jul. 2007, p. 35-60.

<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512007000100001> c: 12-10-18.

⁶ DI PIETRO, Alfredo. *Los negocios jurídicos patrimoniales y los contratos en el Derecho*. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2004, p. 9, 60.

⁷ GUZMÁN BRITO, “Para la historia de la formación de la Teoría General de Acto o Negocio Jurídico y del contrato, III: los orígenes históricos de la Teoría General del Contrato”, *Rev. estud. hist. -jurid* n° 22 Valparaíso 2000 <http://dx.doi.org/10.4067/S0716-54552000002200003> c: 12-10-18.

mayoría de los romanistas, formáramos una noción o idea de contrato en la época clásica, prescindiendo de la definición labeoniana y tan sólo partiendo de aquella clasificación fontal.

Para el jurista Labeón⁸, “*solamente hay contractus en aquellos negocios jurídicos en los cuales exista un synállagma, es decir, que sean capaces de producir la reciprocidad de las obligaciones nacidas para los contrayentes (lo que él denomina ultro citroque obligatio)*”, considerando como típicos: la compraventa, la locación y la sociedad. Por el contrario, los demás negocios jurídicos patrimoniales capaces de ser fuente de obligaciones, o bien son *actos*, v.g. los préstamos crediticios; o bien, promesas de pago, tal como es la *stipulatio*; pero no revisten categoría de contratos. Tampoco, las *gestiones* (ej. *negotiorum gestio*, o la *gestio* del tutor), en las cuales no existe un acuerdo previo, a diferencia de los que, propiamente, son los contratos.

Entonces, frente al estado de las fuentes del Derecho Clásico a las que podemos acceder, como bien resalta Di Pietro⁹, “*hay pues dos conceptos de contratos: el que se origina en Gayo, que es muy amplio, pues todo negocio patrimonial que produzca obligaciones sería contractus y otro, mucho más ceñido, el de Labeón, que sólo reserva el vocablo para los negocios sinalagmáticos.*”. Esta diferencia, en la evolución romana posterior -colige este autor- ha permitido dos líneas conceptuales distintas: la *concepción subjetivista o consensualista*, que tiende “*a resaltar la importancia que tiene la voluntad de las partes establecida en el consentimiento (consensus) de tal modo que se valora en primer término la conventio a que han llegado las partes*”; y la *concepción objetivista*, en la cual, si bien admitida la *conventio* previa, “*se da la preminencia al contenido de las prestaciones, la cual es entendida al modo de Labeón, es decir, en la existencia de su reciprocidad sinalagmática*”. Como se advierte del epígrafe, la concepción consensualista es la que terminó prevaleciendo en la época clásica y, si bien dejó oculta la otra corriente,

⁸ JUSTINIANO, D. 50.16.19 Ulpiano 11 ad Ed. “*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 sunallagma vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem: gestum rem significare sine verbis factam.*”.

⁹ DI PIETRO, Alfredo. *Los negocios jurídicos patrimoniales y los contratos en el Derecho*. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2004, p.10-11.

no logró destruirla completamente ya que subsistió la objetivista en la cita de Labeón en las Pandectas.

Concluye afirmando aquel investigador que, en Occidente, el desarrollo del sistema contractual se volcó hacia la *concepción subjetivista o consensualista*, tal como fue receptado en Savigny, fuente directa del Código Velezano en su arts. 1137, “*de tal modo que concorde con el fuerte voluntarismo que existió en la Pandectística alemana, se fue afirmando el Willensdogma (dogma de la voluntad), aceptándose la vigencia de la autonomía de la voluntad en materia contractual, que termina por identificar contrato con convención. artículo 1197 CC.*”.

No obstante ello, consideramos que el sistema de aquella codificación, pese a la identificación primaria contrato-convención aludida, nunca sostuvo un consensualismo puro, pues conservaba la diferenciación entre contratos consensuales y reales de raigambre romanista. En nuestra exposición, nos proponemos trazar un recorrido, entonces, desde aquella definición labeoneana hasta la instauración formal del principio del consensualismo en la novel legislación civil y comercial unificada, que no es sino la recepción en nuestro país de una corriente jurídica que venía siendo propiciada desde albores del s. XIX, para exponer, finalmente, al efecto, nuestras conclusiones sobre el sistema actual, verificando si se da aquella conceptualización en forma pura o si aún quedan resabios ‘realistas’.

La cuestión terminológica y etimológica:

Resalta Schulz¹⁰ que el verbo *contrahere* es uno muy antiguo y que fue usado literal y metafóricamente, según consta en el Thes.,L.L.IV,753 y ss., significando, en general, ‘realizar’, ‘perpetrar’, ‘concitar’, de allí su uso en locuciones abstractas como *contrahere invidiam, offensionem, amicitiam, culpam, societatem, nuptias*, etc., y, de este modo, es usado en sentido amplio por los mismos juristas clásicos, por ello, aconseja a los

¹⁰ SCHULZ, Fritz. *Derecho Romano Clásico– Tit. Orig.: Classical Roman Law* - Trad. directa de la edición inglesa por J. Santa Cruz Teigeiro, Bosch, Barcelona, 1960, p. 445-446.

romanistas evitar creer *que en la lengua latina, la palabra contrahere significa primariamente ‘celebrar un contrato’*.

El verbo *contrahere*, en otro sentido de ‘*constreñir*’, ‘*estrechar*’, se encuentra en giros no jurídicos como: *Contrahere frontem* (ceño fruncido); *contrahere membra* (tensionar los músculos), *Contrahere captivos* (agrupar prisioneros); *Contrahere copias* (concentrar las tropas). En el ámbito jurídico, se puede observar un campo semántico metafórico: vg, *contrahere obligationem*, significando que se ha contraído una obligación, pero, adviértase, sin llegar aún a configurar, como bien resalta Di Pietro¹¹, el concepto de ‘*celebrar un contrato*’ tal como comprendemos a éste en la actualidad.

Asimismo, refiere, encontramos locuciones comunes como: *contrahere negotium*¹²; *Contrahere stipulationem*¹³; *Contrahere hipotecam*¹⁴; *Contrahere servitutum*¹⁵; *Contrahere nuptias*¹⁶ o *contrahere matrimonium*¹⁷, donde *contrahere* podría significar ‘*celebrar*’ o ‘*contraer*’. Es recién en Gayo¹⁸, a propósito de un caso concreto de duda sobre si *locationem et conductionem contractam videre* o si era, por contrario, una *emptio venditio*, se estaría aplicando el verbo a verdaderos negocios contractuales.

Pero, más allá del uso verbal, en su forma sustantiva, según cita Schulz¹⁹ como censado en dicho Thesaurus, ‘*contractus*’, “*no se remonta más allá de la época de Cicerón*”, y se halla ausente en César, Cicerón, Salustio, Livio, Tácito, Suetonio y los Plinius (*maior* y *minor*), y si bien Cicerón habla alguna vez de *res contracta* (o *contrahenda*), nunca usa el sustantivo *contractus*.

Refiere, asimismo, el citado romanista, que el primer texto no jurídico está en Varrón²⁰ donde *contractus acinorum* alude al prensado de las uvas, pero que, incluso, en

¹¹ DI PIETRO, Alfredo. *Los negocios jurídicos patrimoniales y los contratos en el Derecho*, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2004, p.57-58.

¹² JUSTINIANO, D.44.7.16.

¹³ JUSTINIANO, D. 40.13.4.

¹⁴ JUSTINIANO, D. 20.2.0.

¹⁵ JUSTINIANO, D. 8.3.13.

¹⁶ JUSTINIANO, C.5.6.2.

¹⁷ JUSTINIANO, C.5.4.14.

¹⁸ GAYO, *Institutas*, III,146.

¹⁹ SCHULZ, Fritz. *Derecho Romano Clásico– Tit. Orig.: Classical Roman Law* - Trad. directa de la edición inglesa por J. Santa Cruz Teigeiro, Bosch, Barcelona, 1960, p. 445-446.

²⁰ VARRÓN, *De re rustica*, 1,68.

literatura no jurídica posterior y hasta el s IV, el término aparece raramente. A su entender, no hay duda de que recién habría sido acuñado como término jurídico en el último período de la República y, quizás, lo usara Servio Sulpicio con el sentido de ‘*celebrar o realizar un acto*’, acompañándolo de un complemento en genitivo, vg. *contractus stipulationis* (la celebración de una estipulación); *contractus emptionis* (la celebración de una venta). A ello, agrega Di Pietro²¹: “*lo que resulta un dato más curioso y sorprendente es que el vocablo contrato se encuentra absolutamente ausente del Edicto del Pretor*”.

Ese primer texto jurídico donde aparece dicho sustantivo lo constituye el *liber de dotibus* de Servio Sulpicio, citado por Aulo Gellio²² al referirse a los sponsales, “*is contractus stipulationum sponsionumque dicebatur sponsalia*”, donde el vocablo asume el sentido de ‘*declaración*’, pues sabemos que jamás los sponsales fueron considerados un contrato. Por eso siguiendo a Guzmán Brito, Di Pietro prefiere traducirlo como “*contraimiento*” y no contrato, de modo que, expresiones tales como *res contracta o contrahenda, o negotium actum o contrahendum o res gesta o negotium gestum* “*servía para expresar que un determinado asunto o negocio se había realizado o contraído*”²³.

El primer concepto de *contractus* - D. 50.16.19

Sostiene Schulz²⁴ que, como muchos otros textos parcialmente interpolados, aquel párrafo atribuido a Labeón está corrupto y resulta imposible su restauración, no obstante “*es indudable que en él, se limitó la aplicación del indicado término exclusivamente al contrato*”. Por su parte, Di Pietro²⁵, si bien reconoce que el tema ha sido objeto de arduas controversias y que autores de la talla de Albanese, aun admitiendo la legitimidad del texto, consideran que habría sido una nota marginal y que no habría dejado huellas en el pensamiento jurídico posterior, le asigna importancia al texto y, siguiendo a

²¹ DI PIETRO, Alfredo. Los negocios jurídicos patrimoniales y los contratos en el Derecho, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2004, p.57-58.

²² GELLIO, AULO, *Noctes atticae*, 4, 4, 2.

²³ DI PIETRO, Alfredo. Los negocios jurídicos patrimoniales y los contratos en el Derecho, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2004, p.59 y nota 6.

²⁴ SCHULZ, Fritz. *Derecho Romano Clásico– Tit. Orig.: Classical Roman Law* - Trad. directa de la edición inglesa por J. Santa Cruz Teigeiro, Bosch, Barcelona, 1960, p. 446.

²⁵ DI PIETRO, Alfredo. *Los negocios jurídicos patrimoniales y los contratos en el Derecho*, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2004, p. 93- 96.

Don Álvaro D'Ors, entre otros, aceptan la definición de *Labeo* como propia de un sólido y respetado jurisprudente de la época clásica que representa prestándole la debida atención en la génesis y posterior evolución del sistema contractual.

Lo cierto es que, objeto de controversia y de sendos eventos académicos, este párrafo de Labeón nos proporciona una concepción del *contractus* que no se corresponde con la que surgiría de los textos gyanos y, así también, la cuestión de la *conventio* como esencia del contrato -tal como luego se asignara bajo el título *De Pactis*²⁶- es completamente ajena a la noción de Labeón.

Pero, por su ubicación en el Digesto, dentro del arduo diccionario de palabras jurídicas, que era el Título 16 *De verborum significatione*, del libro 50, continúa considerando Di Pietro, que “*no se debía tratar de una simple curiosidad, por cuanto mucho tiempo después, lo retuvo Ulpiano.*”, aclarando que, “*De no haber tenido importancia a la fecha de la compilación, hubiere sido eliminado*”, y, por lo tanto “*Podemos quizás conjeturar que formaba parte del material disponible en materia de obligaciones y de contratos*”, al punto que, dicho concepto labeoniano, se mantuvo aún en la Paráfrasis de Teófilo²⁷ a la sazón, miembro de la comisión redactora.

En lo que concierne a su ubicación en el Edicto, agrega, no existe consenso y, si bien Lenel intenta con su labor palingenética ubicarlo como aclaración de Labeón a propósito del interdicto *quod metus causa gestum erit, ratum non habeo* - ya que Ulpiano en su libro XI de su obra *Ad Edictum*, se ocupaba del tema-, éste no puede asegurarlo y aconseja mantener cautela al respecto.

El párrafo principal de D. 50. 16.19 *Ulpianus (libro XI ad edictum, Labeo libro primo*: expresa: “*Labeón define, en el libro primero del (comentario del Edicto del) Pretor urbano que unas cosas (asuntos) a veces ‘se hacen’, a veces ‘se gestionan’, y otras veces ‘se contraen’. Y, ciertamente, que lo actuado (actum) es una palabra general, ya sea que alguna cosa (asunto) se haga (agatur) de manera verbal (verbis), ya sea mediante la entrega de una cosa (re), como sucede (respectivamente) en la estipulación, o en la entrega de dinero; pero “lo contraído” (contractum) significa la obligación de una y de otra*

²⁶ JUSTINIANO, D. 2.14.

²⁷ THEÓFILO ANTECESSOR, *Paráphrasis.*, III, 13, 2.

parte, lo que los griegos llaman synallagma, como la compraventa, locación-conducción y sociedad; lo “gestionado” (gestum) significa alguna cosa (asunto) hecho sin palabras.”

Labeón – explica nuestro insigne romanista- hace, aquí, una diferenciación entre *contractum*, es decir, lo considerado como *ultra citroque obligatio* (obligación con efectos recíprocos), respecto del *actum* (re o *verbis, numeratio o stipulatio*), así como, también, del *gestum*. Se está refiriendo aquí al tema de la *obligationes* y, en el caso del *contractum*, específicamente, a negocios bilaterales y consensuales, mientras que, en los otros casos, lo está haciendo respecto de actos que crean obligaciones unilaterales, sin pretender una mera distinción escolástica de las figuras en sí mismas sino buscando poner de relieve el diferente comportamiento jurídico procesal de cada uno de esos negocios.

Refiere el romanista, de este modo. citando las posturas de Sargenti y D’Ors, que “*la construcción labeoniana, por lo menos respecto de dos de sus elementos (actum-contractum) no surge de improviso, sino que vendrá a corresponderse con el estado de la cuestión en la jurisprudencia de la época tardo-republicana, conocida por Q. Mucio Escévola. Esto se puede ver en la lectura de algunas obras de Cicerón principalmente en su Oratio pro Quinto Roscio commoedo y también en su De officiis.*”²⁸, pues el orator en su *Pro Roscio*, distingue entre los casos de las que, luego, se llamarán *actiones stricti iuris* (*acciones de derecho estricto*), a las cuales él denomina *iudicia* (cuyo singular es *iudicium*), contraponiéndolos a lo que sucede en lo que él llama el *arbitrium* (que más adelante se reconocerá *bonae fidei iudicia*)”. De este modo se ve que, ya para el siglo I a C., surgía una distinción entre ambos modos de ser del proceso.

El *iudicium* es estricto, *directum, asperum, simplex*, como en el caso de la *actio certae creditae pecunia*, que persigue una suma de dinero: si se comprueba lo demandado, la sentencia será favorable y ganará el juicio; de lo contrario, perderá. Inversamente, si se trata de un *arbitrium*, el mismo tramita *mite, moderatum*, y, ante situaciones complejas, vg. una *societas*, cualesquiera que sean las peticiones de las partes, el *iudex* tiene el *arbitrium* de decidir las distintas cuestiones *ex fide bona*, debiendo en su sentencia “*statuere...quid quemque cuique praestare oporteret*” (qué es aquello que una de las partes estaba obligada

²⁸ DI PIETRO, Alfredo. *Los negocios jurídicos patrimoniales y los contratos en el Derecho*. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2004, p. 98-100.

a pagar a la otra). Por ello, resalta aquél, como evidente, la vinculación, por lo menos en lo esencial, entre los pasos ciceronianos que hemos citado y lo que estableció Labeón.

Continúa refiriendo más adelante que, las obligaciones que dan lugar a *iudicium*, son aquellas que nacen de los casos que el jurista augusteo denomina *actum* -en los que menciona la *numeratio* y la *stipulatio*-, mientras que, diferenciándose de ellos, existen casos de *contractum*, con la mención de la *emptio venditio*, la *locatio-conductio* y la *societas*, que, debido a la presencia de la *ultra citroque obligatio*, no tramitaban por la vía de un *iudicium*, sino por la de *arbitrium*

Hay, entonces, una contraposición entre los casos que allí presenta como *actum* (la *numeratio* y la *stipulatio*) y *gestum*, respecto de lo que habla de *contractum*. Si bien todos ellos son negocios que provocan *obligationes*, aclara el romanista que, mientras respecto a los *actos* y las *gestiones*, Labeón refiere al modo de contraimiento, por el contrario, en cuanto a *contractum*, no se refiere al modo de contraimiento, sino que centra su atención en la bilateralidad y reciprocidad de obligaciones siendo este efecto especial el que se producía este tipo negocial. De allí que la originalidad de su clasificación y la fuerza de la doctrina del *contrato* estaban construidas sobre la idea de la *ultra citroque obligatio*, que es un concepto mucho más restrictivo que en Gayo.²⁹

Precisamente, *Ultra et citra* significa ‘de una parte hacia la otra’, noción de intercambio y, por tanto, alude a la reciprocidad, pero no queda reducido a la existencia del *consensus*, como si se tratara de una bilateralidad *genética*, sino a una bilateralidad *funcional*, basada en la existencia de reciprocidad³⁰; de allí que, si bien en la *emptio-venditio*, en la *locatio-conductio* y en la *societas*, se encuentra implícita la existencia del *consensus*, por su esencia de bilateralidad, lo trascendente para Labeón es, no cualquier efecto obligacional, sino la *ultra citroque obligatio*, que resalta dicha reciprocidad.

Repárese que Labeón no menciona allí el *mandatum*, no obstante lo cual, es evidente que la enumeración que realiza guarda armonía con lo expresado por Gayo³¹

²⁹ DI PIETRO, Alfredo. *Los negocios jurídicos patrimoniales y los contratos en el Derecho*. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2004, p.107.

³⁰ DI PIETRO, Alfredo. *Los negocios jurídicos patrimoniales y los contratos en el Derecho*. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2004, p.109.

³¹ GAYO, *Institutas*, III, 135 y ss.

respecto de los contratos consensuales, todos ellos tramitando en *iudicia bonae fidei* (*emptio venditio, locatio et conductio, societas, mandatium*).

Gayo³², más adelante, en cuanto al mandato, refiere en: “*Si te mando que hagas un negocio, bien mío, bien de otro, se contrae la obligación de mandato y quedamos obligados, uno y otro recíprocamente (invicem alter alteri) en lo que cada uno deba hacer al otro, según la buena fe.*”, por ello se lo considera como bilateral imperfecto. Y, aun cuando Labeón lo omita, resulta “*un verdadero contrato, conteniendo ultro citroque obligatio*”.³³

El sinalagma griego según la Ethica nicomaquea

Labeón concluye con una comparación referida al derecho griego cuando dice que el “*contractum...est quod Graeci synallagma vocant*”. Queda pues vinculada la *ultra citroque obligatio* con el vocablo griego *synallagma*, que, derivado del verbo *synallatein* que significa ‘*tener relaciones*’ y aludiría, específicamente a encontrarse en una relación contractual (negocial) con alguien. Al respecto, refiere Di Pietro³⁴ que, para desentrañar la referencia, se ha recurrido a la noción que, acerca de los *synallagmata*, nos da Aristóteles en su doctrina de *Lo Justo*³⁵ en la *Ética a Nicómaco*, y, teniendo en cuenta que el propio Aulo Gelio³⁶ reconoce la erudición de Labeón, no podemos descartar que éste conociera la obra del filósofo.

Recordemos que, según cuenta Pomponio³⁷, eran contemporáneos a Augusto, tanto Ateyo Capitón como Antísteo Labeón, los que, con el tiempo, dieron origen a las dos grandes escuelas de Sabinianos y Proculyanos (nombres derivados de sus distinguidos discípulos, Masurio Sabino y Próculo, respectivamente), siendo más apegada a la tradición,

³² GAYO, *Institutas*, III, 155.

³³ DI PIETRO, Alfredo. *Los negocios jurídicos patrimoniales y los contratos en el Derecho*. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2004, p.110.

³⁴ DI PIETRO, Alfredo. *Los negocios jurídicos patrimoniales y los contratos en el Derecho*. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2004 p. 112.

³⁵ ARISTÓTELES, *Ética nicomachea*, cap.V.

³⁶ GELLIO, AULO, *Noctes atticae*, 13.10.

³⁷ JUSTINIANO, D. 1.2.2.47.

la primera, y más innovadora, la segunda. Capitón, en lo político, fue seguidor y favorecido por Octavio Augusto; en tanto, Labeón, se mantuvo como opositor, y aprovechó para alternarse entre Roma y Atenas, publicando cerca de 400 volúmenes.³⁸

Dentro de la Justicia en general, Aristóteles observa dos formas de justicia particular: a- la justicia distributiva, en la distribución de honores, riquezas u otras ventajas, que sigue un criterio de proporción geométrica, correspondiendo a cada uno como justo aquello que hace a su posición y función respectiva dentro de la constitución de la *pólis*; y b- la justicia correctiva, cuyo objeto son todos los actos interhumanos vinculados con el intercambio o conmutación de bienes, de modo que, para ser justo, se tiene que restablecer la igualdad, la cual ha sido rota como consecuencia de una ventaja injusta, ya sea que, ésta, haya sido previamente aceptada o haya sido impuesta, en ambos casos, por una persona respecto de otra. A diferencia de la justicia distributiva, aquí el tratamiento se hace con el criterio de proporción aritmética sin distinguir el honor y la dignidad que puede tener cada una.

Cabe aclarar que, en lo referente al derecho, lo justo correctivo se ubica al lado de lo justo distributivo. Al referirse a lo justo correctivo, Aristóteles menciona el *synallagma* como “otra especie” que “regula o corrige los modos de trato interhumano”, en los que se distingue los tratos *voluntarios* (*ekousía*) y los *involuntarios* (*akousía*), según supongan, o no, el acuerdo de partes. Así considera, voluntarios, “actos tales como una venta, una compra, un préstamo, un consumo, una caución, un préstamo de uso, un depósito, una locación”; involuntarios, dos tipos de actos, tanto los que son “clandestinos, como el hurto, adulterio, envenenamiento, prostitución, corrupción de un esclavo, homicidio con astucia, falso testimonio”, como los “violentos, tales como el ultraje, secuestro, homicidio, robo, mutilación, difamación y el insulto”.³⁹

Como se puede advertir, la amplitud del término *synallagma* parece abarcar no sólo a los llamados *symbolai*, es decir, contratos o convenciones, sino también a los *adykémata*, es decir, delitos, refiere Di Pietro. Pero, al punto, nos resulta interesante

³⁸ DI PIETRO, Alfredo. Los negocios jurídicos patrimoniales y los contratos en el Derecho, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2004 p. 113.

³⁹ ARISTÓTELES, *Ética nicomachea*, V, Bekker 1131.

ponderar igualmente las observaciones de Vinnio⁴⁰ al respecto, cuando al comentar I. III.13 *De Obligationibus* que correlaciona a D.44.7 y C. 4.10, respecto de la *Divisio Posterior*, refiere que, si la palabra griega *sinallagma* en verdad correspondiera a la palabra latina de comercio o de contrato, sería extremo incluir allí también al delito, pues el mismo Aristóteles, más adelante, en el mismo cap. V, “*niega que la reparación de los delitos ante la justicia corresponda al sinalagmático (gr.)*”

En la sociedad política, Aristóteles recalca la importancia de un principio funcional a toda sociedad que es la reciprocidad: *antipéponthos*⁴¹ En cada una de estas situaciones, “*hay un cambio esencial en la situación de una de las dos personas entre las cuales se realiza y, al mismo tiempo un cambio esencial en sentido inverso en la situación respectiva de la otra persona*”⁴². En la justicia correctiva, importa la reparación indemnizatoria que debe pagar quien ha cometido el acto respecto de quien lo ha sufrido, para lo cual se debe recurrir al Juez, quien ejerciendo la Justicia viviente⁴³, con su sentencia, restablece la igualdad entre las partes, es decir, lo que es justo.

El *synallagma voluntario* no se produce sino después de que se haya efectuado la prestación de una de las dos partes “*pues es solamente aquí que sobreviene el cambio en la situación mutua de las dos partes contratantes, la cual es condición constitutiva de todo synallagma*”⁴⁴. El solo hecho de la declaración de voluntad de ambas partes, expresada en el consentimiento, es decir, la conclusión del contrato o de la convención, no parece tener una importancia decisiva para la existencia del *synallagma* respectivo.

Para la época de aquella *iurisprudentia elegans* holandesa (s. XVI), Vinnio⁴⁵, colocándose en las antípodas de una postura restrictiva que solo considere la bilateralidad y

⁴⁰ VINNIO, Arnold. “*Comentario académico y forense del célebre jurisconsulto Arnoldo Vinnio a los cuatro libros de las Institutas Imperiales de Justiniano anotado por el jurisconsulto J. Gottlieb Heinnecio*, L. III. Tit. 14, p. 593.

⁴¹ ARISTÓTELES, *Ética nicomachea*, V, Bekker 1132 b 21.

⁴² DI PIETRO, Alfredo. Los negocios jurídicos patrimoniales y los contratos en el Derecho, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2004 p. 118-120.

⁴³ ARISTÓTELES, *Ética nicomachea*, V, Bekker, 1132 a 20 y ss.

⁴⁴ DI PIETRO, Alfredo. Los negocios jurídicos patrimoniales y los contratos en el Derecho, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2004 p. 119.

⁴⁵ VINNIO, Arnold. “*Comentario académico y forense del célebre jurisconsulto Arnoldo Vinnio a los cuatro libros de las Institutas Imperiales de Justiniano anotado por el jurisconsulto J. Gottlieb Heinnecio*, L. III. Tit. 14, p. 594 y ss.

reciprocidad como configurativas del contrato, no considera que Labeón esté definiendo al contrato en sí, sino que sólo está aclarando ciertos términos de uso pretorio, y, frente a ello, advierte “ *que Labeón en su posición no define en general qué es el contrato, o cuál es el significado propio de esta palabra, sino qué enuncia el pretor con esta palabra, cuando conjuga en el edicto estas tres significaciones semejantes, acto, contrato, gestión. Pues, como estas cosas particulares han sido puestas por sí mismas y sus generalidades por la fuerza, parece que Labeón no las relaciona a partir de su significado propio, sino que relaciona a ciertas clases diferenciándolas de las recogidas de la sentencia del pretor, y que la palabra de “contrato” se traslada a esas clases de contratos, que generan obligación mutua. Pero nosotros, ciertamente, consideraremos que la sustancia del contrato no consiste en eso, para que obligue recíprocamente: sino que, por igual, se llama propiamente obligación contractual, tanto si uno sólo de los dos, cuanto si ambos contrayentes, se obligaran recíprocamente entre sí por la convención; no sólo al mismo negocio se llama así, sino que también es un contrato”* .

Cabe resaltar que, esta noción genérica de *synallagma* – equivalente al término latino *commutatio* en la tradición escolástica-, perpetuó desde Aristóteles hasta la *Summa Theológica* de Santo Tomás de Aquino, representando lo justo correctivo (o conmutativo) frente a los desequilibrios en el orden social. Por ello, admitido que Labeón conociese al filósofo griego, cuyas obras circulaban en Roma en el s. I d C., Di Pietro considera “*que no se puede negar que el concepto labeoniano de contractus (contractum) resulte inspirado en Aristóteles*”, siendo la mención del *synallagma* como *ultra citroque obligatio* y (la expresión) *quod graeci synallagma vocant*”, una locución elíptica de la implícita: “*quod Graeci quidam (non omnes) duce Aristoteles synallagma vocant*”.⁴⁶

La reconocida clasificación de los contratos en Gayo y la ubicación de los consensuales

⁴⁶ DI PIETRO, Alfredo. Los negocios jurídicos patrimoniales y los contratos en el Derecho, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2004 p. 121.

El participio verbal ‘*contractae*’ utilizado en Gayo cuando dice: “*incorporales res sunt quae tangi non possunt qualia sunt...obligationes quoquo modo contractae*”⁴⁷, nos demuestra que aquí, indudablemente, *Gaius noster* está pensando tanto en las *obligationes* que provienen *ex delicto* como en aquellas *ex contractu*. Pero el párrafo que nos interesa es cuando, en forma abrupta y luego de tratar sobre herencias de los libertos, súbitamente, pasa -sin más- a tratar las obligaciones: “*Nunc transeamus ad obligationes...*”, sin definir o conceptualizar la *obligatio*, y mucho menos, el *contractus*; y nos dice: *omnis obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*”⁴⁸.

Esta es la primera clasificación “*que encontramos en la historia jurídica romana*”, y que se puede conjeturar que -al igual que Labeón- Gayo la habría tomado directa o indirectamente, de la Ética aristotélica y que los ‘*Synallágmata ekousía*’ y ‘*synallágmata akousía*’ corresponderían a ‘*ex contractu vel ex delicto*’, quedando circunscripto el binomio *contractus-delictum*.

Luego⁴⁹, considerará las distintas maneras como se contrae una obligación, discriminando cuatro únicas especies de fuentes de obligaciones contractuales, a las que refiere como: *re contrahitur (mutuum, depositum, commodatum, pignus)*; *verbis contrahitur (stipulatio, la dotis dictio, y prommissio iurata liberti)*; *litteris contrahitur (nomen transcripticium, syngrapha y quirógrapha)*; y, por último, *consensu contrahitur obligatio*, aludiendo esta última a que la obligación se produce por el nudo consenso (*emptio venditio, locatio conductio, societas, mandatum*). La diferencia de géneros está, entonces, en que pueden ser contraídas: por la entrega de la cosa; por la pronunciación de las palabras solemnes; por los documentos escritos o por el consentimiento.

Lo que debemos tener bien presente es que esta clasificación gayana, se refería a las ‘*obligaciones que se contraen*’ y no a los contratos mismos. Cabe recordar que los juristas romanos clásicos empleaban el vocablo *obligatio* limitado al *ius civile*, y, por ello, en el edicto se evita el su uso; por el contrario, si una persona aparece vinculada

⁴⁷ GAYO, *Institutas*, II, 14.

⁴⁸ GAYO, *Institutas*, III, 88.

⁴⁹ GAYO, *Institutas*, III, 89.

jurídicamente con otra *iure praetorio* para dar o hacer algo a favor de otra, según refiere Di Pietro⁵⁰ siguiendo a Schulz, se referían a ‘*actione tenetur*’, o bien, usaban los verbos *debere* o *adstringere*, palabras cuyo significado abarcaba deberes de todo género.

Concluye aquel autor en que, Gayo, habría sido el “*precursor en la tarea de fusión del concepto de obligatio englobando tanto las acciones que corresponden al ius civile como las que pertenecen al ius praetorium*”, pero que “*al desconocer la existencia de cualquier mención anterior por parte de algún autor conocido, corresponde atribuir a Gayo esta forma cuatripartita del origen jurídico de las obligaciones. Los comentaristas posteriores, y principalmente los modernos, considerarán con toda certeza que esta clasificación gayana fue la empleada en la época clásica por los iurisprudentes romanos y luego mantenida, como veremos en la doctrina postclásica y justiniana. Pese a ello algunos autores (D’Ors “Re et verbis”) no se mostraron tan admiradores de ella*”.⁵¹

Con posterioridad en *Res cottidianae sive aurea* -obra no ha llegado hasta nosotros, salvo ciertos párrafos diseminados en el Digesto, y que pudo ser revisada por Gayo o por otros autores posteriores en época postclásica-, al referir a las fuentes de las obligaciones, se agrega a aquel binomio, como *tertius genus*: “...o por cierto derecho propio, en virtud de varias figuras de causas (*variae causarum figurae*)”, quedando una tripartición.⁵²

Respecto a las obligaciones contractuales, el párrafo siguiente refiere las que se contraen: *re, verbis aut consensu*, omitiéndose las *litterae*, virtualmente caídas en desuso.⁵³ En cuanto a las *obligationes re*, agrega al mutuo (único que había tratado Gayo en Inst.) el *comodato, depósito y pignus*; después de las *obligationes verbis*, en las que, a diferencia de *Institutas*, solo menciona la *stipulatio*, finalmente, se refiere a las *obligationes consensu*, reiterándonos los casos que había ejemplificado en las Instituciones: la compraventa, locación, sociedad y mandato.⁵⁴ Posteriormente, tratará de las *variae causarum figurae*, que

⁵⁰ DI PIETRO, Alfredo. Los negocios jurídicos patrimoniales y los contratos en el Derecho, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2004 p. 64.

⁵¹ DI PIETRO, Alfredo. Los negocios jurídicos patrimoniales y los contratos en el Derecho, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2004 p. 88.

⁵² JUSTINIANO, D. 44.7.1.pr.

⁵³ JUSTINIANO, D. 44.7.1.1.

⁵⁴ JUSTINIANO, D. 44.7.2.

no se confunden ni con los *contractus* ni con los *maleficia*, vg.: el caso de la gestión de negocios de un ausente; de la tutela; del heredero de cumplir un legado; de la *solutio indebiti*; en los cuales no existe una convención previa que acordaran las partes. A *contrario sensu*, en las otras formas, existiría ‘consenso’.

Estima Di Pietro que, de este modo, “*podemos advertir que aquí se establece la noción de que el contractus involucra la contracción de un negocio que es bilateral y convencional, y del cual nacen obligaciones*”, avanzando en la comprensión del término y distinguiendo si se estableció en forma convencional o si, pese a no existir consenso, se puede seguir hablando de ‘*contraimiento de obligaciones*’, configurándose como “*quasi ex contractu teneri videntur*”, pero sin que por ello podamos considerar que se ha acercado a nuestra concepción actual y moderna de contrato.⁵⁵

Aquella tricotomía que surge de *Res cottidianae*, aparecerá confirmada en Justiniano, distinguiéndose dentro de estas *variae causarum figurae*, entre las que se aproximan más a los contratos denominándolas *quasi ex contractu* o, más al delito, *quasi ex delicto*

Los llamados ‘contratos consensuales’

“*Los contratos consensuales constituyen una obra notable de la jurisprudencia clásica y son un noble engendro de la fides romana*”, señala al efecto Schulz⁵⁶, enseñándonos que bajo la denominación ‘*contratos consensuales*’ se incluye a los concluidos *nudo consensu*, mediante ‘*consentimiento no formal*’, siendo reconocidos *iure civile* solamente cuatro tipos: *emptio venditio*, *locatio conductio* (arrendamiento), *societas*, y *mandatum*. Para ello no se requerían *simbólios*, al estilo griego; ninguna fórmula ni entrega de cosas, como en los contratos reales; podían celebrarse *inter absentes*, ya fuera mediante carta o nuncio; y, en el orden procesal, el pretor concedía fórmulas *formulae in ius conceptae* con cláusula *ex fide bona*, de la que ya hemos hablado.

⁵⁵ DI PIETRO, Alfredo. *Los negocios jurídicos patrimoniales y los contratos en el Derecho*. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2004 p.90 y ss.

⁵⁶ SCHULZ, Fritz. *Derecho Romano Clásico– Tit. Orig.: Classical Roman Law* - Trad. directa de la edición inglesa por J. Santa Cruz Teigeiro, Bosch, Barcelona, 1960, p. 60 y ss.

Cita Di Pietro a D'Ors⁵⁷ refiriendo que, el gran logro de los juristas romanos para occidente, fue el hallazgo de un principio que hoy nos parece natural pero que era “desconocido en los derechos de la antigüedad”, que es el “de la obligación de fidelidad a la palabra dada, entiéndase bien, a la simple palabra dada y no el juramento que era una forma”, evolución que se dio desde la *sponsio*, puramente sacral, pasando por la *stipulatio*, ya laica, que permitía que, “cuando dos personas querían obligarse recíprocamente debían acudir a dos estipulaciones que se cruzaban en sentido contrario. Y así habría sido la forma originaria, por ej. de la compraventa. Pero quizás en los inicios del s. I a C nos encontramos con un nuevo expediente procesal por el que la doble obligación, nacida ya sin necesidad de fórmula estipulatoria, puede hacerse valer por su misma interdependencia causal. ...cada promesa...funcionaba como causa de la recíproca...fue esa misma racionalidad causal la que permitió la caída de la forma estipulatoria... de este modo se terminó concibiendo el contrato puramente consensual, cuya unidad se apoyaba en el nexo de causalidad entre las recíprocas promesas ahora totalmente informales y sustentadas, en cuanto a su cumplimiento, en el principio fundamental de la *bona fides*, que es el que dota de vitalidad al negocio”.

Como una típica consecuencia de ser consensuales, aquellas obligaciones recíprocas podían ser extinguidas por un *contrarius consensus* –siguiendo la regla gayana de que “todo lo que se contrae por un *ius* determinado, se extingue por un *ius* contrario”(Omnia, quae iure contrahuntur, contrario iure pereunt).⁵⁸-, pero siempre bajo un límite: que no hubiere principio de ejecución, es decir, que no hubieren cumplido las conductas a las que se hubieren obligado, pues, en tal caso, se consideraba *re secuta* y no producía aquel efecto extintivo.

Cabe, entonces, que destaquemos las dos líneas que involucra esta idea de contrato: por un lado, la bilateralidad, por medio de la cual dos o más partes convienen en algo, establecen el consenso; y, por otro, como segundo elemento, la finalidad a la cual dicho consenso va dirigido. De este modo, coincidimos con Di Pietro en que: “Al

⁵⁷ DI PIETRO, Alfredo. *Los negocios jurídicos patrimoniales y los contratos en el Derecho*. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2004 p.194.

⁵⁸ JUSTINIANO, D. 50.17.100.

*establecer en consecuencia que, para expresar la idea de contrato se torna necesaria la existencia de un negocio bilateral, en el que intervenga el consentimiento, dirigido a una finalidad obligaciones, no hacemos otra cosa que presentar la noción elemental del contrato". De allí que, retomando aquella primigenia distinción que había hecho Sargenti de las dos posiciones, subjetivista o consensualística, y objetivista, observamos como ambos, Labeón y Gayo, habrían hecho referencia a los *synallagma voluntarios*, pero mientras Gayo adoptó, con fines didácticos, la posición *sogetivística* o consensualística; Labeón, por el contrario, se valió de la objetiva; pero, será la consensualista la que irá, con el tiempo, adquiriendo nueva fuerza y se impondrá, finalmente, en la obra de Justiniano.⁵⁹*

¿Cuál fue, efectivamente la noción vigente entre los juristas de la época clásica?

Un indicio de que la que predominó fue la idea de contrato tal como la entendía Labeón, - refiere Di Pietro, siguiendo el razonamiento de Guzmán Brito, podemos encontrarlo en el *Edictum Perpetuum*, en el cual, reiteramos: no aparece la palabra *contractus*. Resulta característico en el Edicto que, el tratamiento de las acciones que provienen de obligaciones voluntariamente contraídas, no tengan un orden unitario sino que esté diseminado en distintos lugares. Así, por un lado, tenemos el Tít. XVII, *De rebus creditis* y, por otro, *De bonae fidei iudiciis*, concluyendo el romanista en que “*ha sido un gran mérito de Alvaro D’Ors “haber puesto de máximo relieve la diferencia dogmática existente entre las figuras del Título XVII y las del XIX y siguientes del Edicto del pretor urbano, la importancia de la definición labeoniana de contractus y la novedad de los conceptos gayanos, no seguidos por los juristas metropolitanos”, y que, el éxito de la cuatripartición y clasificación Gayana, refrendada por la autoridad de Justiniano, provocó que “durante generaciones, ha sido repetida incesantemente y desde todas las ópticas –*

⁵⁹ DI PIETRO, Alfredo. *Los negocios jurídicos patrimoniales y los contratos en el Derecho*. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2004 p.207.

didáctica, legislativa, doctrinal, etc- la consabida clasificación de contratos reales, verbales, literales y consensuales".⁶⁰

De aquél Edicto, refiere allí Di Pietro, tomó Alvaro D'Ors la diferenciación entre el *creditum* y el *contractus*. En efecto, por un lado están los negocios creditorios, es decir, aquellos que hacen a los *préstamos* (Edicto, Tít. XVII, *De rebus creditis*) con acciones *in personam*, en especial la *condictio*; y, por el otro, las acciones contractuales de buena fe, que corresponden al concepto de Labeón sobre *contractus*, que figuran en el título XIX (*De bonae fidei iudiciis*). Es decir, el pretor distingue, por un lado, los negocios crediticios que dan origen a obligaciones unilaterales -otorgando acciones, *ergo, iudicia, stricti iuris*-, mientras que, por otro, los negocios que generan obligación recíproca bilateral, es decir, la *ultra citroque obligatio* –correspondiente a las aludidas por Labeón como *iudicia bonae fidei*.

De este modo, aun cuando no podamos conocer con precisión cuál es el alcance que los juristas clásicos daban a la palabra *contractus*, todo parece apuntar en dirección a los contratos consensuales. Así, cuando Gayo nos menciona que son *bonae fidei iudicia*⁶¹: el que resulta de la compraventa; de la locación; de la gestión de negocios; del mandato; de la *fiducia*; el que promueve el socio; el que nace de la tutela y el de las *res uxoriae*. En estos procesos, el *iudex* tiene mayor discrecionalidad y una libre potestad de estimar el monto de lo que se debe restituir al actor *ex bono et aequo*; de modo tal que, tomada cuenta de la prestación que debiera el actor al contrario *ex eadem causam*, se condene al demandado por el resto.⁶²

Queda librado al *arbitrium del iudex* por esa libre potestad, vg.: compensar los reclamos del actor y del demandado, pudiendo determinar ex fide bona cuáles son los reclamos que corresponde admitir y cuáles los que no; tener en cuenta los *pacta conventa*, que funcionaban como *leges privatae*; examinar con mayor flexibilidad la responsabilidad de las partes, según el deber de diligencia y apreciándose el concepto de culpa, desde la

⁶⁰ DI PIETRO, Alfredo. *Los negocios jurídicos patrimoniales y los contratos en el Derecho*. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2004 p.130.

⁶¹ GAYO, *Institutas*, IV, 62.

⁶² DI PIETRO, Alfredo. *Los negocios jurídicos patrimoniales y los contratos en el Derecho*, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2004 p.176.

bona fides recíproca que debía existir entre partes; incluir en la sentencia el *damnum emergens* y el *lucrum cesans*; aplicar intereses desde la mora; etc.; considerar todas las circunstancias excepcionantes así como las actuaciones asumidas por las partes: vg. comportamiento doloso, presencia de *vis coactiva* sin necesidad una cláusula *doli*, ni planteo de *exceptio*, pues se consideraban ya implícitas; y, por último, podemos resaltar el hecho de que, para juzgar el pleito siempre estará a la situación existente al tiempo de la sentencia y no al tiempo de la *Litis contestatio*, como en los *stricti iuris*.⁶³

La recepción del concepto en Ulpiano y su repercusión en el corpus justiniano

Cuando refiere a la *conventio* en su libro IV de su Comentario al Edicto, Ulpiano expresa: “*Pero de tal modo es genérica la palabra convención que, como elegantemente dice Pedio, no hay ningún contrato, ninguna obligación (producida por él) que, en sí, no contenga una convención, ya sea que se trate de la entrega de una cosa, ya sea que se haga por medio de palabras, porque aún la stipulatio, que se perfecciona con palabras, si no contiene un consentimiento, es nula*”.⁶⁴

Aquí se refiere al binomio *re-verbis*, que son *contraimientos* –utilizando el término preferido por Guzmán Brito, y que sigue Di Pietro- unilaterales de obligación; pero no incluye allí a otras formas, ni mucho menos a los consensuales, en los cuales, la convención nacida del consenso, estaría siempre presente. Como vemos, Ulpiano, tampoco identifica al contrato con la convención, ya que, dicho consenso, no es considerado como el basamento que otorgue en todas las figuras contractuales, la eficacia para la producción de obligaciones. Luego, agrega Ulpiano⁶⁵: “*Pero la mayor parte de las convenciones pasan a tener otro nombre, como por ej. de compra (emptio), locación (locatio), prenda (pignus), o*

⁶³ DI PIETRO, Alfredo. *Los negocios jurídicos patrimoniales y los contratos en el Derecho*. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2004 p.177.

⁶⁴ JUSTINIANO, D. 2.14.1.3.

⁶⁵ JUSTINIANO, D. 2.14.1.4.

estipulación (stipulatio)”, mencionando convenciones negociales pero que no son todas contratos.⁶⁶

En las *Institutas* de Justiniano, el tratamiento de las obligaciones comienza en I.3.13 estableciendo aquí que, por *obligationes*, se entienden no solamente las civiles -que son las que han sido establecidas por leyes o reconocidas por el *ius civile*-, sino también las *praetoriae* u honorarias. Luego, procede a la conocida cuatripartición de las fuentes de obligaciones: “*aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu, aut ex maleficio, aut quasi ex maleficio*”. Pero, como ya hemos referenciado *supra*, continúa, no obstante, sin definir el contrato, y mantiene la clasificación Gayana en cuanto a las obligaciones que de él nacen en *re, verbis, litteris o consensu*.⁶⁷

La evolución hacia el consensualismo en la Edad Media

Sabemos que en la Constitución “*Deo Auctore o De conceptione Digestorum*” (530), Justiniano impedía que cualquier jurisconsulto agregare comentarios al futuro Digesto, de modo tal que, luego de publicarse en latín con una primera traducción en griego (*Pandectas*), sólo se permitiría la confección de una *Paratitlas* (lista de pasajes paralelos) o reproducciones textuales. No obstante ello, vemos que es el propio Teófilo, miembro selecto de la comisión compiladora, quien hará una *Paráfrasis* en lengua griega, y nos brindará, en pleno s. VI, una definición del contrato con evidentes ecos de Labeón, pues “*contractus (synallagma) es la convención y el consenso de dos o más sobre el mismo asunto, de manera que se constituya una obligación y uno se halle obligado respecto de otro*”⁶⁸. Como vemos, en su literalidad, la definición del comentador oriental abarca aquella bilateralidad genética y funcional de reciprocidad obligacional aludida por Labeón, dejando excluidos, así, a los contratos unilaterales.

Retomando este sentido, entre los post-glosadores comentaristas del *Corpus*, Hugues Doneau (*Donellus*) (1527-1591) “*considera al contrato como el consentimiento de*

⁶⁶ DI PIETRO, Alfredo. *Los negocios jurídicos patrimoniales y los contratos en el Derecho*. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2004 p.201.

⁶⁷ JUSTINIANO, I. 13.2.

⁶⁸ TEÓFILO ANTECESSOR, *Paráphrasis*, III, 13.2.

*dos o más en estos que uno de ellos dé o haga algo respecto del otro (o de los otros) con la aprobación del ius respecto de esta obligación y prestación”, reemplazando la expresión por “unus alteri quid det aut faciat”⁶⁹. Y esto tiene importancia, por cuanto, en la Paráfrasis, el acuerdo produce un efecto doble: crea la obligación y hace que las partes queden recíprocamente obligadas; pero esta duplicidad no se mantiene en Donello, quien se centra en el consenso y para quien basta que el acuerdo cree la obligación por la que, al menos, un solo contrayente quede obligado respecto a otro. En su análisis, el *contractus* coexiste con las otras dos formas que menciona Labeón, es decir, con el *actus* y con el *gestus*. Por ello es que advierte que, cuando se contraen obligaciones recíprocas, existe un contrato.⁷⁰*

Por su parte, Cuiacius (1522-1590) se refiere a la comprensión del *contractus*, respecto al cual distingue dos conceptos: uno de ellos, en sentido propio, cuando se produce una *mutua obligatio*, es decir, una obligación recíproca, acercándose al pensamiento de Labeón respecto a *ultra citroque obligatio*, siendo propiamente contratos llamados *synallagmata*, aquellos a partir de los cuales nacen obligaciones mutuas, es decir, nacen recíprocamente uno respecto del otro. Un concepto más amplio, el de contrato en sentido impropio, son actos cualesquiera realizados para hacer nacer obligaciones por una sola parte, concordando así con el sistema del *corpus* justiniano.⁷¹

El iusnaturalismo de Grocio

Tal como afirma Di Pietro⁷² la Escuela iusracionalista del derecho natural, “*tendrá una importancia muy decisiva en el desarrollo de la concepción del consensualismo en materia contractual*”, pues lo define como “*el acto voluntario por el cual una persona promete alguna cosa a otra con la intención de que ésta, como*

⁶⁹ DONELO, HUGO, *Opera Omnia, T. III, De iure civili, Libro XII, Cap. VI, Fr. III*.

⁷⁰ DI PIETRO, Alfredo. *Los negocios jurídicos patrimoniales y los contratos en el Derecho*. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2004 p.336.

⁷¹ DI PIETRO, Alfredo. *Los negocios jurídicos patrimoniales y los contratos en el Derecho*. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2004 p.336.

⁷² DI PIETRO, Alfredo. *Los negocios jurídicos patrimoniales y los contratos en el Derecho*. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2004 p. 342.

consecuencia de ello, pueda adquirir un derecho contra el promitente”, poniendo énfasis en que, el elemento principal, es la unión de la voluntades que reposa en la libertad de disposición que tiene el hombre.

Reconoce aquél romanista que, aunque, en muchos aspectos, la doctrina iusnaturalista es más confusa, en “*De iure belli ac pacis*” de Hugo Grocio, “*el consensualismo le es doblemente práctico ya que le sirve para construir su sistema de derecho internacional donde no existía aún nada disponible conceptualmente, como para explicar su idea de contrato en el ámbito del derecho privado. Lo podemos considerar un precursor determinante del consentimiento moderno*” y, afirma, su influencia fue inmensa entre los juristas de los siglos XVI y XVII.

El pensamiento liberal francés y la autonomía de la voluntad

Tanto Domat (1625-1696) como Pothier (1699-1772), conforme reseña Di Pietro, tratan la cuestión del contrato de manera genérica. Para el primero, los contratos son convenciones, bajo el perfil de la causa, pues “*son manifestaciones de voluntad que tienen por objeto crear o extinguir obligaciones*”. Podemos observar cómo este pensamiento quedó asentado para nuestro derecho civil argentino en la nota de Vélez Sársfield al artículo 1137 del CC, citando a Maynz coincidente con Domat⁷³. Este divide las convenciones en cuatro clases, de las cuales las tres primeras, están caracterizadas por la reciprocidad: *do ut des, facio ut facias, Facio ut des*, resultando la cuarta clase, la que engloba donaciones y otras formas de liberalidades. Pothier, en su *Tratado de las Obligaciones*, da una definición muy amplia de lo que entiende por contrato, considerándolo “*la convención por la cual las dos partes recíprocamente o solamente una de ellas promete y se obliga respecto a la otra a darle alguna cosa o a hacer o no hacer alguna cosa*”, con lo que se logra, finalmente, una definición contractual abarcativa de todas las convenciones que engendren, por lo menos, una obligación. La causa, queda reducida al elemento subjetivo, como común denominador: “*la intención manifestada por las partes en el consentimiento*”, y, con esta

⁷³ DOMAT, JEAN, L. I.T. 1, párr.1 – cfr. nota de Vélez Sársfield a art. 1137 CC.

definición, Pothier logra el triunfo del consensualismo, considerando que “*toda convención obligacional es contrato*”. Este criterio será el adoptado en el *Code Civil* cuyo artículo 1101 establece: “*el contrato es una convención por la cual una o varias personas se obligan, respecto a una o varias otras, a dar, hacer o a no hacer alguna cosa.*”⁷⁴

La amplitud de la noción en Savigny que repercutirá en la pandectística

Nos enseña Di Pietro⁷⁵ que, para comienzos del s. XIX, se tenía la noción precisa del contrato (*Vertrag*) como “*acuerdo de voluntades destinado a crear obligaciones*” y era tratado, en consecuencia, primero, en la parte general, como subcategoría del acto jurídico y, luego, en el derecho de las obligaciones. Pero una novedad importante se produce cuando Savigny vuelca sus reflexiones en *Sistema de Derecho Romano Actual*, partiendo desde la idea de *hechos jurídicos*; desde lo general a lo particular, hacia el acto libre; luego de éste, a la manifestación de la voluntad; para llegar, por último, al estudio del contrato, en el que coloca de relieve el elemento de la voluntad, plasmado en su definición: “*contrato es el acuerdo de varias personas sobre una manifestación común de voluntad destinada a regir sus relaciones jurídicas.*”

Fácil es reconocer, casi literalmente, la seguida por Velez Sársfield en el artículo 1137 CC: “*hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos*”, que en su nota destaca también la concepción de Freitas, otra fuente innegable del eximio codificador, quien considera “*habrá contrato cuando dos o más personas acordasen entre sí alguna obligación u obligaciones recíprocas a que correspondan derechos creditorios*”, lo que implicaría una recepción de la *ultra citroque obligatio* de Labeón, con la bilateralidad funcional, con un concepto contractual, entonces, restrictivo.

Por el contrario, en Savigny, *supra* relacionada, la noción de contrato se ha extendido más allá de lo que decían los romanos para abarcar el concepto general de

⁷⁴ DI PIETRO, Alfredo. *Los negocios jurídicos patrimoniales y los contratos en el Derecho*. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2004 p.344.

⁷⁵ DI PIETRO, Alfredo. *Los negocios jurídicos patrimoniales y los contratos en el Derecho*., Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2004 p.345 y ss.

‘convención’ que, entonces, por sí, siempre genera efectos jurídicos. Pero, coincidimos con Di Pietro en que, esto, no es lo que consideraban los romanos. Savigny dice que del contrato romano “*parece que no haya sino una sola especie, el obligatorio*”, pero con ellos, “*se restringe la idea de contrato y se excluyen muchas de sus aplicaciones*”, razón por la cual, recurre a un concepto más amplio, asentándose en la definición de pacto de Ulpiano: *pactio est duorum pluriemve in unum placitum consensus (el pacto es el consentimiento al que han aceptado dos o varios más sobre una cosa)*⁷⁶. Al efecto aclara, “*yo no pretendo que los romanos hayan aplicado a otros contratos que los obligacionales las expresiones, pactio, pactum y conventio...pero no hay ninguna razón para no dar mayor extensión al concepto y buscar las analogías que el matrimonio, la tradición, etc. tienen con los contratos obligacionales*”.⁷⁷

El *contractualismo*, entonces, a partir de Savigny, se ve extendido a esferas inusitadas. En este sentido muy amplio de convención se pueden encontrar los contratos tanto en el derecho público como en el derecho privado. Reflexiona Di Pietro que en cuanto al derecho privado, los contratos son de lo más variados y numerosos, incluyendo no sólo, los que hacen surgir obligaciones, vg. compraventa, sino también los que se refieren a la modificación o extinción de dichas obligaciones. Extiende la doctrina contractual, incluso, a los derechos reales, vg. la tradición, la hipoteca, las servidumbres, etc. ; también al ámbito del derecho de familia: al matrimonio, la adopción, la emancipación, etc., con lo cual es una postura criticable, pero muy valiosa como esfuerzo por extender la noción de contrato para transformarlo en un concepto universal.⁷⁸

El voluntarismo contractual y su recepción en Vélez Sársfield

El *Código Civil Alemán BGB* fue sancionado en 1900, pero, hasta esa fecha, los juristas abordaron el estudio de las *Pandectas*, vg. Puchta, Brinz, Windscheid, Maynz,

⁷⁶ JUSTINIANO, D. 2.14.1.2.

⁷⁷ DI PIETRO, Alfredo. *Los negocios jurídicos patrimoniales y los contratos en el Derecho*. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2004 p.346.

⁷⁸ DI PIETRO, Alfredo. *Los negocios jurídicos patrimoniales y los contratos en el Derecho*. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2004 p. 347.

Regelsberger, etc, con un espíritu netamente modernista y alejado de los juristas romanos. El núcleo de su análisis será el concepto de *acto o negocio jurídico*, estructurador de la parte general respectiva, donde se resalta que el *substractum* del acto jurídico está constituido por la voluntad, quedando definido el negocio jurídico como la “*manifestación de la voluntad de una o varias personas para producir efectos jurídicos*” y se terminó consagrando, de este modo, el *Willensdogma* o dogma de la voluntad, si bien se puede reconocer como un derivado del pensamiento imperante en los s. XVIII y XIX en Francia: el principio de *la autonomie de la volonté*. Considerándose que la “*la libertad es el régimen de las sociedades sanas*”, el “*ideal*” es que los hombres mismos convengan lo mejor por medio de un contrato. “*El principio de la autonomía de la voluntad viene de este modo a significar una aplicación del reconocimiento que se ha producido respecto de las convenciones patrimoniales identificadas con los contratos*”, resalta Di Pietro⁷⁹, y así es receptado en el artículo 1197 del código velezano: “*las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma*”, dando pie a la evolución de la teoría de la *lex-contractus*.

Quedó configurado, así, el contrato sobre cuatro caracteres: a) el consensualismo; b) la autonomía de la voluntad; c) la fuerza obligatoria de lo convenido; y d) el efecto relativo, en el sentido de que sólo vincula a las partes y a sus herederos y sucesores, que no pueden sufrir perjuicios por un contrato en el cual no han participado, es decir: *res inter alios acta neque nocere neque prodesse potest*.

Pero luego, la evolución del derecho contemporáneo ya necesitó ciertos límites: a-la mera convención, establecida en forma oral o por escrito, productora de por sí de efectos jurídicos, estuvo desde el inicio limitada en los contratos reales y también en los formales; b-La autonomía de la voluntad quedó restringida por las teorías del abuso del derecho (1071 CC), de la lesión (954 CC) y de la imprevisión (1098 cc); c-La fuerza obligatoria de la convención que las partes deben cumplir como si se tratase de la ley misma, también ha sido acotada, pues el ordenamiento suele proteger a una parte, la

⁷⁹ DI PIETRO, Alfredo. *Los negocios jurídicos patrimoniales y los contratos en el Derecho*. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2004 p.351.

sindicada como más débil en la relación jurídica; d- El efecto relativo también se extendió a terceros que podían gozar de una ventaja, la cual es exigible.

El problema de la consensualización frente a la categoría de contratos reales

Un estudio prolijo de la temática fue el realizado por Guzmán Brito⁸⁰ a propósito de la abolición del contrato real en el Código Civil peruano de 1984, donde se asentó como regla general el tipo consensual de contratos y, por excepción, el tipo formal o solemne. Reconoce este autor que con ello, este código, *“adoptó cierta línea crítica formada en contra de ese tipo a fines del siglo XIX, que sólo la legislación suiza se atrevió a sancionar primero en 1883 y después en 1911, al conferir carácter consensual a los contratos de comodato, mutuo y depósito”*, pues el BGB solo había avanzado en la conversión del comodato, pero sin tomar postura antirealista y, ni siquiera lo hizo en la *‘modernización del derecho de obligaciones’* en 2002, pues conservó el carácter real de depósito.

Los códigos de segunda generación, continúa explicando dicho investigador, tampoco se atrevieron a la consensualización absoluta: ni el italiano de 1942; ni el portugués de 1966; ni el boliviano de 1975; ni el paraguayo de 1987; ni el *quebequoise* de 1991; ni el brasileño de 2001 y, solo el cubano de 1987, tornó consensuales al: mutuo, comodato y depósito.

Al examinar la estructura de los contratos reales, este autor resalta que, si bien tienen una estructura unitaria, *“es un complejo integrado por la convención consensual y la entrega es el que llamamos contrato real; cuyo efecto, a su vez, es servir de causa o fuente a una obligación de carácter restitutorio”*. Existen, entonces, en dicho contrato, dos niveles: 1- una necesaria convención entre dos partes, acuerdo de dar y recibir: en mutuo, cierta cantidad de cosas fungibles; en comodato, una especie no fungible en uso; en depósito, una, en custodia. Pero si bien la convención obviamente es consensual no produce

⁸⁰ GUZMÁN BRITO, A., “La consensualización de los contratos reales”, *Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n° 29, Valparaíso jul. 2007, pp. 35-60 <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512007000100001> c: 12-10-18.

efecto obligacional alguno, pues cada parte puede arrepentirse si no se ha efectuado aún la entrega; y 2-la tradición de la propiedad de la cosa, en el mutuo; de la mera entrega para uso o custodia, en el comodato o en el depósito. “*si el anterior era un plano puramente consensual, este, es un plano real, llamado así por el movimiento efectivo de una cosa*”.

Refiere, además, que, para poder sustituir los contratos reales por consensuales, hay que efectuar una doble conversión en el sistema: “1) *por un lado, la conversión de la causa...definidora de la futura operación, en contrato consensual (o solemne...); 2) por otro, la conversión de la entrega causada y perfeccionadora del contrato real en cumplimiento del contrato consensual*”, y esto podría hacerse solo de dos maneras, creando un contrato consensual ‘*obligacionalmente sinalagmático o bilateral*’, o uno ‘*obligacionalmente unilateral*’, con las consecuencias que ello implicaría.

De este modo, continúa más adelante, “*los contratos consensuales sustitutivos de los reales deben limitarse a prever la obligación de dar o entregar para una parte y la de recibir para la otra, excepto el depósito, si se los construye como sinalagmáticos; o solo la primera, y la de recibir en depósito, cuando se los conciba como unilaterales*”, pero la obligación de restituir, sólo nace de la entrega y recepción de la cosa, son fuente de una obligación nueva y “*constituyen un contrato, el cual es necesariamente real, porque existe y es perfecto en cuanto haya habido entrega y recepción*”.

El autor extrae, entonces, a partir de allí, una conclusión final: “*que la creación de los contratos consensuales no suprime a los contratos reales; sólo los posterga. ...No se economiza nada, pues igual hay dos contratos que celebrar, uno consensual y otro real*”, y el contrato consensual, entonces, solo equivale a una promesa de contrato real. Por ello, “*lo que aparenta ser principio general es, en la práctica excepcional, y queda relegado al ámbito teórico*”, agregando, al punto, su temor de “*la conversión de los contratos reales en consensuales en la práctica sea más bien una conversión de tales contratos en solemnes, de los cuales hay un paso a los reales nuevamente*”.

El principio del consensualismo en el Nuevo Código Civil y Comercial unificado

Metodológicamente, en el Libro III que trata de los Derechos Personales del CCYCNA se ha distribuido en dos Títulos: I, correspondiente a *Obligaciones en General* y, II, correspondiente a *Contratos en General*. Los Títulos subsiguientes, III y IV, refieren, respectivamente, por un lado a los *Contratos de consumo* y, por otro, a los *Contratos en particular* en los que se han sistematizado en forma unificada 30 tipos contractuales, que van desde la Compraventa al Fideicomiso, receptándose figuras antes dispersas en la legislación civil y comercial.

En esta nueva sistematización se emplaza al *consentimiento* como la esencia propia de todo el bloque contractual, toda vez que se define al contrato en su artículo 957 como “*el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales*”. Con ello, la antigua categoría de los contratos reales a que dio lugar la otrora clasificación gayana y justiniana de las obligaciones, ha quedado –al menos, en los postulados teóricos– completamente abolida.

Aquel consentimiento resulta ‘*informal*’ a tenor de lo dispuesto por el artículo 971 CCYCNA ya que, para su configuración –es decir, para su formación–, se ha establecido que “*Los contratos se concluyen con la recepción de la aceptación de una oferta o por una conducta de las partes que sea suficiente para demostrar la existencia de un acuerdo*”. El consensualismo, es decir, el subjetivismo pleno, entonces, ha triunfado sobre cualquier postura objetivista.

Comenta, al efecto, Lorenzetti⁸¹, que “*La definición legal requiere que las partes alcancen un consentimiento y éste deberá ser serio en punto a crear, regular, modificar, transmitir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales. Lo expresado evoca la definición del acto jurídico bilateral en cuanto requiere el consentimiento unánime de dos o más partes. En efecto, el nacimiento a la vida jurídica del contrato requiere el consentimiento, y éste, a su vez, resulta de la "armoniosa integración de la oferta con la aceptación", no bastando con que ambas declaraciones de voluntad se intercambien y lleguen al mutuo*

⁸¹ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Tomo V, arts. 724 a 1020, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2015, p. 532.

conocimiento de quienes las emitieron, siendo menester, además, que se combinen "en el sentido de integrarse recíprocamente", de modo tal que se produzca "una coincidencia de las voliciones de ambas partes con relación al objeto y a la causa del contrato".

Para nuestra codificación vigente, el Consensualismo, se ha emplazado como Principio de Derecho Contractual, siguiendo la tendencia antirealista que advertía Guzmán Brito tuvo un largo curso desde el sistema francés del s. XIX hasta la codificación peruana de 1984. Al menos desde el plano teórico, la ley argentina actualmente vigente no contempla la otrora distinción, proveniente de las fuentes romanas, entre contratos consensuales y reales, según disponía, al efecto, el sistema de los arts. 1141 y 1142 del Código Civil derogado, en el cual, los efectos obligatorios nacían sólo de la *datio rei*, pues explicaba Vélez Sársfield, *"el consentimiento no basta por regla general para hacer una convención civilmente obligatoria"*.

Esta toma de postura de nuestro célebre codificador, mantenía, entonces, un diametral distanciamiento frente a la amplitud del sistema francés, para el cual *"las convenciones son obligatorias por el solo efecto del consentimiento de las partes, sin necesidad 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"*, tal como lo refleja la nota al artículo 1141 CC.

Como refiere Raschetti⁸² la supresión de los contratos reales ya estaba siendo propiciada desde el Proyecto de 1998, por lo que, como se advierte, parte de la doctrina, vg. Bueres, considera que ha sido un acierto del nuevo código acabar con la diferenciación entre reales y consensuales, considerando a los primeros como un mero residuo histórico impuesto por la tradición y que *"no existe ninguna razón fundada en la lógica que justifique el mantenimiento de esta categoría"*. Desde esta perspectiva, la entrega de la cosa *"no tiene preponderancia en orden al perfeccionamiento del contrato, sino que ingresa en 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"*.

⁸² RASCHETTI, Franco, "La clasificación de los contratos en el Código Civil y Comercial de la Nación. Análisis y crítica de las modificaciones introducidas", en *Microjuris*, MJ-DOC-12257 <https://aldiaargentina.microjuris.com/2018/04/17/la-clasificacion-de-los-contratos-en-el-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion-analisis-y-critica-de-las-modificaciones-introducidas/> c: 12-10-18.

Conclusiones:

Frente a la que podríamos conjeturar como una primigenia concepción - restrictiva y objetivista- de *contractum* en la época clásica romana, caracterizada por la bilateralidad, conmutatividad y reciprocidad en esa fórmula condensada en Labeón como '*ultra citroque obligatio*' (equivalente al *synallagma* griego y como posible recepción de la doctrina aristotélica de la justicia correctiva) y que solo buscaba diferenciarla, en cuanto a su alcance procesal en el Edicto Pretorio, del *actum* o el *gestum* (ambos caracterizados por la unilateralidad); comenzó, a partir de Gayo, una incipiente evolución hacia una concepción subjetivista o consensualista más amplia, que ya no apuntaba hacia lo procesal sino hacia lo fontal de la '*obligatio contrahere*', vislumbrándose un -aún no definido- *contractus*, como generatriz obligacional.

No obstante esta tendencia consensualista, esbozada en la noción que Ulpiano vuelca de *contractus*⁸³ colocándose el énfasis en la *conventio* en un sentido amplio, hemos visto que, la primigenia objetivista, se mantuvo aún en esa época Justiniana tal como se refleja, no solo en la aludida cita de Labeón⁸⁴ dentro de la compleja y variopinta miscelánea en de *De verborum significatione*, sino también, en la *Paráphrasis* de Teófilo⁸⁵, comentador privilegiado que define al *contractus-synallagma*, como el consenso del cual surge una bilateralidad no sólo genética, sino también funcional.

En su evolución medieval observamos cómo esta dualidad genético-funcional de la bilateralidad no se mantiene en *Donellus* y se va ampliando la noción restrictiva hacia un consensualismo que puede generar obligación unilateral o bilateral, al punto que, *Cuiacius* distingue claramente dos conceptos: uno en sentido propio y estricto, de *mutua obligatio*, es decir, generador de obligaciones recíprocas –cercano a la noción labeoneana-; y un sentido impropio y amplio, que contempla también la unilateralidad, receptando así la noción más abarcativa de Ulpiano, siguiendo la línea de Gayo y de Pedio.

⁸³ JUSTINIANO, D.2.14.1.3.

⁸⁴ JUSTINIANO, D.50.16.19.

⁸⁵ THEOPHILO ANTECESSOR, III,13.2.

Bajo esta influencia llegará el punto de inflexión más claro hacia el consensualismo en materia contractual con *Grotius*, donde se resalta el *consensus* en un sentido moderno, como acto voluntario, es decir, como expresión de la libre disposición del hombre, que tendrá su corolario en el pensamiento liberal francés promotor de la máxima de la autonomía de la voluntad y la ponderación de la intención de las partes, vg. Domat, Pothier, noción amplísima que se radica definitivamente en el *Code Civil Français* como el ‘*solo consensus obligat*’ y la teoría de la *lex-contractus*.

Pese a la reticencia de Savigny a aceptar esta codificación foránea y la revalorización del derecho romano como derecho vivo, hemos visto como aquella tendencia consensualista influye en la concepción de aquél, pues, aprovechando la noción de *pactum* de Ulpiano⁸⁶ y pese a reconocer que no era esa la concepción romana de *contractus*, propicia dar una mayor amplitud al concepto e, incluso, extiende el contractualismo al derecho público y privado, con un alcance universal. Consagrados, de este modo, tanto en Francia la *autonomie de la volonté* como en Alemania el *Willensdogma*, queda configurada la noción moderna de contrato y es receptada de este modo por Vélez Sársfield en nuestro, hoy derogado, Código Civil.

Discernimos, entonces, una doble virtud del *consensus*: por un lado, su sentido propio o esencial, referido al acuerdo de voluntades ínsito en toda convención, es decir, el acto voluntario del hombre que decide vincularse contractualmente con su par; por otro, su eficacia fontal, es decir, de ser fuente de obligaciones, por el hecho de que, ese mero consenso -sin formalidad, aditamento o acto posterior alguno- resulte, por sí mismo, plenamente eficaz para generarlas entre las partes y que, a partir de la mera manifestación de voluntad concorde, resulten exigibles. Bajo esta última perspectiva, podemos distinguir entre bilateralidad o unilateralidad, según nazcan, o no, obligaciones para ambas partes o para una sola de ellas desde el mismo momento de prestar, ambas, su consentimiento. De allí que, si bien todos los contratos presumen la existencia de un consenso, hasta que entró en vigencia el nuevo código, aquel efecto fontal - generador de obligaciones- se encontraba

⁸⁶ D.2.14.1.2.

circunscripto a ciertos contratos a los que se añadía el epíteto de ‘*consensuales*’, manteniéndose la categoría de los contratos reales frente a los consensuales.

La novel legislación ha modificado completamente dicho sistema. Pero, aun así, no se había llegado al extremo subjetivismo, pues se mantuvo -incluso en los códigos más liberales- la dicotomía entre contratos reales y consensuales, derivada de la antigua clasificación gayana - expurgados desde antaño, ya en época romana imperial, los verbales y literales. La tendencia antirealista hacia un mero consensualismo ha tardado muchísimo tiempo en llegar a los códigos de segunda generación como hemos podido apreciar.

El debate de la doctrina que aconsejaba definir la cuestión del mantenimiento, o no, de los contratos reales era la disparidad de criterios jurisprudenciales frente a la ‘*promesa de contrato real*’, bajo aquél sistema antes imperante en nuestro país, situación que, bajo el actual sistema unificado civil y comercial vigente, consideramos que -sin necesidad de abolir absolutamente a aquellos contratos- con la expresa recepción normativa en el artículo 994-996 del CCYCNA de los ‘*contratos preliminares*’, toda discusión hubiera quedado debidamente zanjada. La promesa de contrato real, sería, entonces, aquél contrato consensual preparatorio y causa de la entrega subsiguiente que generaría, recién, luego de llevada a cabo, la obligación de restitución por parte del receptor.

Pero, peligrosamente, a nuestro criterio, la innovación del sistema avanzó aún más y, directamente, se abolió –al menos literalmente- la categoría de contratos reales, con lo que quedó finalmente sellado, para el sistema argentino, la tesis subjetivista ‘*pura*’ que había iniciado su recorrido a partir de la incipiente recepción en Gayo de las *consensu contrahitur obligationes*, como uno de las cuatro fuentes contractuales, hasta llegar, por sucesivos tamices, hasta la cumbre de la doctrina francesa y alemana del *solo consensus* y la autonomía de la voluntad como principio general. Así es como, en nuestros días, se ha estructurado todo el sistema, sentándose el ‘*Principio de la Consensualidad*’ en materia contractual.

No obstante, consideramos que nuestro derecho argentino mantiene, contradictoriamente, cierto resabio del contrato real en la donación de muebles no registrables o de títulos al portador, ya que, el actual artículo 1554, establece expresamente que “*deben hacerse por la tradición del objeto donado*”. Incluso, creemos que, en algunos

aspectos, se trata de un consensualismo más bien teórico y que, en la práctica, seguirá requiriendo el perfeccionamiento ‘*real*’ efectivo, para que puedan nacer, y surtir efecto, las obligaciones para ambas partes.

En efecto, si tomamos en cuenta, por ej. la definición del mutuo en el artículo 1525 CCYCNA que establece 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*”, puede observarse que se lo configura, liminarmente, como un contrato consensual, bilateral, con obligaciones recíprocas para ambas partes; pero, nos preguntamos: si no se efectivizó la entrega de las cosas fungibles, ¿podría, en los hechos, frente a un ávido acreedor, obligarse al mutuario a devolver igual cantidad de cosas de la misma calidad y especie tan sólo porque, según la literalidad del artículo habría quedado obligado el mutuario desde el mismo momento del consenso?

No lo creemos factible. A nuestro entender, siempre se requerirá de la efectiva entrega de las cosas fungibles para que pueda recién nacer la subsiguiente obligación restitutoria por parte del mutuario. Lo contrario, sería abusivo y un absoluto contrasentido. Recordemos, al punto, las razones que otrora, en épocas romanas (aprox. s. III), frente a un inescrupuloso “*acredor*”, ameritaron la concesión extraordinaria de la *querella* y de la *exceptio non numeratae pecuniae*, a las que se debió recurrir para proteger al deudor de un ‘*mutuo aparente*’ realizado por escrito, trasladando en la persona del supuesto mutuante la carga de la prueba de que el dinero fue efectivamente entregado, para que pudieran, recién, quedar expeditas, a su favor, las acciones propias del contrato (cfr. C. 4 .30.3, rescripto de Caracalla del 215)⁸⁷.

En aquel supuesto, de darse en la práctica, una vez más, el bimilenario Derecho Romano, vendría en auxilio de nuestro derecho.

⁸⁷ ARIAS BONET, Juan Antonio. “Sobre la Querela y la Exceptio non numeratae pecuniae. Derecho Romano y vicisitudes medievales “*en Dialnet.unirioja.es* , <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/134449.pdf> - c: 12-10-18.

**DE LA ULTRO CITROQUE OBLIGATIO AL PRINCIPIO DEL
CONSENSUALISMO**