

5. CONTRATOS INNOMINADOS

EL DERECHO ROMANO Y SU RECEPCIÓN EN EL DERECHO ARGENTINO EN GENERAL Y EN LA TRANSACCIÓN EN PARTICULAR

ANA MARÍA CONDE

Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones

LUIS A. DUPOU

Juez Nacional en lo Civil en lo Civil

República Argentina

El Código Civil Argentino sancionado en 1869, obra del gran jurista Dalmacio Vélez Sarsfield reconoce una clara influencia romanista, que se manifestó en dos formas: directa e indirecta. Directa, a través de los textos del Corpus Iuris Civilis y el estudio de la labor de los antiguos romanistas: Vinicius, Heineccio, Cujacio y Pothier y, entre los más modernos, Mayns, Ortolan, Mackeldey y Molitor y, en especial, en el pensamiento de Federico Carlos de Savigny, fundador de la Escuela Histórica, cuya obra “Sistema de Derecho Romano actual”, influyó en la redacción de dicha magna obra en los temas referidos a las personas jurídicas, las obligaciones y la posesión.

El codificador se nutrió indirectamente del pensamiento jurídico romano, principalmente de la legislación española, la que no podía ignorar dado su formación cultural romano-hispánica. Conocía en profundidad el Fuero Juzgo, las Siete Partidas, las Leyes de Estilo del año 1310, las Ordenanzas de Alcalá de 1348 y las Ordenanzas Reales de Castilla del año 1484, las Leyes de Toro de 1505 y la Nueva Recopilación de las leyes de España de 1567, las Leyes de Indias, integradas por las cédulas, resoluciones y pragmáticas, que los reyes de España dictaron para dar a las colonias normas jurídicas conformes con sus cos-

tumbres, con su idiosincrasia y sus necesidades.

El pensamiento de Vélez, tuvo una importante influencia del Código de Napoleón de 1804 y sus comentaristas Troplong, Duranton, Zachariae, Demolombe, Aubry y Rau, etc., a punto tal que Lisandro Segovia, uno de los primeros comentaristas del Código Civil Argentino, destacó que la mitad de su articulado, es reproducción de aquel (dos mil doscientos ochenta). También se inspiró en el Esboco del jurista brasileño Augusto Teixeira de Freitas y en el proyecto de código para España de Florencio García Goyena⁽¹⁾.

Ese aporte se exteriorizó en la transacción.

El Código Civil Argentino, trata ese tema en la Parte 2ª, referida a la extinción de las obligaciones, Sección Primera del Libro Segundo. La Parte 1ª, está dedicada a las obligaciones en general.

Siguió la metodología del Esboco del gran jurista brasileño Augusto Teixeira de Freitas y ubicó la transacción dentro de la teoría general de las obligaciones, apartándose del Código francés que lo trata como un contrato particular.

En este sentido tal metodología fue elogiada por la doctrina argentina, porque no corresponde considerar a la transacción como un contrato especial, ya que es un convenio innominado que puede referirse a cualquier derecho subjetivo de carácter privado. En cambio, recibió críticas en cuanto a su ubicación dentro de las obligaciones considerándola sólo como un medio de extinción de estas, pese a que diversas disposiciones se refieren a la transacción, ya sea para admitirla o negarla, no sólo sobre derechos creditorios, sino también sobre derechos reales, hereditarios y de familia⁽²⁾.

La transacción es un acto complejo, que permite que un derecho litigioso o dudoso e incierto desaparezca para dar lugar a otro nuevo, cierto, indiscutible, reconocido por el que negaba el antiguo⁽³⁾.

El art. 832 del Código Civil establece que “La transacción es un acto jurí-

(1) Peña Guzmán, Luis A. Argüello, Luis R. "Derecho Romano", t. I, p. 341/346, n° 131- V, Edic. TEA S.A., 1966; Elguera, Eduardo, en Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales", n° 30 (1952), pag. 740.

(2) Colmo, Alfredo "De las Obligaciones en General", n° 813, pag. 567, 3ª. edición-Abeledo Perrot, ampliada y corregida bajo la dirección de Ricardo Novillo Astrada; Lafaille, Hector, "Derecho Civil", t. 6, "Tratado de las obligaciones" t. I -n° 471, p. 396, nota 117, edición Ediar S.A. 1947; Llambías, Jorge J. "Tratado de Derecho Civil- Obligaciones", t. III-.p. 72, n° 1.805, Editorial Perrot- año 1973.

(3) Machado, Jose Olegario, "Exposición y Comentario del Código Civil Argentino", t. III, pag. 27, n° 254, edición 1922, Bs. As.

dico bilateral, por el cual las partes haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones litigiosas o dudosas”.

La definición contenida en la referida norma encuentra su fuente en la doctrina de Ulpiano, concepto que aparece en el Digesto Libro II Tit. 15 Ley 1, que dice “Qui transigit quasi de re dubia et lite incerta neque finita transigit” (“El que transige, transige sobre cosa dudosa y litis incierta y no terminada”). A su vez, del Digesto Libro II Tit. 15 Ley 9 Parágrafo. resulta que la transacción comprende sólo las cosas que expresamente convinieron los contratantes.

El Código 2.4.37, señala que “No cumplidas las promesas hechas por causa de transacción, es constante que puede exigirse, en caso de contravención la poenam comprendida en la estipulación” (Premissit transactionis causa non impletis poenam in stipulationem deductam si contra factum fuerit, exigi posse constat”); este concepto es reiterado en el Código 2.4.38.: “No habiéndose dado, prometido o retenido nada, no hay transacción”.

Vélez en la nota al art. 832 dice que –además– siguió las enseñanzas de Aubry y Rau, de las Partidas (L. 24 tit.14, Part 5ª), del art. 2.044 del Código de Napoleón, el art. 3.038 del de Luisiana, el art. 2083 del Código Sardo, el art. 1.888 del Código Holandés y el 1.380 del Código Austriaco.

El Derecho Romano Clásico reconocía dos defensas: la *exceptio doli*, tendente a impedir que uno de los sujetos de la relación pretendiera hacer revivir la obligación extinguida y la *exceptio pacti*, como medio de tutela general para garantizar el cumplimiento del acuerdo. Cuando el derecho justiniano elevó la transacción a la categoría de contrato innominado, quedaron reconocidas la *actio praescriptis verbis* aplicable a todo tipo de contrato y la *condictio causa data causa non secuta*, que conducía a la repetición de lo que se había pagado⁽⁷⁾.

Del concepto que surge del referido artículo se extraen los siguientes requisitos:

1º) *acuerdo de partes con finalidad extintiva*, es decir, un acto jurídico bilateral, que tiene por finalidad extinguir derechos respecto de los que existe consentimiento, el que debe darse sobre todos los puntos contemplados por los contratantes, es decir, que el consentimiento debe ser completo; 2º) *concesiones recíprocas de las partes*: debe existir un intercambio de sacrificios, sin que importe que el de una parte sea mayor que el de la otra, pero no puede serlo de una sola de ellas, porque se trataría de una renuncia; 3º) *obligaciones dudosas o*

(4) Peña Guzmán, Luis A.-Argüello, Luis R., op. cit., t. II, pag. 253/54, 349-X, Argüello, Luis R. “Manual de Derecho Romano”, cap. VII, pag. 422/3, nº 2, Edic. Astrea, Bs. As. 1.976.

litigiosas (res dubia): si el acuerdo no estaba referido a obligaciones de esa naturaleza, no habría transacción, pues ésta tiene el propósito de eliminar toda discusión sobre cierta relación que carece de certeza⁽⁵⁾.

La transacción es un *contrato bilateral* (art. 1138), porque trae aparejada para las partes obligaciones recíprocas. De esta característica se extraen las siguientes consecuencias: a) debe ser otorgada en doble ejemplar (art. 1.021); b) le son aplicables la “exceptio non adimpleti contractus” (art. 1.201) y el pacto resolutorio tácito (art. 1.204)⁽⁶⁾.

Se ha discutido la naturaleza jurídica de la transacción. Para algunos autores –Antonio Machado⁽⁷⁾, Hector Lafaille⁽⁸⁾ y Alfredo Colmo⁽⁹⁾–, es una convención liberatoria, pero no un contrato, reservando esta denominación cuando tienen por efecto contraer obligaciones. Otros autores que integran la mayoría dentro del derecho argentino, de la que participamos⁽¹⁰⁾, se inclinan por considerar que se trata de un contrato conforme a la definición que resulta del art. 1.137 del Código Civil: “Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos”, ya sea que se trate de contraer, modificar o extinguir obligaciones.

La transacción es un *contrato consensual* pues se perfecciona con el solo consentimiento de las partes, independiente de la entrega de la cosa; *oneroso* (conf. art. 1.139), porque cada parte obtiene una ventaja a cambio de un sacrificio; es de *interpretación restrictiva*.

El art. 835 del Código Civil, establece que “Las transacciones deben interpretarse estrictamente. No reglan sino las diferencias respecto de las cuales los contratantes han tenido en realidad intención de transigir, sea que esta intención resulta explícitamente de los términos de que se han servido, sea que se reconozca como una consecuencia necesaria de lo que se halle expreso”.

Dicha característica determina que la transacción solo extinga los derechos litigiosos o dudosos que resultan comprendidos en ella. Cuando existen dudas

(5) Llambías, Jorge Joaquín, op. cit., t. III, p. 74/76, n° 1806,

(6) Llambías, op. cit. pag. 78, n° 1808 a).

(7) Machado, op. cit. t. III-p.27.

(8) Lafaille, Hector op. cit., t. 1, n° 475, pag. 399.

(9) Colmo, Alfredo, op. cit pag. 566/7, I, n° 811.

(10) Llambías, op. cit. t.III, p.7 7, n° 1807; Salvat Raimundo M.- Galli Enrique, “Derecho Civil Argentino - Obligaciones en General”, t. III- pag. 196, n° 1845, Bibiloni J.A. “Anteproyecto de reformas al Código Civil”, nota al art. 2185; Segovia, Lisandro “Código Civil Comentado”, t. I, art. 801, nota I, art. 833, nota 2 y art. 1138, nota 1; Llerena, Baldomero “Concordancias y Comentarios”, t. III, art. 834, p. 350, n° 1)

sobre su alcance o su extensión, debe entenderse que no se refiere a los derechos que no aparecen incluidos en forma inequívoca. El fundamento de esta norma es que la transacción importa una renuncia y como toda renuncia es de interpretación restrictiva, no se presume⁽¹¹⁾.

Este artículo según su nota fue tomado del Digesto de Ulpiano 2.15.9 que establece que “Cualquier transacción que se hace se reputa haberse interpuesto tan sólo para aquellas cosas sobre las que se convino entre los contratantes” (“Transactio quae cumque fit, de his tantum, de quibus inter convenientes placuit interposita creditu”).

El codificador en esta disposición, además, tuvo en cuenta los estudios de los romanistas Aubry et Rau, Zacharie y Merlin y los Códigos Francés (arts. 2.048 y 2.049), Sardo (art. 2.088), Holandés (art. 1.892) y de Luisiana (art. 3.040).

El art. 836 del Código Civil Argentino señala que “Por la transacción no se transmiten, sino que se declaran o reconocen derechos que hacen el objeto de las diferencias sobre que ella interviene. La declaración o reconocimiento de esos derechos no obliga al que la hace a garantizarlos, ni le impone responsabilidad alguna en caso de evicción, ni forma un título propio en que fundar la prescripción”.

La transacción es declarativa, no crea derecho alguno nuevo, ni tiene efecto traslativo. Se refiere a derechos dudosos o litigiosos que las partes ya tenían con anterioridad a la transacción.

La fuente de esta norma se encuentra en el Código Romano L. 33, tit. 4, lib. 2, y en la doctrina sustentada por Aubry et Rau, 421, Pothier “De la Vente”, num 647, Troplong “Trans.”, nums. 7 a 10.

Respecto del objeto de este contrato el art. 842 del Código Civil Argentino dice “La acción civil sobre indemnización del daño causado por un delito puede ser objeto de las transacciones; pero no la acción para acusar y pedir el castigo de los delitos, sea por la parte ofendida, sea por el ministerio público”.

Y en la nota respectiva, Vélez Sarsfield refiere que siguió el Código Francés (art. 2.046), el Código Sardo (art. 2.085); el Código Holandés (art. 1.890) y L. 22, Tit. I, Part. 7º y L. 18, tit.4, Lib. 2, Código Romano. Y añade, comentando la citada Ley de Partidas y las leyes romanas, que estas “no permiten la transacción sobre el delito de adulterio, aunque sólo el marido y la mujer

(11) Salvat-Galli, op. cit. p.199, n° 1847 c; Llambías, op. cit. p. 87, n° 1808, e); Borda Guillermo A., Tratado de Derecho Civil- Obligaciones”, t. I- p. 648/49 c)

pueden acusar ese delito. Es decir, el marido y la mujer pueden perdonar el delito y la pena; pero si se presentase una acción en juicio sobre la ejecución de una transacción hecha por el marido o la mujer, el juez no podría admitirla. Creemos no ser necesario poner una disposición expresa en la materia, porque tal transacción sería ella misma un delito, un acto contra la moral y buenas costumbres”.

Como regla general los particulares tienen libertad para extinguir mediante transacción toda clase de derechos subjetivos, cualquiera sea su naturaleza y aunque estuviesen subordinados a una condición (art.849).

Pero entre los derechos insusceptibles de transacción se encuentra: a) el derecho de entablar una acción criminal (art. 842), b) la facultad inherente a la patria potestad y al matrimonio (art. 845); c) los derechos sobre el estado de las personas (art. 843 y 845); d) los derechos sucesorios no deferidos, es decir, sobre los bienes de una persona no fallecida (art. 848) y e) los alimentos futuros (art. 374).

El Código Romano 2. 4. 18 establece respecto del objeto de las transacciones que no está prohibido transigir sobre un delito capital; está prohibido transigir sobre el adulterio, sobre los crímenes públicos, aun cuando no entrañen pena capital, salvo la acusación de falsedad.

El art. 843 del Código Civil argentino, dice “No se puede transigir sobre cuestiones de validez o nulidad de matrimonio, a no ser que la transacción sea a favor del matrimonio”.

En esta disposición el codificador encuentra como fuente según lo señala en la nota, en la Ley 24, tit. 4, Part. 3ª que impide someter estas cuestiones a árbitros. Y añade que sólo el Código de Austria establece una prohibición legal de igual tenor, aunque aclara que cree que el silencio de los otros códigos se debe a que esa prohibición se encuentra subsumida en la de transar sobre el estado de las personas.

El art. 849, tal como lo destaque precedentemente, señala “En todos los demás casos se puede transigir sobre toda clase de derechos, cualquiera que sea su especie y naturaleza, y aunque estuviesen subordinados a una condición”.

En la nota respectiva Vélez indica como fuente a Aubry et Rau y agrega que para no separarnos de todos los códigos publicados y de la doctrina de todos los escritores de derecho, se estableció en el art. 374, situado en el Libro I, Sección II, Capítulo IV donde se reglan los “Derechos y obligaciones de los parientes” que “La obligación de prestar alimentos no puede ser compensada con obligación alguna, *ni ser objeto de transacción*; ni el derecho a los alimen-

tos pueden renunciarse ni transferirse por acto entre vivos o por muerte del acreedor o deudor de alimentos, ni constituir a terceros derecho alguno sobre la suma que se destine a los alimentos, ni ser esta embargada por deuda alguna”.

Es decir, que en el Libro II, Sección I, Título XIX, Capítulo II, específicamente en el art. 849 del Código Civil Argentino, nada se dice respecto de la transacción sobre alimentos futuros, pero esta contemplada en el citado art. 374. En la nota al primero –849– el Codificador argentino destacó la prohibición respecto de los alimentos futuros establecida en el segundo artículo, aunque –aduce– que “hubiera preferido guardar silencio como lo hicieron las Leyes de Partidas: es decir, que se pudieren transar las cuestiones sobre alimentos. Los menores de edad están salvados con el art. 841, num. 6º; a los mayores con capacidad de derecho, debía dejárseles la libertad de disponer de los suyos, porque, ... las leyes no pueden ni deben procurar contener la prodigalidad de los mayores de edad. Este objeto es el que han tenido las leyes y los autores para prohibir las transacciones sobre alimentos. La ley romana expresa esa razón cuando dice: *cum hi quibus alimenta relicta erant facile transigerent contenti modico presenti*”.

Y concluye Vélez diciendo: “Si no se pone interdicción para disponer de sus bienes o de sus derechos a los que se llaman pródigos, cesa la razón de las leyes para prohibir las transacciones entre mayores de edad, sobre las cuestiones de alimentos”.

Ulpiano señalaba en el Digesto 2.15.8, que “Como aquéllos a quien se habían dejado alimentos transigieran con facilidad, contentándose con una cantidad módica de presente, hizo el Divino Marco con una Oración recibida en el Senado, que no fuese válida una transacción de alimentos, sino cuando hubiere sido hecha con la autoridad del Pretor. Suele, pues intervenir el Pretor y arbitrar entre los que se convienen, si debe admitirse la transacción o que”.

El art. 850, que establece “La transacción extingue los derechos y obligaciones que las partes hubiesen renunciado, y tienen para con ella la autoridad de la cosa juzgada”, es tomado del código romano L. 20. T.4. lib. 2, además, L.34, tit. 14, Part. 5ª; de los códigos Francés (art. 2.052), sardo (art. 2.091); holandés (art. 1.895) y de Luisiana (art. 3.045).

En la nota a este artículo, destaca el codificador que “El principio se halla en todos los códigos, de que la transacción tiene para las partes la autoridad de la cosa juzgada, es por esa razón de que el objeto de la transacción es establecer derechos que eran dudosos, o acabar pleitos presentes o futuros, y se juzga que las mismas partes hubiesen pronunciado sentencia sobre esos pleitos o derechos dudosos. De este antecedente se originan consecuencias importantes que forman

algunos de los artículos que siguen”.

Los artículos siguientes establecen que la transacción extingue la obligación del fiador, aunque este estuviere condenado al pago por sentencia pasada en cosa juzgada (art. 852), que la transacción hecha por uno de los deudores solidarios aprovecha a los otros, pero no puede serles opuesta y, recíprocamente, la transacción concluida con uno de los acreedores solidarios puede ser invocada por los otros, mas no serles opuesta sino por su parte en el crédito (art. 853).

Del art. 854 surge que “La evicción de la cosa renunciada por una de las partes en la transacción, o transferida a la otra que se juzgaba con derecho a ella, no invalida la transacción, ni da lugar a la restitución de lo que por ella hubiese recibido”.

En la nota Vélez, dice que se aparta del Proyecto de Freitas, y que el artículo es enteramente conforme al Derecho romano L. 33, t. 4, lib. 2. Es decir, que la evicción sufrida no invalida la transacción, porque “la transacción no es un acto jurídico que transmite derechos, sino que meramente los reconoce”, tal como resulta del art. 836.

El art. 858, establece que “La transacción es rescindible cuando ha tenido por objeto la ejecución de un título nulo, o de reglar los efectos de derechos que no tenían otro principio que el título nulo que los había constituido, hayan o no las partes conocido la nulidad del título, o lo hayan supuesto válido por error de hecho o por error de derecho. En tal caso la transacción podrá sólo ser mantenida, cuando expresamente se hubiese tratado de la nulidad del título”.

Este artículo habla de rescisión, pero en realidad se está refiriendo a un caso de anulabilidad del acto, porque las partes son restituidas a la situación jurídica precedente a la transacción debido a que existe un error sobre la sustancia del acto, una falla de voluntad que se encuentra en su origen aunque se haya descubierto con posterioridad. La nulidad no se funda en un error (de hecho o derecho) sino en la falta de causa. La disposición es clara porque establece que es indiferente que las partes hayan o no conocido la nulidad del título, lo que significa que el error es indiferente⁽¹²⁾.

Se refiere a derechos constituidos sobre un título nulo. El acto jurídico es inválido y esa propia invalidez lo hace inepto para producir efectos jurídicos. Falta la causa⁽¹³⁾.

El art. 859, establece que “La transacción puede ser rescindida por el des-

(12) Borda, op. Cit. T II, p. 660- N° 947.

(13) Llambía, op. Cit. T III, p. 134- N° 1850.

cubrimiento de documentos que no se tuvo conocimiento al tiempo de hacerla, cuando resulta de ellos que una de las partes no tenía ningún derecho sobre el objeto litigioso

Aquí Vélez se inspiró el art. 2057 del Código de Napoleón, que se aparta del derecho romano, para el cual la transacción era inatacable cuando se descubrieran nuevos títulos que alterasen los pretendidos derechos de las partes, siempre que estas hubieren actuado de buena fe (conf. Código Ley 19, tit. 4°. Lib. 2°).

Sostiene el codificador al final de la nota que “En el conflicto de estas autoridades, adoptamos la doctrina del cod. francés, porque en justicia y en equidad nada pierde por la anulación de la transacción el que no tenía en verdad derecho para percibir lo que por ella se le hubiese dado o reconocido, aunque pudiera fundarse en el derecho estricto de los contratos”.

El art. 860 establece “Es también rescindible la transacción sobre un pleito que estuviese ya decidido por sentencia pasada en cosa juzgada, en el caso que la parte que pidiese la rescisión de la transacción hubiese ignorado la sentencia que había concluido el pleito. Si la sentencia admitiese algún recurso, no se podrá por ella anular la transacción”.

Se trata de un caso de nulidad y no de rescisión. El motivo determinante de la nulidad es la ignorancia de que la sentencia había pasado en autoridad de cosa juzgada. Si hubiera concretado el convenio sabiendo que la sentencia estaba firme, no habría posibilidad de oponer la nulidad pues no habría error, aunque no podría hablarse de transacción sino de renuncia de derechos o bien una novación de las obligaciones impuestas en la sentencia por las convenidas por las partes.

Las fuentes de esta disposición se hayan en el Digesto de Ulpiano Libro 2. título 15. Ley 7 y Libro 12. título 6. Ley 23.

El art. 861 dice que “La transacción sobre una cuenta litigiosa no podrá ser rescindida por descubrirse en ésta errores aritméticos. Las partes pueden demandar su rectificación, cuando hubiese error en lo dado, o cuando se hubiese dado la parte determinada de una suma en la cual había un error aritmético de cálculo”.

Vélez al redactar este artículo se inspiró en el Digesto Libro 49, tit.8, L. 1 y en el Código Romano Lib. 7, tit. 51, Ley 2 consagrando el principio de que la transacción no se anula por un error aritmético, pero admite que sean corregidos.

Como lo destacué al principio y quedó demostrado a través del estudio de

la transacción y las notas de su articulado, el derecho romano influyó notoriamente en su redacción, al igual que en el resto del Código, a punto tal que se lo puede considerar incluido dentro de los más romanistas de su época⁽¹⁴⁾.

(14) Revista... Op. cit. pag 747