

Desde la clasificación de los contratos romanos modernos a la importancia de su cumplimiento¹

Viviana Cespedes², Mercedes Landivar³, Marilina Andrea Miceli⁴

1. El presente trabajo colaborativo, se genera como parte del proyecto de inserción a la investigación de los estudiantes avanzados de la carrera de Derecho, en este caso comisión 235 UBA

2. Auxiliar docente de la materia Derecho Romano Universidad Abierta Interamericana, Doctoranda en Derecho Universidad del Museo Social Argentino.

3. Estudiante en la Facultad de Derecho de la Universidad de Bs. As.

4. Coordinadora: Doctora en Derecho, Profesora Universitaria, Docente Adjunta Interina de Derecho Romano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Bs. As, Profesora Asociada en la Cátedra de Derecho Romano de la Universidad Abierta Interamericana, profesora adjunta de la materia Derecho Romano UAJFK, profesora de Post grado Asociada en la Maestría de Derecho Administrativo de la UAI y del doctorado en Cs. Jurídicas de la Universidad Argentina John F Kennedy, miembro de la Asociación Iberoamericana de Derecho Romano, AIDROM, de la Asociación de Derecho Romano de la República Argentina ADRA y del Instituto de Historia y cultura Clásica de la Universidad Católica de la Plata.

Introducción

La categoría de los contratos reales forma parte del patrimonio conceptual y sistemático de la tradición jurídica europeo-continental pues, en la mayor parte de sus ordenamientos jurídicos la entrega de una cosa ya sea que implique o no una transferencia de dominio, constituye o constituyó su modo de perfeccionamiento.

Considerando que el Derecho Romano es la base de lo que se denomina sistema jurídico continental; tomamos a la relación contractual y a la obligación, que de ella deriva, como parte del cumplimiento debido y de las buenas intenciones que se esperan de la contraparte, pues, los pactos están hechos para cumplirse; locución latina *pacta sunt servanda*. que, pareciera fortalecerse, en el código unificado, por la importancia que se le otorga al acuerdo de voluntades, hasta el punto de eliminar la histórica clasificación entre reales y consensuales prevaleciendo la última como única nominación contractual.

Cabe aclarar que, en Derecho Civil, este principio viene definido como una regla tradicional la cual, jurídicamente, los pactos deben ser siempre cumplidos y cumplidos en sus propios términos. En nuestro sistema, este principio, se encuentra regulado específicamente, en el Código Civil y Comercial de la Nación en materia de cumplimiento de contratos.

Contractus

Hoy, puede definirse de modo general, como un acuerdo de voluntades entre dos o más sujetos capaces de crear, regular, modificar, transferir o extinguir derechos con contenido patrimonial (Borda, 2016).

Sin embargo, el contrato no siempre significó lo mismo, siguiendo a Di Pietro, puede señalarse que 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 en que lo conocemos hoy, su aparición es, en términos históricos, tardía (Costa, 2016).

El término *contractus* se conforma a partir del verbo *contrahere* y comienza a utilizarse para denominar a cualquier obligación contraída como consecuencia de la conducta humana.

Conducta, reconocida como obligatoria por encontrarse dotada de una causa civil y provista de una acción, respetando, además, las solemnidades que la ley establecía para poder celebrarlos. Esta “causa civil” se refería a que la ley contenía un catálogo cerrado de contratos que podían celebrarse, cada uno con sus reglas particulares, el cual se iba actualizando a raíz de cambios políticos, económicos y sociales que iban sucediendo.

Es Justiniano, a través del “*Corpus Iuris Civilis*”, quien logra definir a los contratos, eliminando el requisito de la causa civil y estableciendo al contrato como aquel acuerdo de voluntades capaz de constituir a una persona en deudora de otra; creando, modificando o extinguiendo deberes y derechos. Concepto que evoluciona con Donello y Cuiaccio,

para, en la época moderna en donde Grocio desarrollará el consensualismo contractual, cuya influencia se reflejó en los juristas Domat y Pothier. (Costa, 2016, p. 270-293) fortalecer la voluntad de las partes por medio del acuerdo.

Finalmente, Savigny ampliará el concepto, el cual fue tomado casi literalmente por Vélez Sarsfield en el Código Civil, hasta llegar a nuestro código unificado, art. 957, donde se lo define como el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales.

En Roma, se evidencia la importancia de dar cumplimiento a lo pactado en la *actio praescriptis verbis*, en ella, se reconoció una tutela procesal por la cual, podía exigirse el cumplimiento de lo pactado siempre que una de las partes hubiera entregado la cosa o cumplido con la prestación convenida, pues, porque una de las partes ya se había enriquecido (Gastaldi, 1974, p. 13). Es así como evidenciamos que los pactos se celebran para cumplirse, es decir, no bastaba el mero acuerdo de voluntades, sino que era necesario probar el cumplimiento de la prestación. Una prueba más de que la obligatoriedad del contrato no dependía de la pura voluntad sino de la protección de ciertos intereses legítimos según Belda Mercado, 2008, intereses que se relacionaban con el cumplimiento efectivo.

Claro está que el consentimiento, el objeto y la causa fueron signados como elementos necesarios siendo considerados *contractus lex* y sus preceptos fundamentales: observar el principio de literalidad, el principio de relatividad, el principio de legalidad, el principio de irrenunciabilidad, el principio de buena fe, no siendo plausibles de modificación unilateral puesto que están hechos para cumplirse en sus propios términos.

Los elementos necesarios de los contratos en Roma siguen siendo los mismos con los que contamos hoy en día, sujeto, objeto y causa, aunque el C.C y CN. no toma a la causa como elemento de los contratos sino de las obligaciones (Barbón, Lacambra, 2017, p.1).

Si bien, por principio de relatividad, los contratos sólo tenían efectos entre las partes, en algunos casos, surtían efectos respecto de terceros, por ejemplo, los causahabientes o los acreedores quirografarios ya que, cualquier contrato del deudor que afectara su patrimonio, lo hacía, también, en la garantía de cobro.

Revisando su evolución los contratos romanos pueden dividirse en “contratos romanos antiguos” y “contratos romanos modernos”, a su vez Gayo en *Institutas*, los dividía en verbales, perfeccionándose por el empleo de la palabra y literales, o escritos.

Entre los verbales, encontramos el *nexum*, la *sponsio* y la *stipulatio*. Entre los literales, la nómina *transcriptitia*, la *chirographa* y la *syngrapha*. Por otro lado, dentro de los “contratos romanos modernos” se distinguían los contratos reales de los consensuales, la diferencia radica en la forma de perfeccionamiento, si se requería la entrega de una cosa o si era suficiente el acuerdo de partes.

Reconocidos en las Instituciones de Justiniano los contratos reales son el mutuo

(*mutuum*), el comodato (*commodatum*), el depósito (*depositum*) y la prenda (*pignus*) en algunos se transmitía la propiedad, en otro la posesión o la tenencia. (Costa, 2016, p.270-292). Dichos contratos hoy adquieren la categoría de consensuales pues, la actual codificación eliminó dicha categoría.

Analizar cada uno, escapa al estudio del presente trabajo, aunque podemos someramente mencionarlos; así el Mutuo, conocido también como “préstamo de consumo”, era el acuerdo de voluntades mediante el cual una persona, llamada mutuante, le entregaba en propiedad a otra, llamado mutuario, una determinada cantidad de cosas fungibles, con la obligación por parte de esta última de restituir, dentro de cierto plazo fijado o por resolución del juez, previa intimación, de la misma cantidad, género y calidad.

La transferencia de la cosa implicaba el traspaso de la propiedad, por dicha razón, el prestamista debía tener capacidad para enajenar y tener el dominio sobre la cosa. En el caso de que la cosa hubiere sido ajena, debía verificarse si el adquirente había sido de buena o mala fe: en el primer caso el mutuo se consideraba válido, en el segundo, el tercero propietario de la cosa estaba autorizado a recuperarla mediante la acción de reivindicación; en caso de que la cosa ya hubiera sido consumida, debía restituirse una suma de dinero equivalente. Se admitía la tradición simbólica y por medio de representantes o gestores, aunque, en sus inicios, requería las mismas solemnidades que el contrato de *nexum*. Respecto a los intereses, en un inicio fueron ilimitados, luego, pasaron de ser usurarios y, por último, con Justiniano, limitados a un 6% anual.

Respecto al comodato o “préstamo de uso”, era el acuerdo de voluntades por medio del cual una persona, llamada comodante, entregaba gratuitamente a otra, llamada comodataria, el uso de una cosa no fungible, debiendo esta última devolverla, en el lugar y tiempo convenidos. Respecto del uso de la cosa, el comodatario debía utilizarla según lo acordado, caso contrario, debía servirse de acuerdo a uso común. Como el comodante no obtenía beneficio, el comodatario era responsable por caso fortuito, dolo y culpa ante su pérdida.

En relación al Depósito, éste era entendido como todo acuerdo de voluntades por el cual una persona, llamada depositante, le entregaba una cosa mueble a otra, llamada depositario, para que guarde o custodie gratuitamente, y lo devolviera ante el primer requerimiento o ante el vencimiento del plazo convenido, incluyendo los frutos y productos que se le hayan agregado. Era gratuito, aunque, con el derecho justiniano, se comenzó a permitir la percepción de una retribución al depositario por la guarda de la cosa, entendiéndose que el depositario respondía solo por dolo y culpa grave.

La jurisprudencia romana va a admitir el “depósito necesario”, con motivo de una calamidad pública, tumulto, incendio, ruina, naufragio o cualquier otra situación imprevista que, impidiera que el depositante pueda elegir libremente a quién confiar su depósito. El secuestro, cuando dos o más personas le daban a otra la custodia de un bien, y ésta debía entregársela a un individuo designado previamente, o a quien llegara a encontrarse en determinada situación. El “depósito irregular”, cuando se entregaba la custodia de cosas fungibles, generalmente dinero, y el depositario debía devolver otras

del mismo género, se celebraba en interés del depositante ya que éste le entregaba la custodia al depositario por la responsabilidad y confianza que le inspiraba, se acordaban intereses y es considerado antecedente de los actuales depósitos bancarios.

La Prenda, determinada como acuerdo de voluntades por el cual una persona, llamada pignorante le entregaba a otra, llamada pignoratario, la posesión de una cosa corporal para garantizar una deuda propia o ajena, con la obligación de quien la recibía de conservarla, sin utilizarla y de restituirla, cuando ella se saldara; era y es un contrato accesorio a la obligación principal del deudor. El acreedor prendario respondía ante la pérdida de la cosa por dolo y por culpa, pero no por caso fortuito ya que ambas partes tenían un interés en su celebración. Una vez que la obligación principal era cumplida, el acreedor debía restituir la cosa junto con los frutos que ésta generara, salvo que pactara “pacto de anticresis”.

Si nos ubicamos en la línea de tiempo observaremos que, de la evolución en el perfeccionamiento de los contratos, en donde existía el requerimiento de una causa civil dotada de una actio pasamos a la época justiniana en donde se comenzaba a reconocer contratos previstos o no previstos en la ley y de carácter nominados e innominados, seguimos, por dichos lineamientos y, observamos que la codificación moderna, en especial nuestro C.C. tenía una parte general de contratos y una especial, de tipo consensuales y reales siguiendo la metodología clásica de las Institutas de Gayo y Justiniano.

Si bien la calificación, hoy, se encuentra eliminada, los contratos reales romanos y sus lineamientos perviven en la actualidad, la diferencia radica en el momento en que el contrato queda perfeccionado. Podemos mencionar, por ejemplo, el artículo 1.357 del contrato de depósito y el art. 1.527 del contrato de mutuo, en los cuales se presume, son onerosos, advirtiéndose que el “permiso” de pactar una retribución en la época romana, en la actualidad, se convierte en regla, salvo pacto en contrario.

Con el paso del tiempo, comenzaron a tornarse más constantes las críticas de la doctrina acerca de la distinción entre contratos reales y consensuales, viéndola, como indicaran Freytes y Ayala, como un mero residuo histórico impuesto por el peso de la tradición, sin razones que justifiquen su mantenimiento⁵; en donde la clasificación de los contratos reales creaba una inmensa injusticia cuando las partes acordaban sobre un contrato real pero luego, por la falta de entrega de la cosa objeto del mismo, se carecía de acción para reclamar el cumplimiento del acuerdo. Solo era posible superar esta injusticia con la eliminación de esta categoría de contratos⁶. Sin embargo, podemos indicar, que, al eliminarla, no se le ha restado importancia a la entrega de la cosa, si bien pierde preponderancia en orden al perfeccionamiento del contrato, es parte de la etapa

5. Ver en Freytes Alejandro E, “El contrato en el proyecto de Código. Concepto y clasificación”, La ley, Buenos Aires, 2013, pág. 4.

6. Ver en Ayala Martin, “Los contratos en el Código Civil y Comercial. Una mirada general al Libro Tercero ‘Derechos personales’”, Infojus, pág.32 http://www.scba.gov.ar/leyorganica/ccyc30/pdfley/Ayala_loscontratosenelccc.pdf. Visitado el 26/05/20

de ejecución, de eficacia, de cumplimiento del plan prestacional del negocio jurídico ya perfeccionado y concluido mediante la manifestación de voluntad de los contratantes.

Con la sanción del CCyCN, se da una versión más general del contrato⁷, reiteramos, plasmándolo como un acto jurídico en el que, el consentimiento es el elemento esencial para perfeccionarlo: “hay contrato cuando, al menos, dos partes con intereses contrapuestos manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales; no existiendo ya, una división entre contratos consensuales y reales, en donde la tradición forma parte de la ejecución del mismo”.⁸

Estableciéndose así una relación directa entre acuerdo y cumplimiento, siendo la obligatoriedad contractual, pilar sobre el que se asienta la teoría general de la responsabilidad, por lo que no es extraño que, este principio, se haya mantenido -como regla principal - en el código unificado vigente en el Art. 959 CCyCN.

El Art. 959 del CCyCN, su sentido Jurídico y su reconocimiento en el Derecho Comparado

Pacta sunt servanda fue reconocido en el artículo 1.197 del Código Civil de la República Argentina de 1869 y establecía que: “Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma”, Tomando como modelo la codificación francesa y otorgando un carácter inquebrantable a aquello que por la voluntad de las partes se estipule siempre bajo la guía de la ley; lo encontramos en la legislación colombiana art. 1.602 del CC : “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”. En mismo sentido se regula en la codificación chilena, art. 1.545, y en el Código Civil de Brasil, art 427.

Sobre el mencionado artículo civil argentino, Borda (2004) afirma lo siguiente: La fuente obligatoria de los contratos, tan fácticamente afirmada en el artículo 1.197, se funda no sólo en el respeto de la voluntad de los contratantes, sino también en las necesidades del tráfico. Los contratos constituyen el principal medio del que se valen los hombres para tejer entre ellos la urdimbre de sus relaciones jurídicas. Son, por consiguiente, un instrumento esencial para la vida económica y para la promoción de la riqueza; por todo ello es indispensable reconocerles fuerza jurídica. Media en la cuestión un interés de orden público. Una de las consecuencias del principio de obligatoriedad o del “*pacta sunt servanda*” es la irrevocabilidad del contrato, ya que la vocación de los mismos siempre será la de su necesario cumplimiento, siendo los únicos mecanismos

7. 20 Ver en Jurio Mirta L. Y Parra Ricardo A., “El concepto de contrato en el Código Civil y Comercial de la Nación”, 2015, Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP), pág.23 http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/50471/Documento_completo.pdf-PDFA.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Visitado el 26/05/2020.

8. Ver en Herrera Marisa, Caramelo Gustavo y Picasso Sebastián, “Código Civil y Comercial de la Nación comentado, tomo III”, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2016.

capaces de modificarlo, nuevos acuerdos generados por la novación, la compensación, la condonación o el mutuo acuerdo de finalizarlo. Bajo las doctrinas tradicionales, solo las partes eran las únicas capaces de poder modificar los contratos bajo circunstancias especiales, pero, siempre buscando que se cumpliera a toda costa el mismo, y en casos aún más especiales que pudiera ser modificado por un Juez, tales como la lesión, la desaparición de la razón negocial, teoría de la impresión entre otros pocos. Es con este mismo sentido que, el CCyCN traslada dicho principio al art 959 pilar fundamental de toda la teoría contractual que llega de Roma a la actualidad.

Conclusión

Nuestros contratos marcan en forma central “el consentimiento” que siempre estuvo presente en Roma, en mayor o menor medida, más aún cuando fueron creados los contratos consensuales, los cuales son la base de todos nuestros contratos actuales. Con respecto a los contratos reales, hoy ya no utilizamos esa clasificación, pero, seguimos manteniendo los tipos de contratos que estaban incluidos en esa categoría.

Entendemos que los romanos siempre aprendían del pasado, para no tropezarse dos veces con la misma piedra y eso los llevó a tener ideas que perduran en el tiempo, logrando el desarrollo que conocemos.

Contamos con la suerte de obtener esos antecedentes y seguir evolucionándolos de una forma consciente, de acuerdo como vayan modificando las necesidades sociales, sin olvidarnos nunca de las raíces.

Son muchos los elementos que hoy en día conservamos desde el derecho romano, más allá de que hayan evolucionado puedan marcarse ciertas diferencias lógicas que devienen de la evolución de las sociedades. Como mencionó el Dr. Carlos Costa en una entrevista: “en obligaciones, contratos y propiedades ha pasado todo casi intacto”⁹.

Bibliografía

Aula Virtual Instituciones Jurídicas de Derecho Romano. Recuperado de: <http://aulavirtualderechoromano.blogspot.com/2012/06/los-contratos-reales.html> (Visitado el 04/10/2020).

Aula Virtual Derecho Romano. Recuperado de: <http://derechoromanosaavedra.blogspot.com/2014/04/derecho-romano-ii-tema-7-los-contratos.html>. (Visitado el 04/10/2020).

Ayala, M. “Los contratos en el Código Civil y Comercial. Una mirada general al Libro Tercero ‘Derechos personales’”, Buenos Aires, Argentina. Ed. Infojus: Recuperado de:

9. Entrevista al Dr Carlos Costa en la Universidad de Kennedy: <https://www.youtube.com/watch?v=hDD2mWZNZP0>. Visitado el 26/05/2020

- http://www.scba.gov.ar/leyorganica/ccyc30/pdfley/Ayala_loscontratosenelccc.pdf. (Visitado el 04/10/2020).
- Barbón, Lacambra, J. A. (2017). "La causa del contrato. Comparación entre el Código Civil de Vélez y el Código Civil y Comercial". Ed. Thomson Reuters. Buenos Aires, Argentina. pág.1.
- Belda, M. J., (2008). "Reconocimiento jurídico de los contratos innominados". Recuperado de: <https://core.ac.uk/download/pdf/61901269.pdf> (Visitado el 04/10/2020).
- Borda, A. (2016). "Derecho civil. Contratos". Ed. Thomson Reuters.
- Código Civil - Recuperado de: <https://digestocivilcomercial.wordpress.com/digesto-procesal-civil-y-comercial/codigo-civil-de-velez-con-notas/> (Visitado el 04/10/2020).
- Código Civil (1869) – Ediciones SAIJ - Recuperado de: http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texactley340_libroII_S1_tituloIII.htm (Visitado el 04/10/2020).
- Código Civil Y Comercial De La nación Comentado – Recuperado de: http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_TOMO_3_FINAL_completo_digital.pdf (Visitado el 04/10/2020).
- Costa, J. C. (2016). "Manual de derecho romano público y privado". Buenos Aires, Argentina: Ed. Abeledo Perrot. pág. 270-293.
- Ferreira Rubio, D. M. (1984). *La buena fe. El principio general en el Derecho civil*, Montecorvo, Madrid, p. 101. Respecto a la noción de buena fe como "cláusula general" y a su diferencia con el "principio general del Derecho", debe tenerse en cuenta la multivocidad de la expresión y las diferentes opiniones existentes. En contra, p.v. Martins Costa, Judith, *A boa-fé no Direito Privado*, Revista Dos Tribunais, San Pablo, Brasil, 1999, ps. 315 y 342.
- Freytes, A. E. (2013). "El contrato en el Proyecto de Código. Concepto y clasificación". Buenos Aires, Argentina. Ed. La Ley. Recuperado de: <https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2020/02/contratobancarioCCyC.pdf> (Visitado el 04/10/2020).
- Gastaldi, J. M. (1974). "El contrato de concesión privada". Ed. Astrea.
- Herrera, M.; Caramelo, G.; Picasso, S. (2016). "Código Civil y Comercial de la Nación comentado, tomo III". Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.
- Influencia del Derecho Romano en las obligaciones y contratos en la propiedad. Entrevista al Dr. Carlos Costa, Universidad de Kennedy. Recuperado de: <https://www.>

[youtube.com/watch?v=hDD2mWZNZP0](https://www.youtube.com/watch?v=hDD2mWZNZP0) (Visitado el 04/10/2020).

Jurio, M. L.; Parra, R. A. (2015). "El concepto de contrato en el Código Civil y Comercial de la Nación". Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP). Recuperado de: http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/50471/Documento_completo.pdf-PDFA.pdf?sequence=1&isAllowed=y (Visitado el 04/10/2020).

Lacambra, B. J. A. (2017). "La causa del contrato. Comparación entre el Código Civil de Vélez y el Código Civil y Comercial". Ed. Thomson Reuters. Buenos Aires, Argentina.

Levaggi, A. (1982). "Historia del derecho de las obligaciones, contratos y cosas". Buenos Aires, Argentina. Ed. Perrot. Recuperado de: <http://www.derecho.uba.ar/investigacion/documentos/lecciones-de-historia-juridica-ix-1982-levaggi-historia-del-derecho-de-las-obligaciones.pdf> (Visitado el 04/10/2020).

Nicolau, N. L. (2019). Tratado de la Buena Fe en el Derecho. Evolución del Principio. Ed. de la Fundación Iberoamericana de Estudios Superiores. Buenos Aires, Argentina. 293-307.

Villareal, M. L. N. (2010). La buena fe en el derecho romano. Extensión del deber de actuar conforme a buena fe en materia contractual, Universidad Externado de Colombia, Facultad de Derecho, 1 (1), n°446.