

## CONTRARIUS CONSENSUS Y CONTRATO ELIMINATORIO EN EL DERECHO LATINOAMERICANO\*

Roberta MARINI

SUMARIO: I. *El modelo del derecho contractual moderno*. II. *El modelo del derecho romano*. III. *El derecho contractual latinoamericano*. IV. *Breves reflexiones conclusivas*.

### I. EL MODELO DEL DERECHO CONTRACTUAL MODERNO

El jurista moderno que en la actualidad se plantea la reflexión sobre el mutuo disenso lo entenderá, en la mayoría de los casos, como lo que podría llamarse un contrato ‘eliminador’, el cual es para todos los efectos, un verdadero contrato.<sup>1</sup>

En este sentido, resulta emblemático el ejemplo del artículo 1321 Código Civil italiano (Cc.It.) de 1942 que contiene la definición de contrato: “*Il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale*”.<sup>2</sup>

---

\* La traducción en español estuvo a cargo de la Dra. Paula Natalia Robles Bacca.

<sup>1</sup> Con tal propósito veáanse Rescigno, Pietro, *Manuale di diritto privato italiano*, Italia, Ipsoa, 2000, p. 266; Luminoso, Angelo, *Il mutuo dissenso*, Italia, Giuffrè, 1980, pp. 1 y ss.; Franzoni, Massimo, s.v. “Mutuo dissenso”, *Enciclopedia giuridica*, Istituto della enciclopedia italiana fondato da Giovanni Treccani, Italia, 1998, Vol. XX, pp. 1 y ss.; Sacco, Rodolfo y De Nova, Giorgio, *Il contratto*, II, Trattato di diritto civile diretto da Rodolfo Sacco, 3ª ed., Italia, UTET, 2004, p. 730, en el cual se refiere que “*si tratta di una lettura ideologica, che muove dall'idea che il mutuo dissenso è un contratto*”.

<sup>2</sup> En el mismo sentido ya el Cc.It./1865 el cual, en general ‘más respetuoso’ que el Cc.Fr./1804, se apartaba del punto, conteniendo una definición amplia de contrato que explícitamente le reconocía no sólo la capacidad de crear obligaciones, sino también de ex-

El verbo ‘*estinguere*’ permite entender claramente que a los particulares les es consentido poner fin a la relación disponiendo en sentido inverso de cuanto había sido precedentemente pactado.

El artículo mencionado, leído junto con el artículo 1372 de la misma codificación con base en el cual “*il contratto ha forza di legge tra le parti. Non può essere sciolto che per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge [...]*” no deja lugar a dudas acerca de la fuerza reconocida a la autonomía privada para extinguir el vínculo contractual.

En el derecho contemporáneo, se ha visto una expansión de carácter iusnaturalista<sup>3</sup> de la categoría contractual, con la consiguiente inclusión en esta última del acuerdo eliminatorio del vínculo precedentemente creado por las partes, que permite a las mismas disolver, bajo el fundamento de la supremacía de la autonomía privada, un conjunto de intereses ya cristalizados. No considero que sea casual el hecho de que también, esta sea la vía escogida, más o menos recientemente, por los proyectos de unificación ó armonización del derecho contractual, los cuales igualmente reconocen al contrato la función no solamente de crear sino también de extinguir la obligación.

Si bien no es esta la sede para hacer una descripción detallada del panorama de los referidos proyectos, resulta, no obstante, ejemplificativo recordar brevemente la posición asumida en materia de mutuo disenso por el *Progetto*

---

tinguirlos, definiéndolo en el artículo 1098 como “*l'accordo di due o più persone per costituire, regolare o sciogliere fra loro un vincolo giuridico*”; señalaba la novedad sobre el particular Brugi, Biagio, *Istituzioni di diritto civile*, Italia, S.E.L., 1923, p. 513; sobre el proceso de codificación italiano en general me limito a referir Coing, Helmut, *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, Alemania, Verlag C.H. Beck, t. III.1, 1982, pp. 177 y ss. Con relación al Código Civil francés, resulta pertinente en esta sede subrayar la reciente reforma del derecho contractual, el cual luego de fuerte resistencia, modificó el artículo 1101 en el sentido que “*Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations*” (cfr. *Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* con la cual el Gobierno francés dio cumplimiento a la ley n. 2015-177 del 16 de febrero de 2015, la cual le delegaba la tarea de modernizar y simplificar el derecho contractual, el régimen general y la prueba de las obligaciones; reforma en vigor desde el 1 de octubre de 2016. No es este el lugar para afrontar la configuración asumida por la varias codificaciones sucesivas, europeas y no europeas, que han representado una adopción o en todo caso una adaptación de este Código, para lo cual se reenvía a Esborraz, David Fabio, “Los alcances del contrato en el subsistema jurídico latinoamericano”, *Roma e America. Diritto romano comune*, núm. 33, Italia, 2012, pp. 221 y ss.

<sup>3</sup> Cfr. *Les lois civiles dans leur ordre naturel; le droit public, et legum delectus. Par M. Domat, Avocat du Roi au Siège Présidial de Clermont en Auvergne*, Nouvelle édition, Francia, 1771, t. I, p. 1 (part. 1, lib. 1, tit. 1, sez. 1, n. 2 – *Définition de la convention*) ‘*La convention est le consentement de deux ou plusieurs personnes pour former entr’elles quelque engagement, ou pour en résoudre un précédent, ou pour y changer*’.

*italo-francese delle obbligazioni e dei contratti* de 1927,<sup>4</sup> el cual en el artículo 1 definía el contrato como “*l'accordo di due o più persone per costituire, modificare o estinguere un rapporto giuridico*”. La misma definición fue reproducida después en el *Code International des Obligations* de 1937 elaborado por Francesco Consentini, según el cual en el artículo 1º el contrato es “*accord de deux ou plusieurs personnes pour créer, modifier ou éteindre un rapport juridique*”.<sup>5</sup>

En el mismo sentido, de manera más o menos evidente, pero más recientemente:

1) Los *Unidroit Principles of International Commercial Contracts* los cuales en el artículo 3.1.2 (*Validity of mere agreement*) establecen “*A contract is concluded, modified or terminated by the mere agreement of the parties, without any further requirement*”.<sup>6</sup>

2) Los *Principles of European Contract Law* (PECL) de la denominada comisión Lando,<sup>7</sup> los cuales aunque no contienen una definición explícita de contrato sí le reconocen en todo caso, aunque indirectamente, un campo de aplicación amplio como se concluye de lo dispuesto por el artículo 2:106 [1º] “*(Written Modification only) A clause in a written contract requiring any modification or ending by agreement to be made in writing establishes only a presumption that an agreement to modify or end the contract is not intended to be legally binding unless it is writing*”.<sup>8</sup>

---

<sup>4</sup> Recientemente publicadas dentro de la *Rassegna forense. Quaderni*, cfr. Alpa, Guido y Chiodi, Giovanni (coord.), *Il progetto italo francese delle obbligazioni (1927). Un modello di armonizzazione nell'epoca della ricodificazione*, Italia, 2007.

<sup>5</sup> Cfr. Cosentini, Francesco, *Code international des obligations en 3115 articles: perfectionnement et ampliation du projet franco-italien de Code des obligations et des contrats (1927) en vue de l'unification des législations civiles et commerciales sur des bases internationales*, Francia, Institut américain de droit & de législation comparée, 1937.

<sup>6</sup> El cual debe ser leído junto con el artículo 1.3 “*(Binding character of contract) A contract validly entered into is binding upon the parties. It can only be modified or terminated in accordance with its terms or by agreement or as otherwise provided in these Principles*”. Cfr. *Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, Italia, 2010. Es posible seguir el trabajo del Instituto UNIDROIT y consultar el texto de los Principios en la dirección web: <http://www.unidroit.org/>.

<sup>7</sup> Cfr. *Principles of European Contract Law. Parts I and II*, Holanda, 1999; en cierta manera inspirados en los *restatements* degli Stati Uniti. Sobre el proceso de formación y sobre las características generales de los PECL, Luchetti, Giovanni y Petrucci, Aldo (coord.), *Fondamenti di diritto contrattuale europeo. Dalle radici romane al progetto dei Principles of European Contract Law della Commissione Lando*, Italia, Pàtron Editore, 2006, pp. 13 y ss.

<sup>8</sup> La decisión de no definir explícitamente el contrato deriva, en ambos casos, de la conocida dificultad de encontrar en este aspecto un compromiso entre los países del *common law* y aquellos del *civil law*. Al contrario, tomó una postura diversa el Código europeo de los contratos, cfr. punto 3) y siguientes.

3) El *Code européen des contrats* obra de la Academia de iusprivatistas europeos<sup>9</sup>, que en el título I del libro I, en el artículo 1.1 (*Définition*), dispone explícitamente “*Le contrat est l'accord de deux ou plusieurs parties destiné à créer, régler, modifier ou éteindre un rapport juridique [...]*” y asume por lo tanto una posición muy cercana a la prevista por el Cc.It./1942.<sup>10</sup>

4) El *Avant-projet d'Acte uniforme sur le Droit des contrats* de la *Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires* (OHADA)<sup>11</sup> que en el artículo 1/4 dispone “(*Force obligatoire du contrat*): *Le contrat valablement formé lie ceux qui l'ont conclu. Les parties ne peuvent le modifier ou y mettre fin que selon ses dispositions, d'un commun accord ou encore pour les causes énoncées par le présent Acte Uniforme*”, contiene una disposición muy similar a aquella de los *Principles Unidroit*.<sup>12</sup>

5) Posición similar, más o menos expresamente, también la acogida por el *Draft Common Frame of Reference* (DCFR)<sup>13</sup> en el artículo 1:101 (1) “(*Meaning*

---

<sup>9</sup> Cfr. Académie des Privatistes Européens, Gandolfi, Giuseppe (Coord.), *Code européen des contrats. Livre I, Avant-projet*, Italia, 2004 y *Code européen des contrats, Livre I, Avant-projet, Vente et contrats collatéraux*, Italia, Giuffrè, 2007. Es posible seguir el trabajo de la Académie des Privatistes Européens en la dirección web <http://www.eurcontrats.eu/index.php/lacademie>. Sobre los Proyectos y grupos de trabajo referidos véase Knütel, Rolf, “Diritto romano e unificazione del diritto delle obbligazioni”, *Roma e America. Diritto romano comune*, núm. 27, Italia, 2009, pp. 17 y ss. y en particular pp. 20 y ss.

<sup>10</sup> Excepción hecha en el caso relativo a la previsión explícita de la posibilidad de ‘modificar’ la relación jurídica, posibilidad que hoy, la mayor parte de la doctrina italiana, considerada integrada dentro del ‘regolare’ del citado artículo 1321 del Cc./1942 sobre el cual se puede consultar nuevamente el trabajo de Deiana, Giommara, “Contrarius consensus”, *Rivista di diritto privato*, núm. 9, Italia, 1939, Iª Parte, pp. 144 y ss. En el *Rapport introductif* a este proyecto se refieren como fuente tanto el artículo 1321 del citado Cc.It./1942 (cfr. *supra*) como el artículo 1 del *Contract code* redactado por H. McGregor por encargo de la *Law Commission* inglesa entre 1966 y 1972 (“*an agreement between two or more persons which the law recognises as creating, altering or extinguishing rights and duties*”), cfr. Académie des Privatistes Européens, Gandolfi, Giuseppe (coord.), *op. cit.*, nota 9, pp. 93 y ss.

<sup>11</sup> Al respecto Mancuso, Salvatore, *Diritto commerciale africano (OHADA)*, Edizioni Scientifiche Italiane, Italia, 2009, pp. 29 y ss. en general en lo relativo a la génesis y los objetivos OHADA, y en particular sobre el derecho contractual pp. 493 y ss.; véase también Moore Dickerson, Claire (coord.), *Unified Business Law for Africa. Common Law Perspectives in Ohada*, Inglaterra-Estados Unidos de América, GMB Publishing Ltd., 2009.

<sup>12</sup> Sobre la influencia de los Principios UNIDROIT véase de nuevo Mancuso, Salvatore, *op. cit.*, pp. 494 y ss.

<sup>13</sup> En el ámbito de su ‘6° PQRST’ la Comisión europea tiene, de hecho, confiado a un grupo de estudiosos (*Réseau commun pour le droit des contrats européens*) el encargo de elaborar un cuadro común de referencia para el derecho europeo de los contratos. El DCFR fue publicado (también sobre la base de los PECL) en una versión provisional en el 2008 y en una definitiva en el 2009, cfr. von Bar, Christian y Clive, Eric (coords.), *Principles, Definition and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full edition*, Alemania, Sellier, 2009. La lengua usada es el inglés y la esfera cubierta es muy amplia. Es posible seguir las varias etapas de evolución de este proyecto en continuo devenir en el sitio oficial de la UE, cfr. [europa.eu/index\\_it.htm](http://europa.eu/index_it.htm); sobre las

of «contract» and «juridical act»): *A contract is an agreement which is intended to give rise to a binding legal relationship or to have some other legal effect. It is a bilateral or multilateral juridical act*".<sup>14</sup>

Paralelamente, y únicamente para hacer un ulterior pero significativo ejemplo, es la posición adoptada incluso por el artículo 2 de la Ley china sobre los contratos del 15 de marzo de 1999, en el cual se dispone "Para los fines de esta ley, por contrato 合同 (*hetong*) se entiende un acuerdo 协议 (*xieyi*) para constituir, modificar o extinguir relaciones civiles de tipo obligatorio entre personas físicas, personas jurídicas u otras organizaciones, en calidad de sujetos paritarios".<sup>15</sup>

## II. EL MODELO DEL DERECHO ROMANO

El sistema contractual actual difiere sustancialmente del modelo propio del derecho romano, en el cual la posibilidad de extinguir el vínculo contractual a través de un simple acuerdo era reconocida a las partes sólo dentro de

---

varias posibilidades para la realización de un *European Contract Law* véase también la contribución de Alpa, Guido, *Competition of Legal System and Harmonization of European Private Law. New Paths in a Comparative Perspective*, Alemania, SELP, 2013, pp. 51 y ss. y 83 y ss.

<sup>14</sup> Especificando en los *Comments* en el relativo artículo el punto A. como "*The definition in the Article covers not only an agreement which is intended to create rights and obligations but also an agreement which is intended to have some other legal effect. For example, an agreement to vary the terms of an existing contract, or to terminate an existing legal relationship between the parties [...]*" para referir de nuevo en las relativas *Notes* al punto I.1., entre otros, el artículo 1321 del Cc.It./1942 el cual subraya como "*expressly refers to modifications and terminations of contract*"; el referido artículo debe ser leído en conjunto con el sucesivo artículo 1:103 "*(Binding effect): (1) A valid contract is binding on the parties. (2) A valid unilateral undertaking is binding on the person giving it if it is intended to be legally binding without acceptance. (3) This article does not prevent modification or termination of any resulting right or obligation by agreement between the debtor and creditor or as provided by law*" en los *Comment* en el punto D., también se confirma como el "*Paragraph (3) is added to make it clear that the fact that a contract or juridical act can create obligations does not mean that those obligations cannot be modified or terminated by agreement between the debtor and the creditor or as provided by law*", *cfr.* von Bar, Christian y Clive, Eric (coords.), *op. cit.*, nota 13, en orden 125 punto A., 126 punto I.1. y 134 punto D. Sobre el campo de aplicación reconocido al contrato en el interior del *DRAFT* véase Luchetti, Giovanni y Petrucci, Aldo (coords.), *Fondamenti di diritto contrattuale europeo. Dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference*, Italia, Patron Editore, 2010, pp. 63 y ss.

<sup>15</sup> Recibiendo de esta manera una definición de contrato extraña al derecho tradicional chino y propia, más bien, de la tradición civilística fundada en el derecho romano pero que se une bien con las exigencias modernas chinas vinculadas a la transformación de una economía planificada a una economía de mercado. Sobre este punto por todos Cardilli, Riccardo, "Precisazioni romanistiche su 合同 e 诚实信用", *Il libro e la bilancia. Studi in memoria di F. Castro*, Italia, Edizioni Scientifiche Italiane, 2010, t. II, pp. 153 y ss.

ciertos límites y subordinada al rígido requisito de la *res integra*, es decir, a la absoluta inejecución de las prestaciones a cargo de las partes.<sup>16</sup>

El *contrarius consensus* no fue pensado jamás como un contrato por los romanos. Esta postura se evidencia claramente si se presta atención a toda la reflexión jurisprudencial que, a partir de Q. Mucio en el notable contenido de D.46,3,80 (Pomp. 4 *ad Q. Muc.*) ‘justifica’ la disolución por *contrarius consensus* del contrato consensual constituido por el ‘mero consenso’ sobre la base de la antigua regla del *actus contrarius*.<sup>17</sup>

D.46,3,80 (Pomp. 4 *ad Q. Muc.*) *Prout quidque contractum est, ita et solvi debet: ut, cum re contraxerimus, re solvi debet: veluti cum mutuum dedimus, ut retro pecuniae tantundem solvi debeat. Et cum verbis aliquid contraximus, vel re vel verbis obligatio solvi debet, verbis, veluti cum acceptum promissori fit, re, veluti cum solvit quod promisit. Aequae cum emptio vel venditio vel locatio contracta est, quoniam consensu nudo contrahi potest, etiam dissensu contrario dissolvi potest.*

En el referido lema muciano<sup>18</sup> la regla del *actus contrarius*, con base en la cual aquello que con el mero consenso puede ser constituido, a través del

<sup>16</sup> Por otra parte, con tal propósito, considero se debe subrayar cómo, al contrario, en el derecho actual la referida expansión de la categoría contractual haya determinado en los códigos civiles modernos la superación de la condición de la *res integra*, que parece más bien encontrar en los mismos, espacio en el más angosto ámbito del recesso unilateral, como resulta probado, por ejemplo, con la evocación del ‘principio de ejecución’ contenido en el artículo 1373 del Cc.It./1942 con base en el cual “*Se a una delle parti è attribuita la facoltà di recedere dal contratto, tale facoltà può essere esercitata finché il contratto non abbia avuto un principio di esecuzione. Nei contratti a esecuzione continuata o periodica, tale facoltà può essere esercitata anche successivamente, ma il recesso non ha effetto per le prestazioni già eseguite o in corso di esecuzione. Qualora sia stata stipulata la prestazione di un corrispettivo per il recesso, questo ha effetto quando la prestazione è eseguita. È salvo in ogni caso il patto contrario*”. Sobre el asunto Cardilli, Riccardo, “*Iulianus XV digestorum (D.18.5.5.1-2) e i limiti al contrarius consensus*”, *Festschrift für Rolf Knütel zum 70. Geburtstag*, Alemania, C.F. Müller Verlag, 2009, p. 147.

<sup>17</sup> Sobre lo cual Liebs, Detlef, “*Contrarius actus. Zur Entstehung des römischen Erlaßvertrags*”, *Symptica Franz Wieacker Sexagenario Sasbachwaldeni a sui libata*, Vandenhoeck & Ruprecht, Alemania, 1970, pp. 111 y ss.; Knütel, Rolf, “*Zum Prinzip der formalen Korrespondenz im römischen Recht*”, *ZSS*, núm. 88, Alemania, 1971, pp. 67 y ss.

<sup>18</sup> Se trata, como es sabido, de un pasaje cuya paternidad fue muy discutida, sobre todo en el pasado, además de ser una fuente esencial para la reconstrucción del concepto romano *contrahere/contractus*, en torno al cual se ha desarrollado en un sentido y en el otro una copiosa bibliografía de la cual no es posible dar cuenta en esta sede. Para el aspecto que a nosotros interesa, es decir, el de *solvere obligationem* se reenvía a Fiori, Roberto, “*Contrahere eolvere obligationem in Q. Mucio Scevola*”, *Fides, Humanitas Ius, Studi in onore di Luigi Labruna*, Italia, Editoriale Scientifica, 2007, t. III, pp. 19 y 55 ss., el cual considera el pasaje integralmente atribuible a Q. Mucio, incluso en la parte final. Más dudosos en ese sentido, por su parte, Knütel, Rolf, *Contrarius consensus. Studien zur Vertragsaufhebung im römischen Recht*, Alemania,

mero consenso puede ser igualmente disuelto, es enunciada primero en vía general (*prout quidque contractum est, ita et solvi debet*) y luego concretizada en las *obligationes contractae* concluidas *re, verbis*,<sup>19</sup> muy probablemente *litteris*,<sup>20</sup> y *consensu*.<sup>21</sup> Con relación a estas últimas, en la frase final de la fuente, se afirma

Bohlau, 1968, pp. 10 y ss.; Gallo, Filippo, *Synallagma e conventio nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne. Corso di diritto romano*, Italia, G. Giappichelli Editore, 1992, t. I, pp. 24 y ss.; Santoro, Raimondo “Su D.46.3.80 (Pomp. 4 ad *Quintum Mucium*)”, *AUPA*, núm. 55, Italia, 2012, pp. 555 y ss. Sobre la fuente y en lo que hace a la paternidad muciana del pasaje, recientemente Cardilli, Riccardo, *Damnatio e oportere nell’obbligazione*, Italia, Jovene, 2016, pp. 288 y ss.

<sup>19</sup> La presunta inchoencia que en el texto se referiría a las *obligationes verbis contractae* —para las cuales se dice que estas puedan ser disueltas bien *re*, bien *verbis*— puede ser suficientemente explicada considerando que sobre el punto el jurista republicano haya querido evidenciar la intersección entre el cumplimiento y la disolución independientemente de la prestación, recordando primero, cómo la remisión del débito se realiza *verbis*, a través de la *acceptilatio* e inmediatamente después, agregando que también se puede *solvere re*. En este sentido, por todos, Fiori, Roberto, *op.cit.*, nota 18, pp. 1965 y ss.

<sup>20</sup> Sobre la supresión de la referencia a las *obligationes litteris contractae*, coherentemente con la perspectiva justiniana sobre la materia, véanse Kaser, Max, “Gaius und die Klassiker”, *ZSS*, Alemania, núm. 70, 1953, p. 161 nt. 129; Kaser, Max, “Divisio obligationum”, *Studies in Justinian’s Institutes in memory of J.A.C. Thomas*, Sweet & Maxwell, Inglaterra, 1983, p. 77, notas 24 y 28; Grosso, Giuseppe, *Il sistema romano dei contratti*, 3ª ed., Italia, G. Giappichelli Editore, 1963, pp. 91 y ss. y 137 y s.; Cannata, Carlo Augusto, “La ‘distinctio’ re-verbis-litteris-consensu et les problèmes de la pratique”, *Sein und Werden im Recht. Festgabe Ulrich von Lübtow*, Alemania, Duncker & Humboldt, 1970, p. 441; Cannata, Carlo Augusto, “Der Vertrag als zivilrechtlicher Obligerungsgrund in der römischen Jurisprudenz der klassischen Zeit”, *Collatio iuris romanis. Études* H. Ankum, Holanda, J. C. Gibien éditeur, 1995, t. I, p. 60, nota 8; Schiavone, Aldo, *Giuristi e nobili nella Roma repubblicana*, Italia, Laterza, 1992, p. 55; Schiavone, Aldo, *Ius. L’invenzione del diritto in Occidente*, Italia, Einaudi, 2005, p. 182; Gallo, Filippo, *op. cit.*, nota 18, p. 30; Saccoccio, Antonio, *Si certum petetur. Dalla conditio dei veteres alle conditiones giustinianeae*, Italia, Giuffrè, 2002, pp. 153 y 155 en particular nota 34; Cascione, Cosimo, *Consensus. Problemi di origine, tutela processuale prospettive sistematiche*, Italia, Editoriale Scientifica, 2003, pp. 408 y 410; Fiori, Roberto, *op. cit.*, nota 18, p. 1958.

<sup>21</sup> Si bien estas últimas se consideran no todavía desde el punto de vista de la categoría, dado que habla, por otra parte, aún de la paternidad muciana de toda la fuente, incluida la discutida frase final. Resta valor a esta postura el testimonio ciceroniano Cic. *De off.* III, 17, 70, “*Nam quanti verba illa ‘UTI NE PROPTER TE FIDEMVE TUAM CAPTUS FRAUDATUSVE SIM’ quam illa aurea «UT INTER BONOS BENE AGIER OPORTET ET SINE FRAUDATIONE». Sed, qui sint boni et quid sit bene agi magna quaestio est. Quintus quidem Scaevola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus arbitriis in quibus adderetur ‘ex fide bona’. fideique bonae nomen existimabat manere latissime idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis venditis, conductis locatis, quibus vitae societas contineretur: in his magni esse iudicis statueret, praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria, quid quemque cuique praestare oporteret*” (sobre la fuente Cardilli, Riccardo, “*Bona fides*” *tra storia e sistema*, 3ª ed., Italia, G. Giappichelli Editore, 2014, pp. 57 y ss.), en la cual la “*scomposizione della compravendita e della locazione-conduzione*” se atribuye precisamente a Q. Mucio, cosa que, como fue oportunamente subrayado, excluye en relación al pasaje en consideración, sea la “*congettura della manipolazione postclassica o giustiniana*” sea aquella

que, análogamente a como sucede en los otros casos ( es decir, aquellos ya conocidos por el *ius civile* y apenas referidos: *re, verbis, litteris*), aquello que con el simple acuerdo podía ser constituido —‘*nudus consensu*’ se lee en el texto exactamente para indicar el consenso privado de cualquier ‘envoltura’ formal—<sup>22</sup> a través del simple acuerdo podía igualmente ser disuelto (*Aequum cum emptio vel venditio vel locatio contracta est, quoniam consensu nudo contrahi potest, etiam dissensu contrario dissolvi potest*).<sup>23</sup>

Postura que se encuentra también en Sabino en D.50,17,35 (Ulp. 48 *ad Sab.*),<sup>24</sup> en Gayo en D.50,17,100 (Gai. 1 *reg.*)<sup>25</sup> y en las instituciones de Justinia-

---

de la “*scappatoia dell’errore di un copista*”, así Gallo, Filippo, *op. cit.*, nota 18, p. 36. Sin embargo, sobre este asunto, véanse también las importantes consideraciones de Fiori, Roberto, *op. cit.*, nota 18, p. 1962, quien, sin negar la paternidad muciana de la fuente, pone de presente como “*il passo di Cicerone non può essere assunto come testimonianza per un uso linguistico repubblicano, posto che il manoscritto ciceroniano non aveva segni di interpunzione cosicché potrebbe immaginarsi anche una scansione del tipo ...rebus emptis venditis, conductis locatis... Sia perché ancora in Gaio si trovano espressioni come emptio et venditio oppure locatio et conductio (3.139 y ss.), ecc., segno di un uso linguistico diffuso e non circoscrittibile ad epoche determinate*”.

<sup>22</sup> Es decir, con el adjetivo *nudus* colocado junto a *consensus* se limitaba a indicar el modo más común de manifestación de la voluntad, si bien la categoría de las obligaciones *consensus contractae*, a diferencia de las otras, aún no se hubiese perfilado, *cfr.* nota anterior.

<sup>23</sup> Se trata, al menos por cuanto sabemos, de la primera ‘recepción’ del *contrarius consensus* como medio de disolución de los contratos consensuales, sobre la base de la más antigua ley de la simetría. En esta perspectiva no parecería casual que el primer jurista en llevar a cabo este razonamiento haya sido justamente Quinto Mucio en el ámbito del razonamiento lógico de género-especie que, como sabemos por Pomponio, distinguía la elaboración jurisprudencial del jurista *cfr.* D.1,2,2,41 (Pomp. *ench.*) *Post hos Quintus Mucius Publii filius pontifex maximus ius civile primum constituit generatim in libros decem et octo redigendo*, sobre el cual Schipani, Sandro, *La codificazione del diritto romano comune*, 2ª reimpression actualizada, Italia, G. Giappichelli Editore, 1999, pp. 199 y ss.

<sup>24</sup> “*Nihil tam naturale est quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est. ideo verborum obligatio verbis tollitur: nudi consensus obligatio contrario consensus dissolvitur*”, en la cual la regla general del *actus contrarius* es, de manera similar a cuanto sucede con D.46,3,80 (Pomp. 4 *ad Q. Muc.*), primero enunciada en forma general y luego concretizada a través de ejemplos que en el caso de la fuente *de qua* están representados por las obligaciones contratadas *verbis* y *consensu*. Sobre el pasaje, que con referencia al *nudus consensus* evoca el lema muciano ya referido véanse con diversas posiciones Knütel, Rolf, *op. cit.*, nota 18, pp. 15 y ss.; Gallo, Filippo, *op. cit.*, nota 18, pp. 35 y ss. En lo que hace a la relación entre *capita* mucianos y las *Masuri rubricae* Schulz, Fritz, *Storia della giurisprudenza*, Trad. G. Nocera, Italia, Sansoni, 1968, pp. 277 y ss.

<sup>25</sup> *Omnia, quae iure contrahuntur, contrario iure perunt*. Se trata de una fuente proveniente de los *Regularum libri III* gayanos en la cual, en sintonía con el carácter de la obra (sobre lo cual Schulz, Fritz, *op. cit.*, nota 24, pp. 307 y ss., en particular p. 309) el principio de la correspondencia entre forma de constitución y forma de disolución viene enunciado con carácter general, sin sucesivas concretizaciones ejemplificativas, ni limitaciones vinculadas sólo a las *obligationes contractae*. Sobre el pasaje y sobre las perplejidades que este presenta Knütel, Rolf, *op. cit.*, nota 18, pp. 3 y ss. y Gallo, Filippo, *op. cit.*, nota 18, 25 nt. 11.

no I.3,29,4<sup>26</sup> como testimonios de toda una línea jurisprudencial que ‘recibía’ el *contrarius consensus* como acto contrario del contrato consensual, fundándolo precisamente sobre la ley de simetría.

Es importante poner de relieve que la diversa postura que se encuentra en esta línea jurisprudencial que, desde el siglo I d.C. con Aristón<sup>27</sup> y luego aún más intensamente desde la época de los Antoninos, se centra en la dialéctica *contrarius consensus-pacisci*, parece acoger tal dialéctica en un contexto lleno de implicaciones, aunque en todo caso respetando el límite de la tipicidad contractual (*‘Tipenzwang’*) y dando prevalencia a la realidad del contrato celebrado. En este sentido, se presenta la rigurosa postura de Juliano sobre el requisito de la *res integra* contenido en D.18,5,5,2 (Iul. 15 *dig.*);<sup>28</sup> la opinión de Pomponio contenida en D.18,5,2 (Pomp. 24 *ad Sab.*)<sup>29</sup> y en

<sup>26</sup> “*Hoc amplius eae obligationes, quae consensus contrahuntur, contraria voluntate dissolvuntur. Nam si Titius et Seius inter se consenserunt, ut fundum Tusculanum emptum Seius haberet centum aureorum, deinde re nondum secuta, id est neque pretio soluto neque fundo tradito, placuerit inter eos, ut discederet ab emptione et venditione, invicem liberantur. idem est et in conductione et locatione et omnibus contractibus, qui ex consensus descendunt, sicut iam dictum est*”. Se trata de una fuente traída del vigésimo nono título del libro tercero de las Instituciones justinianeas, en las cuales el objeto del análisis son los modos de extinción de las obligaciones (*Quibus modis obligatio tollitur*); el pasaje, haciendo excepción del requisito de la *res integra*, aclara que las obligaciones *consensu contractae* se disuelven por mutuo disenso, a través de una *contraria voluntas*. Sobre la fuente y sobre los problemas que presenta Knütel, Rolf, *op. cit.*, nota 18, pp. 17 y ss.

<sup>27</sup> *Cfr.* D.2,14,58 (Ner. 3 *membr.*) sobre el cual *infra*.

<sup>28</sup> *Mortuo autem nomine perinde habenda est venditio ac si traditus fuisset, utpote cum venditor liberetur et emptori homo pereat: quare nisi iusta conventio intervenerit, actiones ex empto et vendito manebunt*, en el cual se pregunta sobre cuales sean los efectos de la *conventio* eliminatória cuando esta intervenga *mortuo homine*. Es decir, el problema que Juliano parece ponerse en la fuente es cuál sea el valor que deba reconocerse a la autonomía de las partes (expresada a través de un *pactum ex intervallo*) en relación a la disolución de la *emptio venditio* una vez, que muerto el esclavo, la ejecución de la prestación principal del vendedor haya resultado imposible; a la misma conclusión llega también en el caso de que el siervo hubiera sido consignado - la elección rigurosa del jurista, contenida en el pasaje *de quo*, de equiparar la muerte del siervo al acaecimiento de la *traditio* del mismo es, sin duda, significativa al interior de la dialéctica entre *contrarius consensus* y *pacisci* y bien testimonia una configuración para la cual la realidad del contrato concluido prevalece sobre la autonomía de las partes. Sobre el pasaje Cardilli, Riccardo, *op. cit.*, nota 16, p. 147 y ss.

<sup>29</sup> “*Si quam rem a te emi, eandem rursus a te pluris minorisve emero, discessimus a priore emptione (potest enim, dum res integra est, conventionem nostram infectam fieri emptio) atque ita consistit posterior emptio, quasi nulla praecesserit. sed non poterimus eadem ratione uti post pretium solutum emptionem repetita, cum post pretium solutum infectam emptionem facere non possumus*”. El caso analizado por el jurista es el de una compraventa sucesiva del mismo objeto y entre los mismo contrayentes, pero por un precio diverso. El objeto de la reflexión parece, por lo tanto estar dirigido a indagar cuándo y dentro de cuáles límites, se pudiese admitir la eficacia del acto igual y sucesivo. Pomponio parece servirse específicamente del *contrarius consensus*, en este caso tácito, para resolver la cuestión, leyendo el acuerdo con el cual las partes dan vida al segundo contrato como expresión de

D.2,14,7,6 (Ulp. 4 *ad ed.*)<sup>30</sup> respectivamente sobre el así denominado *contrarius consensus* tácito y sobre aquel parcial; la reflexión de Papiniano sobre los *pacta adiecta in continenta e in ex intervallo* y la respectiva nota de Paulo también en materia de *contrarius consensus* tácito o implícito contenida en D.18,1,72 pr. (Pap. 10 *quaest.*);<sup>31</sup> la reflexión paulina contenida en D.2,14,27,2 (Paul. 3 *ad ed.*)<sup>32</sup> sobre la eficacia modificatoria de los pactos adjuntos; y en D.18,5,3

dos diversas disposiciones: la primera se concretiza en un pacto dirigido a dejar sin efectos el primer contrato concluído entre las partes, claramente mientras que este no haya sido aún ejecutado (*potest enim, dum res integra est, conventione nostra infecta fieri emptio*) y viene, por lo tanto, evidentemente entendida como un *contrarius consensus*, aunque implícitamente expresado; la segunda, contenida en el mismo acto de las partes viene a ser entendida, precisamente porque el primer contrato ha sido reducido a la nada a través del *contrarius consensus*, como un nuevo contrato de compraventa, una *emptio repetita*. Sobre el pasaje Lambrini, Paola, “Brevi riflessioni in tema di patti modificativi”, *Studi per Giovanni Nicosia*, Italia, G. Giappichelli Editore, 2007, t. IV, pp. 305 y ss.

<sup>30</sup> *Adeo autem bonae fidei iudiciis pactiones postea factae, quae ex eodem sunt contractu, insunt, ut constet in emptione ceterisque bonae fidei iudiciis re nondum secuta posse abiri ab emptione. si igitur in totum potest, cur non et pars eius pactione mutari potest? et haec ita Pomponius libro sexto ad edictum scribit [...]*, en el cual es nuevamente Pomponio quien justifica el así llamado *contrarius consensus* parcial, o modificatorio, precisamente sobre la base de la ya reconocida, para este momento del desarrollo jurisprudencial, posibilidad de eliminación total del contrato consensual. Sobre el pasaje Knütel, Rolf, *op. cit.*, nota 18, pp. 70 y ss.

<sup>31</sup> *Pacta conventa, quae postea facta detrahunt aliquid emptioni, contineri contractui videntur: quae vero adiciunt, credimus non inesse. quod locum habet in his, quae adminicula sunt emptionis, veluti ne cautio duplae praestetur aut ut cum fideiussore cautio duplae praestetur. sed quo casu agente emptore non valet pactum, idem vires habebit iure exceptionis agente venditore. an idem dici possit aucto postea vel deminuto pretio, non immerito quaesitum est, quoniam emptionis substantia constitit ex pretio. Paulus notat: si omnibus integris manentibus de augendo vel deminuendo pretio rursus convenit, recessum a priore contractu et nova emptio intercessisse videtur*, en el cual Papiniano evidencia tener una idea muy refinada de la voluntad de las partes, a la cual resulta reconocida, en el razonamiento del mismo, la fuerza de abarcamiento incluso en relación con aquellos *pacta ex intervallo quae detrahunt aliquid emptioni*. Sobre la fuente y sobre su relación con D.2,14,7,6 (Ulp. 4 *ad ed.*) véase Cardilli, Riccardo, “Il problema della resistenza del tipo contrattuale nel diritto romano tra *natura contractus e forma iuris*”, *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato III*, Italia, Jovene Editore, 2008.

<sup>32</sup> “*Pactus, ne peteret, postea convenit ut peteret: prius pactum per posterius eliditur, non quidem ipso iure, sicut tollitur stipulatio per stipulationem, si hoc actum est, quia in stipulationibus ius continetur, in pactis factum versatur: et ideo replicatione exceptio eliditur. eadem ratione contingit, ne fideiussoribus prius pactum prosit. sed si pactum conventum tale fuit, quod actionem quoque tolleret, velut iniuriarum, non poterit postea paciscendo ut agere possit, agere: quia et prima actio sublata est et posterius pactum ad actionem parandam inefficax est: non enim ex pacto iniuriarum actio nascitur, sed ex contumelia. idem dicemus et in bonae fidei contractibus, si pactum conventum totam obligationem sustulerit, veluti empti: non enim ex novo pacto prior obligatio resuscitatur, sed proficiet pactum ad novum contractum. quod si non ut totum contractum tolleret, pactum conventum intercessit, sed ut imminueret, posterius pactum potest renovare primum contractum. quod et in specie dotis actionis procedere potest. puta pactam mulierem, ut praesenti die dos redderetur, deinde pacisci, ut tempore ei legibus dato dos reddatur: incipiet dos redire ad ius suum. nec dicendum est deteriore conditione dotis fieri per pactum: quotiens enim ad ius, quod lex naturae eius tribuit, de dote actio redit, non fit causa dotis deterior, sed formae suae redditur. haec*

(Paul. 33 *ad ed.*)<sup>33</sup> sobre los efectos del *contrarius consensus* en el contrato con relación a las denominadas relaciones accesorias.

Tampoco en esta segunda fase, en la cual seguramente los juristas romanos reconocieron un amplio margen de acción a la voluntad de las partes para deshacer todo cuanto había sido precedentemente establecido (o de modificarlo), al *contrarius consensus* se le consideró nunca como un contrato y el requisito de la *res integra* se mantuvo siempre como presupuesto esencial para la operatividad del acuerdo eliminatorio, y como testimonio de una prevalencia reconocida a la *obligatio contracta* incluso en desmedro de la autonomía privada.

Fundamental a este respecto, es el texto de Neracio reproducido en

D.2,14,58 (Nerat. 3 *membra*). *Ab emptione venditione, locatione conductione ceterisque similibus obligationibus quin integris omnibus consensu eorum, qui inter se obligati sint, recedi possit, dubium non est. Aristoni hoc amplius videbatur, si ea, quae me ex empto praestare tibi oporteret, praestitisses et cum tu mihi pretium deberes, convenisset mihi tecum, ut rursus praestitis mihi a te in re vendita omnibus, quae ego tibi praestitisses, pretium mihi non dares tuque mihi ea praestitisses: pretium te debere desinere, quia bonae fidei, ad quam omnia haec rediguntur, interpretatio hanc quoque conventionem admittit. nec quicquam interest, utrum integris omnibus, in quae obligati essemus, conveniret, ut ab eo negotio discederetur, an in integrum restituis his, quae ego tibi praestitisses, consentiremus, ne quid tu mihi eo nomine praestares. illud plane conventionem, quae pertinet ad resolvendum id quod actum est, perfici non potest, ut tu quod iam ego tibi praestiti contra praestare mihi cogaris: quia eo modo non tam hoc agitur, ut a pristino negotio discedamus, quam ut novae quaedam obligationes inter nos constituentur.*

---

et Scaevolae nostro placuerunt”. En la fuente en la que igualmente emerge el esquema del *contractus renovatus*, Paulo se pregunta acerca de la eficacia modificatoria de los pactos agregados y la prohibición de *resuscitare obligationem*. Sobre el pasaje Lambrini, Paola, *op. cit.*, nota 29, pp. 312 y ss.; Cardilli, Riccardo, *op. cit.*, nota 31, pp. 64 y ss.

<sup>33</sup> “*Emptio et venditio sicut consensu contrahitur, ita contrario consensu resolvitur, antequam fuerit res secuta: ideoque quaesitum est, si emptor fideiussorem acceperit, vel venditor stipulatus fuerit, an nuda voluntate resolvatur obligatio. Iulianus scripsit ex empto quidem agi non posse, quia bonae fidei iudicio exceptiones pacti insunt: an autem fideiussori utilis sit exceptio, videndum: et puto liberato reo et fideiussorem liberari. item venditorem ex stipulatu agentem exceptione summoveri oportet, idemque iuris esse, si emptor quoque rem in stipulationem deduxerint: an autem fideiussori utilis sit exceptio, videndum: et puto liberato reo et fideiussorem liberari. item venditorem ex stipulatu agentem exceptione summoveri oportet, idemque iuris esse, si emptor quoque rem in stipulationem deduxerit*”. En el pasaje Paulo se ocupa de la eficacia de la disolución por mutuo consenso de una compraventa respecto de la estipulación de garantía y de la estipulación novatoria. Sobre la fuente se ha desarrollado igualmente una consistente literatura, en particular véase Knütel, Rolf, *op. cit.*, nota 18, que sobre la misma ha basado su reconstrucción del *contrarius consensus*. Véanse igualmente Lambrini, Paola, *op. cit.*, nota 29, p. 315; Cardilli, Riccardo, *op. cit.*, nota 31, pp. 148 y ss.

Claramente no resulta posible en esta sede, dar cuenta de los múltiples aspectos y problemas que este pasaje contiene.<sup>34</sup> Aquí es pertinente solamente relevar cómo Neracio demuestra considerar ya pacífico (*dubium non est*)<sup>35</sup> en esta etapa del desarrollo jurisprudencial, la utilización de la *conventio* como instrumento de disolución del contrato consensual mientras que este no se haya aún ejecutado.<sup>36</sup> A continuación de estos presupuestos generales el jurista nos reporta una original posición de Aristón (*Aristoni hoc amplius videbatur*),<sup>37</sup> quien habría reconocido la posibilidad de disolver por medio de *contrarius consensus* el contrato consensual incluso, con ejecución ya iniciada a través de un mecanismo que podríamos definir como de ‘restablecimiento’ de la situación originaria y por lo tanto de restablecimiento de la *res integra*. Es decir, después de la ejecución de la prestación por parte del vendedor (*Ego*) en favor del comprador (*Tu*), Aristón nos describe una situación por la cual las partes acuerdan “*ut rursus praestitis mihi a te in re vendita omnibus, quae ego tibi praestitissem, pretium mihi non dares*”. Aún cuando se está frente a un acuerdo con el cual los contrayentes expresan claramente la voluntad de dejar sin efectos la venta, lo cierto es que el efecto extintivo no es inmediato, puesto que se considera necesaria la efectiva y previa *restitutio*. Solamente cuando el comprador hubiese dado ejecución a la restitución de todo cuanto ya estaba cumplido por el vendedor, es decir, con la situación inicial restablecida, la *conventio* eliminatória habría podido operar validamente.<sup>38</sup> Aristón, en síntesis, parecería reconstruir en sentido inverso, pero paralelo, en la fuente *de qua* un mecanismo similar a aquel de la

<sup>34</sup> Para los cuales se reenvía a Talamanca, Mario, “La ‘bona fides’ nei giuristi romani: «Leerformel» e valori dell’ordinamento”, *Il ruolo della buona fede oggettiva nell’esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese (Padova - Venezia - Treviso, 14-15-16 giugno 2001)*, Italia, CEDAM, 2003, t. IV, pp. 100 y ss.

<sup>35</sup> La misma posibilidad vendrá repetidamente confirmada y teorizada incluso más tarde por juristas, con particular insistencia por Pomponio. A título ejemplificativo se recuerdan D.2,14,7,6 (Ulp. 4 *ad ed*) en el cual es Ulpiano quien nos reporta la opinión de este jurista; D.18,1,6,2 (Pomp. 9 *ad Sab.*), D.18,5,2 (Pomp. 24 *ad Sab.*), D.46,3,80 (Pomp. 4 *ad Q. Muc.*).

<sup>36</sup> En el texto vienen de hecho explícitamente referidas la *emptio venditio* y la *locatio conductio* así como *ceterisque similibus obligationibus*.

<sup>37</sup> Al mismo jurista reconoce “*acume ed indipendenza nella costruzione giuridica*”, Orestano, Riccardo, “Aristone Tizio”, *ANDI*, 1957, UTET, Italia, vol. I, p. 1004.

<sup>38</sup> El jurista se sirve de un razonamiento que acoge y evidencia la analogía entre *contrarius consensus* que opera en una situación de *res integra* y aquel que de la misma manera opera en una situación de *res integra* ya reestablecida y, probablemente porque percibe la necesidad dada la originalidad de la solución propuesta, funda su opinión en la *bona fides* (*Quia bonae fidei, ad quam omnia haec rediguntur, interpretatio hanc quoque conventionem amittit*). Sobre el sintagma *bonae fidei interpretatio* y sobre los problemas que este implica véase Stolfi, Emanuele, *Bonae fidei interpretatio*. *Ricerche sull’interpretazione di buona fede tra esperienza romana e tradizione romanistica*, Italia, Jovene, 2004, p. 29.

relevancia de la *conventio* 'atípica' con la *causa* en terminos de prestación exigida, contenida en D.2,14,7,2 (Ulp. 4 *ad ed.*).<sup>39</sup>

La construcción elaborada por este jurista no tuvo, al menos por cuánto tenemos noticia, particular adherencia y los juristas sucesivos que se ocuparon de la operatividad del *contrarius consensus* lo subordinaron siempre al requisito de la total inejecución de las prestaciones, sin hacer referencia a la posibilidad aristoniana, no porque esta no fuese en sí respetuosa de la tipicidad contractual, sino probablemente porque era percibida mayormente como 'peligrosa' para la misma, en cuanto potencialmente 'erosiva'.<sup>10</sup>

### III. EL DERECHO CONTRACTUAL LATINOAMERICANO

Estos dos modelos, que de manera análoga a cuanto sucede respecto de las Codificaciones europeas, parecen reflejarse también al interior de las Codificaciones latinoamericanas entre las cuales, también es posible distinguir entre aquellas que ofrecen una noción 'más restringida' de contrato, haciendo eco del modelo romano más riguroso; y aquellas que ofrecen una noción 'más amplia'.

#### 1. Código Civil del Perú de 1852 y Código Civil chileno de 1855

En lo que hace a la primera tipología es necesario poner de relieve cómo reconocen, al menos formalmente, un campo de aplicación 'restringido' al contrato no sólo aquellos códigos que de algún modo representan una adopción (Cc.Hai./1825; Cc.RD./1845) o una adaptación (Cc.

<sup>39</sup> "Sed et si in alium contractum res non transeat. subsit tamen causa. eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem. ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc *συνάλλαγμα* esse et hinc nasci civilem obligationem. et ideo puto recte Iulianum a Mauriciano reprehensum in hoc: dedi tibi Stichum, ut Pamphilum manumittas: manumisisti: evictus est Stichus. Iulianus scribit in factum actionem a praetore dandam: ille ait civilem incerti actionem. id est praescriptis verbis sufficere: esse enim contractum, quod Aristo *συνάλλαγμα* dicit, unde haec nascitur actio". No es esta la sede para abordar los problemas que la notabilísima fuente presenta, para lo cual se reenvía a Gallo, Filippo. *Synallagma e conventio nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne. Corso di diritto romano*, Italia, G. Giappichelli Editore, 1995, t. II, pp. 93 y ss.

<sup>10</sup> Con excepción de una, aunque discutida, constitución contenida en C.4.45.1 (Imp. Gord. a Lic. Rufino) *Re quidem integra ab emptione et venditione utriusque partis consensu recedi potest: etenim quod consensu contractum est, contrariae voluntatis adminiculo dissolvitur. at enim post traditionem interpositam nuda voluntas non resolvit emptionem, si non actus quoque priori similis retro agens venditionem intercesserit*, que parece representar una correcta interpretación de la opinión de Aristón; sobre el pasaje Stolfi, Emanuele, *op. cit.*, nota 38, 37 nt. 28.

Bol./1830;CcCOR1861) del Código Civil francés de 1804,<sup>41</sup> sino también la primera “Codificación iberoamericana endógena”,<sup>42</sup> el Código Civil del Perú de 1852 (Cc.Per./1852, artículo 1226) así como el Código Civil chileno de 1855 (Cc./1855, artículo 1438) —junto con aquellos códigos que también, más o menos indirectamente, han realizado una adaptación de su texto: artículo 1481 Cc.Ecu./1858; artículo 1495 Cc.Col./1859; artículo 1309 del Cc.Sal./1859; artículo 1247 Cc.Uru./1867; artículo 1539 Cc.Hon./1906; artículo 1105 Cc.Pan./1916—.

Sin embargo, pese a que las dos codificaciones mencionadas limitan el campo de aplicación del contrato a la creación de obligaciones, y no lo extienden para su extinción, es necesario resaltar que la doctrina de los respectivos países ha reinterpretado el texto codificado, a veces haciendo uso de una interpretación extensiva que incluya una concepción del mutuo disenso como un contrato eliminatorio.

Respecto del arriba mencionado Código Civil peruano de 1852, ya Ricardo Ortiz de Zevallos y Vidaurre era crítico acerca de la noción de contrato contenida en el artículo 1226 del mismo código conforme al cual “Contrato es un convenio celebrado entre dos ó mas personas, por el que se obligan á dar, hacer ó non hacer alguna cosa”, sosteniendo que “el citado artículo no traduce la verdadera intención de nuestro legislador” así como haciendo explícito que el contrato es “*el resultado del acuerdo entre dos ó más personas para crear, modificar ó extinguir alguna obligación*”.<sup>43</sup>

En oposición, el rol asumido por la doctrina frente al Código Civil chileno de 1855,<sup>44</sup> evidencia una dirección más rigurosa y fuertemente arraigada a la tradición romanística. Esto pese a que el contenido del artículo 1438 de este Código disponga que “*contrato o convención es un acto por el cual una parte se*

---

<sup>41</sup> Cfr. Guzmán Brito, Alejandro, *La Codificación civil en Iberoamérica, Siglos XIX y XX*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2000, en particular pp. 289 y ss. y 307 y ss.

<sup>42</sup> Cfr. *Ibidem*, nota 41, p. 329.

<sup>43</sup> Cfr. Ortiz de Zevallos y Vidaurre, Ricardo, *Tratado de derecho civil peruano teórico y práctico (Comentario al libro III del Código civil de 1852)*, t. 2, E. Rosay, Perú, 1906, p. 15 y s. Se pone en correlación la referida definición con aquella del artículo 1351 del Cc.Per./1984 con base en la cual “El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial”, también es necesario precisar, cómo ha sido específicamente subrayado que mientras este artículo utilizó como modelo aquel del artículo 1321 del Cc.It./1942 la definición del jurista peruano parece estar más cercana a aquella contenida en el artículo 1098 del Cc.It./1865 (sobre el cual véase *supra*), al respecto Esborraz, David Fabio, *op. cit.*, nota 2, p. 236.

<sup>44</sup> Sobre la definición de contrato contenida en este código, también en relación con la experiencia de la codificación francesa véase Hernán Corral Talciani, “La definición de contrato en el Código Civil chileno y su recepción doctrinal. Comparación con el sistema francés”, *Roma e America. Diritto romano comune*, núm. 12, Italia, 2001, pp. 131 y ss.

*obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa*” con lo que se presta para una interpretación extensiva del campo de aplicación contractual, en la que los términos ‘contrato’ y ‘convención’ de la primera parte de la definición puedan ser entendidos como sinónimos, al constituirse ambos como especies del más general concepto de ‘acto’ (con la consecuente posibilidad de reconocer que este es el acto jurídico bilateral que crea, modifica y/o extingue obligaciones), la doctrina chilena ha hecho énfasis sobre todo en la segunda parte de la definición de contrato de Andrés Bello<sup>45</sup> limitando la noción de contrato solamente a aquellas convenciones que dan lugar al nacimiento de obligaciones.<sup>46</sup> Resulta significativo, a fin de evidenciar el rol que la doctrina puede desempeñar en un caso como este, hacer mención a la experiencia del Código Civil de la República de Colombia (Cc.Col./1859), el cual aunque reproduce el texto del Cc.Ch./1855<sup>47</sup> la doctrina colombiana, hizo un razonamiento diferente al de aquella chilena; poniendo la atención no en la segunda parte de la definición de Bello (en la cual el campo de aplicación contractual parece estar limitado unicamente a la creación de obligaciones) sino al contrario en la primera parte (en la cual el contrato se identifica con ‘convención’) de manera que la doctrina colombiana concluye consecuentemente que “*el contrato crea o extingue obligaciones*”<sup>48</sup> sobre la base de que la “*convención [...] es el resultado del acuerdo de dos o más personas para crear alguna obligación o para extinguir o modificar una preexistente*”.

<sup>45</sup> Referenciándose también a Robert Joseph Pothier, *Traité des obligations*, t. 1, ed. Paris-Orleans 1761, artículo VI<sup>o</sup>, 3, p. 6 y s. Considerado el verdadero inspirador de todas las disposiciones del código relativas a las obligaciones, *cf.* *Código Civil de la República de Chile. Introducción y Notas de Pedro Lira Urquieta. Texto concordante con los distintos proyectos de Bello*, Venezuela, Ediciones del Ministerio de educación, 1981, t. 15, pp. 377.

<sup>46</sup> Véanse a título ejemplificativo Alessandri Rodríguez, Arturo, *De los contratos*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1936, p. 4; Claro Solar, Luis, *Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado*, De las Obligaciones, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1936, t. 10, vol. 1, p. 567; Hurtado, Avelino León, *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1963, p. 26; Abeliuk Manasevich, Rene, *Las obligaciones*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1993, t. 1, pp. 50 y s.; Meza Barros, Ramón, *Manual de Derecho civil. De las fuentes de las obligaciones*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1997, t. 1, p. 9; López Santa María, Jorge, *Los contratos. Parte general*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1998, t. 1, p. 70; Vodanovic Haklicka, Antonio, *Manual de Derecho civil. Partes preliminar y general*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1997, t. 2, p. 104; Ducci Claro, Carlos, *Derecho civil. Parte general*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2002, p. 239; Vial Del Río, Víctor, *Teoría general del acto jurídico*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 40.

<sup>47</sup> Sobre la adopción del Código de Bello por los diversos Estados de la Confederación Granadina y por la actual República de Colombia, Guzmán Brito, Alejandro, *op. cit.*, nota 41, pp. 395 y ss.

<sup>48</sup> Vélez, Fernando, *Estudio sobre el derecho civil colombiano*, vol. 6, Francia, s.f., pp. 4 y ss. Sobre el asunto ampliamente Esborraz, David Fabio, *op. cit.*, nota 2, p. 237 y ss. A quien se reenvía también para la misma orientación del Código de Comercio del 1971.

## 2. De Teixeira de Freitas al nuevo Código Civil de Brasil

En lo que hace al largo proceso de codificación brasileiro es posible señalar diversas orientaciones en el transcurso del tiempo.

En el artículo 1830 del *Esboço* (1860-1867)<sup>49</sup> A. Teixeira de Freitas establecía que “*Haverá contrato, quando duas ou mais pessoas convencionarem entre si alguma obrição ou obrigações recíprocas, a que correspondem direitos creditórios; ou modificação de tais obrigações*” excluyendo, luego, explícitamente en el artículo sucesivo las convecciones extintivas de contratos<sup>50</sup> y más exactamente ‘*distratos e pagamentos*’,<sup>51</sup> así como en otra parte, el mismo jurista había demostrado distinguir netamente el mismo *distrato* del muto disenso.<sup>52</sup>

<sup>49</sup> Al respecto véase Munir Karam, “O processo de codificação do Direito Civil Brasileiro (da ‘Consolidação’ de T. De Freitas ao projeto Beviláqua). O sistema do Esboço”, Schipani, Sandro (coord.), *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*, Italia, CEDAM, 1988, pp. 319 y ss.; en el mismo volumen de colección se reenvía también para una visión de conjunto sobre la influencia del romanista brasileño sobre el derecho latinoamericano.

<sup>50</sup> Cfr. artículo 1831: “*Se convencionarem entre si a extinção de tais obrigações, ou obrigações a que não correspondam [...] haverá uma convenção jurídica, porém uma convenção que não é contrato*”.

<sup>51</sup> En este sentido véase la “Nota” al artículo 437 en Augusto Teixeira de Freitas, *Esboço do Código civil*, Brasil, Ministério da Justiça Departamento de Imprensa Nacional – Co-edición co a Universidade de Brasília, 1983, vol. 1, p. 147. Por otra parte es posible ubicar una configuración paralela también en el Código Civil mexicano del Distrito Federal de 1928 el cual en línea con el *Esboço* y con el Código chileno de Bello, parece consagrar, similarmente, una noción más rigurosa de contrato. En el primer capítulo del primer título del libro IV, si bien en el artículo 1792 define la ‘convención’ como “el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones” limita luego en el artículo inmediatamente sucesivo (artículo 1793) el campo de aplicación del contrato sólo a “aquellos convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos”, los cuales precisamente “toman nombre de contratos” (esta definición constituye una reelaboración de aquella contenida en los artículos 1388 Cc.Méx.DE./1870 y 1272 del Cc.Méx.DE./1884 cuya fuente inmediata se encuentra en el artículo 641 Cc.Por./1867. En relación a la influencia del Cc.Por./1867 sobre la codificación civil mexicana, para todos Guzmán Brito, Alejandro, *op. cit.*, nota 41, p. 438). No obstante esto y también en este caso vale la pena subrayarlo, una parte de la doctrina mexicana considera la distinción entre ‘*convenio*’ y ‘*contrato*’ no sólo no reconocida por el derecho comparado sino también sin valor dado que el artículo 1859 en el mismo Código prevé como “Los disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios [...]” sobre este punto véanse a título ejemplificativo Sánchez Medal, Ramón, *De los contratos civiles. Teoría general del contrato. Contratos en especial. Registro Público de la Propiedad*, México, Editorial Porrúa, 1998, p. 4 y s.; Zamora y Valencia, Miguel Ángel, *Contratos civiles*, México, Editorial Porrúa, 2000, p. 21, nota 8; Rico Álvarez, Fausto y Garza Bandala, Patricio, *Teoría general de las obligaciones*, México, Editorial Porrúa, 2006<sup>2</sup>, pp. 69 y s.

<sup>52</sup> En la *Consolidação das Leis Civis* en la nota al artículo 370 (“*O que se dispõe sobre os contratos, procede tambem nos distractos; e sempre que o contrato fôr feito por escriptura publica, o distracto não se-póde procar seiao por outra escriptura publica*”) Teixeira de Freitas precisa: “*Distracto ou distracte é la dissolução do contracto, em continuidade de effeitos, por novo contracto entre as mesmas partes; e não se*

Al contrario, en el Cc.Bra./1916<sup>53</sup> Clovis Beviláqua al comentar el artículo 1079,<sup>54</sup> definía el contrato como “*o acordo de vontades para o fim de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos*”<sup>55</sup> para luego agregar al artículo 1093 que “*o distrato faz-se pela mesma forma que o contrato. Mas a quitação vale qualquer que seja a sua forma*”.<sup>56</sup>

El Cc.Bra./2002,<sup>57</sup> finalmente, parece desarrollar la línea ya definida en el Cc.Bra./1916 sin tener una definición explícita de contrato<sup>58</sup> (ni, coherentemente con esta configuración y como ya sucedía en el Cc.Bra./1916, una de *distrato*, limitándose a establecer en el artículo 472 que “*O distrato faz-se pela mesma forma que o contrato*”)<sup>59</sup> y continuando a situarse, por lo tanto, como excepción en la materia, respecto de los códigos latinoamericanos,<sup>60</sup>

---

*confunda com dissenso, nem com mutuo dissenso. O dissenso é o arrependimento de uma só das partes contractantes, estando a caso re-integra, isto é, antes de qualquer execução do contrato. O mutuo dissenso é, n'esse estado do contrato, por ora in mente o dissenso aceito pela outra parte”, cfr. Teixeira de Freitas, Augusto, Consolidação das Leis Cíveis, prefácio de Ruy Rosado de Aguiar, facsímil, Brasil, Conselho Editorial, Coleção história do direito brasileiro. Direito civil, 2003, vol. I, pp. 261 y s.*

<sup>53</sup> Sobre las varias etapas que llevaron a la codificación brasilera del 1916 y además sobre las relativas problemáticas *cfr.* Pecorella, Corrado, “Consolidazione e codificazione in una esperienza brasiliana”, Schipani, Sandro (coord.), *op. cit.*, nota 49, pp. 221 y ss.; Villeia, João Baptista, “Da ‘Consolidação das Leis Cíveis à teoria das consolidações: problemas histórico-dogmáticos”, Schipani, Sandro (coord.), *op. cit.*, nota 49, pp. 241 y ss.; Guzmán Brito, Alejandro, “Codificación y consolidación: una comparación entre el pensamiento de A. Bello y el pensamiento de A. Teixeira de Freitas”, Schipani, Sandro (coord.), *op. cit.*, nota 49, pp. 255 y ss.

<sup>54</sup> “*A manifestação de vontade, nos contratos, pode ser tácita, quando a lei não exigir seja expressa*”.

<sup>55</sup> *Cfr. Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, Francisco Alves, Brasil, 1979, vol. 4, p. 194, adaptándolo así a la definición de acto jurídico prevista por el artículo 81 con base en el cual “*Todo o ato lícito, que tenha por fim mediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, se denomina ato jurídico*”.

<sup>56</sup> Clovis Beviláqua parecía, sin embargo reconocer al *distrato* naturaleza de verdadero contrato distinguiéndolo del mutuo dissenso; al respecto véase Siebeneichler de Andrade, Fábio, *Notas sobre a figura do distrato no direito civil brasileiro*, en *Sistema jurídico romanista y subsistema jurídico latinoamericano. Liber discipulorum para el profesor Sandro Schipani*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 509 al cual se reenvía también para las referencias bibliográficas.

<sup>57</sup> Acerca de este código véase Cardilli, Riccardo, “Brevi note sul nuovo codice civile del Brasile”, *Roma e America. Diritto romano comune*, núm. 16, Italia, 2003, pp. 217 y ss.

<sup>58</sup> Sobre la significativa elección de este Código de no definir nociones jurídicas fundamentales en este codificadas como ‘obligación’, ‘contrato’ o ‘negocio jurídico’ véase nuevamente Cardilli, Riccardo, *op. cit.*, nota 57, pp. 217 y ss.

<sup>59</sup> También resulta necesario subrayar cómo mientras el Cc.Bra./1916 disciplina el *distrato* en el capítulo relativo a los contratos bilaterales, el Cc.Bra./2002 lo refiere en el campo de la extinción contractual, sobre el asunto se reenvía nuevamente a Siebeneichler de Andrade, Fábio, *op. cit.*, nota 56, p. 508.

<sup>60</sup> Junto al Código civil de Perú de 1936, al respecto Schipani, Sandro, “Las definiciones de contrato en el sistema jurídico latinoamericano”, *El contrato en el sistema jurídico latinoameri-*

dado que, si de una parte, como oportunamente fue señalado “*non deve impedire di coglierne il significato all’interno della realtà sociale post-statalista del XXI secolo, quasi un ritirarsi del codificatore brasiliano dall’esplicitare la categoria del contratto nel diritto scritto, riconsegnandola alla scienza giuridica*”<sup>61</sup> de otra parte, no impide ciertamente a la misma ciencia jurídica evidenciar en cualquier caso la naturaleza de “*manifestação de duas ou mais vontades, objetivando criar, regulamentar, alterar e extinguir uma relação jurídica (direitos e obrigações) de carácter patrimonial*”.<sup>62</sup> Lo cual parece demostrar cómo para la doctrina brasilera tienen naturaleza contractual tanto aquellos actos jurídicos bilaterales de carácter patrimonial que dan lugar al nacimiento de obligaciones como aquellos a través de los cuales se modifican, transfieren o se extinguen las mismas,<sup>63</sup> y ello bien bajo la vigencia del código de Belvilaqua, bien bajo aquella de la nueva codificación.

### 3. Del Código Civil argentino de 1869 al nuevo Código Civil y Comercial de 2015

#### A. La definición de contrato del Código Civil argentino de 1869 y su interpretación ‘extensiva’ por parte de doctrina y jurisprudencia

Acerca de la tendencia arriba señalada del derecho contractual contemporáneo a cualificar como contrato para todos los efectos también el acuerdo eliminatrio —‘codificándolo’ expresamente en la relativa noción de contrato— considero significativo referir la configuración contenida en el artículo 957 del *Nuevo Código Civil y Comercial argentino*,<sup>64</sup> sobre todo en comparación con aquella del precedente artículo 1137 del CcArg/1869 redactado por Dalmacio Vélez Sarfield.<sup>65</sup>

---

cano. *Bases para un código latinoamericano tipo*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2001 [=en Esborraz, David Fabio (coord.), *Sistema Jurídico Latinoamericano y Derecho de los Contratos*, México, 2006, pp. 147 y ss., del cual cito], t. II, pp. 155 y ss.

<sup>61</sup> Así Cardilli, Riccardo, *op. cit.*, nota 57, p. 218.

<sup>62</sup> Villaça Azevedo, Álvaro, *Teoria general dos contratos típicos e atípicos*, Brasil, Atlas, 2002, p. 21. Definición en la cual, entre otros, se siente el eco del artículo 1321 del Cc.It./1942.

<sup>63</sup> En este sentido véase respecto del Cc.Bra./1916 Gomes, Orlando, *Obrigações*, Brasil, Forense, 1999 y respecto del Cc.Bra./2002 Diniz, Maria Helena, *Tratado teórico e prático dos contratos*, Brasil, Saraiva, 2002<sup>4</sup>, t. 1.

<sup>64</sup> Al respecto véase Lorenzetti, Ricardo Luis, “Nuovo codice civile e commerciale della Repubblica Argentina”, *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, Italia, 2015, anno CXIII, n. 3, pp. 395 y ss.

<sup>65</sup> Sobre la referida codificación del 1869, sus acontecimientos y su codificador se reenvía a Guzmán Brito, Alejandro, *op. cit.*, nota 41, pp. 441 y ss.; véanse igualmente las varias

Como es sabido, el Código Civil de la República Argentina de 1869 redactado por Dalmacio Vélez Sarfield (1800-1875) contenía, en su artículo 1137, una definición de contrato particularmente amplia conforme a la cual “Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos”.

En la *Nota* relativa a este artículo<sup>66</sup> Vélez referencia como fuente directa de la señalada definición de contrato a *System des heutigen römischen Rechts*<sup>67</sup> de F.C. Savigny. Se resalta, todavía, cómo el propio Vélez aclara que el jurista brasileiro Augusto Texeira de Freitas “es más claro [que F.C. von Savigny] en la materia”<sup>68</sup> puesto que sostiene “habrá contrato, cuando dos o más personas acordasen entre sí alguna obligación u obligaciones reciprocas a que correspondan derechos creditorios”.<sup>69</sup>

---

contribuciones contenidas en Schipani, Sandro (coord.), *Dalmacio Vélez Sarsfield e il diritto latinoamericano*, Italia, CEDAM, 1991. Más en general y en relación con el argumento que nos ocupa véase Schipani, Sandro, “Il contratto e il sistema giuridico latinomericano”, *Mélanges Fritz Sturm*, Bélgica, Editions Juridiques de l’Université de Liège, 1999, t. II, pp. 1277 y ss.; Schipani, Sandro, *op. cit.*, nota 60.

<sup>66</sup> Sobre las ‘Notas’ de Vélez al Código Civil argentino véanse Moisset de Espanés, Luis, “Reflexiones sobre las notas del Código Civil Argentino”, *Studi Sassaesi V. Diritto romano. Codificazioni e sistema giuridico latino-americano*, Italia, Giuffrè, 1981, pp. 445 y ss.; Cobas, Manuel Osvaldo y Zago, Jorge Alberto, “La influencia de las ‘Notas’ del Código Civil en la ciencia del Derecho argentino y latino-americano”, Schipani, Sandro (coord), *op. cit.*, nota 49, pp. 141 y ss.

<sup>67</sup> Cfr. von Savigny, Friedrich Carl, *System des heutigen römischen Rechts*, III, Neudruck der Ausgabe Berlin 1840, Alemania, Scientia Verlag Aalen, 1981, §140, (309). El jurista alemán al ocuparse de los *juristischen Thatsachen* (actos jurídicos) de lo general a lo particular, pasa del hecho al *Freye Handlung* (acto voluntario) y de este a la *Willenserklärung* (declaración de voluntad), de la cual el contrato es la especie más importante, definiéndolo como “*die Bereinigung Mehrerer zu einer übereinstimmenden Willenserklärung, wodurch ihre Rechtsverhältnisse bestimmt werden*”. Más en general sobre la bibliografía consultada por Vélez durante la elaboración del Cc.Arg./1869, Vázquez, Humberto y Miceli, Laura Liliana y Bazán, María Elena y Calvo Leal, María Angélica, *El Derecho romano en la Biblioteca del Dr. Vélez Sársfield*, España, Francisco Ferreyra, 1998.

<sup>68</sup> Véase en este sentido Llambías, Jorge Joaquín y Alterni, Atilio Anibal, *Código civil anotado. Doctrina - Jurisprudencia*, t. 3, vol. A (Artículos 1137 a 1433 - Contratos en general, Sociedad conyugal, Compraventa), Argentina, Abeledo-Perrot, 1982, p. 12.

<sup>69</sup> Cfr. *Esboço*, artículo 1830: *Haverá contrato quando duas ou mais pessoas gação, ou obrigações recíprocas, a que correspondem direitos creditórios; ou a modificação de tais obrigações*. Con relación a la misma “Nota” considerada se pueden, de nuevo, hacer los siguientes énfasis: 1) La amplitud de la definición tomada como modelo, en la cual el contrato resulta prácticamente asimilado al acuerdo [resulta, sin embargo, en esta sede especificado que el Codificador argentino no conociendo el alemán utilizó la traducción en francés de la obra de Savigny de Ch. Guenoux —presumiblemente la segunda edición del *Traté de droit romain* publicado en París entre 1855 y 1860— en la cual el contrato es definido como “*l’accord de plusieurs personnes sur une déclaration de volonté commune destinée à régler leurs rapports*” (314)] conllevó a que, en apoyo de su definición,

Dada la amplia formulación del artículo en cuestión, ciertamente susceptible de varias interpretaciones, la doctrina argentina así como la jurisprudencia, teniendo en cuenta también otras normas que regulaban la teoría general de las obligaciones y de los contratos, han intentado una determinación más precisa.

Considero significativo subrayar cómo de parte de autorizada doctrina existe preocupación, por ejemplo, por especificar que para el Cc.Arg./1869

no cualquier acuerdo destinado a producir efectos jurídicos, a reglar derechos, es un contrato: es preciso que su objeto sea susceptible de apreciación pecuniaria (artículo 1169), lo cual lo delimita al campo patrimonial, en el ámbito de lo obligacional (artículo 1168), con la amplitud de crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar tales relaciones jurídicas creditorias (artículo 944). Quedando excluida la posibilidad de constituir o transferir, de manera inmediata, relaciones jurídicas reales (artículo 577 y concs.),<sup>70</sup>

interpretación ‘correctiva’ del artículo 1137 que permite comprender cómo en el derecho civil argentino el rol reconocido al contrato era no sólo el de crear o en cualquier caso dar lugar a relaciones jurídicas, sino también el de transmitir las, modificarlas y, también, en lo que nos interesa, de extinguirlas, como se comprende también a la luz del artículo 1200: “Las partes pueden por mutuo consentimiento extinguir las obligaciones creadas

---

Vélez refiriese también aquella de Ch. Maynz [*Éléments de Droit romain*, Bruselas-París, 1859, t. 2, § 281 (se lee aún en la “Nota”: “Maynz dice, que «contratos son aquellas manifestaciones de voluntad que tienen por objeto crear o extinguir obligaciones»”] y de J. Domat, [*Las leyes civiles en su orden natural*, trad. cast. de F. Villarrubias y J. Sardá, t. 1, Barcelona, 1861<sup>3</sup>, lib. i, tít. i, § i] si bien estas se refiriesen genericamente a la ‘*convention*’ y no específicamente al ‘contrato’, motivo por el cual se vio restringido después a alterar los términos de la primera de ellas (traduciendo la palabra ‘*convention*’ como ‘contrato’) y a declarar que si bien “[...] os jurisconsultos [entre los cuales cita Ch. Aubry e Ch. Rau e A. Duranton] distinguen los contratos de las convenciones [...] en el uso común se llaman convenciones a los contratos”; identificando así los segundos con las primeras. 2) En el mismo sentido, luego Vélez prosigue la Nota afirmando “Todo contrato es una convención; pero no toda convención, aunque tenga efectos civiles, es contrato” para pasar sucesivamente a explicar cómo la palabra convención era un término general y citar la *Ley Romana*, en particular D.2.14.1.3 (Ulp. 4 *ad ed.*) *Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt qui inter se agunt [...]*.

<sup>70</sup> Así Jorge Mosset Iturraspe, *Contratos*, edición actualizada, Rubinzal-Culzoni editores, Argentina, 1998, p. 48 y en el mismo sentido entre otros Lorenzetti, Ricardo Luis, *Tratado de los contratos. Parte General*, Rubinzal-Culzoni editores, Argentina, 2004, pp. 170 y ss. Sin embargo ya G. Ripert e J. Boulanger por su parte evidenciaban como “El contrato tiene como efecto la creación, la transformación, la cesión o la extinción de una obligación”, *cfr.* Ripert, Georges y Boulanger, Jean, *Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol*, Argentina, La Ley, 1964, § 55, Vol. IV-I, pp. 50 y s.

por los contratos, y retirar los derechos reales que se hubiesen transferido; y pueden también por mutuo consentimiento revocar los contratos, por las causas que la ley autoriza”. Esta misma interpretación fue sostenida, también en su momento, por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina que en un pronunciamiento del 31 de julio de 1973 afirmaba: “Por contrato se entiende el acto jurídico bilateral y patrimonial en el cual están en presencia dos partes, que formulan una declaración de voluntad común en directa atinencia a relaciones patrimoniales y que se traduce en crear, conservar, modificar, transmitir o extinguir obligaciones”.<sup>71</sup> Desde esta perspectiva y según esta interpretación no es difícil reconocer a el ‘distracto’ ex artículo 1200 del Cc.Arg./1869 el rol de “acto jurídico bilateral extintivo de obligaciones”<sup>72</sup> al cual se aplican todas las disposiciones de la ley relativas a los actos jurídicos por analogía y aquellas de los contratos en general como consecuencia de su configuración en el esquema del contrato.<sup>73</sup>

Evidenciar esto resulta significativo puesto que esta interpretación, que fue la prevalente, no era claro, la única posible o la única propuesta frente a una definición de contrato como la considerada, así lo testimonian por otra parte las experiencias de las otras codificaciones latinoamericanas. En particular, no faltó quien propusiera un concepto mucho más restringido que reducía el contrato exclusivamente a negocio jurídico bilateral creador de obligaciones —refiriéndose a los artículos 1168<sup>74</sup> y 1169<sup>75</sup> del Cc.Arg./1869 los cuales parecían reducir su objeto al nacimiento de obligaciones de *dar, hacer y no hacer*. Esta configuración que, como fue evidenciado por un sector de la doctrina argentina,<sup>76</sup> es aquella más cercana al modelo romano, incluía consecuentemente, dentro de las convenciones que no son contratos, la *conventio* eliminatória —el mutuo consentimiento— ex artículo 1200 del referido Código.<sup>77</sup>

<sup>71</sup> *El Derecho*, Argentina, 1973, t. 49, pp. 483 y ss.

<sup>72</sup> Así Belluscio, Augusto César y Zannoni, Eduardo Antonio, (bajo la dirección de), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, Argentina, Editorial Astrea, 1994, t. V, p. 945.

<sup>73</sup> *Cfr. Ibidem*, p. 712.

<sup>74</sup> “Toda especie de prestación, puede ser objeto de un contrato, sea que consista en la obligación de hacer, sea que consista en la obligación de dar alguna cosa; y en este último caso, sea que se trate de una cosa presente, o de una cosa futura, sea que se trate de la propiedad, del uso, o de la posesión de la cosa”.

<sup>75</sup> “La prestación, objeto de un contrato, puede consistir en a entrega de una cosa, o en el cumplimiento de un hecho positivo o negativo susceptible de una apreciación pecuniaria”.

<sup>76</sup> *Cfr.* Belluscio, Augusto César y Zannoni, Eduardo Antonio, *op. cit.*, p. 947.

<sup>77</sup> *Cfr.* Lafaille, Hector, *Derecho civil. Contratos*, Argentina, Ediar, 1953, t. 8.1.

Por otra parte, y esto también debe subrayarse, la interpretación sustancial realizada por la doctrina y la jurisprudencia argentinas del referendario artículo 1137 del código de 1869, se ubica al interior de un más vasto y antiguo debate sobre los ‘confines’ atribuibles al campo de aplicación del contrato, y en particular, sobre la oportunidad de reconocer a este último no sólo una capacidad creadora de obligaciones sino también una ‘extintiva’. Al interior de tal debate parece hacer eco en la configuración más rigurosa, la más rígida posición asumida por el derecho romano.

### B. *La configuración del nuevo Código Civil y Comercial argentino de 2015*

Se ubica en la misma línea, pero de manera decididamente más neta, y por lo tanto más significativa, también este nuevo Código Civil y Comercial argentino el cual en el artículo 957 dispone: “Contrato es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales”.

El artículo *de qua*, que deriva del artículo 899 del *Proyecto de Reformas al Código Civil* de 1998, tiene como fuente precisamente el artículo 1321 del Cc.It./1942.<sup>78</sup> En tanto, que de hecho, los precedentes proyectos de reforma del Código tendían a conservar la definición de contrato de Vélez,<sup>79</sup> ya el *Proyecto del Poder Ejecutivo Nacional* de 1993 había sustituido la definición en este contenida, definiendo con el artículo 850, en el cual se califica el contrato como “[...] el acto jurídico bilateral que tiene por fin inmediato constituir, regular o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales” y especificando luego en *Nota* que el texto propuesto sigue la orientación del artículo 1321 del Cc.It./1942 además de coincidir con la posición de la doctrina

<sup>78</sup> Véase con tal propósito Esborraz, David Fabio, “L’influsso del diritto italiano sul nuovo Progetto di Codice civile e commerciale della Repubblica Argentina”, en Lanni, Sabrina y Sirena, Pietro (coords.), *Il modello giuridico – scientifico e legislativo – italiano fuori dell’Europa. Atti del II Congresso Nazionale della SIRD*, Italia, Edizioni Scientifiche Italiane, 2013, pp. 127 y ss.

<sup>79</sup> Primero entre todos el *Anteproyecto de Código civil* del 1926 elaborado por Juan Antonio Bibiloni (1860-1933) que en su artículo 1288 conservaba la definición del artículo 1137 del Código de 1869 [sin embargo especificando que “[n]o habrá lugar a la constitución o modificación de obligaciones por actos jurídicos entre vivos, sino mediante contrato, salvo lo dispuesto por la ley” (artículo 1289)] seguido también por el *Proyecto de Reformas al Código civil* del 1936 (artículo 788); 2) el *Anteproyecto de Código Civil* del 1954 (artículo 1005) elaborado por Jorge Joaquín Llambías (1911-1981) en los años 1950-1954; y más recientemente también por el *Proyecto de Código Único* del 1986 y por el *Proyecto* elaborado por la *Comisión Federal de la Cámara de Diputados de la Nación* del 1993 que optan igualmente por la definición contenida en el artículo 1137 del Cc.Arg./1869.

nacional (“[e]l texto propuesto sigue la orientación del artículo 1321 del Cód. italiano y coincide con la posición de importante doctrina nacional”). Esta orientación, fue sucesivamente mantenida también en el artículo 899 del Proyecto de 1998 y luego escogida, definitivamente, para este nuevo Código.

El nuevo código, por lo tanto, elige abandonar la precedente formulación contenida en el Código de Vélez de 1869 para ‘codificar’ el contrato eliminatorio al interior de la noción misma de contrato, y no dejar más el problema a cargo de la interpretación específica y significativa de doctrina y jurisprudencia.

Se trata sin duda, de una elección importante de política del derecho que, a través de la progresiva separación al respecto del derecho romano, decide alinearse, en el pleno respeto del espíritu más general de este nuevo código, con la más reciente tendencia del derecho contractual actual a reconocer a la autonomía privada una supremacía, más que una autonomía, en neta separación de la concepción de los juristas romanos en la materia, evidenciando, en particular, una voluntad precisa del legislador argentino de cerrar de una vez por todas, las incertezas acerca del campo de aplicación del contrato.

#### IV. BREVES REFLEXIONES CONCLUSIVAS

Para concluir considero que son dos las reflexiones a realizar, en merito al brevísimo y sumario panorama presentado.

La primera se refiere a la constatación de carácter general con base en la cual, la elección de permitir también a la *conventio* eliminatoria la pertenencia a la noción de contrato, constituye seguramente una elección de política legislativa, que se presenta al interior de modelos axiológicos dentro de los cuales se enfrentan fuertes principios del sistema jurídico romanístico como la tipicidad contractual y la autonomía privada. En tal ponderación se inserta un debate más vasto y antiguo sobre los ‘confines’ que han de imponerse a la aplicación del contrato y en particular, sobre lo oportuno de atribuir a este último no solamente la naturaleza de fuente de obligaciones, sino también la aptitud como acto ‘extintivo’ de estas, lo que constituye, vistas las nuevas exigencias económicas-sociales, un asunto que se debe enfrentar hoy más que nunca. Considero que en este sentido el derecho romano, el cual analiza los problemas aquí examinados con particular rigor y coloca al contrato en el plano de una realidad en el que no resulta disponible a la inmediata y automática erosión proveniente de la voluntad de las partes en

sentido sucesivo y contrario,<sup>80</sup> puede representar un modelo antitético al derecho contemporáneo codificado que ha sancionado la figura del contrato eliminatorio. Se trata no de la omnipotencia de la autonomía privada sino de una ponderada valoración de la importancia del contrato concluído respecto de la autonomía de las partes. Así como para los romanos una compraventa, aunque las partes lo quisieran, no puede desnaturalizarse en una donación, del mismo modo una vez surgido un contrato, la estructura compleja así creada, no puede resultar aniquilada con un simple acuerdo de las partes, sino que se deben verificar rigurosamente los presupuestos de admisibilidad, *in primis* la *res integra*.

En segundo lugar amerita, subrayarse la resistencia dentro del derecho latinoamericano, de un modelo más coherente con la regla romana, en el cual la *conventio* eliminatoria no resulta incluida en la estructura jurídica del contrato. Tal resistencia hace eco, como ya lo vimos, dentro de las construcciones de Bello y en el *Esboço* di A. Teixeira de Freitas.

---

<sup>80</sup> Acerca de la importancia de un acercamiento que sea evidencia de una purificación conceptual véase por todos Catalano, Pierangelo, *Diritto e persone*, Italia, G. Giappihcelli Editore, 1990, t. I, p. VII.