

SOBRE LOS CONTRATOS EN EL DERECHO ROMANO

El propósito de esta ponencia es conceptualizar lo más precisamente posible el concepto del contrato en el Derecho Romano. La mayoría de los tratados y en general los manuales que se refieren a este tema, establecen una doctrina que ha venido siendo aceptada concibiendo la idea del contrato y sus diversas formas como una institución de características ya totalmente asentada. Según la misma, el contrato en el Derecho romano hace referencia a todo negocio jurídico privado patrimonial velebrado entre dos personas, que por medio de una convención tiene por finalidad la creación de obligaciones, ya sean éstas unilaterales o bilaterales. Esta idea generalizada fue en su momento apoyada, sobre todo, por los pandectistas alemanes, que tuvo una clara y nítida influencia en los códigos de la época, entre los cuales figura nuestro propio Código Civil. Y por supuesto es lo que se suele enseñar en las clases de la materia a los alumnos. Mi propósito es poner en “estado de cuestión” esta configuración modernista, buscando sobre la base los textos que surgen del *Corpus Iuris Civilis*, y demás fuentes jurídicas que nos han dejado los juristas romanos, qué es lo que realmente entendieron éstos cuando se referían a esta institución del contrato.

1. Por de pronto hay un primer detalle que resulta significativo. El vocablo *contractus*, como sustantivo en su forma nominativa, no figura en los primeros tiempos, ni tampoco se lo conoce como un término abstracto jurídico en el sentido que lo conocemos hoy. Como lo señala F. Schulz¹: “Se halla ausente en las obras de César, Cicerón, Salustio, Livio, Tácito, Suetonio y los Plinios (*maior* y *minor*). Y aunque no se trate en esta línea sino de autores literarios, llama la atención que uno de los vocablos que más usamos en la actualidad no sea empleado, aunque más no sea incidentalmente por ellos. Sobre todo

Cicerón, quien si bien no era un jurista, trató el tema del *ius* en varias de sus obras de retórica (*De oratore*, *Brutus*, *De inventione*, etc.) y además debió intervenir como *orator* en varias causas judiciales atinentes a problemas del *ius civile* y actuó en las mismas sin mencionar esta palabra. Más aún, lo que resulta un dato más curioso y sorprendente es que el vocablo “contrato” se encuentra absolutamente ausente en el *Edicto del Pretor*.

Y sin embargo, no había propiamente una dificultad lingüística. El término *contractus* se conforma a partir del verbo *contrahere*, el cual era muy usado en la lengua latina. Al igual que el término castellano “contraer” (y también “contractar”), tiene el significado de “estrechar, constreñir una cosa con otra”. Así, por ejemplo, podemos hablar de *contrahere frontem*, para expresar que tenemos el ceño fruncido, es decir, contraído. O también cuando contraemos nuestros músculos, hablamos de *contrahere membra*. Igualmente cuando reducimos, es decir, contractamos, una cosa de cierto tamaño, de tal modo que ahora tenemos una de tamaño menor. Así, por ejemplo, lo encontramos en Varrón (*De re rustica*, I.68), quien dice *contractus acinorum*, para expresar el pensado de los granos de uva. También encontramos este verbo para expresar el *contrahere amicitiam* (contraer una amistad) o *contrahere inimicitiam* (contraer una enemistad), o más aún, *contrahere odium*, en el sentido de “contraer odio respecto de algo o de alguien”. Y del mismo modo *contrahere invidiam*, *offensionem*, *culpam*, *stuprum*, *incestum*, etcétera.

Como se ve, este verbo *contrahere* es una palabra que tiene su antigüedad en la lengua latina, y que es usada en un sentido material y también metafórico. Incluso, más vinculado con nuestro tema, encontramos la aplicación *contrahere obligationem*, con lo cual estamos significando que se ha contraído una obligación. Piénsese, por ejemplo, en el paso de Gayo (2.14 = D.1.8.1.1) cuando nos habla de las *res incorporales*, es decir aquellas *quae tangi non possunt*, dándonos entre otros ejemplos el de las “*obligationes quoquo modo contractae*”. Precisamente, esta expresión no la podemos traducir como “las obligaciones *contratadas* de cualquier modo”, pues este mismo autor, más adelante (3.89) engloba en una sola expresión no sólo las *obligationes* que nacen *ex contractu*, sino también las *obligationes* nacidas *ex delicto*. Lo

¹ SCHULZ Fritz, *Classical Roman Law*, Clarendon Press, Oxford, 1951, p- 465: Traducción castellana de J. Santa Cruz Tejeiro, *Derecho romano clásico*, Bosch, Barcelona, 1960, p.445.

correcto es traducir la expresión gayana como “las obligaciones *contraídas* de cualquier modo.

Incluso, pienso que hay que tener mucho cuidado cuando en el Digesto se habla de *contrahere negotium*, que en lugar de ser entendido en el sentido de “celebrar un contrato negocial”, lo debe ser como aludiendo a “contraer un negocio”. Así, por ejemplo, en D. 44.7.16, donde refiriéndose a un caso particular de actuación por parte de un esclavo de una herencia, se emplea la expresión “*si peculiare negotium contractum est*”, es decir “si se contrajo un negocio del peculio”. O más concretamente, contraer un negocio determinado, como si se dijese (D. 40.13.4) *contrahere stipulationem* (contraer una estipulación). Y más aún, cuando se emplea este verbo fuera de casos vinculado con lo que entendemos por *contractus*. Así, en expresiones como *contrahere hypothecam* (D.20.2.4; 41.3.33.4), es decir “contraer una hipoteca”, o *contrahere servitutem* (D. 8.3.13 pr.; D. 44.7.55), donde se denota que el empleo verbal no tiene nada que hacer con los contratos, ya que se trata de *iura in re aliena*). Del mismo modo podemos hablar de *contrahere nuptias*, o de *contrahere matrimonium*.

Y relacionado con estos últimos ejemplos, nos podemos ocupar del primer fragmento en el cual aparece el vocablo *contractus*. Se trata del paso de Aulo Gelio (*Noct. Att.*, 4,4,2) en la cual cita al jurista Servio Sulpicio, en su obra sobre las dotes (*liber de dotibus*). Este último autor se refiere a los *sponsalia*, es decir, a las promesas realizadas de celebrar futuras nupcias. Dice allí: “*is contractus stipulationum sponsionumque dicebatur sponsalia*”. Aquí *contractus* está empleado en nominativo, por lo que vale como sustantivo. Si lo traducimos a la ligera, podríamos hacerlo así: “este contrato de estipulaciones y esponsiones se llamaba *sponsalia*”. Pero ello sería inexacto, puesto que los esponsales (lo mismo que las *nuptiae*) nunca fueron considerados un contrato en el derecho romano. El ejemplo viene bien para resaltar lo dicho anteriormente acerca del uso del verbo *contrahere*. Aquí *contractus* señala más bien el “contraimiento” de un negocio determinado, es decir, de los *sponsalia*. Con lo cual podemos traducir el negocio en este sentido: “este contraimiento por medio de estipulaciones y esponsiones se llamaba esponsales”².

Vemos, pues, que el empleo del vocablo *contractus* presenta tonalidades generales, con incertezas y oscilaciones que resaltan genéricamente el empleo del verbo *contrahere*. Véase, así, que lo que sería el elemento esencial para el concepto moderno y actual de contrato estaría dado por la convención, mientras que, en el derecho romano, como lo recuerda G. Grosso: “*fondamentale il rilievo del Bonfante, che nel contrahere, al meno per l’accezione che si riflete sull’obbligazione, non entra tanto il concetto del consenso quanto quello del vincolo, del rapporto che si pone in atto*”³.

2. El uso del vocablo *contractus* lo podemos encontrar ya en los juristas del siglo I d.C. Pero, salvo el caso especial de Labeón, al cual nos referiremos después, el empleo es muy genérico e impreciso. Una especial importancia tendrá en cambio Gayo, que no es propiamente un *iurisprudens* (no se le conoce ningún *responsum*), sino más bien un maestro retórico que se dedicó a enseñar a sus alumnos en qué consistía el *ius*. Aunque aparece desconocido por los juristas de la época clásica (ninguno lo menciona) tuvo una ventura de gozar posteriormente de una gran popularidad como enseñante del *ius*. Su fama se torna más visible en los tiempos posclásicos. Así, alcanzará el honor de ser mencionado en la *Ley de Citas*, como uno de los autores cuyas obras podían ser citadas, válidamente, por los jueces en sus sentencias. Y más aún, Justiniano, al presentar sus *Institutas*, lo recordará como el “*Gaius noster*” (*Imperatoriā*, 6). Para nuestro caso, Gayo será considerado en la actualidad como el autor más representativo de la época clásica, y esta idea es algo que perdurará en la tradición varias veces secular de los romanistas posteriores.

El paso fundamental para nuestro tema lo tenemos en *Inst.* 3, 88. Allí, Gayo, en forma abrupta, luego de terminar el tratamiento de las herencias de los libertos, pasa a tratar, sin más, de las obligaciones (*Nunc transeamus ad*

² Compartimos el empleo que hace el romanista chileno Alejandro GUZMÁN BRITO del vocablo *contraimiento* en *El vocabulario de la negocialidad jurídica en el derecho romano*, en “Revista de Estudios Histórico-Jurídicos”, Sección Derecho Romano, XVII, Valparaíso, Chile, 1995, ps. 79 y ss., 93 y n. 43-46), para señalar el sentido extrajurídico de mera concertación bilateral para diferenciarlo del sentido jurídico, como lo es en otros casos y en la actualidad del vocablo “contrato”.

Respecto del paso de Aulo Gelio, F. SCHULZ, *Classical Roman Law*, ob. cit., n.3, traduce *contractus* no lo traduce como “contrato”, sino de otro modo, análogo al tomado por nosotros: “This making (*contractus*) [por medio de estipulaciones] or *sponsiones* was called *sponsalia*, 466 (tra. cast. cit., 466: “Esta declaración (*contractus*)...”.

³ GROSSO, Giuseppe, *Il sistema romano dei contratti*, Torino, 1963, p. 30.

obligationes; “y ahora pasemos a las obligaciones”). Y sin darnos ninguna otra explicación, ni menos aún una definición o un concepto de lo que es una *obligatio*”, nos dice que “*omnis obligatio uel ex contractu nascitur uel ex delicto*”, lo cual, normalmente, es traducido como: “Toda obligación nace o de un contrato o de un delito”.

Al parecer, sería cierta la conjetura que aquí Gayo, en esta clasificación de las fuentes de las obligaciones, la primera que encontramos en la historia jurídica romana, la habría tomado, directa o indirectamente, del paso de Aristóteles en *Ethica Nicom.* V, 1113 a. Nos dice allí el filósofo griego que las obligaciones surgen a veces “voluntariamente” buscadas (como, por ejemplo, en la compraventa y otros negocios lícitos) o a veces en forma “involuntaria” (como en el hurto y los otros ilícitos). En este último caso, no cabe por supuesto entender que el hurto no sea cometido sin voluntad, ya que se trata de un acto ilícito doloso, sino que el ladrón enfoca su propósito en apoderarse de la cosa ajena. Si aquí se habla de “involuntaria”, es con relación a la no existencia de su voluntad para hacer nacer una obligación, la cual surge del derecho que le aplica una pena que el ladrón debe pagar. Sea o no cierta esta procedencia aristotélica, lo que dice Gayo en III, 89 transita en el mismo sentido.

Nos parece que para comprender este breve, pero importante, párrafo tenemos que adoptar el punto de vista del didacta que fue Gayo. Al presentar las obligaciones, explicando su origen, tenía que darle un nombre a las dos fuentes a las que él redujo el problema. Respecto de las obligaciones que nacen en forma “involuntaria” para el deudor por actos ilícitos realizados contra el *ius*, es decir no buscadas precisamente por quienes incurren en ellas, utilizará en forma muy genérica el vocablo *delictum*, pareciéndole que sus alumnos no tendrían dificultades en comprenderlo. Y para referirse a las otras aprovecha el vocablo *contractus*, cuyo uso ya señalado había sido aplicado por los juristas. Como ya lo habíamos señalado, el paso se explica con cierta facilidad gramatical. El participio pasado del verbo *contrahere* es precisamente *contractus* (o *contracta*; *contractum*), lo cual significa “lo contraído”. Y ya se conoce como ocurre también en otros idiomas, la facilidad que existe en pasar de la forma gramatical del participio pasado a la forma sustantivada, en este caso precisamente *contractus*. Aquí, la traducción por la palabra “contrato” nos

puede despistar, pues al pronunciarla así, estamos más bien cargados del sentido jurídico que tiene hoy día. Para Gayo el sentido primero de su empleo está más bien remarcando el hecho de que con el *contractus* se está haciendo referencia a las obligaciones que nacen “voluntariamente contraída”. En tal sentido, lo que nos quiere enseñar en III, 89, es lo que ya hemos dicho. En tal sentido, lo que nos quiere enseñar en III, 89, es lo que ya hemos dicho. Y esto lo entenderíamos mejor si decimos: “todas las obligaciones nacen o de un *contraimiento* voluntario o de un delito”.

En realidad, en este párrafo que estamos analizando hay dos clasificaciones distintas que se superponen. La primera de ellas está referida al problema de las fuentes de las obligaciones, que Gayo resuelve con la dicotomía *contractus* – *delictum*: Suponiendo que efectivamente quiso hablar de *contractus* entendido en un sentido más sustantivo que el hecho del “contraimiento”, ocurre acá algo curioso. En el paso siguiente (3, 89), Gayo nos dice: “Y primero veamos **las** que nacen de contraimiento (*contractus*). De **éstas** hay cuatro géneros: pues, en efecto pueden ser **contraídas** o por la cosas (*re*), o por palabras (*verbis*), o por documentos escritos (*litteri*) o por el consentimiento (*consensus*).

Si hubiera institucionalizado tanto la noción de *contractus*, habríamos esperado que, luego del principio introductorio, hubiese dicho: “hay cuatro géneros de ellos (de contratos). En cambio, nos dice que: “*Et prius videamus de his, quae ex contractu nascuntur*” (Y primero veamos **aquellas** (se refiere a obligaciones, y no a contratos, pues está en femenino plural) que nacen de un *contractus* (contraimiento). E inmediatamente nos dice que hay cuatro formas de contraer las obligaciones: *re, verbis, litteris, consensu*.

Sacamos, como conclusión de todo esto, que Gayo nos habla de las cuatro formas en que él entiende que pueden nacer las *obligationes*, y no propiamente de una clasificación de los *contractus*. Gayo, sin embargo, parece querer decirnos que estas obligaciones, que no nacen de *ex delicto*, nacen *ex contracto*. Pero no nos da una idea de qué es un *contractus*, ni menos aún una definición de éste. Para poder comprenderlo, podemos inteligir que se está refiriendo a *contractus* como *negotium* con capacidad de crear “contraimientos voluntarios”.

Prueba de todo esto es que luego, cuando Gayo pasa revista a estos cuatro géneros de obligaciones que ha mencionado, no emplea más el substantivo *contractus*, ni habla de *contractus re*, *contractus verbis*, *contractus litteris*, ni de *contractus consensu*, sino que habla de las obligaciones. Así, a partir de III.90 tratará de cómo *re contrahitur obligatio* (se contrae una obligación por la cosa); a partir de 3.92 de *verbis obligatio fit...*(como se hace una obligación por medio de palabras [solemnes]; a partir de 3.128 de *litteris obligatio fit...*(como se hace una obligación por medio de documentos escritos) y finalmente, a partir de 3. 135, de *consensu fiunt obligationes* (se hacen obligaciones por el consentimiento).

Lo que nos dice Gayo, en el fondo es verdad. El tema principal es el *contrahere obligationes*. Por ello es que, en la confrontación del binomio *contractus – delictum*, esos cuatro géneros de obligaciones surgen todas de un “negocio de contraimiento” (*contractus*). Sabemos que el propio Gayo, en su ulterior obra, *Res cottidianae sive Aurea* (Asuntos cotidianos, usuales o dichos), ampliará la dicotomía *contractus – delictum*, al establecer que las obligaciones pueden nacer “*proprio quodam iure ex variis causarum figuris* (por cierto derecho propio, en virtud de varias figuras de causas. Algunas de estas figuras se acercan más a la forma de los contraimientos; otras en cambio, se parecen más a los delitos. Ahora se ha avanzado un poco más, ya que podemos advertir que la noción de *contractus* involucra la contraimiento de un negocio que es bilateral y convencional, separando las nuevas figuras de causa (caso de la gestión de negocios [D. 44.7.5 pr.]; de las obligaciones nacidas de la tutela [D.,*íd.*, 5.1], de la obligación del heredero de cumplir un legado [D. *íd.*, 5.2], de la obligación de quien recibió un pago por error [*solutio indebiti*; D, *íd.*, 5.3]. En estas figuras las obligaciones han nacido, pero no han nacido mediante una convención.

3. Si bien hemos comenzado por tratar el tema del *contractus* en Gayo, ello fue por cuanto la cuatripartición de las *obligationes contractae* pasará a ser considerada por una gran parte de la doctrina como la verdadera expresión de la época clásica. Pero ocurre que ya con anterioridad, un gran jurista de la época augustea había establecido un pensamiento distinto acerca del tema contractual.

Nos referimos a Labeón, que fue la figura de *iurisprudens* más sólida e interesante de su época. El texto al cual hacemos alusión es el que figura en D. 50.16.19. Se trata de una cita de Ulpiano, en la cual nos hace saber lo que había establecido Labeón: “Labeón define, en el libro primero 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*] aignifica la obligación de una y de otras parte, lo que los griegos llaman “synallagma”, como la compraventa, locación conducción y sociedad; “lo gestionado” [*gestum*] significa alguna cosa [asunto] hecho sin palabras”.

Como vemos, el jurista augusteo nos diferencia tres clases de situaciones jurídicas capaces de producir, en el plano patrimonial, el efecto de crear obligaciones. La primera de ellas, es lo denomina *actus*. Al establecer la amplitud que tiene el vocablo, Labeón nos menciona que tanto la *stipulatio*, que se celebra *verbis* como la *numeratio* (que se celebra *re*; caso del mutuo), aunque hayan sido precedidos por una *conventio*; no son propiamente formas contractuales, sino *actus*, perfectamente lícitos y que traen sus correspondientes efectos obligacionales en materia de crédito. Luego, como tercera clase, Labeón hace referencia al caso del *gestum*, diciendo respecto de él que “*gestum rem significare sine verbis factam*” (por *gestum* (gestión) cabe significar la cosa (asunto) hecha sin palabras), como es el caso de la *negotiorum gestio*, la curatela del *furiosus*, la *pro herede gestio*, etc.

Y finalmente, cuando habla del *contractus*. *entiende que se trata del caso de negocios convencionales que hacen nacer lo que él denomina una ultrocitroque obligatio*. Esta expresión hace referencia a una obligación que sea mutua, recíproca. *Citro*, unido a *ultra* en la expresión *ultra et citro*, *ultrocitroque* significa de una parte hacia la otra, de lo que está acá y de lo que está allá, lo que está arriba y lo que está abajo, y viene empleado para indicar el movimiento de las cosas, el cual se cumple de ésta a la otra parte, o de aquí, de la otra a ésta).

Si ahora tratamos de realizar una comparación entre lo que nos dice Gayo y lo que establece Labeón, podemos señalar que ambos se refieren, en general, a los mismos negocios capaces de crear obligaciones. Pero es fácil advertir que los mismos aparecen agrupados por Labeón de manera distinta. Así, por ejemplo, nos encontramos con el préstamo de dinero, que Gayo denomina *mutuo* y Labeón *numeratio*. Aquí la cita del negocio no tiene ninguna importancia, pero sí el hecho que Gayo lo ubica en el cuadro de las *obligationes re*, mientras que para Labeón era simplemente un *actus* productivo de obligaciones. Lo mismo ocurre con la *stipulatio*, que para Gayo es fuente de *obligationes verbis*, mientras que Labeón está ubicado también dentro de la categoría de *actus*. Pero no un *contractus*, vocablo que Labeón reserva para aquellos casos que Gayo ubica entre los negocios contraídos *consensu*. Estos son precisamente, si los reducimos a los ejemplos dados a la compraventa (*emptio venditio*), la locación (*locatio et conductio*), sociedad (*societas*) y mandato (*mandatum*); aunque éste no aparece mencionado por Labeón (quizás por tratarse de una forma imperfecta desde el punto de vista sinalagmático).

Las diferencias aparecen claramente especificadas por distinta posición en que sitúan ambos autores. Según hemos visto, Gayo prefiere quedarse en el problema de denotar cómo es que se originan las obligaciones, es decir cuáles son sus fuentes. En cambio, Labeón mira preferentemente cómo funcionan las obligaciones creadas por estos mismos negocios.

Lo que hay que señalar es que la reciprocidad del vínculo obligatorio no debe quedar reducida a que ambas partes hayan negociado sobre la base de un *consensus*. Ello es lo que en general puede ocurrir en los negocios bilaterales, en los cuales se pueden consensuar efectos obligaciones (“bilateralidad genética”). En cambio, lo que expresa aquí Labeón es que el aspecto esencial para el concepto de contrato no es el *consensus*, sino la obligación recíproca, es decir, la duplicidad y la reciprocidad del vínculo obligatorio, que nace a cargo de una y de la otra parte (“bilateralidad funcional”). De allí, entonces, la disparidad de ubicación de estos negocios.

Este paso del gran jurista republicano de la época de Augusto tiene muchísima importancia, por cuanto a diferencia de lo que establecerá

cronológicamente más tarde Gayo, nos da un concepto restringido de lo que es un verdadero *contractus*, que para él es la traducción del griego *synallagma*.

La diferencia de la cuatripartición de los “contraimientos” de Gayo, lo que conducirá luego a la romanística posterior a dar un paso más y considerarlos como *contractus*”, comparada con la de Labeón es, por lo tanto, muy sensible. Para la generalidad de los romanistas, las consideraciones que hace Labeón había entendido que era una mera curiosidad histórica. Se trataba de una distinción particular de los actos y negocios con que se manejaban los romanos. Pero, se pensaba que era una opinión del fundador de la escuela proculeyan, que en realidad no representaba la opinión jurídica predominante en la época del derecho clásico, la cual sería precisamente la cuatripartición de Gayo, que habría sido la preponderante.

Por el contrario, ya, hacia finales del siglo XIX, por lo menos en Italia, el tema de la definición labeoniana ha sido motivo de serias controversias. Así lo muestran los diversos eventos académicos, entre los cuales podemos mencionar el Seminario desarrollado en Milán (entre el 7 y el 9 de abril de 1987), los dos *Convegni romanistici in tema di contratto*, uno en Copanello (entre el 1º y el 4 de junio de 1988), y el otro en Siena (entre el 14 y el 15 de abril de 1989), además de artículos, monografías, voces de enciclopedia y notas, referidas todas ellas al tema contractual en general en el derecho romano, y propiamente en casi todos estos trabajos, al problema del párrafo de Labeón.

4. Todo esto nos plantea el problema de saber lo que significaba realmente *contractus* en la jurisprudencia clásica: ¿era la idea generalizadora que se puede deducir de la clasificación de las obligaciones expresada por Gayo, o, por el contrario, era el concepto restringido que nos da el texto de Labeón?

Tal como lo ha destacado el maestro Alvaro d' Ors, el empleo del vocablo *contractus*, no fue de empleo tan frecuente, como se podría suponer, por parte de los juristas clásicos, los cuales tampoco lo recuerdan a Gayo en sus citas. Según nos lo dice este autor, Gayo y la romanística plurisecular posterior, se preocuparon ante todo, y demasiado, de la sistemática de las figuras, sin darse cuenta que lo que se hacía con ello era seguir el método escolástico expresado en las *Institutiones* (tanto las de Gayo como las de Justiniano), prestando en

cambio muy poca atención al estudio de las *actiones* que amparaban cada una de las situaciones. Y esto es un punto de irrefutable fuerza argumental, puesto que, como es sabido, el Derecho Romano es ante todo un conjunto de *actiones*, más que una clasificación escolástica de los actos.

Y acudiendo al Edicto (versión de Lenel, 5^o. ed.) nos encontramos con un panorama particular. Por de pronto, algo que resulta sorprendente, la palabra *contractus* no aparece mencionada, lo que llama la atención. Además, hay dos Títulos que nos importan para dilucidar nuestro problema. Por un lado, el Edicto XVII, que lleva por título *De rebus creditis* (es decir, sobre las cosas prestadas o dadas en crédito). Y, por el otro, el Edicto XIX, que lleva por título *De bonae fidei iudicis* (es decir, sobre los “juicios de buena fe”).

En el Edicto XVII, se encuentran las vías procesales para proteger a los acreedores de “obligaciones crediticias”. Así, en el párrafo 95, aparecen descritas tres fórmulas: a) la *condictio certae creditae pecuniae*, la cual podían ejercer el mutuante o el *stipulator* a quien se debía una suma cierta de dinero; b) la *condictio* (más tarde llamada *triticaria* o *triticiaria* por los bizantinos), por la que se podía reclamar una cantidad genérica de cosas –así, X medidas de trigo-; y c) la *condictio certae rei*, por la cual se podía demandar una cosa específicamente determinada.

La interpretación que da A. d’Ors es que en Edicto se recogieron varias fórmulas de *condictio* aplicadas a cada una de las situaciones de reclamo, pero aun cuando podía existir tales variantes, las mismas no alcanzan entidad suficiente para afirmar que se trataba de acciones distintas, sino que en todas ellas se habla de la misma acción, la *condictio* referida a situaciones de *creditum*.

Luego, en el Título XVII siguen tres acciones *in factum* que son similares a la *condictio*, que son amparos del pretor a ciertas situaciones que, si bien no son casos de *creditum*, los podemos entender como negocios “crediticios” en un sentido amplio. Son los mencionados en el párrafo 97, como *actio de pecunia constituta*; en el 98, como *actio commodati vel contra*, y en el 99, como *actio pignoratitia vel contra*.

La *condictio* se trata de una *actio in ius concepta* (es decir, redactada conforme al *ius*), de modo tal que, elaborada la fórmula, el *iudex* en su sentencia debía acatar exactamente las instrucciones establecidas por el

pretor, sin poder apartarse de ellas. Estos juicios, lo mismo que los otros casos de *actiones in factum*, son sumamente simples. de tal modo que, si bien todo depende de la prueba, el actor lo gana o lo pierde. Una persona le ha prestado dinero u otra cosa, o prometido darlos. El acreedor se ha confiado en la *fides* del otro (*fidem sequi*). Si ello se produce no hay problema jurídico. Si en cambio, luego de haber recibido lo prestado no devuelve el dinero o la cosa a quien se lo dio, entonces debe soportar la *condictio* o acción similar (*in factum*). Todo el éxito del juicio depende de la prueba de una circunstancia: se ha producido la *datio*, o la entrega de la posesión o de la tenencia de la cosa. En caso de haberse constatado esta prueba, el actor ganará el juicio. Caso contrario, lo perderá.

La *condictio* tiene carácter *abstracto*, es decir, no se indica en la fórmula la causa del crédito, sino solamente su objeto. De este modo debe probar solamente el acto jurídico del que depende la existencia de la *obligatio*, la cual puede expresarse en la acción, o también omitirse, como ocurre en la *actio certi*. Además, en las *actiones stricti iuris*, las situaciones de dolo o coacción referidas al actor o al demandado deben ser objeto de acciones especiales separadas, salvo que el pretor las admita en la fórmula como casos de *exceptiones* u otras modificaciones.

En cambio, el Título XIX del Edicto se refiere a los *iudicia bonae fidei*. Gayo (4, 62) nos menciona que “son *bonae fidei iudicia* los siguientes: el que resulta de la compraventa, de la locación, de la gestión de negocios, del mandato, de la *fiducia*; el que promueve el socio en la *societas*, el que nace de la tutela y de las *res uxoriae* (literalmente “cosas de la *uxor*”, referidas a las dadas como dote y cuya devolución se pretende).

Como se ve, en todos estos casos, incluidas la *actio tutelae* y la *actio rei uxoriae* (que no son contratos), estamos en presencia de negocios que no son simples, sino más bien complejos, en los cuales no resulta siempre claro el monto específico de la condena en la sentencia, en relación con lo reclamado.

La característica principal, señalada por Gayo (4, 61) es que le está permitido al *iudex* la libre potestad de estimar el monto de lo que se debe restituir al actor conforme al *bonum* y al *aequum* (*ex bono et aequo*). Y para ello se toma en consideración tanto lo dicho por el actor como por el demandado, considerándolas recíprocamente dado que se trata de un único negocio en el

cual interesa la causa que los vincula, tanto de una como de la otra parte (*ex eadem causa*).

De este modo, se deja al *arbitrium* del *iudex* la libre potestad, por ejemplo, de compensar los reclamos del actor y del demandado, pudiendo determinar *ex fide bona* cuáles son los reclamos que corresponde admitir, y cuales son los que no debe tomar en consideración.

Por ello, dada la amplitud que le otorga el pretor en la fórmula, el *iudex*: a) el *iudex* podía considerar todas las circunstancias y actuaciones asumidas por las partes, tales como, por ejemplo, la aparición de un acto doloso o coactivo, u otras situaciones similares que conciernen al negocio en sí, examinando el meollo de lo sucedido, sin necesidad, por ejemplo, que el demandado haya aducido una *exceptio*, puesto que el *iudex* que debe juzgar *ex bono et aequo*, las tiene presentes en el litigio; b) si el demandado tenía algo que reclamar al actor, a propósito de una obligación por esta misma causa (*ex eadem causa*) el *iudex* podía realizar la compensación, condenando, si tal era el caso, solamente por el resto, puesto que esto corresponde al *officium* del *iudex*; c) el *iudex* tenía en cuenta los “pactos convenidos” entre las partes y que funcionaban como *leges privatae* que debían cumplir; d) Además, por aplicación de la *bona fides*, la responsabilidad de las partes era examinada con mayor flexibilidad que en los juicios provenientes de *actiones stricti iuris*, según las características del contrato, analizándose el tema de la culpa contractual.

En la enumeración del Edicto, dejando aquellos casos que no son claramente contratos (caso de la tutela o de la dote), aparecen en el parágrafo 106, la *actio depositi vel contra*, en el 107, la *actio fiduciae vel contra*, en el 108, la *actio mandati vel contra*; en el 109, la *actio pro socio*; en el 110 [111] la *actio empti venditi*; en el 111 [112] la *actio locati conducti*; y en el 112 [110]. la *actio de aestimatum*.

De este modo, vemos que según lo que surge del Edicto, el pretor distingue dos clases de negocios. Por un lado, están aquellos que dan nacimiento a obligaciones unilaterales, agrupados en el parágrafo XVII, y protegidos con *actiones stricti iuris* o *actiones in factum*. Por el otro, están aquellos que hacen nacer una obligación recíproca bilateral (*ultrocitroque obligatio*), que son muy distintos de los otros, de tal modo que resultan protegidos por los *bonae fidei iudicis*.

Ello permitiría decir que, en la realidad práctica de los procesos, la idea predominantemente seguida en la vida judicial fue la concepción contractual de Labeón y no la de Gayo.

5. Para poder comprender lo ocurrido con el concepto de *contractus*, es importante lo que establece M. Sargenti, quien señala que el desarrollo de la idea de contrato en el derecho romano se realizó siguiendo dos vías profundamente distintas: la línea que podemos llamar “concepción objetivista” y aquella otra, entendida como concepción subjetivista” o “consensualista”. Se puede desde ya adelantar que la segunda terminó por predominar hasta tal punto que dejó oculta a la otra, pese a lo cual, sin embargo, no logró destruir la fundamentación intrínseca o, para decirlo mejor, su coesencialidad ineliminable con la otra en la estructura del fenómeno contractual⁴.

La primera podemos encontrarla, en Labeón, ya que al considerar la reciprocidad de las obligaciones en la *ultra citroque obligatio*, ya que si bien admite la presencia del *consensus*, para él el punto de gravedad del contrato radica en que se establezcan, por las partes que lo han acordado, la reciprocidad de las obligaciones, es decir en la bilateralidad “funcional”.

En cambio, en el inicio de la “concepción subjetivista” o “consensualista”, lo podemos ubicar a Gayo. En realidad, en sus *Institutiones* no nos da una definición o un concepto de lo que es un *contractus*, y lo que es más tampoco nos aproxima datos seguros sobre lo que cabe entender por tal. Sin embargo, en su cuatripartición de los “contraimientos” de las obligacionales, se tiene la impresión de que, en términos muy generales, para él estas obligaciones suponen la existencia de un negocio entre por lo menos dos partes que han consensuado, sin hacer referencia a la esencia de las obligaciones unilaterales o bilaterales que han nacido.

Un paso más adelante lo podemos encontrar en el título XIV del libro II del Digesto, que lleva por nombre: *De pactis* (Sobre los pactos). En el mismo figura la opinión de Ulpiano, quien aprovecha para hablarnos tanto de los pactos, como de los contratos. En D. 2.14.3, Nos dice algo que resultará importante,

⁴ SARGENTI, Manlio, *Nascita e sviluppo dell'idea di contratto romano: I. Labeone: La nascita dell'idea di contratto*, en *Iura* 38 (1987), p. 25.

incorporando una noción que era sabida pero que él resalta de manera especial: la *conventio*: “La palabra *conventio* es genérica, perteneciendo a todo aquello sobre lo que, para celebrar o transigir un negocio, consienten los que entre sí lo tratan; porque así como se dice que “convienen” los que de diversos puntos se reúnen y van a un mismo lugar, así también los que por diversos movimientos de ánimo consienten en una misma cosa, esto es se encaminan a un mismo parecer. Mas de tal modo es genérica la palabra convención que como dice con elegante propiedad Pedro, no hay ningún contrato, ninguna obligación [producida por un acto bilateral], que no tenga en sí una convención, ya sea que se trate de la entrega de una cosa, ya sea que se haga con palabras; porque, aun en la *stipulatio*, que se perfecciona con palabras, si es que no tiene [en sí misma] el consentimiento, es nula”.

Como vemos, Sexto Pedro resalta la vigencia de la *conventio*, como palabra genérica. Adviértase que no dice que el contrato está fundado en la *conventio*, ni menos aun que se identifica con la *conventio*; sólo dice que todo contrato contiene en sí mismo una *conventio*. Por el contrario, no solamente no nos define al contrato, ni menos aún se propuso una sistematización del contrato. No sabemos concretamente cuales fueron las intenciones de Sexto Pedro. Lo que sí resulta más aceptable es que ya en el pensamiento bizantino existía una cierta predilección por este vocablo *conventio*. Pienso que los compiladores, que al ubicar este Título (D. 2.14) trataron, pero no con mucha claridad, en establecer una definición, o al menos un concepto del contrato con su punto de gravedad en el consentimiento. Ubicaron allí varios párrafos de Ulpiano que podrían haber ayudado a tal propósito. Pero aun así no resulta de los mismos que este jurista haya conducido esta aproximación hasta sus últimas consecuencias, como negocio fundado en cuanto a su esencia perfeccionadora en la *conventio*. Como lo dice Sargenti: “si lo hubiese hecho, los compiladores justinianos no habrían dejado de aprovechar una enunciación de tales características. En cambio, el material ulpiniano utilizado con tanta amplitud en el Digesto muestra que el discurso relativo a las distintas figuras negociales, que también Ulpiano califica como contratos, obedece a criterios ordenadores y cualificantes distintos, en parte aún dependientes de los rigurosos principios del *ius civile*, y en parte inspirados en la lógica del edicto.

El contrato queda, en suma, como un nombre, antes que como una categoría conceptual bien definida”⁵.

En la época postclásica bizantina, se van asentando algunos aspectos a favor de la “concepción consensualista”. Esto ocurre sobre todo, en el tema de la interpretación de los contratos, donde se trata de lograr la autenticidad de los mismos. No podemos acá proceder al análisis de los textos jurídicos. Pero sí señalar que se trabaja, en tal sentido, en tratar de considerar los términos del *consensus* existente en el contrato para descubrir lo más posible la intención y finalidad del negocio. Quizás la dificultad principal para establecer una definición del *contractus* es que, de acuerdo con el sentido particular de los juristas romanos, el análisis del problema que se presenta debe ser encuadrado bien concretamente de acuerdo con la clase de negocio que se trate. En este sentido, no existió aún en esta época bizantina, la consideración de que toda *conventio* fuera un *contractus*. Y en el análisis que se hacía en la práctica judicial era imprescindible tener en consideración la forma de perfeccionamiento. En el fondo, se continúa hablando de las diversas figuras que, basadas en una convención, pueden producir obligaciones en formas y circunstancias distintas, es decir *re, verbis, litteris, consensu*, sin lograr constituir un sistema unitario.

De este modo, si existió una concepción “consensualista”, nunca se llegó hasta sus últimas consecuencias. En tal sentido corresponde establecer el sentido que tenía el conocido Edicto (D.2.14.7.7), según el cual: “Dice el Pretor: “Mantendré los pactos convenidos (*pacta sunt servanda*) siempre que no se hubieran hecho ni con dolo malo, ni contra las leyes, plebiscitos, senadoconsultos, Edictos de los Príncipes, y por lo que no cometa fraude contra cualquiera de ellos”.

En la doctrina actual, los juristas suelen mencionar el contenido de este Edicto, bajo la caracterización de un principio general, enunciado como *Pacta sunt servanda*, entendido como que todos los pactos, como acuerdos de voluntad, deben ser mantenidos y aplicados, puesto que incluso el mismo Ulpiano (D.2.14.1) nos dice que: “Es natural la equidad de este Edicto. Porque

⁵ SARGENTI, M., ob. cit., II.: *Svolgimento dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano*, en *Iura* 39 (1988), p. 63.

¿qué cosa hay tan conforme a la *fides* humana como cumplir los hombres lo que entre sí pactaron?”.

Pero en realidad lo que se decía en este Edicto es algo distinto a la interpretación corriente entre nosotros. El pretor se refirió acá no a toda *conventio*, sino a los meros “pactos” (*nuda pactio*) los cuales como lo reconoce el mismo Ulpiano tienen el efecto principal que no generan obligación, y por ello una *actio*, sino que establecidos a favor del deudor, están protegidos por *exceptiones* (D. 2.14.7.7). Por ello es que establece que estos pactos serán respetados y aplicados siempre y cuando que no se encuentren en ellos ni dolo malo, ni nada contra las disposiciones legales, o que produzcan un fraude.

Esta situación existente entre las dos concepciones de las cuales hemos hablado no conocerá ninguna novedad en las *Institutiones* de Justiniano, que respecto de nuestro tema no hace sino continuar con el tratamiento de las fuentes de las obligaciones, añadiendo las *variae causas figurae* establecidas en *Res quottidianae*. La curiosidad aparece casi inmediatamente después, con la obra de Teófilo, uno de los integrantes de la comisión que redactó las *Institutiones*, que eludiendo la prohibición establecida por Justiniano (const. *Tanta*, 12) de no prohibir la refacción de comentarios a su obra, escribió su *Paráfrasis*. En ella, redactada en griego, nos da una definición del contrato. La damos directamente en la traducción latina: “*Contractus (synallagma) autem est duorum vel etiam plurium in idem conventio et consensus ad constituendam obligationem et ut alter alteri fiat obnoxius*” (Contrato 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 del otro).

Podemos ver como, en la primera parte de la definición el autor toma las mismas palabras que Ulpiano había empleado para definir la *pactio* en D. 2.14.1.2, pero ahora atribuyéndolas al contrato. Sin embargo, en la parte final establece que este acuerdo celebrado entre dos o más personas es para hacer nacer una obligación bilateral y recíproca, ya que habla de *alter alteri* (del uno respecto al otro, tal como lo decía Gayo (3, 137) respecto de los contratos consensuales, que coincide perfectamente con la *ultra citroque obligatio* de Labeón (D. 50.16.19).

Ello representaría una suerte de contradicción con el empleo amplio que los bizantinos realizaron. Todo esto plantea, pues, una inquietud, también

presente en la cita de Labeón, que los compiladores ubicaron en el Título XVI del Digesto (*De verborum significatione*), sin dejar aclaradas totalmente cuáles fueron las razones. Puede ser que hubieran querido hacer algo con ella, pero terminó prevaleciendo la utilización del vocablo *contractus* en forma general e indeterminada, abarcando también como contratos los negocios productivos de obligaciones aunque estuvieran a cargo de una sola parte, es decir los unilaterales.

Algo semejante debió haber ocurrido con la definición de Teófilo. Conocía la definición de Labeón, y más aún, le resultaba aceptable. Siendo así, según las instrucciones dadas a los compiladores por Justiniano, debió adecuar el tema contractual a dicha definición labeoniana. Cabe entonces la pregunta: ¿por qué no lo hizo? No sabemos nada de lo que pudo haber ocurrido dentro del seno de la comisión encargada de redactar las *Institutiones*, pero cabe sospechar que, dado que poco a poco se había establecido un sentido general y amplio del vocablo *contractus*, capaz de abarcar todos los casos establecidos en las *Institutiones* de Gayo, se encontró con que resultaba muy complicado para establecer en las *Institutiones*, una definición del *contractus* que fuera comprensiva de todos los casos, tanto productivos de obligaciones unilaterales y de obligaciones recíprocas. Por ello terminaron por no definir lo que es un contrato, dejando jugar el papel respectivo a cada uno de los negocios obligacionales. Sin embargo, como Teófilo estaba de acuerdo con la definición de Labeón, es que vuelve a su concepto cuando escribe la *Perífrasis*.

Siendo así, nos podemos explicar que los compiladores nos hayan dejado intacto el pasaje de Ulpiano donde se reproduce la definición de Labeón. En cierto modo, aún sin decirlo expresamente permiten, como ocurre en muchos pasos de la compilación, que se hable de un concepto muy amplio y general del contrato, como un acto bilateral mediante el cual ambas partes consienten en hacer nacer obligaciones. Pero al conservar la definición labeoniana, aún contrastando con otros pasos del Digesto, y al igual que Teófilo en su *Paráfrasis*, nos advierten que entre todos los llamados genéricamente *contractus* está esa otra versión de un negocio que, entre los “contratos”, es

más propiamente *contractus*, puesto que la consideraban “la única plausible, respetuosa tanto de la regla como de la realidad”⁶.

6. Pero, pese a los vericuetos de la cuestión doctrinaria, cabe tener en consideración lo que habíamos dicho antes acerca de cómo jugaban estos conceptos en la vida jurisdiccional. Los juristas romanos, en la práctica tenían en cuenta los negocios jurídicos de acuerdo con la clase de acciones que protegían a las litigantes.

En tal sentido, dejando de lado la cuatripartición gayana, parece resultar mucho más proficua la clasificación de las fuentes de las obligaciones que realiza A. d’Ors, con la “teoría del crédito”⁷. Con ella, confronta los negocios crediticios oponiéndolo a los contratos. Entre los primeros figuran: a) Los “préstamos”, palabra muy amplia pero adecuada, en la cual figuran aquellos negocios, actos o situaciones que dan origen a una obligación civil o pretoria. Entre ellos, principalmente está el “préstamo de consumo” (*mutuo*), amparado por la *condictio*; el “préstamo de plazo” (*constitutum*), protegida por la *actio de pecunia constituta*; el “préstamo de uso” (*commodatum*), que cuenta con la *actio commodati*; el “préstamo de garantía” (*pignus*), que tiene para su restitución con la *actio pigneraticia*, que es *in personam*, es decir no *in rem*. b) las “promesas de pago”, por las cuales alguien se obliga a *dare praestare facere oportere*. Aquí, la causa de la obligación reside en la *stipulatio*, amparada también por la *actio certi (condictio)*⁸. Y finalmente, c) tenemos la tercera masa de negocios, conformada por aquellos negocios bilaterales de los cuales nacen obligaciones recíprocas interconectadas en la *ultra citroque obligatio*, que son los que propiamente deben ser considerados contratos, y que están protegidos por los *bonae fidei iudicia*.

.....De este modo, el cuadro de las fuentes de las obligaciones que establece A. d’Ors resulta así: delitos, préstamos, estipulaciones y contratos. Dicho autor

⁶ Cfr. GALLO, Filippo, *Contratto e atto secondo Labeone: una dottrina da riconsiderare*, en Rev. “Roma e America – Diritto romano comune”, n° 7, p. 37.

⁷ D’Ors, Alvaro, *Derecho privado romano*, párrafo 359.

⁸ Dentro del *creditum*, A. d’Ors entiende comprendidos otros supuestos, tales como a) las *datationes ob rem* (luego convertidos en los contratos “innominados; b) las *datationes ob causam* (cuyo caso típico es la obligación nacida del pago de lo no debido (*solutio indebiti*); y c) el caso de las *datationes ex eventu* (como por ejemplo, en la obligación del ladrón de tener que devolver la cosa hurtada; *condictio furtiva*).

reconoce que, aunque “esta clasificación no aparece en las obras escolásticas antiguas y modernas, corresponde a la realidad del sistema clásico de formas de obligarse y sus acciones correspondientes”⁹.

Esta consideración particularizada de los negocios resultó de gran efectividad en el quehacer jurisdiccional en el derecho romana. Y concretamente esta manera de entender la noción de contrato no significa el signo de una insuficiencia, de una incapacidad de síntesis de la jurisprudencia romana. Más bien –como lo afirma Sargenti- “puede ser, según mi criterio, uno de tantos indicios de su capacidad de concreción, de su adherencia a la realidad; a una realidad que no se deja constreñir en esquemas ígidos, sino que requiere de los esquemas conceptuales, también necesarios en la construcción jurídica, una extrema adaptabilidad. También cuando logran usar el término contrato para designar toda una serie de negocios productivos de obligaciones, los juristas no pierden de vista la diversidad existente entre dichos negocios, fruto de un proceso histórico de formación diferenciado, de una diversidad de origen y de disciplina, y no buscan constreñirlo (cuanto menos no resulta de las fuentes que lo hubieran hecho) en un esquema rigurosamente definido”¹⁰.

⁹ D'ORS, Alvaro, *ibídem*.

¹⁰ SARGENTI, M., *Svolgimento dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano*, ob. cit., p. 73.