

El concepto del contrato en el derecho romano

(Alioto, Daniel G., *La justicia de los contratos*, Colección Circa Humana Philosophia, Instituto Santo Tomás de Aquino, Buenos Aires, 2009, pp. 32-41).

a) *Noción restringida*

El punto de partida del presente análisis son los elementos de juicio contenidos en un importante fragmento del *Digesto*¹, el cual fue probablemente interpolado:

“Ulpianus libro XI, ad Edictum. 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 σ υ ν α λ λ α γ μ α □□ vocant, veluti emtionem, venditionem, locationem, conductionem, societatem; gestum rem significare sine verbis factam.”

En ese texto se distinguen tres categorías de cosas: las que se hacen, las que se gestionan y las que se contraen.

En relación a la última clase de cosas, materia principal de este estudio, conviene señalar que la palabra *contrahantur* es la tercera persona plural de la voz pasiva del verbo *contraho*, el cual significa una acción de “re-unir”, de “concentrar”, de “reducir” o de “fruncir”. Dicho término denota una cierta relación a veces operada por una acción recíproca, indicada por la preposición “con” añadida al verbo *traho*, que, en algún sentido, traduce el acto de arrastrar, de tirar, de atraer, de llevarse consigo, de captar o de seducir. Así, la experiencia

¹ “Ulpiano; Comentarios al Edicto, libro XI, Labeón, al libro primero del Pretor Urbano define que unas cosas se hacen, otras se tratan y otras se contraen: y la palabra *actum* es general, ya sea que se trate alguna cosa de la palabra o de hecho, como cuando se estipula alguna cantidad o se entrega; el contrato obliga a ambos contrayentes, al que llaman los Griegos *synalagma*, como la compra, la venta, la locación, la conducción y la sociedad. La palabra *gestión* significa lo que se hace sin que intervengan palabras” (*Digesto*, L. 50. T.16. 19).

lingüística muestra que se contrae *amicitiam*, o *morbum* (una enfermedad), o una *societatem* (sociedad) o se contraen *aes alienum* (deudas) o *nuptias*.

A la vez, el mismo texto se refiere al sustantivo neutro *actum* (derivado del verbo *ago* –obrar-), que es una voz usada para designar genéricamente a cualquier acto celebrado (instituido, realizado, concluido, formado, concretado, contraído o actuado) por medio de una determinada actividad que a veces debe realizarse conforme a ciertas reglas, a saber: 1º por la palabra (*verbis*), como ocurre en la estipulación –que es su forma más importante-, 2º por la cosa (*re*), como sucede en la entrega de dinero (*numeratio*), y 3º sin palabras (*gestum*), como acontece en la gestión (*negotiorum gestum*).

Es doctrina difundida sobre la base de ese texto que Labeón (s. I d. C.) tuvo la originalidad de circunscribir el término *contractum* (lo contraído), participio del pretérito masculino del verbo *contraho*, a la relación bilateral concluida entre las partes que resultan recíprocamente obligadas, que se considera equivalente a la misma noción referida por los griegos con el término *synallagma*.

Para aludir a esa clase de negocios se emplea la expresión *ultra citroque obligationem*, que estrictamente alude a la obligación contraída de un lado y de otro –por ambas partes-.

Por lo tanto, como se ve, Labeón se refiere: 1º a “lo contratado” sin atender el acto de *contraer* las obligaciones recíprocas y 2º al contenido de “lo contratado”, esto es, a las obligaciones recíprocamente contraídas, correspondientes a la compraventa, a la locación, a la conducción y a la sociedad. Formas de negocios jurídicos en las cuales cada parte es correlativamente acreedora y deudora, ya que se obliga con respecto a la otra a realizar una prestación.

Esas expresiones de los contratos sinalagmáticos mencionados en el texto, a excepción de la sociedad, se encuentran comprendidos en la *Ética a Nicómaco* entre los tratos de similar categoría producidos por la voluntad de los contrayentes, junto con la fianza, el depósito y el préstamo.²

² L. V, 2, 1131a 1-9.

Por lo que enseguida debe advertirse que si todo lo recíproco se dice con respecto a algo³, en el *synallagma* de origen voluntario, según la concepción aristotélica, se verifica una reciprocidad doble, esto es, la forma de correspondencia de los contratantes y la de conveniencia de las prestaciones pactadas.

Más precisamente, a diferencia de la doctrina extraída del texto considerado, es necesario tener presente que, para Aristóteles, ese *synallagma* no produce obligaciones necesariamente bilaterales, pues admite el trato que origina primariamente obligaciones en relación a una sola parte. De donde se infiere que, en el pensamiento aristotélico, el trato voluntario siempre implica una relación mutua de personas regida por el *principio de la reciprocidad en los cambios*, aun cuando no se concrete en la transferencia bilateral de prestaciones.

En cambio, Labeón tiene una concepción más estrecha, en tanto que lo contraído se traduce en obligaciones bilaterales, de una y otra parte (*ultra citroque obligationem*), y, por lo tanto, recíprocas, sin importar a los sujetos y a las acciones voluntarias de los cuales resultan.

En esa comprensión, por lo tanto, no son contratos los negocios jurídicos en los que no es posible considerar que uno de los contrayentes no quede obligado, incluso en el caso del llamado *synallagma* eventual o imperfecto.

b) Noción amplia

Se atribuye a Gayo (s. II d. C.) la innovación del señalado punto de vista contractual -correspondiente a la época clásica del derecho romano y a los juristas más importantes- y su reemplazo por otro que parece haber sido la base de una división compuesta tan sólo para ser aplicada a la enseñanza del derecho.

Fritz Schultz⁴ conecta directamente la mutación del criterio expuesto en el punto anterior a la doctrina aristotélica concerniente a la justicia correctiva, en

³ *Categorías*, 7, 28. *Tratados de lógica (Órganon) I*, Introducciones, traducciones y notas de Miguel Candel sanmartín, Editorial Gredos, 1ª ed., 1982, 2ª reimpresión.

⁴ *Derecho Romano Clásico*, traducción directa de la edición inglesa por José Santa Cruz Teigeiro, Boch, Casa Editorial, Barcelona, 1960, p. 448.

las dos especies de los cambios propios de las relaciones de los particulares, esto es, tanto a los *synallagmas* voluntarios como involuntarios.

En efecto, al pasar revista a las fuentes de las obligaciones en el comentario III de las *Institutas*, desde el número 88 en adelante, Gayo afirma, en correlación a las formas sinalagmáticas indicadas por Aristóteles, que o bien nacen del delito (*ex delicto*) o del contrato (*ex contractu nascitur*). Y, a continuación, compone una división cuatripartita de las obligaciones nacidas del contrato -en el número 89-, al decir que una obligación es contraída 1º) al darse una cosa (*re contrahitur obligatio*) -v. gr. *mutuum*, *depósitum*, *commodatum*, *pignus*-, 2º) al pronunciarse determinadas palabras (*verbis contrahitur obligatio*) conforme a unas formas determinadas -v. gr. en la *stipulatio*⁵-, 3º) por escrito (*litteris*), según se cree, al practicarse un registro por el *paterfamilias* en el “*codex accepti et expensi*” -de entradas y salidas-, cuando se anota en la tabla del *expensum* “*lo que tu me debes por causa de una compra, de una locación o de una sociedad*” (transcripción ‘*a re in personam*’) o “*si Ticio me debe, yo te anoto a tu nombre en la tabla del ‘expensum’ dicha suma, es decir, como si Ticio te hubiera encomendado (delegado) pagarme a mí*” (transcripción ‘*persona in personam*’)⁶ o 4º) por el nudo consentimiento (*consensu contrahitur obligatio*), en los siguientes casos: *emptio venditio*, *locatio conductio*, *societas*, *mandatum*.

Pues bien, en este punto interesa que, al expresar “*Nunc transeamus ad obligationes, quarum summa divisio in duas species diducitur; omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*”,⁷ Gayo transforma, de acuerdo con la división aristotélica del Libro V la *Ética a Nicómaco*, la consideración inicial de la materia contractual. Pues la mirada de la realidad contractual no se enfoca ante todo y en primer lugar en las obligaciones contraídas (en lo contraído), sino más bien en el acto jurídico bilateral que las origina (contrato). Es decir, en el acuerdo de voluntades que es fuente de obligaciones.

⁵ Gayo, *Institutas*, III, 92 (texto traducido, notas e introducción por Alfredo Di Pietro, 3ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires), p. 461.

⁶ *Ibidem*, *Institutas*, III, 128-130.

⁷ “*Y ahora pasemos a las obligaciones, cuya división fundamental se reduce a dos especies, pues toda obligación, o nace de un contrato o nace de un delito*” (*Institutas*, III, 88).

Por lo tanto, en el esquema de Gayo, el *contractus* –no lo contraído (*contractum*)- es la fuente o causa de las obligaciones que no nacen de un delito y se contraen según las formas indicadas.

Es decir, al explicar cuál es la manera en que se originan las obligaciones y dividir las que nacen *ex contractu*, caen en la órbita de estas últimas las sinalagmáticas o bilaterales –generadas para todos los contrayentes-, que en la doctrina actual se llaman recíprocas –correspondientes a los contratos bilaterales-, también las unilaterales –derivadas de los acuerdos bilaterales que por hipótesis no pueden obligar más que a una sola parte-, y, además, las engendradas durante la ejecución de un contrato bilateral imperfecto, que no fueron asumidas en el acto vinculante por quien debe cumplirla –como pueden ser la correspondiente a un depositante (que debe rembolsar los gastos del depositario) o a un mandatario-.

c) Contrato y convención

En el mismo orden de las ideas de Gayo, la consideración del contrato en la perspectiva del acuerdo de los sujetos que lo celebran -sin referencia inmediata a la estructura del negocio- aparece en el derecho romano justiniano conforme a una cita de Ulpiano, quien se remite a Sexto Pedio en lo pertinente:

“La palabra convención es general, perteneciente a todas aquellas cosas acerca de lo cual consienten por causa de contraer o transigir un negocio, aquellos que lo tratan entre sí; porque, así como se dice que convienen los que vienen a un mismo lugar desde diversos lugares y se reúnen, así también los que a partir de diversas motivaciones del alma consienten en algo único, esto es, concurren en un mismo parecer”.

“La palabra convención es tan general, que [...] no hay contrato alguno, ni obligación que no tenga convención, ya sea hecha re o verbis, pues la stipulatio, que se hace verbis, es nula si no tiene consensus.”⁸

⁸ *Digesto*, L. 2, T. 14.1.3.

En la fuente transcripta se asimila el contrato a una convención en la que prima el *consensus*: así como dos personas recorren un trayecto para “*con venir*” y encontrarse o reunirse en sentido físico, pueden sentir en común, “*con sentir*” o ponerse de acuerdo, según las formas establecidas en relación a cada figura y en pos de un determinado objeto. El consentimiento de los constituyentes, por otro lado, es un elemento esencial y común de todo contrato, aún cuando sólo es suficiente en aquellos que, en la clasificación de Gayo, se llaman consensuales (“*consensu fiunt obligationes in emptionibus - venditionibus, locationibus - conductionibus, societatibus, mandatis*”)⁹, pues en los otros es necesario cumplir determinadas formas para producir obligaciones.

Según lo expuesto, en el período justiniano, la experiencia jurídica contractual reposa en el molde de la convención: si a ésta pertenecen las cosas conformadas y consentidas por los sujetos que tratan entre sí por causa de contraer o transigir algún negocio, habrá aquellas que “*pierden el nombre de convención*” y adquieren el de un contrato con un nombre propio, es decir, que “*transitan a otro nombre, como v. gr. la compra, la venta, la locación, la conducción, la sociedad, el comodato, el depósito y otros semejantes*”¹⁰ y otros contratos semejantes; también habrá convenciones innominadas que no pasan a otros contratos y se configuran en función de cuatro situaciones: “*do ut des*” (*permutatio*), “*do ut facias*”, “*facio ut des*” y “*facio ut facias*”¹¹; y, por lo demás, habrá convenciones que se llaman pactos que otorgan acción o excepción según las precisiones que se harán a continuación.

d) Contrato y pacto

El primer texto del Título 14 del Libro 2º del *Digesto*, *De pactis*, contiene una exaltación de Ulpiano a la *aequitas naturalis* del edicto del pretor, en cuanto éste indicaba que los pactos debían ser cumplidos, porque “*Quid enim tan congruum fidei humanae, quae ea, quae inter eos placuerunt, servare*” (“¿qué

⁹ *Instituciones de Justiniano* (edición bilingüe, por M. Ortolán, Bibliográfica Omeba, Editores-Libreros, traducción de Francisco Pérez de Anaya y Melquíades Pérez Rivas, Buenos Aires), Título XXII.

¹⁰ *Digesto*, L. 2.T. 14.1.4; D. 2.14.7.1.

¹¹ *Digesto*, L. 2.T. 14.7.2.

*cosa hay tan conforme a la fidelidad humana, que observar lo que entre ellos pactaron?”).*¹²

Se refiere al edicto del pretor que dice: “*Pacta conventa, quae neque dolo malo, neque adversus leges, plebiscita, senatusconsulta, edicta principum, neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, servabo*” (Observaré las convenciones de los pactos que no se hubiesen hecho con dolo malo, ni contra las leyes, constituciones de la plebe, y el Senado, decretos de los príncipes, ni en fraude de ellos).¹³

En la época clásica, esa declaración abarca a los pactos adicionales –v. gr., inseridos a una estipulación, para aplazar el pago de una suma de dinero, llamado *pactum conventum* (pacto convenido), o para suprimir la obligación, llamado *pactum de non petendo*-, que el pretor prometía hacer respetar otorgando al deudor una *exceptio pacti conventi*.

Entonces, esos pactos eran una forma de convención, un compromiso, un trato, un arreglo, un acuerdo entre personas, esto es, “*el consentimiento de dos o más en una misma cosa...*”,¹⁴ agregados al celebrarse el contrato –*in continenti*- o después –*ex intervallo*-.

Los pactos son convenciones que se distinguen de los contratos, ya que mientras los primeros, en principio, producen excepciones, es propio de los últimos originar acciones.¹⁵ De esa manera, por ejemplo, fuera de la acción correspondiente a la restitución de la cantidad dada en el mutuo, el acreedor no tenía acción para hacer valer el pacto de usura, aún cuando ésta sí podía ser reclamada en la época clásica siempre que implicara una obligación constituida en razón de una *stipulatio*.

Sin embargo, si a los contratos consensuales caracterizados por la reciprocidad de las prestaciones y por encontrarse protegidos por los *bona fidei iudicia*,¹⁶ se añadía algún pacto tendiente a otorgarle determinados efectos, el cual funcionaba como una ley privada que las partes debían cumplir, la acción mencionada, nacida de la naturaleza del mismo contrato, los alcanzaba siempre

¹² *Digesto*, L. 2. T. 14.1.

¹³ *Digesto*, L. 2. T. 14.7.7.

¹⁴ *Digesto*, L. 2. T. 14.1.1. y 2.

¹⁵ *Digesto*, L. 2. T. 14.7.1.

¹⁶ Gayo, IV, 61.

y cuando fuera *in continenti*, pues de lo contrario, en el caso de la adición posterior –*ex intervallo*–, aquél era protegido con una excepción:

“Los pactos (...) están embebidos en los contratos de buena fe; pero esto se ha de entender de alguna manera: que si subsiguieron los pactos inmediatamente, (...) se comprenden: pero si hubo algún intervalo no serán comprendidos, no valdrán (...) para que del pacto no resulte acción (...) Se admiten aquellos pactos que dan ley al contrato; esto es, que se hicieron al principio de él (...) y si después de la compra, mediando algún intervalo, se pactase alguna cosa, extraña a la naturaleza del contrato, por esta causa no se puede intentar la acción del pacto; lo cual se ha de decir también en todos los juicios de buena fe”.¹⁷

e) El pacto en la época justiniana

Según Paulo, *“legitima conventio est, quae lege aliqua confirmatur; et ideo interdum ex pacto actio nascitur vel tollitur, quoties Lege vel Senatusconsulto adiuvatur”* (convención legítima es la que se confirma con alguna ley, y por esto a veces el pacto produce o quita la acción, siempre que se confirma por ley o constitución del Senado).¹⁸

En función de ese texto, en la época justiniana se reconoció acción de cumplimiento en relación a algunos pactos –*pacta legitima*– que, en el período clásico, constituían negocios cuya fuerza obligatoria dependía de la realización de ciertas formalidades. Ellos son el compromiso de someterse a un arbitraje, la promesa informal de una dote y la donación.

¹⁷ D. 2.14 (*De Pactis*), 7 (*Ulpianus libro IV, ad Edictum*) 5. *“...pacta conventa inesse bonae fidei iudiciis. Sed hoc sic accipiendum est, ut, si quidem ex continenti pacta subsecuta sunt, etiam ex parte actoris insint: ex intervallo, non inerunt, nec valent (...)* ne ex pacto nascatur actio...*ea enim pacta insunt, quae legem contractui dant, id est, quae in ingressu contractus facta sunt (...) et si post emtionem ex intervallo aliquid extra naturam contractus conveniat, ob hanc causam agi ex emto non posse propter eandem regulam; quod et in omnibus bonae fidei iudiciis erit dicendum...”*

¹⁸ D. 2.14.6.

f) Fidelidad a la palabra dada

En la noción contractual restringida de Labeón, la voluntad y, por lo tanto, el consentimiento no aparece en primer plano. Tan solo se expresa la observación del contenido del *vinculum iuris*, el cual siempre implica bilateralidad o reciprocidad de prestaciones y, por consiguiente, de obligaciones correlativas contraídas por las partes contratantes.

En la concepción amplia de Gayo y Sexto Pedio el contrato parece ser el resultado de voluntades conscientes que tiene una finalidad precisa: el cumplimiento de una determinada prestación *por una persona* “ob-ligada” en razón de una convención, de la cual el contrato es una especie que tiende a equipararse al pacto.¹⁹

Es necesario hacer notar que en ambos puntos de vista juega un principio central del derecho romano, que es la fidelidad a la palabra dada, “*cualquiera sea la forma en que haya sido expresada*”. *Fides* caracterizada por un “*rígido vínculo que nace de un contrato obligatorio válido*”,²⁰ el cual no admite, por lo menos en la época clásica, el desistimiento unilateral de alguna parte. En *De Officiis*, Cicerón llega a afirmar que la fidelidad, entendida en el doble aspecto de la sinceridad de las promesas y de los convenios y de su pura observancia (llamadas en la actual doctrina buena fe creencia y buena fe lealtad, respectivamente), es el fundamento de la justicia y se inclina a creer, de acuerdo con la moral estoica, que *fides* deriva de *fit*, de forma tal que sea hecho (*fiat*) lo que ha sido dicho.²¹

De esa manera, la sujeción a la palabra expresa el ligamen personal y patrimonial de la parte que la dio y hace previsible el contrato y el cumplimiento de sus efectos, al excluirse toda mentira de las cosas que se contraen.²² Es que si, desde cierto punto de vista, el contrato y el pacto son especies de un mismo género –la convención-, y se dividen según que produzcan acciones o

¹⁹ Biondi, Biondo, “*La terminología romana como primera dogmática jurídica*”, en *Arte y ciencia del derecho*, p. 105-107.

²⁰ Schulz, Fritz, *Principios del derecho Romano*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1990, p. 245.

²¹ *Sobre los deberes*, traducción, introducción y notas de José Guillén Cabañero, Alianza Editorial, S.A.. Madrid, 2001, L. I, c. VI, 23.

²² *Ibidem*, L. III, c. 15, 61.

excepciones, respectivamente, tanto uno como otro deben ser cumplidos, aún cuando el edicto del pretor se refiera únicamente a la observancia de los últimos.

g) Proyecciones

Las señaladas perspectivas de la consideración de la realidad contractual preanuncian un largo proceso histórico de conformación de diferentes concepciones del saber jurídico.

Por una, al enfocarse el contenido del contrato y mirarse la bilateralidad de las obligaciones contraídas, prevalece el aspecto que se tiene a la vista: la interdependencia de las prestaciones correlativas, que, reguladas por la justicia conmutativa, se tratará de preservar en el respeto a la finalidad que le da estructura al negocio.

Y, por otra, al aproximarse a la fuente de la obligación contractual, esto es, al acuerdo de voluntades que forma el acto jurídico bilateral, y enfatizarse que el fundamento de la fidelidad radica en el mismo consentimiento de los contratantes sin apreciarse inmediatamente el contenido de la relación, se intentará justificar el mantenimiento del vínculo en el respeto de la palabra dada.