

**Sra. Subdirectora del Departamento de Derecho Privado.-**

Tengo el honor de presentar a dos prestigiosos profesores de esta casa, el doctor Di Pietro y la doctora Louzán de Solimano, quienes expondrán sobre el contrato en el Derecho Romano, tema que integrará las Jornadas Nacionales de Derecho Civil a realizarse en Santa Fe el año que viene.

**Dra. Louzán de Solimano**

A diferencia del derecho moderno, en el que la noción de contrato es un concepto abstracto que encubre cualquier relación obligatoria entre las partes, en Roma *contractus* significaba la manifestación de voluntad de dos sujetos dirigida a poner en vida una *obligatio* reconocida por el *ius civile*. Por tanto, del acuerdo entre las partes, más la causa civil reconocida por el ordenamiento romano, surgían los efectos obligatorios.

De ahí que *contractus* en Roma tenga un contenido mucho más restringido que en derecho moderno. En Roma sólo son contratos aquellos acuerdos típicos reconocidos por el *ius civile*. Sin embargo, el término *contractus* ha logrado una inmensa fortuna. Desde Savigny quedó acuñado el contrato –para este autor, incluso en la época romana– como un acuerdo de dos voluntades, que tiene como esencia producir efectos jurídicos. El voluntarismo en el derecho se cristalizó en la idea de contrato como acuerdo de voluntad, y en el derecho moderno todo acuerdo de voluntad que no vaya contra la ley, la moral o las buenas costumbres, es un contrato.

En Roma no se conocía la noción abstracta de *contractus*, sino que únicamente existían determinados tipos de contrato, y sólo éstos eran generadores de *obligationes*. Como dice Volterra, esto significa que no se reconocía en Derecho Romano autonomía a la voluntad de los sujetos en el sentido de que éstos no podían configurar a su voluntad el contenido de sus acuerdos, de tal manera que si los sujetos se dirigían a constituir relaciones patrimoniales que

no se correspondían con los tipos particulares que preveía el *ius civile*, el ordenamiento jurídico no reconocía aquellos acuerdos ni eran eficaces para producir vínculos obligacionales.

En realidad, los romanistas han ideado una serie de teorías para definir al contrato clásico. Dicen que para el derecho clásico no era una unión de voluntades sino un vínculo jurídico objetivo entre las partes. *Contractus* sería la síntesis de la expresión más compleja *negotium contractum*. Un gran sostenedor de esta teoría fue Bonfante, que decía que en la palabra *contractus* no había vínculo subjetivo sino objetivo.

Hay también teorías subjetivistas como la de Riccobono, para quien el contrato era sinónimo de acuerdo de voluntades, o por lo menos se presumía que quien había contraído el contrato en sí estaba de acuerdo.

Pero la mayoría de la doctrina entiende que hubo una evolución de la idea de *contractus*, desde la noción clásica de vínculo objetivo hasta el vínculo subjetivo postclásico justiniano.

Para Justiniano, el *contractus* se expresa con el término griego “sinalagma”, vínculo subjetivo entre dos personas, acuerdo de voluntades generador por sí mismo de obligaciones. Es sinónimo de convención, y desde entonces quedó sellada la figura del contrato como acuerdo de voluntades. Al lado del contrato, en la época justiniana, aparece el pacto como contrato de menor entidad.

La convención es un acto o negocio jurídico bilateral o multilateral en su formación. Es decir que se constituye con el concurso de dos o más voluntades, si bien en sus efectos puede ser unilateral o bilateral, según que éstos se operen respecto de una sola de las partes o se produzcan con relación a las dos que intervinieron en el negocio jurídico.

Antes de proseguir con su estudio, es necesario hacer una aclaración o explicación del significado preciso que tienen los términos “convención”, “pacto” y “contrato”. Para ello procuraré, con el análisis de varios textos, obtener primeramente el concepto romano.

En los textos de Ulpiano, Digesto L. II, título XIV, fragmentos I, V, VI y VII, encontramos empleadas las palabras “convención”, “pacto” y “contrato”.

En este texto Ulpiano usa los términos “convención” y “pacto” como sinónimos, porque si bien dice: “la palabra convención es genérica...”, parece que la considera así respecto del contrato y no respecto del pacto, al que define en el párrafo segundo como define a la convención en el tercero.

El fragmento V dice: “Mas hay tres especies de convención, porque se hacen, o por causa pública, o por causa privada, y la privada o es de ley o es de derecho de gentes”.

Considerando a la convención y al contrato en cuanto a sus efectos jurídicos, encontramos que el fragmento VII señala una diferencia capital entre ambos al decir Ulpiano que: “algunas convenciones del derecho de gentes producen acciones, otras, excepciones”.

“1. Las que producen acciones no subsisten con su nombre, sino que pasan al nombre propio de un contrato, como compra, venta, locación, conducción, sociedad, comodato, depósito y demás contratos semejantes”.

“2. Pero si la cosa no pasare a otro contrato y subsistiere, sin embargo, la causa, respondió acertadamente Ariston a Celso, que había obligación...”.

Establece bien claramente que el contrato era la convención sancionada con una acción y que tenía un nombre propio.

Después, en el párrafo cuarto del mismo fragmento, título y libro, leemos lo siguiente: “4. Pero cuando no subsiste ninguna causa, es sabido que entonces por la convención no puede constituirse obligación. Por consiguiente, el pacto desnudo no produce obligación, pero produce excepción”.

De donde resulta, según estos pasajes, que la convención desnuda no producía efectos jurídicos perfectos, sino sólo excepciones, engendrando obligaciones naturales.

La acción nacía sólo de los acuerdos que estaban revestidos de una forma, porque no todo acuerdo implicaba una acción, sino sólo los revestidos de una forma determinada que eran los contratos.

El contrato llevaba dentro de sí un acuerdo más una forma civil. El *contractus* era una convención o acuerdo más una causa o forma civil, que hacía que el acuerdo de las partes se convirtiese en contrato tutelado por las acciones específicas de aquel contrato.

Los contratos clásicos eran, por tanto, figuras típicas, determinadas, que fueron surgiendo poco a poco, y cuando un acuerdo entre las partes no iba envuelto de la forma civil correspondiente o no respondía a una de las causas civiles, no tenía acción para protegerlo. Si se quería dar validez al acuerdo, había que darle una forma o tener una causa de las previstas en el *ius civile*.

La evolución que va desde el contrato clásico al justiniano consiste en acentuar cada vez más la *conventio*, el acuerdo, que acabó siendo lo único predominante, mientras que la forma llegó a ser un simple instrumento que iba perdiendo importancia.

Originariamente, el vínculo obligatorio sólo nacía por la realización de actos solemnes preestablecidos por la ley a los que tenían que acomodarse las partes, que no podían modificar su forma ni sus efectos (*nexum, sponsio*).

Cuando surgen los contratos reales, el vínculo nace de la entrega de una cosa para que sea restituida, y ya comienza a tener relieve la voluntad de los particulares que al menos tienen que ponerse de acuerdo sobre la restitución de la cosa.

Todavía el mero acuerdo no es generador de *obligatio* si no va acompañado de la entrega real de la cosa, pero comienza a emerger el acuerdo como elemento básico del contrato.

Esto lo vio bien Pedio cuando en D.2, 14, 1, 3, dice *nullum esse contractum, nullan esse obligationem, quae non habeat in se conventionem*, que representa un avance cualitativo gigantesco respecto de la situación anterior.

Es indudable que en la época de Pedio –siglo I y II de nuestra era– en la base de todo contrato debía haber una *conventio*, un acuerdo de voluntades, pero ya se empieza a destacar la importancia de la *conventio*.

Un paso más adelante se dio con la configuración clásica de los contratos consensuales, figuras obligatorias propias del *ius gentium*, cuya eficacia obli-

gatoria nacía del acuerdo, siempre que éste estuviera basado sobre una causa preestablecida por el *ius civile*.

En el pensamiento postclásico, el contrato se va configurando cada vez más centrado en el acuerdo de voluntades, acuerdo que resplandece como núcleo del contrato en la época justiniana.

Por ello, en derecho clásico romano, más que de contrato en general, puede hablarse de figuras singulares de contrato, cada una de ellas basada en una causa prefijada por el *ius civile*.

La ampliación postclásica, que no podía salirse de los rígidos esquemas civilísticos previos, consistió en introducir nuevas figuras al margen de los contratos anteriores por la vía de los cuasicontratos y de los contratos innominados, ensanchando el campo de las relaciones obligatorias contractuales, hasta llegar a la época justiniana en que se admite una idea genérica de contrato, entre otros motivos porque, a su vez, se había perdido la idea de tipicidad de las acciones, y ahora lo importante no era contar con una acción preestablecida, sino la relación sustancial que se hacía valer.

El campo del *contractus* es uno de aquellos donde podemos ver mejor la ardua elaboración de los juristas romanos, que anclados en los viejos esquemas civilísticos pugnan por ir encontrando categorías que puedan comprender todas las diversas manifestaciones de los hombres en orden a encauzar sus relaciones obligatorias.

Ahora me voy a referir a nuestro derecho. Según el artículo 1137 del Código Civil, hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos.

Cabe preguntarse si contrato y convención son sinónimos en la terminología jurídica. Desde el punto de vista etimológico, “contrato” deriva de contraer (obligaciones); parece apropiado, por consiguiente, circunscribir este concepto a los acuerdos de voluntad cuyo objeto es crear o modificar obligaciones entre las partes.

Convención, en cambio, comprende todo acuerdo destinado a crear, modificar, transferir o extinguir derechos y obligaciones; éste sería el género, contrato, la especie.

En este sentido se pronuncian algunos de los autores citados por Vélez Sársfield en la nota al artículo 1137 (Freitas, Aubry y Rau) y es la idea del Código Napoleón –artículo 1101– y de Pothier, que también le sirvieron de fuente. Pero Vélez se inclinó, en definitiva, por el concepto de Savigny, de Maynz y Domat, también citados en dicha nota, para los cuales “contrato” y “convención” jurídica son términos equivalentes.

¿Está limitado en nuestro Código el concepto de contrato a las convenciones que tienen un contenido patrimonial? La cuestión se plantea porque el artículo 1169 establece que la prestación objeto de un contrato puede consistir en la entrega de una cosa o en el cumplimiento de un hecho positivo o negativo susceptible de una apreciación pecuniaria. Pero adviértase que la norma citada dice “puede” y no “debe”. Por ello pensamos que el mencionado artículo no limita el concepto de contrato a las convenciones de carácter patrimo-

nial. En todo caso habría una colisión entre los artículos 1137 y 1169, que a nuestro juicio debe resolverse en el sentido amplio que le asigna al concepto de contrato la norma que lo define, que es el artículo 1137. Pero también es verdad que en la terminología corriente la expresión “contrato” se reserva a los negocios de contenido patrimonial, en tanto que la convención se aplica no sólo a los negocios patrimoniales sino también a los extrapatrimoniales.

Por lo demás, la cuestión sólo tiene un interés de técnica jurídica, y aun así muy limitado. El nombre con que se designa un concepto o institución jurídica es, en el fondo, una cuestión convencional que no hace al concepto mismo.

Bien entendido que cuando hablamos de convención nos referimos a la que tiene carácter jurídico, es decir, a aquella que tiene por objeto reglar los derechos de las partes y no a la convención simple o no jurídica, que es un acuerdo de partes sobre relaciones ajenas al campo del derecho, como puede ser un acuerdo para jugar un partido o para formar un conjunto de música entre aficionados.

El siglo XIX fue testigo de la máxima exaltación de la voluntad individual como poder jurígeno. El nuevo orden instaurado por la Revolución Francesa hizo concebir a sus teóricos la ilusión de una sociedad compuesta por hombres libres, fuertes y justos. El ideal era que esos hombres regularan espontáneamente sus relaciones recíprocas. Toda intervención del Estado que no fuera para salvaguardar los principios esenciales del orden público aparecía como altamente dañosa, tanto desde el punto de vista individual como social. Los contratos valían porque eran queridos; lo que es libremente querido es justo, decía Fouille. Esta confianza en el libre juego de la libertad individual, en el contractualismo, trascendió del Derecho Privado al Derecho Público. La sociedad fue concebida como el resultado de un acuerdo entre los hombres. La obra fundamental de Rousseau –una de las que mayor influencia haya tenido en el pensamiento político de su época– se llamó precisamente *El Contrato Social*.

El Código Napoleón recogió ese pensamiento y así ha podido decirse de él que es un “monumento levantado a la gloria de la libertad individual”. El artículo 1134 dice: “Las convenciones legalmente formadas sirven de ley para las partes”. Vélez recogió esta idea en el artículo 1197, que modificó ligeramente, mejorando el texto francés, porque dice: “Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma”. Es el reconocimiento pleno del principio de la autonomía de la voluntad. El contrato es obligatorio porque es querido; la voluntad es la fuente de las obligaciones contractuales. Reina soberana en todo este sector del derecho. No hay otras limitaciones que aquellas fundadas en un interés de orden público. Así, el artículo 21 dispone que las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres. Y el artículo 953 establece que el objeto de los actos jurídicos no debe estar legalmente prohibido ni ser contrario a las buenas costumbres ni oponerse a la libertad de las acciones o de la conciencia ni perjudicar a terceros, disposición que el artículo 1167 declara aplicable a los con-

tratos. Salvado este interés de orden público, la voluntad contractual imperaba sin restricciones en nuestro Código.

Así, por ejemplo, fenómeno más notorio y para muchos más alarmante del derecho contemporáneo, es la llamada “crisis del contrato”. La voluntad ya no impera soberana como antes. El Estado interviene en los contratos modificando sus cláusulas, prorrogando su vigencia, forzando a veces a celebrarlos a pesar de la voluntad contraria de los interesados o dispensándolos otras de cumplir sus promesas. Para muchos ha dejado de ser una cuestión de honor el respeto por la palabra empeñada. (*Aplausos.*)

#### **Sra. Subdirectora del Departamento de Derecho Privado.-**

Agradecemos a la doctora Solimano por su exposición sobre un tema que sigue teniendo mucha vigencia y generando polémica.

A continuación expondrá el doctor Di Pietro.

#### **Dr. Di Pietro**

La idea corriente que ustedes tienen de contrato es la que ha definido Vélez en el artículo 1137, que reproduce palabra por palabra la definición de contrato de Savigny. Éste, a su vez, la transcribe en el *Sistema de Derecho Romano Actual*, obra conocida también como *Tratado de Derecho Romano*, lo cual daría la impresión de que dicho romanista nos proporciona una noción acabada de lo que fue el contrato en el Derecho Romano.

Si analizamos qué se llamó contrato en el Derecho Romano nos vamos a encontrar con una serie de sorpresas. En primer lugar, la palabra “contrato”, desde el punto de vista jurídico, sólo comenzó a ser aplicada en Roma en el siglo II de nuestra era, en plena época clásica; quien va a generalizar su uso es Gayo en sus *Institutas*. Hasta ese momento, la palabra “contrato” no era empleada en absoluto. Se conocía el verbo *contraere*: contraer amistad, contraer enemistad, contraer una enfermedad y, más cercano desde el punto de vista jurídico, contraer *obligationes*, es decir, obligaciones, pues éstas se contraen. Pero hasta ese momento, a pesar de que en la Roma antigua, en la Roma republicana y a comienzos de la época clásica se realizaban muchísimas clases de negocios, a ninguno de ellos se aplicó la palabra “contrato”, vocablo que hoy en día aparece en todos los escritos de los abogados en sus demandas o contestaciones de demanda de Derecho Privado.

¿Por qué apareció la palabra “contrato”? Aquí vendrá la primera acepción en el Derecho Romano. Quien creó este sustantivo es Gayo, que no era jurista. No se conoce de él ningún *responsum*, es decir, no era un jurisconsulto a quien la gente iba a ver para presentarle un problema jurídico y pedirle su opinión o dictamen. Gayo era un profesor de derecho, un enseñante. Entonces, es obvio que toda su obra –eso es de particular importancia para interpretar las *Institutas*– está dirigida a los alumnos y, en consecuencia, sufre todo el proceso de conformación mental derivado de la enseñanza.

Vale decir que cuando un profesor tiene que explicar un determinado pro-

blema a los alumnos trata de reducirlo, acomodarlo, recortarlo, para que el alumno pueda entenderlo mejor.

Gayo toca este tema en el Libro III, donde en forma absolutamente abrupta dice “y ahora pasemos a las obligaciones, las cuales nacen de...”, es decir, ni siquiera define qué es una obligación ni brinda ningún otro concepto, porque da por sobreentendido que el alumno que está delante de él ya lo sabe.

A Gayo le preocupa el problema referido a de dónde nacen las obligaciones y encuentra que nacen de los delitos, palabra que existía: *delictum, delicta*; por otro lado estaban, asimismo, todos los negocios de los cuales nacían obligaciones de una manera convencional.

Allí se encontró con que no había una palabra para definir esto último, y para el alumno era muy importante anotar en sus apuntes que las obligaciones nacían de un delito o de algo más, pero no podía estar escribiendo toda una frase que dijera: o de aquellos negocios donde existiera una convención para hacer nacer obligaciones.

Entonces recurrió al verbo *contraere*. El participio pasado del verbo *contraere* es *contractum*, que quiere decir “lo contraído”. Desde el punto de vista lingüístico, existe una especie de ley en virtud de la cual todos los participios pasados tienden finalmente a convertirse en sustantivos. De allí que la palabra *contractum*, que quiere decir “lo contraído”, va a dar origen al vocablo *contractus*, que en Gayo –a pesar de que todos lo hemos definido como contrato– parece tener el sentido de contraimiento. Es decir que las obligaciones nacen de un delito o de un contraimiento; para ello crea ese sustantivo *contractus*, que es la primera vez que aparece en el Derecho Romano.

Curiosamente, cuando sigue tratando el tema no nos dice: de este modo existen cuatro clases de contratos, que es lo que generalmente se suele enseñar en los manuales, sino que nos dice: hay cuatro formas de contraer las obligaciones: por la cosa, como el mutuo; por la palabra, como es una promesa de pago o la *stipulatio*; por un documento, como son esos negocios tan raros que denomina los *nomina transcripticia*, y luego termina mencionando a aquellas obligaciones que se contraen por medio del consentimiento. Pero siempre está hablando de las obligaciones.

Da la impresión de que Gayo no se dio cuenta de estar creando una palabra que daría pie a que posteriormente fuera cada vez más empleada.

Por lo tanto, tenemos esa primera aparición de la palabra “contrato”. Curiosamente, con anterioridad a Gayo, es decir, unos 150 años antes, un gran jurista de la época republicana y comienzos del Imperio, llamado Labeón –contemporáneo de Augusto y contrario a éste último desde el punto de vista político porque nunca dejó de ser republicano, dado que no estaba convencido de toda esa invención política del Imperio que había hecho Augusto–, en un párrafo que ha quedado casi por casualidad ya que figura en el último libro del Digesto, citado por Ulpiano, nos dice que hay determinadas obligaciones que surgen por ciertos actos, como por ejemplo el mutuo.

Todos sabemos que actualmente el mutuo es considerado un contrato real, con la particularidad de que no es la convención la que pone en funciona-

miento el contrato; es decir, si yo convengo con otro que me va a prestar dinero, ese convenio no tiene absolutamente ninguna eficacia jurídica para demandarme, porque la obligación nace cuando me dan el dinero, es recién allí cuando tengo la obligación de devolverlo. Ésos serían actos de los que Labeón dice que las obligaciones se contraen directamente por la cosa.

A su vez, afirma que otros negocios se gestionan y cita algo parecido a lo que podría ser la gestión de negocios. Finalmente agrega: y en otras ocasiones se contraen obligaciones que son recíprocas, que en latín se dice *ultra sitroque dandi obligatio*, o sea, cuando de una obligación surge al mismo tiempo una responsabilidad para cada una de las partes; pueden advertir que eso no se da en el mutuo ni tampoco en el comodato, la prenda, la estipulación, etcétera. Para que no quepa ninguna duda emplea una palabra que después va a ser muy utilizada por el Derecho Civil actual. Él dice: es a estos negocios –que serían más bien complejos– de los cuales surgen obligaciones recíprocas, o sea, prestaciones y contraprestaciones –y cita, por ejemplo, la compraventa, la locación, el mandato, la sociedad–, a los que los griegos denominan con la palabra “sinalagma”.

Cuando estudiaron Contratos tuvieron que haber visto que dentro del sistema civil hay ciertos contratos que se denominan sinalagmáticos, y dentro de éstos están los perfectos, los imperfectos, etcétera. “Sinalagma” quiere decir precisamente eso: obligaciones recíprocas, donde hay una prestación y una contraprestación.

Por lo tanto, adviertan que, a diferencia del sentido amplísimo que le había dado Gayo a la palabra *contractus*, entendida como todo contraimiento en el cual surja siempre una obligación referida a cualquier tipo de negocio –aunque Gayo no lo dice exactamente así–, Labeón había planteado otro problema consistente en reducir la expresión *contractus* únicamente a aquellos negocios complejos que estaban defendidos por acciones, de buena fe, y que generaban obligaciones recíprocas, es decir, prestaciones y contraprestaciones. De tal modo, los contratos sinalagmáticos vendrían a ser –por los ejemplos que él da– los contratos consensuales.

Esto quiere decir que tenemos una noción amplia y una noción reducida de lo que es contrato. A propósito de esto señalo que después vendrán los autores bizantinos, sobre todo aquellos que trabajaron con el *Corpus Iuris*, que produjeron ese famoso Título, absolutamente ineludible para entender este tema del Derecho Romano, que es el II, 14, del Digesto, en el que comienzan a trabajar de una manera muy hábil con la idea genérica de convención, que existe cuando hay un acuerdo o *consensus*.

Luego se dividen las convenciones en aquellas que generan obligaciones y las que no las generan, que serían los pactos. Las primeras comienzan a denominarse “contratos”. La idea del Título II, 14 es muy innovadora y, desde el punto de vista jurídico, va más allá de lo que había dicho Gayo. Prueba de esto es que, coetáneamente, en otras partes del *Corpus Iuris*, como son las *Institutas* de Justiniano, Teófilo y quienes lo acompañaron siguieron exactamente el mismo régimen de Gayo en sus *Institutas*, con lo cual nos encontra-



mos con la curiosa circunstancia de que en las *Institutas del Corpus Iuris* se sigue manteniendo el criterio vigente en el siglo II de nuestra era; en cambio, en el Título sobre los pactos, Digesto II, 14, existe una idea mucho más revolucionaria.

Sin embargo, los romanos no llegaron nunca a afirmar el dogma alemán de la voluntad, que nos conduce directamente al principio de la autonomía de la voluntad, afirmado por Vélez en el artículo 1197: todo aquello que convengan las partes es obligatorio para ellas como si fuera la ley misma. En Roma no se podía crear directamente una convención y darle fuerza obligatoria, sino que debía contar con una causa admitida por la vía jurisdiccional.

Ésta fue la idea de Labeón en el derecho clásico, de que se trataría solamente de los contratos que llamamos sinalagmáticos, que al parecer era admitida en el Edicto del Pretor en los tribunales romanos de la época clásica, no así la idea de Gayo.

Pero ahí no termina la historia. El Derecho Romano estricto termina con Justiniano pero continuó con los glosadores, postglosadores, comentaristas y escuelas posteriores, máxime teniendo en cuenta que por el fenómeno de la recepción en Alemania fue derecho positivo, ya que el *Corpus Iuris* era aplicado por los jueces y abogados en los juicios hasta que se sancionó el DGB o Código Civil alemán en 1900. De manera que hasta el siglo pasado nos encontramos con que los alemanes estaban obligados a ser romanistas porque el derecho positivo era el Derecho Romano. Allí nos encontramos con la figura de Savigny, fuente de nuestro Código.

Savigny, totalmente imbuido de la corriente filosófica voluntarista del siglo pasado, va mucho más allá que los propios romanos. Él reconoce que lo que sostiene no es exactamente lo que decían los juristas romanos, pero pensaba que no había que poner vallas a la noción de contrato. Por eso nos da la definición que Vélez va a repetir palabra por palabra en el artículo 1137 de nuestro Código. Contrato viene a ser toda convención dispuesta por una o más personas destinada a reglar sus derechos. Los propios bizantinos –juristas romanos de la última época– admitían que los contratos solamente servían para hacer nacer obligaciones, pero ya con esta noción resulta que si establezco una convención para modificar obligaciones, o extinguirlas, también tendría que ser contrato.

Savigny da una idea tan amplia que dice que el contrato no tiene que quedar reducido al Derecho Privado, pues también existen contratos en el Derecho Público, y habla de los pactos o convenciones que puede establecer un país para ser subsumido por otro o de los tratados de alianzas entre países. Dice que en el Derecho Privado nos encontramos con figuras que quizás los juristas romanos no denominaban contrato, pero que para él sí lo son. Da el ejemplo de la tradición y sostiene que es un contrato porque se trata de una convención que, aparte de aquella generada por la tradición –la compraventa, que genera la obligación de la tradición de la cosa–, ella misma puede ser enfocada como un contrato. Agrega todos los contratos a los que denomina de Derecho de Familia: el matrimonio –concepto que nunca admitieron los roma-

nos sino que nace en el Derecho Canónico y se incorpora al derecho matrimonial posterior–, la adopción, la filiación, etcétera.

La noción de contrato viene a ser tan amplia que algunos autores se animaron a decir que un acto jurídico como el pago encierra en sí una convención que entraría en la noción del artículo 1137, porque tiene que haber dos personas: la que paga y la que acepta el pago; en consecuencia, es necesario un consentimiento en cuanto a la recepción del pago y una expresión de la voluntad manifestada por el dinero que se entrega.

Al darle tal amplitud a la idea de contrato, resulta que ella se pierde totalmente. En realidad, de los distintos negocios que manejaron los romanos, tenemos los denominados contratos reales –*obligationes re*, obligaciones que surgen por medio de una cosa– que en el fondo no son propiamente contratos sino negocios absolutamente simples, lícitos, permitidos por la ley, jurisdiccionalmente protegidos, etcétera, pero nacen de una *datio*: yo te he dado algo a ti, y tú me lo tienes que devolver, porque no ha sido dado en el verdadero sentido de la *datio* romana –que era transmitir la propiedad–; es decir, son típicamente préstamos. Adviertan que podemos reducir a la figura de préstamo todos los denominados contratos reales, o sea, préstamo de consumo –mutuo–, préstamo de uso –comodato–, préstamo de garantía –prenda–, y préstamo de custodia o guarda, que vendría a ser el depósito.

Ahora bien, si los enfocamos como préstamos, entonces hemos alcanzado a visualizar de una mejor manera cómo tratarlos desde el punto de vista normativo. Esto se advierte con mayor nitidez en los denominados contratos verbales. El ejemplo que da Gayo es el de la *estipulatio*, que consistía en una pregunta y una respuesta que se formulaba generalmente después de que alguien había pedido dinero prestado. Es decir, el que prestaba se paraba frente a quien le había pedido el dinero y le preguntaba: ¿me prometes dar tal suma para el día 10 del mes que viene? A lo que el otro respondía que sí. Eso era la *estipulatio*, o sea, una promesa de pago. Es exactamente igual al pagaré. En realidad, el pagaré vendría a ser una *estipulatio* escrita, mientras que en Roma era oral.

Cabe preguntar si alguna vez ustedes, que están próximos a recibirse, se han encontrado con algún jurista que les haya dicho que el pagaré es un contrato. Es un papel de comercio, perfectamente lícito, que abre la vía ejecutiva, que tiene una protección realmente fuerte, pero no es un contrato.

Desde este punto de vista, los denominados “contratos consensuales” serían típicamente contratos, es decir, aquellos que exigen una prestación y una contraprestación. Éstos son negocios complejos, por lo menos mucho más complejos para su análisis de lo que puede resultar un mero préstamo. Pues, en función de la práctica en tribunales, cuando un juez debe resolver acerca de un préstamo sólo tiene que constatar si tal préstamo se realizó y si se entregó la cosa. Por ende, la pregunta que se hace es por qué no ha sido devuelta y, en su momento, procederá eventualmente a condenar al deudor por ese motivo. Se trata simplemente de resolver esa pregunta: si tiene que devolver o no.

Lo mismo sucede con respecto a la promesa de pago, es decir, con el paga-

ré y demás documentos comerciales que puedan existir. Allí se trata de determinar si ha prometido o no pagar. Si ha hecho la promesa, tiene que pagar. Es así de simple. En cambio, los negocios como la compraventa o el contrato de sociedad son mucho más complejos. En cuanto a la sociedad, por ejemplo, nos encontramos con que no es tan sencillo resolver cuando el socio se retira y reclama su parte, porque es evidente que hay que realizar toda una serie de cálculos sobre el movimiento de la sociedad, esto es, cuál fue el resultado de los negocios, si hubo ganancias o pérdidas, cuál es el saldo que ha quedado, cuántos son los socios, qué obligaciones tiene el socio con la sociedad o ésta con el socio y, luego de haber aclarado esos números —que en algunos casos puede ser una tarea terriblemente confusa y en muchas ocasiones hay que acudir a un perito contable—, entonces el juez puede determinar que al socio que se retira se le debe tal suma, y la sociedad tendrá que pagarle esa cifra.

Vale decir que si reducimos la idea de contrato sólo a los sinalagmáticos, vamos a entender mucho mejor los negocios en la actualidad. En las jornadas de Derecho Romano que hace poco tiempo se realizaron en Morón expuse el ejemplo típico que dio lugar a una amplísima literatura que todavía no se ha acallado, sino que ha continuado, a propósito de todos los planteos jurídicos relacionados con la compraventa durante la década del 70.

Debido a los fuertes fenómenos inflacionarios que ocurrieron en esa década, como el famoso Rodrigazo del año 1975, los jueces de ese momento nos encontramos con una situación muy difícil de resolver, porque sucedía que alguien había firmado un boleto que decía: vendo mi departamento por tal suma de dinero, que en aquel momento comercial se podía considerar perfectamente aceptable, pero de la noche a la mañana se devaluó la moneda y la suma escrita en el boleto quedaba reducida a un valor ridículo. En algunos casos, cuando se trataba de venta de lotes —en que actuaba una empresa muy conocida—, el precio del lote era muy bajo, y a la época en que se había comprometido la venta —se vendían a pagar en 144 cuotas, o sea, 12 años—, ese precio podía parecer una inversión interesante, pero al momento en que se iba a ejecutar la cuota número 60, un abogado que planteaba el caso puso estas palabras en su escrito: “mi cliente tiene que pagar 60 pesos de colectivo para llegar hasta Tribunales, que es el valor de la deuda”. Evidentemente, había algo que no funcionaba bien.

La doctrina en general vino a interpretar cuál era la obligación del comprador, que tenía que pagar unas moneditas, cuando quería escriturar el departamento: dijo que se trataba de una obligación de dar sumas de dinero, las cuales están especificadas de un modo especial en el Código, donde se establece el principio nominalista en virtud del cual hay que pagar por el valor nominal, es decir, si en el boleto decía 300.000 pesos, sólo había que pagar esa suma y nada más, con lo cual no se resolvía la cuestión. El vendedor tenía que desprenderse de un departamento que a lo mejor había mandado a construir él y en el cual había depositado el esfuerzo de toda una vida, pero resultaba que tenía que hacerlo prácticamente por monedas. Técnicamente hablando, más que una compraventa parecía una donación.

La doctrina judicial tuvo que acudir a solucionar esto con toda una serie de parches y se metió con el tema de la morosidad. Entonces, si el comprador había incurrido en mora, tenía que hacerse cargo de todos los daños y perjuicios correspondientes y, por ende, debía cargar sobre sus espaldas con el efecto de la inflación. Eso daba motivo a tener que recomponer el precio de acuerdo con tablas de indexación.

Con posterioridad ocurrió algo realmente lamentable, porque se llegó a la conclusión de que hacer incurrir en mora al otro implicaba un elegante juego de saber quién había mandado primero el telegrama, porque si lo había enviado el vendedor exigiéndole el cumplimiento al comprador, entonces éste último estaba en mora; pero si el comprador, hábilmente alertado por un abogado, mandaba primero el telegrama intimándole a la otra parte la escrituración, resulta que el moroso era el otro. Como eso ocasionaba problemas, se recurrió a otra solución, que fue el artículo 1198 del Código, que trae la teoría de la imprevisión. Pero su aplicación era algo forzada y provocaba inconvenientes, no obstante lo cual los jueces fueron creando jurisprudencia pretoriana, que algunos calificaban de arbitraria, pero no se podía permitir que se regalaran las cosas.

Razonando sobre estas cuestiones del Derecho Romano, si en ese momento –como juez– hubiera recordado a Labeón, la solución habría sido muy sencilla. La compraventa consiste en una obligación recíproca, de tal modo que la obligación de uno no puede ser resuelta sin tener en cuenta la del otro y viceversa. Ése es el sentido del sinalagma y de estas obligaciones de efecto recíproco. El error consistió en haber dividido a las obligaciones y decir que la obligación del vendedor es dar una cosa cierta –el departamento–, que se rige por un título especial del Código, y la obligación del comprador es dar una suma de dinero, que se rige por el principio nominal; en ningún momento se les ocurrió vincular ambas obligaciones. Si se trata de un préstamo, estoy de acuerdo con seguir el capítulo de devolver la suma de dinero o la cosa cierta prestada, pero tratándose de una compraventa, estas dos obligaciones no funcionan en forma unilateral sino de manera recíproca. En consecuencia, la argumentación que se tendría que haber hecho es que la obligación del vendedor está dependiendo de la contraprestación u obligación del comprador, y tiene que ser juzgada con relación a ello. Si se hubiera hecho esto, la solución habría aparecido sola, pese a los inconvenientes que podrían surgir para la aplicación normativa dentro del sistema del Código, ya que Vélez siguió a Savigny y a Maynz, con una parte general de contratos y otra parte general de obligaciones, y –al clasificar las obligaciones– parece que este capítulo tiene que aplicarse a todo tipo de contratos; asimismo significaba, en el sentido del artículo 1137, aplicarlo a los préstamos, a las promesas de pago y a los contratos, cuando en realidad son negocios distintos.

Sobre este tema del contrato comenzó a nacer una nueva literatura entre los juristas civiles. Mosset Iturraspe fue el primero en referirse en un libro a la justicia contractual, examinada más en relación con los préstamos o promesas de pago que con estos contratos sinalagmáticos.

Al ponerlos a todos en la misma bolsa diciendo que son todos contratos y darles la misma solución, resulta que estábamos administrando medicinas equivocadas: si tenemos un resfrío, nos podemos arreglar con una aspirina, pero si tenemos una gripe, habrá que tomar algo más fuerte y si se trata de una enfermedad más compleja, no podemos aplicar el mismo remedio.

La doctrina clásica del contrato aplicada solamente a los sinalagmas era la correcta. Todos los otros negocios son lícitos, hay que dejarlos continuar, pero merecen un tratamiento distinto, pues si los analizamos del mismo modo, las soluciones pueden ser totalmente equivocadas. (*Aplausos.*)

**Sra. Subdirectora del Departamento de Derecho Privado.-**

Es muy interesante la propuesta de discriminar una solución para cada caso. Tengo entendido que los proyectos de unificación de la legislación civil y comercial que se están debatiendo eliminan la categoría de contrato real.

Agradecemos a los expositores por sus disertaciones y los invitamos a todos para la próxima mesa redonda.

– *Con lo que terminó el acto.*