



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

Facultad de Derecho

Posgrado en Derecho

Con Reconocimiento de Validez Oficial ante la Secretaría de Educación Pública, bajo
acuerdo número 2006205 del 13 de junio de 2006

“El Consensualismo Comercial Actual:
notas históricas desde la tradición romanista”

Tesis que para obtener el grado de

Maestro en Ciencias Jurídicas

Presenta el

Lic. Ignacio Vera Estrada

Director de Tesis

Dr. Carlos Soriano Cienfuegos

I. LIMINAR.....	3
II. NOCIONES PREVIAS. —EL CONTRATO Y SU CONCEPTO: LA TORTUOSA ANDADURA DEL CONSENSUALISMO	9
A. A MODO DE INTRODUCCIÓN. —DE SU IMPORTANCIA Y DE ALGUNAS DIFICULTADES SEMÁNTICAS Y AXIOLÓGICAS: PRIMERAS NOTAS ROMANÍSTICAS	13
B. EL DERECHO ROMANO CLÁSICO. —EL PERFECCIONAMIENTO DE UN CONTRATO QUE NUNCA EXISTIÓ. UNAS CLAVES JHERININAS PARA SU INTELECCIÓN	19
C. CONTINUA. —BREVE RECUENTO EN CLAVE STIPULATIO, DATIONEM OB REM Y OTRAS FIGURAS PROTO-CONTRACTUALES.....	21
1. <i>La Stipulatio: ¿formalidad constitutiva o proto-contrato?</i>	22
a) Bilateralidad estructural y funcional	25
b) La bona fides—un sucedáneo de la actio	27
c) La irrupción de la letra escrita: La cautio y el relevo de la prueba. (Et logos caro factum est)	28
d) Hipertrofia de la cautio, decadencia de la stipulatio	29
2. <i>La exceptio non numerate pecunia. Contra el lucro abstracto de la pobreza concreta: el mutuo y los argentarii</i>	34
D. ULTERIORES PASOS ROMANÍSTICOS HACIA LA CONSENSUALIDAD	36
1. <i>Mandato, sociedad, arrendamiento y compraventa. La ulterior revalorización de la voluntas</i>	36
2. <i>Los contratos innominados y la contractualización de los pactos: ex nudo pacto oritur actio</i>	38
E. EL DERECHO MEDIEVAL. —LA ESPIRAL « FORMA-CONSENSO »	39
1. <i>Introducción</i>	39
2. <i>La « tangente » de la res vel factum</i>	40
F. CONTINUA. EL CASO AISLADO DEL DERECHO ESPAÑOL CONSENSUAL	43
1. <i>Derecho navarro</i>	44
2. <i>Derecho aragonés</i>	46
3. <i>El prototípico derecho castellano y la reasunción visionaria del consensualismo</i>	47
a) Las Siete Partidas del Rey Alfonso X, el Sabio	47
b) El Ordenamiento de Alcalá.....	50
G. EL DERECHO CANÓNICO Y LA SACRA CONSENSUALIDAD: « SIT AUTEM SERMO VESTER “EST, EST”, “NON, NON”... » (MT 5, 37).....	54
H. EL DERECHO NATURAL. —GROCIO Y EL DERECHO DE LOS SAVANTS: ¿ROMANICISIMO VS. REALIDAD?	56
I. EI IUSCIVILISMO FRANCÉS Y SUS ALREDEDORES. —LA LIBERTÉ COMO ENSEÑA Y CONSEÑA... ..	62
1. <i>Introducción</i>	62
2. <i>El nudo consentimiento y la « tiranía » de la praxis</i>	64
3. <i>La codificación. —Del racionalismo en tinta y papel</i>	66
III. CONCLUSIONES	68
VI. BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA	70

I. Liminar

El mundo se reúne en bloques. Todo indica que la vieja teoría de la Pangea viene a cumplirse ahora, si bien, más en términos de integración internacional que de colindancia litoral... Es el movimiento discreto y constante de la globalización. En él está implicado casi todo el mundo occidental.¹

En ese orden de ideas se inscribe también el Panamericanismo. Un móvil que pretende la configuración del continente en un solo bloque comercial. « Desde la Bahía Hudson hasta la Tierra de Fuego. » De ello, el TLCAN es sólo una muestra que amerita no obstante especial mención: su articulado aventura el primer encuentro entre tres sistemas jurídicos dispares.² A saber,

¹ Interesante digresión sobre qué sea Occidente, más un concepto dinámico que un coto territorial se encuentra en BERMAN, Harold, *La Formación de la Tradición Jurídica de Occidente*, Política y Derecho, Fondo de Cultura Económica, México, D.F., 2001, págs. 8 a 11. Allí el autor discurre también sobre un centrifugismo racial, religioso, de clase, etc., que ha engendrado « nacionalismos abstractos y superficiales » y que han hecho del afán mercantil motivo y causa suficietas —y acaso el sustrato de un nuevo “nacionalismo”— para la configuración de bloques económicos, comerciales. De donde resulta también que el Derecho, instrumental al comercio, « una cuestión de conveniencia práctica, » más que un emblema de la supremacía estatal, de un estado que cada vez pierde más entidad.

² Disparidad que va empero diluyéndose en la medida que los jueces anglosajones compilan sus sentencias —*Restatements of the Law*— a guisa de código neolatino y los jueces neolatinos apelan con mayor frecuencia y ligereza a las jurisprudencias cual si el sistema jurisdiccional se basase en la máxima *Stare decisis, quiete non movere* del *Common Law*.

el sistema híbrido de Canadá;³ el netamente anglosajón de Estados Unidos⁴ y el civilista de México. El TLCAN delinea entonces un marco legal armonizante, convergente, conciliador, por lo menos en las latitudes septentrionales del continente. Ha supuesto un paso hacia la integración, allí donde se antojaba más difícil.⁵

No es de sorprender por ende, que la coincidencia de culturas —su casi común origen— allane sensiblemente el proceso de integración a nivel iberoamericano. El saldo que arroja esta comunidad cultural es sumamente positivo en términos de una integración dada que predata hogadamente al Panamericanismo tanto como el Virreinato predata al nacimiento del Libertador. Esta integración nacional, legado de la común proveniencia ibérica

³ Que hace convivir el derecho local neolatino de la provincia de Quebec, de raigambre francesa, con el federal, de corte anglosajona, que la circunda. Convivencia no siempre exenta de conflicto en términos del régimen constitucional competencial. Como ejemplo, la propiedad intelectual *lato sensu* viene a ser, por ministerio de ley, declarada competencia federal no obstante la misma constitución faculte a cada provincia para entenderse del derechos de propiedad y demás derechos civiles. *Cfr.* arts. 91 § 22 y 23, y 92 § 13 de las Leyes Constitucionales de Canadá (Leyes Constitucionales Canadienses de 1867 à 1982).

⁴ Habida cuenta del aislado sistema legal neolatino del estado de Luisiana, cuya ascendencia francesa va dicha en su propio nombre, que ha pervivido encapsulado entre estados de regimen anglosajón acaso más por el respeto irrestricto al régimen interior de los estados establecido en el pacto federal norteamericano que por una superioridad sistémica

⁵ América, el « Nuevo continente » ha sido considerado desde siempre un crisol cultural a todos los niveles. Sin embargo, en su parte septentrional, el plano de las relaciones comerciales entre los países ha presentado una encrucijada inevitable. En ella dos culturas jurídicas han arrojado; si bien, de modo coyuntural. La una, de cepa anglosajona; romanista-civilista, la otra. El resultado, un implicamiento recíproco; ríspido, pero de todo punto necesario. Y tras el élan del Derecho de integración, dentro del marco del GATT, este inexorable enfrentamiento se ha avenido ya en un « marco legal » armonizante, convergente, conciliador: El TLCAN. Una interacción jurídica internacional en clave *Common Law-lus civile* es, pues, ya un escenario real. He allí el mérito grande de este documento.

(entiéndase, “peninsular ibérica”), también es clara en lo que toca a la filiación de los sistemas legales locales. Porque en efecto, se puede hablar certeramente de una América ibérica regida por una común tradición legal: la romanista/civilista. Su génesis dual hispana-portuguesa no se opone. Prueba de ello son el Mercado Común del Sur (MERCOSUR), el Pacto Andino, el Grupo de los Tres. Prueba de ello será también el Acuerdo de Libre Comercio de las Américas (ALCA), que debió entrar en vigor en la primera década del nuevo milenio.

Sea como fuere, Iberoamérica se presenta como una materia sumamente apta para una labor —ya incoada— de integración sustancial, inmediata y sostenible; basada en la notable homogeneidad sociológica y legal que priva en estas latitudes geográficas.

El incremento del intercambio comercial en el seno iberoamericano, instrumentado en forma de relaciones jurídicas contractuales, jugará en ello un papel preponderante. Es ésta la experiencia histórica, donde el progreso jurídico persigue —en espiral irreductible— el avance incesante e innovador del comercio. Este tráfico comercial interamericano no será sino el primer paso en un proceso que va desde el establecimiento de un área de libre comercio hasta la erección de una Comunidad, como lo es la Europea. Una integración, pues, tal como la demanda el gran *desideratum* macluhiano de la Globalización: una Aldea Global que desdeñe de fronteras políticas y de disensiones culturales.⁶ Que reconociendo el bagaje peculiar de cada nación, procure su mutua interacción. Anheló del que han participado, en clave jurídica, propugnadores de la unificación o de la armonización legal, del despliegue de un *ius commune* latinoamericano, proveniente de diferentes

⁶ « The new electronic interdependence recreates the world in the image of a global village. » Cfr. McLUHAN, Marshal H., *The Gutenberg Galaxy. The Making of Typographic Man*, The New American Library, Chicago, 1969, pág. 43

épocas y latitudes.

Entre ellos valga aquí citar a Clóvis Beviláqua. Ya desde el siglo XIX logró evidenciar factores comunes de varios ordenamientos latinoamericanos. En su conjunto éstos habían de constituir presupuestos *sine qua non* de códigos tipo: paradigmas legislativos domésticos, a inspiración de los cuales habría de promulgarse la ley privada nacional, si se tenían aspiraciones bolivarianas; es decir, en vistas a una integración legal latinoamericana que preñara de sentido a las meras vecindad territorial y afinidad cultural.⁷

A mayor abundamiento, el proyecto de Código civil panamericano de Consentini celebra la factibilidad jurídico-unitaria latinoamericana en vista de la coincidencia de sus fuentes: derecho romano, Código de Napoleón, leyes españolas y portuguesas. Y que « ... todas se relacionan con costumbres similares y condiciones económicas y sociales análogas ».⁸ De un modo mucho más aventurado y acaso intrusivo, del régimen judicial nacional, Ángel Ossorio y Gallardo se apresura a recomendar a jueces que, « ... [s]in mengua de la sustantividad del Derecho civil ni de la soberanía del legislador boliviano, los Tribunales procurarán en los pleitos que versen sobre contratos orientar su jurisprudencia [...] hacia la unificación del Derecho contractual en los países del Centro y Sud de América. »⁹ y ¹⁰

⁷ Cfr. *Resumo das Lições de legislação comparada sobre o Direito Privado*, San Salvador de Bahía, Livraria Magalhães, 1897, pp. 101 ss., citado por SORIANO CIENFUEGOS, Carlos Alberto, « Reseña del libro, ROBLES FARÍAS, Diego, *Teoría General de las Obligaciones*, México, Oxford, 2011, XXVII + 611 pp. »

⁸ Cfr. *Código civil Pan-Americano. Exposición de motivos*, La Habana, Vox Populorum, s. f. (aunque, 1929), p. 6., citado por *ibidem*.

⁹ Cfr. Art. 1003, *Anteproyecto del Código civil boliviano*, Buenos Aires, Imprenta López, 1943, pp. 443 s. citado por *ibidem*.

¹⁰ Por esa misma vena, el programa aprobado por el Instituto Latinoamericano de

De todo lo anterior se infiere que los procesos de integración económica —la configuración de bloques comerciales o “nuevas nacionalidades” basadas en el antropológico aspecto material humano que le impone intercambiar, comerciar—, en sede jurídica se traducen en el afán internacional de armonizar, cuando no unificar los códigos, ordenamientos legales al amparo de los cuales se comercia, de suerte que las relaciones contractuales con factores de *rattachement*¹¹ a diversas jurisdicciones —connacionales o extranjeras— fluyan tan sutilmente como si se tratara de una operación

Derecho Comparado, establece que « [p]ara dar efectivo cumplimiento a los propósitos de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio, gozarán de preferencias las investigaciones [...] en el orden que se indican: 1° Obligaciones y contratos...». Andados los años, el tema sigue sin agotarse, y es motivo del quehacer doctrinal de juristas europeos que logran captar la atención de sus colegas latinoamericanos. En los años 80 Mario Rotondi vuelve a sacar a la luz su cincuentenario *Progetto franco-italiano di Codice delle obbligazioni e dei contratti*, dentro de sus *Inchieste di diritto privato*; mismo que incluía su *Progetto Italo-Francese delle obbligazioni* junto con otros trabajos cuyos autores provenían de los puntos cardinales del mundo latino: *Una opinión española sobre el Proyecto Ítalo-Francés de Código de las obligaciones* (de Díez-Picazo), *Las obligaciones en el Proyecto Franco-Italiano y en el derecho argentino* (de Boffi Boggero); *A unidade do direito das obrigações no Projeto de Código civil brasileiro e o Projeto Franco-Italiano de 1927* (de Reale); *La idea de un Código uniforme de las obligaciones para los países de origen latino y la actual legislación venezolana* (de Mélich-Orsini); *Proyecto de Código único de las obligaciones y de los contratos para los países de origen latino* (de Fueyo Laneri); *Cincuentenario del Proyecto Franco-Italiano del derecho de obligaciones* (de Mantilla Pineda); y las *Notas sobre la influencia que ha ejercido el Proyecto Italiano-Francés de Código de las obligaciones en México* del connacional y Abascal Zamora. Cfr. *Ibidem*.

¹¹ El galicismo se refiere tradicionalmente a los puntos de contacto que un hecho jurídico *lato sensu* puede tener con jurisdicciones diversas y luego entonces suscitar conflictos de leyes en el espacio, materia del Derecho Internacional Privado. Vid. PÉREZCASTRO, Leonel...

perfeccionada y extinta en la misma plaza. Y tal esfuerzo orbita alrededor del eje imperecedero del contrato.¹²

Para que tal suceda, para interpolar la Aldea Global macluhiana a un Panamericanismo comercial se requiere marcos jurídicos idóneos.

Por ello, la idea de la confección de un código único que gobierne las relaciones contractuales en el seno de Iberoamérica no deja de ser atractiva y ambiciosa.

En un punto concreto de ella se centra este trabajo. A saber, el modo en que los contratos deban ser entendidos perfeccionados y su correspondiente substanciación en una propuesta normativa ad-hoc.

Con vistas a ello, y a la luz de la experiencia de un número mayor de instrumentos nacionales e internacionales que privilegian la consensualidad no sólo como modalidad de perfeccionamiento contractual, sino como todo un sistema y un elán comercial, el presente documento hace particular hincapié —cuando no da por descontado— en el perfeccionamiento de contratos cuyo único requisito es el advenimiento del acuerdo entre las partes potenciales.

Sirva la advertencia en descargo de análisis comparativos de mayor profundidad y como clave orientadora que ayude a leer su estructura y contenido.

¹² « Obligaciones y contratos, por tanto, como los aspectos de mayor peso estructural del derecho patrimonial, como su principio constitutivo, al punto de poder afirmar con Rescigno que “la relación obligatoria constituye la forma típica de las relaciones privadas” , y ciertamente, ocupando un lugar preponderante, el contrato, que a partir de hace poco más de medio siglo ha concentrado la atención de los doctrinarios, de modo de convertirse en el instrumento que expresa la autonomía privada y su articulación indispensable en el funcionamiento de la economía de mercado propia de nuestras sociedades... » *Cfr. Ibidem.*

II. Nociones previas. —El Contrato y su concepto: la tortuosa andadura del consensualismo

Como va sugerido arriba, el contrato es el hito historiográfico propuesto por este trabajo, para desde él entender los procesos de integración económica que, como también se ha dicho, son jalonados por las relaciones jurídicas contractuales.

El contrato y la contratación constituyen en efecto una de las materias más importantes de la ciencia jurídica. El contrato y la contratación son y han sido trascendentales para la vida social y económica. Al punto que se ha llegado a señalar que constituyen baremo de progreso, delineando en la historia una curva ascendente paralela.

Incluso desde la perspectiva iusromana —por lo demás, referente historiográfico imprescindible a propósito de cualquier institución jurídica susceptible de historiarse—, la curva de la importancia del contrato y la contratación es clara y accidentada: no exenta de perigeos ni apogeos.

No así hoy día, pareciere. La importancia del contrato no es por mucho como aquélla del siglo XIX. A la sazón, el contrato constituía la figura central para explicar todo género de instituciones jurídicas. Desde la creación misma del Estado —justificada por medio del llamado Contrato social¹³ o la imposición de la pena —acordada de antemano con el juez por quien había de sufrirla— hasta la organización del mundo internacional, regulado por tratados de ralea contractual.

Desde el matrimonio —basado en el consentimiento de los contrayentes— hasta la constitución de los derechos reales, erigidos como una

¹³ Cfr. ROUSSEAU, Jean Jacques, *The Basic Political Writings*, Indianapolis, Hackett, 1987, *passim*.

especie de pacto que obligaba a los desposeídos —negativa y extra-patrimonialmente— a respetar los derechos ajenos: la célebre obligación universal —*erga omnes*— de respeto propuesta por la Escuela iuscivil francesa, tan en boga el siglo antepasado.

Y con todo, este auge del contrato producido por el individualismo liberal decimonónico parece replegarse hoy en una decadencia o crisis que responde a un intervencionismo paternalista y a una rectoría económica por parte del estado moderno, de un lado; y del otro, a la exaltación de la idea de comunidad junto con una lectura contractual de las doctrinas del Destino universal de los bienes y la Hipoteca social, la Solidaridad y la Subsidiaridad del estado.¹⁴

Nos deslizamos, pues, a lo largo de una de esas pendientes que desembocan en una hipofanía contractual. Sólo el tiempo dirá si la concepción cíclica —nietzschiana— de la historia acierta al augurar un repunte en la figura

¹⁴ No así en ciertas relaciones de “supra-subordinación”: entre el Estado y un particular. Éstas no han estado exentas de este influjo consensual-contractual. Así lo sugiere el discreto cambio de paradigma de “graciosa” y quasi unilateral concesión, a concesión “contractual”, por la que el Estado asigna particulares el uso o explotación de bienes del dominio de la Nación. Antes, en efecto, el concesionario debía dar estrechísima cuenta de las circunstancias y *status quo* de la concesión, en correspondencia, pareciere, a la “largueza” del Estado. Ahora el Estado podría desafanarse de tal prolijidad pues la concesión, se entiende, deriva de un acuerdo sinalagmático de deberes y obligaciones recíprocas tanto del Estado como del concesionario, en el que privará el principio conductual de velar por el propio interés. Por éste —en términos del Análisis Económico del Derecho— el concesionario intentará maximizar la utilidad o los beneficios y el Estado, el bienestar social. Bajo este esquema, pues, el Estado puede presumir que la concesión estará debidamente explotada y las cuentas que el concesionario habrá de rendir serán muchas menos: las necesarias para la eventual regulación del sector de que se trate, y aquellas relacionadas al entero de la contraprestación debida por la concesión. *Cfr.* Arts. 27 y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y COOTER, Robert y Thomas Ulen, *Derecho y Economía*, Fondo de Cultura Económica, México, 1998, pág. 24.

contractual.

En el entretiem po, la revalorización de la Autonomía de la voluntad¹⁵ y el « Absolutismo jurídico » que se le achaca últimamente al Estado así lo parecen preludiar.¹⁶ Otro tanto hacen los ambientes electrónicos creados por los medios digitales de comunicación. Los principios de Personalidad y Territorialidad de la Ley —pivotes de nuestros sistemas legales contemporáneos—, han sido sobrepujados por el llamado Ciberespacio,¹⁷ al que se puede “acceder” prácticamente desde cualquier punto del Planeta. Su capacidad multimedial y las posibilidades de interacción que ofrece parecen constituirlo en un *topos* alternativo, en lo que toca a los ámbitos de aplicación

¹⁵ El Principio de autonomía de la voluntad domina como fundamental en materia de contratación. El contrato es, en efecto, ante todo, lo que la voluntad de los contratantes quiere que sea. El contrato pertenece primordialmente a la esfera del Derecho voluntario. Pero esto no quiere decir que ha voluntad de las partes no esté sometida a limitaciones, que las legislaciones establecen mediante reglas generales de contratación en materia de capacidad, objeto y forma, además de una serie de limitantes naturales, impuestos por la dimensión gregaria del hombre.

¹⁶ Cfr. ROSSI, Paolo, *Assolutismo Giuridico e Diritto Privato*, Giuffrè, Milán, 1998.

¹⁷ « Though Gibson first talked of Cyberspace as a specific place or *topos* by which he meant the « virtual world » referred to by others, it was John Perry Barlow who first applied the neologism to the digital environment created by the Internet. However, it is very little known that Norbert Wiener introduced the prefix « cyber » into the English language a half a century ago. He coined the word « Cybernetics » out of the Greek nautical jargon κυβερνητης *ω—kubernao*, meaning « steersman. » (Its Latin development further yielded *gubernare* —to govern— and its derivative *gubernator*: governor. □ By Cybernetics, he intended to signify the new science of « communication and control » that used a mathematical basis for the communication of information. For Gibbons’ authorial primacy regarding the term « Cyberspace » and Barlow’s applying it to Internet. » Cfr. VERA, Ignacio, « Informational Goods and the Digital Convergence —On Soft-property Rights and a Few Utopian Daydreams » en *Javnost/The Public*. European Institute for Communication and Culture (EURICOM), Vol. VI No. 3, 2000.

de la ley. Y como los actos realizados en ese medio —contractuales o no, jurídicos o antijurídicos— son difícilmente tutelables, el individuo redescubre su capacidad de “darse” derecho y de acordar derecho con su contraparte.

El contrato, por ende, resume fuertes tintes autonómicos en estos nuevos medios. Cobrará así un auge —todo parece indicarlo— insospechado, por lo menos en la esfera privada.

Elegir, pues, al contrato como relevante hito historiográfico nos confronta a dos problemáticas de previo y especial pronunciamiento..., que terminan siendo una el matíz de la otra. A saber, el paradigma histórico y la identificación, en los ires y venires de la historia, de lo que deba entenderse por “contrato”, con independencia de la locución con la que se evoque o haya evocado, previo a entrar al tema ulterior de su formación o perfeccionamiento.

En lo que toca al primer punto, y en atención a la cualidad creacional del contrato; es decir, al hecho que es una realidad compleja, encarnación de una intelequia humana, y luego entonces informado por una esencia huidiza, no queda sino estudiarlo en el tramo de la historia desde una óptica sincrónica; es decir, en desdén de sus aparentes antecedentes y consecuentes. Éstos serían más propios del enfoque historiográfico diacrónico, que se ha elegido descartar en este estudio, y que contemplaría falazmente al contratato como el resultado de un proceso evolutivo, diacrónico.

Y es que, como alude el segundo punto, se precisa discriminar la esencia del contrato; es decir lo que hace que un contrato sea eso y no otra cosa. Al efecto, como se verá en mayor abundamiento, parece que la discusión ha encontrado un punto de sosiego en la bilateralidad del mismo: entendida ésta no en tanto reciprocidad de obligaciones —*synallagma*—, sino en tanto

confluencia de voluntades contractuales, o consentimiento.¹⁸ Conque puede iniciarse una investigación histórica sobre el hecho sincrónico del reconocimiento de la vinculareidad de dos voluntades que confluyen en un objeto de relevancia jurídica.

Al tal efecto, se precisa remontarse hasta el derecho romano como exigencia básica de nuestra experiencia académica occidental. Y desde la experiencia romanística derivar el tortuoso caminar que ha desbrozado el contrato hasta el estado que guarda hoy día en la doctrina contemporánea.

A. A modo de introducción. —De su importancia y de algunas dificultades semánticas y axiológicas: primeras notas romanísticas

La historia del contrato es un devenir constante, incluso desde una perspectiva de trascendencia sincrónica. Un *παντα ρει*—*panta rei*, que dijera los griegos. En torno a su estudio de su historia se acumula una bibliografía bastísima, a la cual se remite cara a mayor abundamiento.¹⁹ Quepa acaso

¹⁸ Quedará al efecto superado el enfoque jurisdiccionalista que suponía la existencia de un contrato allí donde hubiera tutela legal para exigir su cumplimiento en juicio.

¹⁹ *Vid.* por ejemplo, SORIANO CIENFUEGOS, Carlos, “El Contrato como Fuente de Obligaciones en el Derecho Romano” (ponencia presentada en la Primera Semana de Derecho Romano, Universidad Insurgentes, 27 de febrero – 2 de marzo, México, 2012); BUEN LOZANO, Néstor de, *La decadencia del contrato*, Porrúa, México, 1986, *passim*; DIEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, Tecnos, Madrid, 1979, Tomo 1, pág. 84 y ss.; GORLA, Gino, *El contrato*, Bosch, Casa, Barcelona, 1959, Tomo 1, pág. 29 y ss.; MAZEAUD, Henri, Léon y Jean, *Lecciones de Derecho civil*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1960, Pte. 2da., Vol. 1, pág. 69; MESSINEO, Francesco, *Il Contratto in genere*, Giuffrè, Milán, 1973, Tomo I, pág. 6 y ss.; PETIT, Eugène, *Tratado elemental de Derecho romano*, Editorial Nacional, México, 1976, pág. 317; IGLESIAS, Juan, *Derecho romano. Instituciones de Derecho Privado*, Ariel, Barcelona, 1983, pág. 401.

aclarar que más que un desarrollo fluido, ordenado, la historia del contrato está llena de obstáculos, fatigas y desconciertos.²⁰ Se trata de un devenir casi caótico, jaloneado de un lado por las fuerzas de la formalidad y la necesidad de seguridad y certeza jurídicas; y por la fluidez de la consensualidad y el afán de lucro, del otro. Tendencias que han dejado sendas improntas en las órbitas de la importancia coyuntural que se le asigna y —veladamente— en la voz con la que se le designa.

El contrato en efecto ha sufrido grandes modificaciones. Es más en el campo semántico que en el semiótico donde se acusan. Ciertamente, esta coincidencia en los significantes hace que las diferencias en los significados pasen ocultas a un ojo poco avizor. De modo que, despojados de una univocidad semántica que haga las veces de hilo conductor —y a veces, asidero— en el descamino que supone hacer la historia, la búsqueda de los ecos romanos en el contrato y su perfeccionamiento se presenta como una tarea tanto más farragosa y abstrusa cuanto imprescindible. Peor aún, los intentos recientes para la reconstrucción de un tema que hasta ahora parecía pacífico, han provocado viva polémica entre los especialistas.²¹ Valga al efecto mencionar que ni siquiera existe un lugar común sobre cuál sea la esencia en pos de la cual hay que escudriñar los precedentes históricos afines. ¿Capacidad de exigir? ¿Bilateralidad en tanto consenso? ¿Bilateralidad en tanto reciprocidad o interdependencia de obligaciones—*synallagma*?

²⁰ Cfr. JOSSERAND, Louis, *Derecho civil*, Bosch, Buenos Aires, 1950, Tomo II, Vol. 2, pág. 14.

²¹ Nótese la disensión en el pensamiento de Iglesias y el consonante Burdese. Vid. IGLESIAS, Juan, *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*, op. cit., nota 19, pág. 416; BURDESE, Alberto, *Manuale di Diritto Romano Privato*, op. cit., nota 37, pág. 418. Para una postura ecléctica, Vid. VOICI, Pasquale, *Istituzioni di Diritto Romano*, 4ta. ed. Giuffrè, Milán, pág. 359. Para una histórica, GROSSO, Giuseppe, *Lezioni di Storia del Diritto Romano*, 5ta. ed., G. Giappichelli, Turín, 1965, pág. 481.

Por eso, cara al estudio de su historia, sería fatuo entretenerse y darse por satisfecho con la falazmente elocuente etimología del contrato.²²

Allende los consabidos latinajos *cum* y *traho* (“encontrarse”, “unirse”, “ligarse”) que evidencian su solera romana, la voz “contrato” no ha siempre siquiera significado la relación constituida a base de un acuerdo o convención, con la que hoy podríamos agotar casi su esencia y sus causas material e instrumental. A mero título ejemplificativo, durante la época clásica, *Contractus* parece tener un sentido más restringido que *contrahere*.²³

²² Dice Schlesinger en un ya clásico sobre la formación de los contratos que “... the notion of « contract » is common to all legal systems under consideration. At its fringes, the field of « contract » may not be staked out in an identical manner in all legal systems; but as to its core, the meaning of the term is the same everywhere. This is true of socialist as well as other legal systems. In socialist systems, however, it may be doubtful whether and to what extent transactions of socialized enterprises can be classified and treated as contracts...” Cfr. SCHLESINGER, Rudolf B., *Formation of Contracts. A study of the Common Core of Legal Systems*, Oceana, Nueva York, 1968, Vol. II, pág. 71.

²³ Dice Soriano que « [d]e la lectura de las fuentes jurídicas que nos han sido legadas por el Derecho romano, el sustantivo *contractus*, construido a partir del verbo latino *contrahere*, no es de empleo frecuente sino hasta finales del siglo II d. C., dentro del período clásico. [Pero que] antes de dicha época, las locuciones y sintagmas a los que se recurría preferentemente por parte de los jurisconsultos eran del tipo *res contracta* o *contrahenda*, *negotium contractum*, aspecto que resulta[ba] testimoniado en forma elocuente en la definición de Labeón, retomada por Ulpiano en D. 50, 16, 19: (Ulp. 11 *ad ed.*): *Labeo libro primo praetoris urbani definit, quod quaedam ‘agantur’, quaedam ‘gerantur’, quaedam ‘contrahantur’... contractum autem ultro citroque obligationem, quod Graeci synállagma vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem...* (Labeón, en el libro primero [de su comentario al edicto] del pretor urbano, define aquellas cosas que ‘se hacen’, aquéllas que ‘son gestionadas’, aquéllas que ‘son contratadas’... contrato, pues, [es] una obligación de una parte y de la otra, que los griegos llaman sinalagma, como la compraventa, el arrendamiento, la sociedad...) »

Porque en efecto —se sugería—, a pesar de que su configuración etimológica haya permanecido notablemente fiel a su raíz semiótica latina en la mayor parte de las lenguas corrientemente habladas —esto es claro en la órbita coloquial—, la significación actual del vocablo « contrato » no encuentra una correspondencia perfecta ni unívoca en la nomenclatura jurídica de los sistemas legales de la actualidad. Tampoco la encuentra en el tramo de la historia, ni siquiera dentro de los linderos del que hoy llamamos —en contraposición a « Sistema de la *Common Law* »—²⁴ « Sistema civilista ».

Así, [e]l vocablo neutro *contractum*, también utilizado en el fragmento transcrito, parece por ende haber precedido al término de género masculino *contractus*, como coinciden en señalar los autores. No obstante, aun aceptando esta precedencia temporal de *contractum*, la doctrina discute sobre si dicho vocablo es ya un sustantivo, o más bien el participio pasado sustantivado del verbo *contrahere*, polémica en la que esta última solución es compartida por la mayoría, y la primera es defendida por algunos romanistas... ». Cfr. SORIANO CIENFUEGOS, Carlos, "El Contrato como Fuente de Obligaciones en el Derecho Romano" *op. cit.*, pág 2. Y D'ORS, Álvaro, *Derecho Privado Romano*, *op. cit.*, nota 26, pág. 524

²⁴ Denominar « civilista » nuestro sistema legal no parece hacer mucha justicia a su cepa heleno-romana-germana-judeo canónica... civilista francesa. De allí que siempre se tenga que enunciar, sea en contraposición a otra acepción del Derecho: canónico, anglosajón... Messineo opta por llamarlo « Neolatino », acaso, cargando las tintas romanistas. En cambio, sobre el término inglés « *civil law* » dice Gorla que alude a aquellos sistemas jurídicos que parecen pertenecer a una misma familia y a los que también suele aplicarse el nombre de « Derecho continental ». Gorla prefiere el término « *civil law* », usado en los países de *common law*, porque la denominación « Derecho continental » no parece apropiada; en cambio la que propone alude a la influencia romana y a la especial evolución de estos sistemas (hoy codificados) en oposición al *common law*. Por otra parte, traducir literalmente « *civil law* » por *jus civile* o por « Derecho civil » podría dar lugar a confusiones. Cfr. MESSINEO, Francesco, *Il Contratto in genere*, *op. cit.*, nota 19, tomo 1, pág. 15; GORLA, Gino, *El contrato*, *op. cit.*, nota 19 pág. 15; LOSANO, Mario, *I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, Giulio Einaudi, Turin, 1978, pág. 54,

En el universo de textos, recuentos y estudios a los que el Derecho romano —raíz principalísima de nuestra cosmovisión jurídica— se reduce hoy, escasamente se encuentra en labios de los juristas de las distintas épocas el término « contrato » en su sentido actual de participio pasivo substantivado.²⁵ Ese ése el que la semántica le ha atribuido desde hace ya varios siglos y del que no hay rastro alguno, al menos en la paradigmática jurisprudencia clásica.²⁶ Otro tanto habría que decir en relación a la fuerte carga de autonomía de voluntad que nuestro pensamiento actual le asigna a la mera idea contractual.

La digresión terminológica *contractus / contractum* se antoja de una erudición innecesaria, más propia de un estudio filológico que de uno jurídico. Tal como a la imprenta concierne más los tipos, la tinta y el papel que si la impresión resultante es denominada “impreso” o “imprimido”; o que si uno u otro término supone el pasado participio verbal de “imprimir” o bien su sustantivación gramatical. Así, al Derecho —que no a la Filología jurídica— debería interesar más la ubicación en el tiempo de un *synallagma* o de una *conventio*, con independencia de la función gramatical con la que se le encuentre significada —*contractus, contractum, res contracta...* —, a la hora de determinar si se está o no frente a un contrato.

GAMBARO, Antoni, *Sistemi giuridici comparati*, UTET, Turín, 1996, pág. 64 y RENÉ David, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 7a. ed., Dalloz, Paris, 1978, pág. 95.

²⁵ En efecto, en Derecho romano clásico, la palabra « *contractus* » no significó el acuerdo de voluntades —que es el sentido moderno que tiene—, sino la relación jurídica o el vínculo obligatorio en sí, *i.e* la obligación. Como se verá, el acuerdo de voluntades —o sea, el consentimiento— adquiriría significado en el Derecho justiniano a través del *pactum* o *conventio*; no a través del *contractus*. Ello explica por qué en el fragmento de Ulpiano —citado por los compiladores en el Digesto de Justiniano—, se diga *Pactio est duorum pluriumve in idem placitum consensus*, vinculando así el consentimiento al pacto, en despecho del contrato.

²⁶ *Cfr.* D'ORS, *op. cit.* nota 26, pág. 522

Y como a la historia de la imprenta importa tanto los tipos como la tinta o como el papel para historiar su origen, así se trazará la historia del contrato desde la ubicación de un *synallagma*, precedente en el tiempo a la *conventio*, aunque sobre ésta haya hecho recaer la doctrina jurídica, con el tiempo, la esencia contractual.

En efecto, la sola noción de autonomía de la voluntad como fuente creadora de derecho habría repugnado a la mentalidad ius-romana, fuertemente jurisdiccionalista y formal. Dejos de esta axiología se encuentran empero todavía en la concepción von iheriniana, pandectista, del derecho subjetivo, de buenos veinte siglos después. Al tenor de esta cosmovisión, el derecho —el derecho subjetivo, a mayor precisión—²⁷ no se entendía sino en tanto en cuanto se podía reclamar, hacer valer, en juicio; o sea, en tanto en cuanto trae aparejada una relativa *actio*—acción. Más aun, el derecho y la acción se equivalen y vienen a converger conceptualmente en la mentalidad romana.

Y es que el hoy el dogma de la autonomía de la voluntad y la capacidad creadora de derecho que de ahí deriva —de la cual la persona es titular irreductible en virtud de un Derecho natural superior y anterior—, no obstante tener una sólida base antropológica —o acaso por ello...— eran en aquel entonces axiomas jurídicos todavía por desarrollarse. Sólo el adelanto filosófico que el llamado Oscurantismo medieval nos habría de legar, y su postrer desarrollo a cargo de los teólogos-juristas salamantianos de la Segunda Escolástica Española, sentaría las bases —por demás imperecederas— de lo que hoy consideramos como “condiciones dadas” o presupuestos del hacerse contractual.

Así las cosas, a fin de saber cuándo adviene el perfeccionamiento del

²⁷ Vid. VILLEY, Michael, *Compendio de Filosofía del derecho*, EUNSA, Pamplona, 1979, Tomo I, pág. 25.

contrato en clave derecho-romano, es de todo punto necesario determinar cuándo se está delante de uno; es decir, de eso que hoy podríamos reputar —con un mínimo de rigor— un contrato, en las inteligencias de que la identidad hay que ir a descubrir más allá de las paronimias de una nuda correspondencia semiótica en la historiografía del derecho y que no basta al efecto localizar la recíproca vinculatoriedad del consenso de las partes contractuales. Es así como lo exige el enfoque sincrónico propuesto en este estudio.

Porque efectivamente, intentar simplemente trasponer las notas definitorias corrientes del concepto “contrato” —acuerdo de voluntad creador de obligaciones ó plexo de obligaciones interdependientes (*synallagma*)— añadiría bien poco al intento de acercarse a su identificación. Y es que, en el tramo del tiempo, el contrato no siempre ha significado un consenso ejecutable, ni la bilateralidad de obligaciones, ni tampoco parece metafísicamente riguroso hablar del acuerdo de voluntades como su esencia contrato—aunque la hipérbole dé justificada licencia para ello.

***B. El Derecho romano clásico. —El perfeccionamiento de un contrato que nunca existió.
Unas claves Jherininas para su intelección***

Desde este paradigma, para identificar el fugaz momento en que se perfecciona un “contrato”, hay que atender al momento desde el que alguna de las partes de aquello que hoy consideraríamos contrato se encuentra vinculada a hacer aquello a lo que se ha comprometido, independientemente de su voluntad querida y/o manifestada.

Tras esa óptica jurisdiccional, por lo demás de fuertes trazos finalistas —o sea, atendiendo sobre todo a las consecuencias—, se puede afirmar que “nuestro” contrato actual, en términos de derecho romano clásico, habría

nacido en el momento en que una de las partes del contrato hubiere comenzado a tener la facultad —la *actio*— de demandar en juicio la ejecución de su derecho; es decir, cuando hubiere sido capaz de hacer valer coactivamente las obligaciones acordadas con la reciprocidad de la contraparte.²⁸

Valga aclarar que este orden de ideas nos permite encontrar un vestigio contractual que excede a los que cifran su búsqueda en la detección del llamado Principio consensual como fuente generadora de obligaciones. Los tales no ven más allá del *pactum*, manufactura de los supervenientes compiladores justinianeos, que se corresponde perfectamente con nuestras notas volitivas actuales; como si el contrato hubiera sido siempre el efecto de un consenso generador de obligaciones. En cambio, el enfoque de la exigibilidad jurisdiccional asumido permite remontarse hasta la época clásica.

De modo que a la pregunta de cuándo se da el perfeccionamiento del contrato en el sentido del derecho romano clásico, habría que responder que el perfeccionamiento del contrato se da con el nacimiento de una acción enderezada a la protección de un acuerdo contractual, que de otro modo no sería que palabras arrebatadas por el viento; *flatus vocis*, a guisa medieval. ¿Y cuándo nace la acción? La acción nace en el momento en que la parte que será su titular cumple la prestación a la que se había comprometido.

Evidentemente, nacimiento y perfeccionamiento contractual deben entenderse como dos perspectivas —genética y funcional— de un mismo fenómeno; como dos caras de una misma moneda.

(Con todo, para mejor ocasión queda la digresión de si el perfeccionamiento del contrato —siempre desde la experiencia romana clásica— se

²⁸ Jhering retoma esta óptica el siglo pasado al reducir el derecho subjetivo al derecho de petición jurisdiccional, también llamado derecho de acción. *Cfr.* JHERING, Rudolf (von), *Lo scoppo nel diritto*, Julio Einaudi, Turín, 1972, *passim*.

debe reputar acaecido al momento de la ejecución de la prestación o bien al momento del nacimiento de la acción. Aunque son dos “momentos” concomitantes, ontológicamente, la ejecución de la prestación es anterior en el orden de la causalidad y por la relación “acción-pasión”. Pero por ser el nacimiento de la acción el momento conceptualmente más cercano a la cosmovisión jurisdiccionalista desde siempre atribuida al derecho romano, se discurrirá en adelante en función a éste.)

C. Continua. —Breve recuento en clave *stipulatio*, *dationem ob rem* y otras figuras proto-contractuales

Tras este prisma jurisdiccionalista-finalista no resulta difícil acertar cuándo el presunto contrato romano habría nacido; pero un mínimo rigor metodológico exige que el estudio sobre el perfeccionamiento del contrato sea precedido por un breve recuento sobre qué sea éste, hasta la asunción, en el tramo de la historia del derecho, de la significación semántica que le damos hoy día. A efectos de esa consigna, las historias de la *stipulatio*, de la *dationem ob rem* se nos muestran particularmente ilustrativas. Sus peripecias historiográficas se identifican en buena medida con el cuño de nuestro contrato actual.²⁹

²⁹ « In the case of *stipulatio*, its usefulness and flexibility made it the cornerstone of the Roman contractual system, a cornerstone which, incidentally, has no parallels in other historical legal systems. As it was their form and not their content upon which the legal effects of stipulations were based and as this form was simple, clear and unspecific (i.e. not stamped by the peculiarities of specific types of transactions which they might have been designed to accommodate), stipulations were apt to be employed for very different purposes; in fact, they could be made to accommodate everything that could conceivably be the object of a contractual obligation: *dare, facere, præstare* (as long, of course, as such content was not illegal or immoral). » Cfr. ZIMMERMAN, Reinhard, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Juta & Co./Kluwer, Cape Town, 1992, pág. 89.

1. La *Stipulatio*: ¿formalidad constitutiva o proto-contrato?

En el estudio de la historia del contrato, y en concreto de la *stipulatio*, D'Ors se ha quedado sólo. Sólo él niega —a despecho del resto de la opinión doctrinal imperante— la afinidad entre esta figura del Derecho romano y lo que hoy podríamos llamar un contrato verbal.³⁰

Así, la aplastante y contraria mayoría es de la opinión de que la *stipulatio* contiene uno de los indicios más claros y las trazas más primitivas de nuestro contrato actual. Al paso que D'Ors, en cambio, no ve en ella sino una forma protectora y « publifaciente » —ayuna de visos contractuales—, más que la mecánica reguladora de obligaciones convencionalmente interdependientes.

« *Spondes dare mihi centum denarii?* » « *Spondes praestare mihi Sticum?* » Ejemplos de la estructura sintáctica, rígida, de la *stipulatio* a la que la manifestación de voluntad debía conformarse so pena de no producir efectos.

³⁰ « By far the most important of the verbal contracts was the stipulatio. *Verbis obligatio fit ex interrogatione et responsione, veluti: 'dan spondes?' 'spondeo', 'dabis?' 'dabo', 'promittis?' 'promitto', 'fide promittis?' 'fidepromitto', 'fideiubes?' 'fideiubeo', 'facies?' 'faciam'.* Thus a stipulation required question and answer: the future debtor (promisor) would make a certain promise after having been requested by the future creditor (stipulator) to do so. Question and answer had to correspond (so that when the question was « fidepromittis? », the answer could not be « fideiubeo ») and had to follow each other immediately (the requirement of « unitas actus »). Of course, the question had to precede the answer. With these essential characteristics, the stipulation was one of the most important and original creations of Roman law. It was based on the « fides Romana » and shows [...] the true Roman predilection for accuracy, brevity and simplicity.» Cfr. ZIMMERMAN, Reinhard, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, op. cit., nota 29, pág. 68

Casi como un acto de adhesión.³¹ La pregunta, solemnemente proferida, debía ser correspondida, *in actu*, por una respuesta de absoluta y solemne coherencia. « *Spondeo!* », debía, pues, ser la inmediata coherente respuesta.³² Ni más ni menos. De otro modo el « contrato » no nacía. Tampoco lo hacía la acción. (Convenios telefónicos de hoy. Estudiar también el traer el disenso a flor de piel para negar se nos limpien el parabrisas, o estudiar si no hay un consenso “habitual” en contraposición de “actual” al salir de casa y subirnos al coche.

Resulta claro, pues, que la acción deriva de la observancia de la forma. (Acaso sea éste el punto en que el pensamiento de D’Ors comienza a

³¹ « Verbosity begets obscurity, and obscurity gives rise to disputes. If the stipulator is forced to sum up his proposed transaction in a question, its content becomes clear and indisputable. In addition, as the promisor is made to listen to this question and to give an explicit, corresponding answer, there is little room for misunderstanding: much less than where contracts can be concluded *inter absentes* and/or by signing lengthy documents that have often not been read (let alone understood), such as (for example) modern standard contract forms. This is especially true where the promisor repeats everything spelt out in the question: if the stipulator asks « *decem mihi dari spondes?* » and the answer is « *viginti tibi dari spondeo* », it is immediately obvious that no consensus has been reached.” Cfr. ZIMMERMAN, Reinhard, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, *op. cit.*, nota 29, págs. 68 y 69.

³² « Already in Cicero’s time it was, however, recognized that the answer could consist of one word. But even then it had to be the right word, namely the exact verb the stipulator had used in his question (« *centum mihi dan spondes?* ”—« *spondeo* ”). The promisor could not, for instance, shrug off the question and thus try to avoid a reflection of its content by simply answering « yes ”; the Latin language does not provide any equivalent for this abstract affirmation. It made allowance only for the concrete way of affirmatively responding to what had been asked in each particular instance by forming a small sentence consisting at least of subject and verb: an interesting example of how language reflects (or moulds?) a people’s mind.”. Cfr. ZIMMERMAN, Reinhard, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, *op. cit.*, nota 29, pág. 69.

apartarse del resto de los estudiosos.) Sea como fuere, las partes « estipulantes » —se piense, antes que nada en el acreedor— prodigaban a la observancia de la forma un cuidado más que escrupuloso.³³ Eran conscientes que en ello se cifraba el que después fueran capaces de reclamar en juicio — de allí surgía la acción de la que eventualmente tendrían necesidad— lo que la publifaciente solemnidad evidenciaba como suyo. Por donde el consenso —se ve— no es causa eficiente sino acaso remota de la acción. El consenso, en efecto, poco o nada agrega al nacimiento/perfeccionamiento del contrato, entendido en clave actual de acuerdo creador de obligaciones.

No con poca razón sostiene el jurista español que la *stipulatio* no era sino una formalidad establecida para sancionar una obligación, de la cual surgía la acción. Aduce eruditamente que en términos « contractuales » romanos, un contrato es un acuerdo de voluntades que crea una acción; al paso que en la *stipulatio*, el tal consenso no basta: se precisa la observancia de la forma. De ella y por ella nace la acción. Una formalidad, pues, constituyente más que

³³ « The insistence on question and answer with the characteristic repetition of at least a key word (the verb) also made it abundantly clear when a contract had in actual fact been concluded. In modern law it is often difficult to determine whether certain declarations still form part of the preliminary negotiations or are already intended as a binding offer or acceptance. In Rome a question in which « *spondes?* » (or a similar verb) was used immediately set an imaginary little warning light flickering, because everybody knew then that, by giving the appropriate answer, he would become contractually bound. Furthermore, it is probably fair to say that from a psychological point of view the binding force of a formal oral promise given to the other party in his presence was greater than that of a signature underneath a lengthy and involved document, drafted by the other party: for whilst many people today seem to have an exaggerated reverence for what has been written down, the Roman ideas of *fides* (supposed to derive from « *fit quod dicitur* ») and *constantia* demanded that a man keep his word, whether it was embodied in a document or not. » Cfr. ZIMMERMAN, Reinhard, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, op. cit., nota 29, pág. 69.

probatoria.³⁴

Omnímodamente, parece razonable entrever en la *stipulatio* de Derecho romano clásico el primer vestigio contractual.³⁵ Sea en el entendido que estamos a la búsqueda de exigibilidades recíprocas más que de consensos creadores de obligaciones. Sobre todo porque D'Ors acaso no parece reparar mayormente en su estructura patentemente binomial, tal y como la que se encuentra en la mecánica contractual de hoy.

a) *Bilateralidad estructural y funcional*

En efecto, la *stipulatio* clásica participa ya de una nota preclara del contrato moderno; a saber, su bilateralidad estructural. Cosa diversa de una bilateralidad genética, de la que no encontraremos visos sino después de un largo camino en la evolución de la misma. Tanto es así que incluso la extensión del carácter contractual a figuras como las *dationes ob rem*, entre otras, da a entender que la ausencia de acuerdo de las partes no impide absolutamente que pueda nacer entre ellas una relación jurídica propiamente contractual.³⁶

³⁴ El argumento no deja de tener momentos de inevitable lucidez, más si se considera que la solemnidad como formalidad en la teoría del contrato actual cumple un papel de *causa constituendi* más que de *probationis caua*. Cfr. ALPA, Guido, *I contratti in generale. I requisiti di un contratto*, UTET, Turín, 1991, pág. 195 y CIAN, Giorgio, *Forma solenne e interpretazione del negozio*, Cedam, Pavía, 1969, pág. 25.

³⁵ El empleo más antiguo se debe a Servio Sulpicio Rufo, quien menciona el término para referirse a dos estipulaciones recíprocas destinadas a establecer obligaciones mutuas entre los esposos—*contractus sponsionum stipulationumque* Cfr. D'ORS, Álvaro, *Derecho Privado Romano*, *op. cit.*, nota 26, pág. 524.

³⁶ En efecto, en textos de la recopilación justiniana se especifica el concepto de contrato a través de fragmentos tomados de los grandes juristas de la época clásica alta. Labeón por ejemplo se refiere a él en tanto a *ultra citroque obligari*, es decir, obligarse de una y otra

La bilateralidad es sin duda la nota característica de los contratos. No en vano *contrahere* significa arrastrar mutuamente.³⁷ No se trata, pues, de una simple bilateralidad, como la que puede haber en un acto cuyo perfeccionamiento requiere el mutuo acuerdo o consentimiento de dos personas, sino que se trata de una bilateralidad funcional, por cuanto del acto surgen obligaciones recíprocas, vinculadas entre sí por razón de mutua causalidad—interdependencia.³⁸

Como quiera que sea, naturalmente, al referirnos a la reciprocidad contractual, lo hacemos con un significado jurídico y no económico. (Explicar un poco en análisis económico del derecho) Ello significa que, independientemente de que surjan del contrato obligaciones correspondientes, puede existir beneficio económico para una de las partes,

parte. Con ello el jurista quiere significar que su concepto de contrato consiste en un negocio único —no ya doble, como en el caso de las estipulaciones recíprocas—, que crea interdependencia entre dos obligaciones correspondientes. De este modo, cada obligación actúa como causa de la otra. Lo mismo Aristón —discípulo de Labeón— considera también esencial la reciprocidad de obligaciones, e incluso sugiere la posibilidad de, por así decir «contractualizar» ciertas *datationes ob rem* —del tipo de la permuta— mediante el empleo, con fórmula adaptada, de una acción civil *ex bona fide*. En efecto era posible, por cuanto en este tipo de *datationes* parecía haber una correspondencia susceptible de asimilar a los negocios contractuales. Sabino se sitúa en esta misma tendencia aristoniana e inclusive estima que la acción adecuada para estos supuestos ambiguos es precisamente la de compraventa. Sin embargo, Juliano —cuya opinión parece haber sido acogida en el Derecho clásico posadriano— parece más bien adherirse a la doctrina de Labeón. Ello, por cuanto, reconociendo carácter contractual a estas *datationes ob rem*, se inclina sin embargo mejor a que dichas relaciones sean cubiertas con acciones *in factum*. Cfr. D'ORS, *op. cit.* nota 26, págs. 419, 518, 519, 551, 552 y 561 y Dig. 50.16.19 y 2.14.7.2

³⁷ Cfr. D'ORS, Álvaro, *Derecho Privado Romano*, 4ta. ed., EUNSA, Pamplona, España, 1981, pág. 522 y BURDESE, 4ta. ed., UTET, Turín, 1993, pág.419

³⁸ Cfr. IGLESIAS, *op. cit.*, nota 19, pág. 418

cual habría de suceder con los contratos gratuitos; o, por el contrario, haber equilibrio de intereses en las prestaciones que entre sí deben hacerse—contratos onerosos.

En efecto, independientemente de tener o no efectos creadores de derecho, la dialéctica « pregunta-respuesta », « oferta-aceptación » encuentra su más prístino origen en la *stipulatio* romana. Sólo en ese sentido se da tal bilateralidad, aunque de hecho surgieran derechos para una sola parte. Y es que a pesar de la rigidez de su composición gramatical y el encorsetamiento de su profesión —cuya solemnidad quizá haya querido subrayar D'Ors negando su naturaleza contractual— no añade ni resta nada a las libertades de contratar y contractual de las que las partes son titulares—libertades que se encuentran en el núcleo de toda concepción contractual, sea cual sea. Despréndese de allí la bilateralidad estructural —matiz de la funcional— de este proto-contrato.

b) La bona fides—un sucedáneo de la actio

Ahora bien, en nuestra cosmovisión actual, la relación causal —de interdependencia— de las dos obligaciones determina que entre ambas haya una causalidad recíproca, en el sentido de que cada obligante no podrá exigir la contraprestación sin haber cumplido o satisfecho su propia deuda.³⁹ Esta interdependencia recíproca que existe entre los contratantes se expresaba en la jurisprudencia clásica con el término técnico *bona fides*, opuesta, en tal sentido, a la simple *fides*, que significa la lealtad unilateral que alguien debe a aquél que se somete a su arbitrio y opuesta también a la obligatoriedad civil

³⁹ Ello sirve precisamente de fundamento causal a la acción. Cfr. IGLESIAS, *op. cit.*, nota 19, págs. 195 y 196.

coactiva proveniente de la acción.⁴⁰

No obstante la *stipulatio* haya sido siempre de *strictu iuris* —de derecho estricto—, la naciente noción de contrato y la *bona fides* son dos nociones correspondientes y equivalentes, que expresan desde puntos de vista diversos el mismo principio de la bilateralidad funcional, y por ello, la característica unificante de los contrato es el hecho de estar todos ellos sancionados por acciones llamadas *ex bona fide*.⁴¹

c) *La irrupción de la letra escrita: La cautio y el relevo de la prueba. (Et logos caro factum est)*

La solemne oralidad de la *stipulatio* exigía la comparecencia —presencia físicas inmediata— de las partes, ya que el contrato debía formarse en un acto único e *in situ*. Ello precluía de plano los contratos entre ausentes, al menos en la jurisprudencia clásica. Los *contractus per epistulam* habían todavía de aparecer en épocas bien posteriores.

Pero a más de las partes, a la *stipulatio* debían comparecer —so pena de inexistencia— testigos que subsumieran como hecho propio el acto que estaban por atestiguar. Su función sería, sobretodo, dar fe del cumplimiento de las formalidades. En cambio, los objetos directo e indirecto de la *stipulatio* eran de menor importancia —tanto como el consenso subyacente de las partes— y de fácil retención.

⁴⁰ Nótese que la *bona fides* parece explicar también la solera de *ius gentium* que tienen los principales tipos contractuales. Cfr. D'ORS, *op. cit.*, nota 26, pág. 61; IGLESIAS, *op. cit.*, nota 21, pág. 388 y GROSSO, *op. cit.*, nota 21, págs. 278 y 282

⁴¹ Las acciones *ex bona fide*, o de buena fe, forman un grupo especial dentro de las personales con *intentio*, cuya fórmula se distingue precisamente por la inclusión, en la *intentio*, de la cláusula *ex bona fide* u otra equivalente. Cfr. GROSSO, *op. cit.*, nota 21, págs. 268 y 271.

Con todo, en la medida en que las cláusulas de la *stipulatio* se sofisticaban con la inserción de modalidades obligacionales —condición, plazo modo—, la fidedignidad del testimonio de los comparecientes se erosionaba a pulso de preciosismos obligacionales.

A efecto de aliviar esta dificultad, la oral celebración de la *stipulatio* se comenzó a acompañar con la redacción circunstanciada de la *cautio* —que en despecho de su nombre, nada tiene que ver con nuestra Caución actual... casi como poco tiene que ver el « *contractus* » con nuestro contrato de hoy.⁴²

« Y la palabra se hizo carne... », como místicamente afirma Perry Barlow a propósito de la irrupción de la letra escrita en el horizonte cultural del hombre.⁴³ Otro comenzaría a suceder con la *stipulatio*, franqueada la posibilidad de desafanarse de algún modo de la pompa y parsimonia que la solían acompañar.

d) Hipertrofia de la cautio, decadencia de la stipulatio

Más que la piadosa humanidad o la idea cristiana de común filiación, todo parece indicar que son la argucia política y el arte del buen gobierno los

⁴² « Nevertheless, the late classical lawyers still maintained the oral nature of the stipulation, even if increasingly as a matter of theory. If, at the end of the document, it had been indicated that question and answer had been properly put, there was no reason for the courts not to accept this as true, unless the contrary was positively proven. The document thus provided the basis for a (factual) presumption that the oral formality had been complied with. » Cfr. ZIMMERMAN, Reinhard, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, *op. cit.*, nota 29, pág. 80.

⁴³ Cfr. BARLOW John P., *Selling Wine Without Bottles: The Economy of Mind on the Global Net*” disponible en http://www.eff.org/pub/Publications/John_Perry_Barlow/HTML/idea_economy_article.html.

motivos que subyacen a la Constitución imperial antoniniana de Caracala.

De un modo u otro, lo cierto es que a partir del 212 de nuestra era, todos los súbditos del Imperio adquieren el codiciado status de *cives*. Y entre ellos, los habitantes del oriente medio, con todo y sus prácticas comerciales altamente grafocráticas, pronas al tacto y a la tangibilidad sensorial de las cosas corpóreas y subsistentes.⁴⁴

Incapaces de concebir que de las palabras —aún proferidas solemnemente— se siguiese la existencia de la acción, los neocitadinos — particularmente los provenientes de Bizancio— resbalaron en la hipertrófica práctica de siempre asentar sus acuerdos por escrito —en *cautii*—, hubiese mediado o no una *stipulatio* que diese sentido y sustento al documento probatorio.⁴⁵ Es así como las exigencias del dinamismo comercial nos sugieren

⁴⁴ « For as long as Rome and Roman tradition were dominant in the application and development of the law, the basic structure of the stipulation remained unchanged, even though, as we have seen, various concessions were made to facilitate its use in commercial practice. The degeneration (or atrophy) of the classical stipulation, in the course of which the oral formality gradually lost all significance, came about under the influence of commercial practice in the Hellenistic provinces. Even in classical Roman law already a document embodying the content of the stipulation was usually drawn up. Such a document had a purely evidentiary function and was neither required for the validity of the transaction nor could it replace the oral exchange of question and answer. ” Cfr. ZIMMERMAN, Reinhard, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, *op. cit.*, nota 29, págs. 78 y 79.

⁴⁵ « Finally, what strikes us as odd is that even though the stipulation was a formal act, the parties were not required to put its content in writing; where we refer to formal acts today, we usually have the requirements of writing, notarial authentication or official certification in mind. The reason is that such documents enormously facilitate proof of the conclusion and content of the transaction; to us this is, in fact, one of the main functions of formalities. The Romans, on the other hand, as far as the development of their rules of substantive law was concerned, were surprisingly unconcerned about problems of evidence. Whether certain allegations could be taken as proven in court and how this was to be done was a matter of concern for

pudo haber sucedido, dado su oriental apego a la objetividad irrefutable de los registros escritos.

Y de este simulado respeto a las leyes que regían su recién estrenado status civil al tiro de gracia del Emperador León descarga sobre la solemnidad prístina de la *stipulatio* no hay sino un paso.⁴⁶ Consonantes con las prácticas comerciales del momento, hacia el siglo V se decide, en efecto, que la desde entonces mal llamada *stipulatio* se podrá celebrar « *quibus cumque verbis* »—no importaba más con qué palabra.

La eficacia solemne y definitoria de la *stipulatio* queda pues sepultada bajo la pesada plancha de la laxitud oral. Despojada de su solemnidad original, la *stipulatio* no es más tal. Es sólo una reminiscencia, pronta al fragor comercial.

« [d]e tal modo, « convención » es una denominación general, que, según

the *iudex*, who was appointed by the magistrate, not for the lawyers, who administered the *ius civile*. In the case of stipulations, Roman *fides* seems to have afforded sufficient security for the purely oral promise to become a viable and practical institution of Roman law." Cfr. ZIMMERMAN, Reinhard, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, op. cit., nota 29, pág. 70.

⁴⁶ « Lay people tend to attach greater significance to written documents than these deserve from a legal point of view: that was probably as true in imperial Rome as it is today. Hence the belief started to gain ground that the recording of the transaction was essential for its validity. This belief was influenced by the obligatory effect of writing in the Hellenistic East and especially by the Greek practice of drawing up instruments of indebtedness—instruments which could be enforced in Roman courts too. It was further supported by the practice of draftsmen and notaries to attach a stereotype « stipulatory clause » to their documents. If, for instance, we look through the Egyptian papyri, we find that after the enactment of the *constitutio Antoniniana* this clause became an essential element of the documentation of legal transactions, its purpose obviously being to render the obligation enforceable according to Roman law » Cfr. ZIMMERMAN, Reinhard, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, op. cit., nota 29, pág. 79.

dice elegantemente Pedio, no hay ningún contrato, ninguna obligación, que no encierre en sí una convención, tanto que se haga por entrega de una cosa, como por palabras, pues también la estipulación, que se hace en palabras, es nula si no existe un consentimiento. » Así lo recogió Justiniano, *ad perpetuan rei memoriam*.⁴⁷

Justiniano terminó de dar al traste con la oralidad —ya desafanada de solemnidades— atacando la *unitas* misma del acto. Dio en efecto su venia a la celebración de contratos donde las partes no ese encontraban en una ubicación de inmediatez física, tal como convenía a un acto que debía ser celebrado con la comparecencia de testigos.⁴⁸ En efecto, pudiéndose la *stipulatio* celebrar con cualquier palabra, en realidad poco importaba si una *cautio* era remitida a una contraparte para su conocimiento y eventual

⁴⁷ Cfr. D.2,14,1,3.

⁴⁸ Zimmermann explica, no si una pizca de sarcasmo. « To us, today, the disadvantages of the Roman form of stipulation are obvious. To start with, this type of transaction was not accessible to everybody; by virtue of the oral formality, deaf or mute people were excluded. Furthermore, the conclusion of a stipulation required both parties to be present at the same time at the same place. This presented no problem at a time when Rome was still essentially a medium-sized country town and when the range of commercial activities of its inhabitants was fairly limited. But it became increasingly cumbersome with the expansion of the Empire after the second Punic war: even if one takes into consideration that a stipulator could, of course, always send his slaves or sons in power to « represent » him. Thirdly, insistence on the oral form can, in individual cases, lead to harsh results. To deny that a stipulation is valid only because one of the parties had used a wrong word or had sneezed before being able to give his answer might seem inequitable. In fact, we find Justinian pouring scorn upon the *subtilitas*, *scrupulositas* and *difficultas* of the oral solemnities with their rigorous consequences: « *multas...ambages scrupulososque circuitus correximus* », he said, referring proudly to « *nuper leg[es] a nobis script[æ]* ». The formalities which enveloped the classical law were not to his liking. » Cfr. ZIMMERMANN, Reinhard, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, op. cit., nota 29, pág. 70.

asunción. Consonantemente, el documento presuntamente remitido era sólo impugnabile sobre la prueba de la presencia de una de las partes en una ciudad diversa.

Como sea, tras la metamorfosis de la *stipulatio* en una especie de promesa consensual escrita, la figura de los *contractus inter absentes* (*per epistulam*) comienza a sugerirse el horizonte jurídico comercial...⁴⁹ para nunca abandonarlo; menos ahora, en una sociedad altamente intercomunicada, anegada de una práctica comercial incesante y global.

⁴⁹ « Apart from the verb as the key word, unitas actus and correspondence of question and answer were essential elements of the Roman stipulation. Both gave rise to discussions too. As to the first, the rule is stated by Venuleius: « Continuus actus stipulantis et promittentis esse debet... et comminus responderi stipulanti oportet. Ceterum si post interrogationem aliud acceperit, nihil proderit, quamvis eadem die spondisset ». The compilers, after « debet », added a little gloss: « *Ut tamen aliquod momentum naturæ intervenire possit.* » One is left to speculate what « a short interval dictated by nature » may have implied: was the promisor allowed to spend a penny before he gave the answer? Or did it refer, for instance, to a sneeze or a bout of coughing? Of course, formalism would have been carried to ridiculous extremes had provision not been made for the latter type of incident. So the promisor was granted a moment of reflection; even a witticism or an elegant quotation was allowed to intervene, so that, for instance, a bit of Vergil that had been recited between question and answer was passed over indulgently as « *supervacuus* ». Ulpian seems to have gone so far as to accept an intervening absence of the stipulator, provided he had been away only for an « *intervallum medium* » before returning to hear the answer. But when is an *intervallum* « *medium* »? Did it matter whether any other affairs were attended to in the meantime? According to Venuleius, that did invalidate the stipulation; otherwise, that is, where no other business was conducted, he seems to imply that the *intervallum* might extend to a full day. But this limit is as arbitrary as any other would have been. It is very likely that both Ulpian's *medium intervallum* and Venuleius' one-day period were interpolated. Classical law probably still required continuous presence of the parties; possibly the question was beginning to be disputed. » Cfr. ZIMMERMAN, Reinhard, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, op. cit., nota 29, pág. 72.

Y al lado de la transformación sustancial de este ya proto-contrato, la consensualidad como valor axiológico contractual —oferta y aceptación— empieza a cobrar un relieve inesperado; mucho mayor que el de mera causa remota de la acción.

2. La *exceptio non numerate pecunia*. Contra el lucro abstracto de la pobreza concreta: el mutuo y los *argentarii*

En la *stipulatio*, la causa parece ceder y subyacer a la forma. Ésta la asume y rebasa. Por eso, la obligación que crea la *stipulatio* es una obligación abstracta, en el sentido de que no tiene que ser probada como fundamento de la acción.⁵⁰ En efecto, donde se probaba la observancia de las formas, dar además razón de la causa del negocio parecería más prolijo si no, inútil.

Los banqueros romanos —*argentarii*— de un modo u otro lo saben; y actúan en consecuencia. Por ello reclaman para sí una responsabilidad

⁵⁰ Cosa diversa y equivocada es que la causa pudiese no existir. En efecto, el que su carácter abstracto exima al accionante de tener que probarla no significa que no tenga que existir. Distíngase, pues. Porque a eximir al accionante de la prueba de la causa —y como haciendo sus veces— se enderezaba la rígida solemnidad de la que la *stipulatio* estaba revestida, que hacía de la causa un hecho evidente. Y del carácter abstracto de la *stipulatio* se siguió un negocio contrario de naturaleza semejante: la *acceptilatio*. Su misión era la de extinguir una obligación basada en una causa abstracta, tal cual la de la *stipulatio*. Se precisaba entonces de otro acto formal —contrario— que substanciara el cumplimiento de una obligación abstracta. « ¿Tienes por recibidos cien? » era una ejemplo de este negocio solemne. De la adhesión a su formalidad se seguía su eficacia extintora de la acción contraria —y por ende, de la obligación—, proveniente de la también formal *stipulatio*. Con la salvedad de que en la *acceptilatio*, además de ser un negocio abstracto, la extinción que provocaba en relación a la acción era *ipso iure*. Cfr. BIROCCHI, Italo, *Causa e Categoria Generale del Contratto*, G.Giappichelli, Turín, 1997, pág. 57.

alícuota no desdeñable en el tránsito de la *stipulatio* hacia la consensualidad.

En principio —como ya va dicho— cuando un acreedor cualquiera demanda, es relevado de la carga de la prueba, por virtud del carácter abstracto de la *stipulatio*. Sin embargo, la voracidad mercantil orillaba a los banqueros a asegurar la recuperabilidad de sus créditos —de sus « carteras vencidas », diríamos hoy—, a través de una *stipulatio*. Ello aseguraba el pago de los intereses, ya que la suerte principal se exigía por medio de la acción derivada de la *traditio* en el sentido estricto de la entrega. Esa era en efecto la práctica corriente entre banqueros, sobre todo tratándose de mutuos de cierta entidad.

Tras la experiencia de no pocos abusos perpetrados por los tristemente célebres « publicanos », la Constitución de Caracala —menos conocida por su protección al « consumidor »— revirtió la carga de la prueba de la entrega efectiva —*traditio*— del dinero sobre el banquero. Tal sucedía cuando el deudor oponía la excepción *non numerate pecunia*. Momento en que su presunto acreedor veía desenmascarado muchas veces su ardid de, abusando el carácter abstracto de la *stipulatio* —y de la indigencia de su mutuuario—, hacer prometer solemnemente al presunto deudor —« *spondeo!* »— la restitución de una suma jamás entregada.⁵¹

⁵¹ « This latter exceptio was introduced in late classical law in order to meet the situation where the debtor had acknowledged receipt of, and promised to repay, the sum agreed upon before it had actually been handed over to him. That prospective creditors should have asked for such an anticipatory promise does not seem to have been uncommon at all; the borrowers, in order to receive the capital, would have complied with this request by way of stipulation; and evidence of this stipulation would, by that time, generally have been a written document. Of course, under these circumstances it was bound to happen that what had in actual fact already been acknowledged did not take place and that the loan was not handed over after all. If the creditor then presented the instrument and sued for repayment, he could normally

Antes, el presunto deudor no tenía más que la acción de dolo y el gran fardo de la prueba negativa de que la *stipulatio* en cuestión no estuvo seguida del entero de la suma. Ahora, con Caracala, el presunto deudor está además en condiciones de instar a propósito de una *cautio* reputadamente espúrea en poder del banquero a través de la querrela *non numerate pecunia*.

Así las cosas, la *stipulatio* —rutinariamente asentada en la *cautio*— se viene a trocar en definitiva en un contrato literal constitutivo de acción.⁵²

D. Ulteriores pasos romanísticos hacia la consensualidad

1. Mandato, sociedad, arrendamiento y compraventa.

La ulterior revalorización de la *voluntas*

Los primeros vestigios de consensualidad los encontramos en los cuatro contratos consensuales que atravesaron el umbral que separaba —y lo que hoy distinguimos, si bien sólo académicamente— el periodo clásico del posclásico.⁵³

be met with the exceptio doli.” Cfr. ZIMMERMAN, Reinhard, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, op. cit., nota 30, págs. 93 y 94.

⁵² « Yet, as long as the transaction had taken place *inter præsentes*, on the basis of the promise being put down in writing, it was accepted that a stipulation had been concluded! Thus, in actual practice, the oral formality was increasingly neglected and the stipulation was largely converted into a promise in writing. So of course, it was still open to the debtor to prove that the formal oral act had not in fact taken place; but apart from showing that it could not have taken place (e.g. because one of the parties was not present at the alleged time and place), such proof of the negative is notoriously difficult.” Cfr. ZIMMERMAN, Reinhard, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, op. cit., nota 29, pág. 80.

⁵³ « What the glossators found when they started to work their way through the Digest was not a law of contract(s) based on any neat and rational system. On the one hand, there was

Mandato, sociedad, arrendamiento y compraventa. en efecto marcaron, en cierta manera, la dirección que habría de tener en el Derecho posclásico la categoría contractual.⁵⁴ A ello coadyuvó, es cierto, el hecho de haber desaparecido las distinciones entre Derecho civil y Derecho honorario, además de que, caído el procedimiento formulario —disuelta la tipicidad de las acciones en la *cognitio extraordinem*—, se abandona el orden edictal para reagrupar el sistema de fuentes de las obligaciones en el tan predilecto tema posclásico de la *voluntas*.⁵⁵

Estos contratos ofrecían el agradable dinamismo de generar directamente la acción. El consenso formado entre las partes era en efecto causa eficiente y suficiente de la acción.⁵⁶

No así los otros contratos consensuales que también conoció el Derecho romano, pero cuya exotividad los había liberado de la tendencia consensualizante del comercio. A diferencia de esta tetralogía contractual, estos acuerdos no generaban acción. Eran simples pactos — acuerdo entre partes— que exigían venir asuntos —o revestidos— por una *stipulatio* o perfeccionados medio de una *traditio, latu sensu*—simple entrega, *in iure cessio* o *mancipatio*, según conviniera al caso. Sólo así estaban en

the rule of « *ituda pactio obligationem non parit* ». But, on the other hand, there was a whole variety of agreements which had in one way or another become legally recognized; having grown up historically, they now formed a somewhat haphazard lot. First, there were the contracts, i.e. those obligatory transactions which had a proper name (« ...*transeunt in propnum nomen...* »)” Cfr. ZIMMERMAN, Reinhard, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, op. cit., nota29, pág. 537.

⁵⁴ Cfr. BURDESE, op. cit., nota 21, pág. 421.

⁵⁵ Cfr. D'ORS, op. cit., nota 26, pág. 523.

⁵⁶ Cfr. COSSIO, Alfonso de, *Instituciones de Derecho civil*, Alianza, Madrid, 1975, pág. 244.

condiciones de producir la acción respectiva.

Pero hay todavía otra componente proto-contractual que analizar. Junto con las anteriores, ayudaron, con el paso de los siglos y una ingente práctica civil a configurar el contrato, tal y como lo conocemos hoy.

2. Los contratos innominados y la contractualización de los pactos: *ex nudo pacto oritur actio*

Desconocidos para la jurisprudencia clásica, sus orígenes arrancan de la permuta y la *estimatio*—una especie de venta por consignación. Ha sido Justiniano el artífice de su « anómica » denominación —« contratos innominados »— a partir de su carácter contractógeno y su disimilitud con la tetralogía contractual gayana.

En clave jurisprudencia clásica, estos contratos innominados se corresponden con cierta fortuna con las llamadas *dationem ob rem*; por donde *datio* es constituir a alguien propietario de algo y las *dationem ob rem* son las daciones hechas en vistas de un beneficio interdependiente a cargo del accipiente de la propiedad trasladada. Compraventa y mutuo, en este sentido, no configuran una *dationem ob rem*.

De notarse es que esta mecánica de constituir alguien propietario en aras a un beneficio correlativo no descansa sobre una base de un contrato, sino sobre la de un pacto. Y en efecto, cuando la *datio* no era debidamente reciprocada por el beneficio esperado, aquélla se solucionaba con la *actio in factum*, de derecho pretoriano. Porque no había una obligación contractual de por medio, sino sólo un hecho injusto que remediar; o sea, que el *accipiens* fuese constituido propietario sin haber cumplido con su correlativa carga.

Así, con base en la permuta y la *estimatio*, la jurisprudencia posclásica confeccionó la *actio præscriptis verbis*, que dotaba de efectividad al mero acuerdo de voluntades; o al menos a aquéllos en que alguno diese con vistas

a recibir algo—« *do ut des..., ut facias. Facio ut des..., ut facias.* »

De manera que al estar dotados de una acción eficaz, he aquí que los pactos se contractualizan. Es la victoria del consenso sobre las materialidad de las formas, de los escritos y de las entregas.

Dice Zimmermann, a propósito del modo en que un pacto se tenía por cerrado, que « (...), conclusion of the contract was seen to depend on the following five requirements: *primo interrogatio, secundo responsio, tertio quod interrogatio precedat responsionem, quarto loco quod responsio fiat incontinenti post interrogationem, quinto quod responsio congrua id est intellegibilis.* »⁵⁷

E. El Derecho medieval. —La espiral « forma-consenso »

1. Introducción

Proponiendo una arbitraria solución en la continuidad de la historia —un flujo ininterrumpo—, se estudiará Ahora la postrer evolución del contrato en la Edad Media.

Los mil años que suelen asignarse a este periodo de la historia humana no fueron ciertamente particularmente pródigos en materia de avance jurídico. La pulverización del poder —la apenas inoculación de lo que la postre vendría a ser el estado moderno— no dio lugar a grandes disertaciones ni a que las grandes cabezas de la época distrajeran su atención del estudio de la filosofía y la teología hacia cosas que ellos habrían reputado más bien banales. Esto es cierto, al menos por lo que hace al afán doctrinal de buena parte de ese

⁵⁷Cfr. ZIMMERMAN, Reinhard, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, op. cit., nota29, pág. 547.

milenio.

Este humor intelectual encuentra ecos en la historia del contrato. Sólo en la península ibérica se registraría algo más que la cíclica repetición de la evolución del concepto en el Derecho romano. Por lo demás, se vuelve a dar una etapa primitiva —que privilegia el sistema verbal y solemne—, para pasar después —merced de las exigencias comerciales— a la necesidad del contrato de perfección real, para finalmente llegar a una etapa en que se trata de alcanzar, sin lograrlo, el pleno dominio del contrato consensual.

2. La « tangente » de la *res vel factum*

En efecto, en los albores de la Edad Media —época de los Derechos bárbaros—, la obligación se fundaba, más que en la idea del « contrato » en la del delito: en la idea de la ofensa que se infería a la otra parte, al menos en ciertos casos, con, el incumplimiento.

Por eso, dice Gorla, tampoco es extraña en esta época —por lo menos en su fase más avanzada— la idea de un enriquecimiento injusto de un pactante, por el hecho de haber recibido éste alguna cosa de la contraparte; y todavía hay que añadir la idea de un engaño o fraude (en sentido amplio) producido al no mantener el pacto. Ideas todas de naturaleza extra-contractual.⁵⁸

El mismo principio formal operaba no ya porque la forma exteriorizara de manera cierta la voluntad de obligarse, sino porque el rito y la ceremonia vinculaban por sí mismos, por su valor místico. La distinción entre una voluntad de obligarse y una voluntad de enajenar, contenidas ambas en la forma, resultaba muy oscura.

Más tarde, en el período que podría corresponder *grosso modo* —aunque

⁵⁸ Cfr. GORLA, Gino, *El contrato*, *op. cit.*, nota 19 pág. 44.

las evoluciones de las ideas son siempre inciertas y oscuras— al desarrollo del Derecho de cepa romanista, comienza a delinearse en las distintas « legislaciones » la idea de una responsabilidad nacida del pacto. Es muy probable que esta idea no hubiera sido abandonada nunca en las regiones y pueblos que se encontraban bajo la influencia del Derecho romano o, mejor, de las costumbres jurídicas y de la práctica greco-oriental. Pero dicho pacto, o acuerdo contractual, solamente tenía valor cuando una de las partes hubiera realizado ya la prestación —en un contrato real— o cuando el pacto se hubiera fundido en el molde de una forma.

Gorla señala al efecto la *wadiatio*, la *fides facta*; después la *charta* o la *traditio chartæ*, seguramente sucedáneas para estos efectos de la clásica *stipulatio*.⁵⁹

De modo que más o menos hasta el siglo XI —y quizá hasta más tarde—, fuera de los casos en que el contrato se funda en la forma y de algunas otras excepciones, el contrato sólo es reconocido jurídicamente en cuanto represente un cambio.

Y es que la misma palabra « contrato » llega casi a ser sinónimo de cambio: un cambio cumplido ya por una de las partes mediante una « *res vel factum* ». De modo que los cuatro contratos consensuales típicos del Derecho romano no habían sido admitidos en aquella época y —según parece— todavía tardarían mucho en admitirse; la influencia del Derecho romano sobre la práctica y sobre el Derecho realmente vigente es bastante relativa.

La *res vel factum*, la prestación realizada, adquiriría así el valor de un elemento para la formación del contrato. En efecto, en tanto este elemento no interviniera, el pacto era revocable, por mero efecto de la raigambre de la idea o la exigencia del cambio como elemento sustancial del contrato. Ahora, bien

⁵⁹ Cfr. GORLA, Gino, *El contrato*, *op. cit.*, nota 19 pág. 45.

la contraprestación bien podía reducirse a un símbolo. Ello se explica no solamente porque la idea de la equivalencia de las prestaciones no juega en una mentalidad formalista y ajena a averiguaciones de esta índole, sino también, y fundamentalmente, porque existía la idea —aunque se mantuviera en estado latente—, de que una prestación cualquiera bastaba para dar forma al contrato y para que no hubiera dudas sobre la intención de concluirlo y de concluirlo con valor jurídico.

Otra vez aquí es notoria la juridicidad evidenciada por el esquema supracitado del cambio.⁶⁰ Y en virtud de esta concepción del contrato, formal o real —en el que también la *res* podía quedar reducida a una forma o a un esquema formal de cambio—⁶¹ era natural que ni el tipo o la tipicidad del contrato —el motivo del pacto—, tuviesen virtualidad suficiente para determinar la sanción jurídica.

Sin entrar en la cuestión de la licitud, en efecto, en los resquicios disponibles al estudioso, se pueden encontrar los contratos más atípicos, con prestaciones desprovistas de valor económico o típico. Toda clase de relaciones solían establecerse por medio de un « contrato » —o si se prefiere « relación contractual »— lo que, en cierto modo, viene a desmentir la conocida tesis según la cual en la Edad Media las relaciones derivaban del

⁶⁰ Gorla dice al respecto que « [h]ay en todo esto una especie de « hipocresía », que hace que sea muy difícil distinguir entre la exigencia de un cambio efectivo y la exigencia de un cambio formal. » Y sigue « Mientras tanto, se van desarrollando las arras como modo de conclusión del contrato (no como *arrha poenitentialis*) y la forma, análoga a éstas, del *denarius Dei*; que, sin embargo, por lo menos las primeras, presuponen una prestación o parte de una prestación pendiente todavía de cumplimiento. Las arras pueden consistir en una parte de la prestación debida o en un objeto distinto, aunque sólo tenga valor simbólico. Como es sabido, la *palmata* fue también otra forma muy generalizada. » Cfr. GORLA, Gino, *El contrato*, *op. cit.*, nota 19 pág. 46.

⁶¹ Cfr. GORLA, Gino, *El contrato*, *op. cit.*, nota 19 pág. 46.

status de la persona más que del contrato.⁶²

Sea como fuere, no parece que la mentalidad de la época fuese afectada a hacer averiguaciones sobre el tipo, causa del pacto, etc., para determinar o establecer adecuadamente su sanción.

Seguramente habrán contribuido al efecto la escasa fuerza moral y material de los Tribunales —la pulverización del poder para hacer ejecutar sus fallos—; el carácter del procedimiento y de las pruebas; y, en cierto modo también, el sentimiento celoso del poder y de los intereses « privados » —entremezclados con los « públicos »— por parte de quien contrataba.⁶³

F. Continua. El caso aislado del derecho español consensual

Como regla general, puede afirmarse que también en el Derecho medieval español se advierte la insuficiencia del mero consentimiento para originar una obligación. Tal como sucede en la geografía del derecho medieval, en la época

⁶² Cfr. GANSHOF, François *El feudalismo*, Ariel, Barcelona, 1985, págs. 128 a 142.

⁶³ Apunta Gorla que « Todos los caracteres mencionados hasta aquí, contribuían a eliminar (como todavía ocurre hoy en el *common law* el problema de la distinción entre contrato de cambio y donación *cum onere*; problema que nos atormenta actualmente en el *civil law*, pero que no podía presentarse en el Derecho medieval porque dicho problema impone una averiguación delicada sobre la intención del disponente, sobre la causa (motivo) principal o secundaria, etc. Y tal averiguación resultaba extraña para el espíritu del Derecho medieval y para sus métodos de interpretación. » Refiriéndose a las promesas, abunda « [...] cuando la prestación prometida (mediante la forma o la *res* recibida) no tuviese carácter económico o típico se imponía la necesidad de arbitrar un medio que hiciera posible la sanción jurídica consistente en el resarcimiento de los daños, dadas las dificultades (entonces insuperables) para la liquidación de éstos. Este medio era la cláusula penal, muy generalizada también para las promesas de carácter económico... » Cfr. GORLA, Gino, *El contrato*, *op. cit.*, nota 19 pág. 147.

más antigua sólo son posibles las obligaciones nacidas de delito o de contrato real.

De suerte que el contrato no formal puede ser fortalecido mediante la entrega de arras o mediante la supracitada « palmata » —apretón de manos— que, en definitiva, es también una forma.

Pero la cerrilidad del antiguo derecho medieval español de obligaciones se manifiesta además —y sobre todo— en la inexistencia de una acción tendente y, proporcionar al acreedor una satisfacción en caso de incumplimiento.

En efecto, al deudor que incumple se le priva de la paz y se confiscan sus bienes en beneficio del Estado, de todo lo cual no obtiene el acreedor directamente ningún provecho. Otro tanto sucede en el antiguo derecho germánico —eminente penal—, con la salida de la *sippe*.⁶⁴

De ahí que para proporcionar una satisfacción directa al acreedor se acuda al expediente de la *wadiatio*, con lo que el pacto queda fortalecido con una acción que se dirige contra los bienes muebles del moroso

Sin embargo, aun cuando —como regla general— se afirme la inexistencia de contratos puramente consensuales, cabe señalar algunas excepciones en favor del principio consensual, al que se alude en algunos textos legales, si bien en forma muy restringida—y no sin vacilaciones ni contradicciones.

1. Derecho navarro

Así, en el Fuero de Navarra se establece con carácter general la no obligatoriedad de las meras promesas —o pactos—, tanto para los contratos

⁶⁴ Efectivamente, la expulsión de la *sippe*—primitiva organización comunitaria suponía la pérdida de la paz y la posibilidad de ser impunemente reo de muerte

bilaterales como para los unilaterales; pero es interesante advertir que tal principio se considera como un privilegio de los *infanzones* —o sea, la aristocracia germana— mientras que para los villanos se establece que quedarán obligados por el mero consentimiento.⁶⁵

El Fuero de Soria se sitúa, por lo que se refiere a la validez de los contratos en general, en el terreno del espiritualismo jurídico, sin exigir requisitos de forma ni pena convencional. Lo mismo se establece en el Fuero Real de 1254, al imponerse la obligación de cumplir los contratos « pleytos », tanto si se hubieren celebrado por escrito como sin él y aunque no se hubiera convenido una pena.⁶⁶

Con todo, después de establecerse estas reglas con carácter general, se restringe su aplicación concreta en determinados contratos, y así el Fuero de Soria exige que para la validez de la compraventa se entreguen arras o señal, e igualmente en el Fuero Real se permite que cualquiera de las partes pueda deshacer la venta antes de que se haya entregado el precio o parte de él.⁶⁷

⁶⁵ « ...mas si villano es et promete, deve dar. »: Fuero de Navarra, III, 19, 6 Cfr. FERRANDIS VILLELA, José, « Traducción y Notas de comparación y adaptación al Derecho español del Contrato de Gino Gorla » en GORLA, Gino, *El contrato*, op. cit., nota 19, pág. 54

⁶⁶ Cfr. Fuero Real, libro 1, título XI, ley 1a en FERRANDIS VILLELA, José, « Traducción y Notas de comparación y adaptación al Derecho español del Contrato de Gino Gorla », op. cit., nota 65, pág. 54.

⁶⁷ Cfr. Fuero Real libro III, tít. X, ley 3. En este sentido, llama poderosamente la atención de Ferrandis Villela que estas desviaciones del principio consensual se produzcan precisamente en la compraventa—contrato consensual por excelencia en el sistema romano. Hace notar en este punto, efectivamente, una victoria del Derecho germánico— misma situación en la que se encontraba el Derecho romano antes de que se reconociera en los contratos consensuales una acción para exigir su cumplimiento judicialmente y cuando la compraventa sólo tenía lugar a través de una *mancipatio*. Sigue. « En cambio, para el arrendamiento de servicios se observa un menor rigor; en la época más antigua parece que

2. Derecho aragonés

Por lo que se refiere al Derecho aragonés, en él se manifiesta también el principio de la no obligatoriedad de los contratos no formales, con predominio absoluto de la forma escrita—*charta*. Sólo si el pacto está confirmada por un instrumento se podrá obligar al promitente a que la cumpla.

Es muy de verse la fuerza del instrumento en el Derecho aragonés, que debe siempre juzgarse y resolverse según lo contenido en él—*standum est chartæ*. De acuerdo con este principio, debía pagarse todo cuanto conste en la escritura, aunque la causa de la deuda permaneciese velada.

En relación a este derecho foral —y éste es uno de los aciertos de la obra de Jordán de Asso y De Manuel—⁶⁸, al lado de estas reglas del derecho castellano, los autores van señalando las diferencias « que se observan en Aragón por disposición de sus Fueros ». Y así hacen constar que en el Derecho aragonés el nudo pacto no produce acción alguna para pedir, a no ser que esté revestido de las calidades de contrato, o que provenga de justa causa, o bien esté confirmado con escritura.⁶⁹

no hay acción para reclamar el cumplimiento si no se ha prestado fianza (Fuero de Usagre, Fueros de Aragón), pero a medida que se va suavizando la autoridad doméstica se impone el principio según el cual quedaba el señor obligado al pago del salario por mera promesa verbal (Fueros de Navarra, de Teruel, de Cuenca) ” Cfr. FERRANDIS VILLELA, José, « Traducción y Notas de comparación y adaptación al Derecho español del Contrato de Gino Gorla », *op. cit.*, nota 65, pág. 54.

⁶⁸ Cfr. JORDÁN DE ASEO y DE MANUEL, *Instituciones del Derecho Civil de Castilla*, 3a. ed., Madrid, 1780, citado por FERRANDIS VILLELA, José, « Traducción y Notas de comparación y adaptación al Derecho español del Contrato de Gino Gorla », *op. cit.*, nota 65, págs. 74 a 77.

⁶⁹ Cfr. FERRANDIS VILLELA, José, « Traducción y Notas de comparación y adaptación al Derecho español del Contrato de Gino Gorla », *op. cit.*, nota 65, pág. 76.

Por lo que se refiere a los clásicos contratos consensuales, sólo dos de ellos tienen tal carácter en el Derecho aragonés.

Extrañamente, ni en la compraventa ni en el « mandamiento » es suficiente para el Derecho aragonés el consentimiento de los contratantes: para que el contrato de compra y venta sea válido en Aragón, además del consentimiento de las partes se requiere instrumento público, entrega de la cosa y del precio o, por lo menos, señal del precio; y faltando esto puede cualquiera de las partes revocar el contrato.

En cambio, el arrendamiento y la sociedad puede hacerse sin escritura alguna: sólo « por solo consentimiento ».⁷⁰

3. El prototípico derecho castellano y la reasunción visionaria del consensualismo

A diferencia de la tardía recepción de la consensualidad francesa y holandesa —mayoritariamente, una ilusión de los siglos XVI-XVII, fruto de la interpolación grociana del Derecho romano y del Derecho natural—⁷¹, la consensualidad para el caso español —principio de arriba todavía en plena Edad Media—, no se cifra en generalizaciones escolásticas ni de afirmaciones de los autores, sino del reconocimiento expreso y terminante de dicho principio en un texto legal. En otras palabras, la consensualidad medieval española era derecho positivo y vigente; era, vida real más que enseñanzas y castillos mentales.

a) Las Siete Partidas del Rey Alfonso X, el Sabio

Frente a todas estas reglas, que revelan la influencia y el arraigo de los

⁷⁰ Cfr. JORDÁN DE ASEO y DE MANUEL, *Instituciones del Derecho Civil de Castilla*, op. cit., nota 68, págs. 285-314

⁷¹ Vid. *infra*, apartado sobre El Derecho natural. —Grocio y el derecho de los *savants*: ¿Romanicísimo vs. realidad?, pág. 34.

principios germánicos, las Siete Partidas del Rey Alfonso X, el Sabio, trataron de imponer un sistema de contratación diverso

Inspirándose directamente en el Derecho romano, reconocen el carácter consensual de la compraventa y admiten por ende la posibilidad de celebrarla sin escrito y sin arras.

La venta —« vendida »— puede, pues, celebrarse con carta o sin ella si las partes acuerdan prescindir de la. carta o si simplemente no la mencionan. De modo que la venta queda perfeccionada por el mero consentimiento de ambas partes; incluso si ninguna « señal » hubiesen sido dada.⁷²

De particular importancia, por el influjo que pudo haber ejercido en el Derecho indiano, es el hecho notable de que también la compraventa entre ausentes, y la que celebrada sin estar presente la cosa vendida son admitidas, acaso un primer indicio de la venta de esperanza y de la venta de incorpóreos.⁷³

La *stipulatio* romana ve también su día bajo el influjo de esta obra magna del Rey sabio. En efecto, las Partidas tratan de trasplantar al Derecho español el rígido formalismo de la *stipulatio*, regulando la promesa —« promision »— por medio de la fijación minuciosa de sus requisitos. A saber, presencia de ambas partes, congruencia entre pregunta y respuesta, etc.⁷⁴

⁷² Cfr. Partida V, título V, ley 6a en FERRANDIS VILLELA, José, « Traducción y Notas de comparación y adaptación al Derecho español del Contrato de Gino Gorla », *op. cit.*, nota 65, pág. 55.

⁷³ Cfr. Partida V, título V, ley 8a en FERRANDIS VILLELA, José, « Traducción y Notas de comparación y adaptación al Derecho español del Contrato de Gino Gorla », *op. cit.*, nota 65, pág. 55.

⁷⁴ Partida. V, título XI, ley 1a. en FERRANDIS VILLELA, José, « Traducción y Notas de comparación y adaptación al Derecho español del Contrato de Gino Gorla », *op. cit.*, nota 65, pág. 55.

Con la salvedad que en la promesa aragonesa regulada en este título XI de la quinta partida, no se impone una fórmula sacramental, casi mística, como lo hiciera el derecho romano clásico. En cambio, la partida ofrece ejemplos y se advierte expresamente que puede celebrarse el pacto por otras palabras semejantes; incluso se admite que celebren la. « promision » dos personas que hablen lenguas distintas, con tal de que cada uno entienda la pregunta o la respuesta del otro. Pero se insiste en que el pacto ha de hacerse con intención de obligarse.

En las *Instituciones del Derecho Civil de Castilla* de Jordán de Aseo y De Manuel —la obra jurídica más importante del siglo XVIII— encontramos un talante parecido.⁷⁵

Cita Ferrandis Villela. « Hoy día [...] se confunden los pactos con las estipulaciones de los Romanos, por cesar aquellas solemnidades usadas entre ellos. Tampoco conocemos las diferencias de promesas de que habla el Derecho Romano; porque entre nosotros todo pacto toma su fuerza del convenio y consentimiento de las partes, el cual de cualquier modo que uno parezca obligarse se debe guardar [...] »⁷⁶

Y poco después insiste. « Por razón del modo de contraerse la obligación, no se encontrará entre nosotros pacto que no valga, porque la ley [...] decide generalmente que la obligación debe cumplirse de cualquier modo que conste lo pactado, aunque no intervenga ni estipulación, ni Escribano. Y así cesan en nuestro derecho las solemnidades exteriores que requerían los romanos para valimiento de las promesas [...] pudiéndose decir verdaderamente que en España pende la obligación más de la buena fe de los contrayentes, que de

⁷⁵Cfr. JORDÁN DE ASEO y DE MANUEL, *Instituciones del Derecho Civil de Castilla*, op. cit., nota 68, pág. 254.

⁷⁶Cfr. JORDÁN DE ASEO y DE MANUEL, *Instituciones del Derecho Civil de Castilla*, op. cit., nota 68, pág. 255.

las solemnidades del pacto obligatorio, que aun siendo nudo y sin escritura produce obligación [...] »⁷⁷

Jordán de Aseo y De Manuel asimismo señalan el carácter consensual de la compraventa —perfecta desde el momento en que comprador y vendedor estén de acuerdo en la cosa y en el precio, aunque éste no se haya pagado ni dado « señal »—, lo mismo que el del arrendamiento, el de la sociedad, la permuta y el « mandamiento ».

b) El Ordenamiento de Alcalá

Sin embargo el rigor formalista que animaba a las Partidas vendría a ser derogado por el Ordenamiento de Alcalá de 1348, en el que, por las influencias de la costumbre castellana y del Derecho canónico se establece de manera radical y terminante la validez del consentimiento en los contratos, de cualquier modo que se manifieste.

En efecto la finalidad primordial del Ordenamiento de Alcalá fue la de imponer la vigencia de las Partidas; pero es significativo el hecho de que para ello se comenzara por suprimir lo que en el Código Alfonsino había de excesivo rigor formalista en materia contractual.

Se transcribe a continuación tan conspicuo texto. « Pareciendo que se quiso un Ome obligar à otro por promision, ó por algún contrato, ó en alguna otra manera, sea tenuto de aquellos à quienes se obligò, e non pueda ser puesta excepción que non fué fecha. estipulacion, que quiere decir: prometimiento con ciertas solepnidades del derecho; ó que fue fecha la obligacion del contrato entre absentes; ò que fue fecha à Escribano publico, ò à otra persona privada en nombre de otro entre absentés; ò que se obligó uno de dar, ò de façer alguna cosa à otro: mas que sea valedera la obligacion

⁷⁷ Cfr. JORDÁN DE ASEO y DE MANUEL, *Instituciones del Derecho Civil de Castilla*, op. cit., nota 75, págs. 257 a 258.

ò el contrato que fueren fechos en qualquier manera que paresca que alguno se quiso obligar à otro, é façer contrato con el. »⁷⁸

El mérito insospechado de esta ley única del título XVI del Ordenamiento de Alcalá, es que introduce en el Derecho español —luego en el Indiano, y en el postrer latinoamericano— el principio consensual. Ciertamente, el precedente que no resulta de poca monta cara a la configuración de un sistema latinoamericano de derecho uniforme de contratos.

En efecto, esta norma pasaría dos siglos más tarde a la Nueva Recopilación de 1567, y de ahí a la Novísima Recopilación de 1805, ambas reputadas dentro del derecho castellano que vigió en las Indias. Siendo 1348 el año de su promulgación, es de notarse la anticipación con que dicho principio aparece en relación a las legislaciones de otros estados.

Y con ello, a partir de este momento, la forma queda relegada a un segundo plano, el eje de la contratación se desplaza al fondo. Es decir, la voluntad de los contratantes ahora tendrá una función principalísima. En efecto, provisto que conste la intención de obligarse, vale la tal obligación sin que pueda alegarse que no se siguieron las formalidades de la estipulación, que no se otorgó documento público, que se trataba de un contrato entre ausentes, etc.⁷⁹

⁷⁸ Cfr. Ordenamiento de Alcalá, ley única del título XVI en FERRANDIS VILLELA, José, « Traducción y Notas de comparación y adaptación al Derecho español del Contrato de Gino Gorla », *op. cit.*, nota 65, pág. 56. El texto varía ligeramente en la ley del Ordenamiento aludida por García Goyena. « Nuestra célebre ley del Ordenamiento, hoy recopilada 1, título 1, libro 10, tenía consagrada desde muy allá la doctrina y disposición de este artículo: « En cualquier manera que parezca que uno se quiso obligar á otro, vala la obligación; sea tenudo de cumplir aquello que se obligó ” ». Cfr. GARCÍA-GOYENA Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del código civil español*, Cometa, Zaragoza, 1974, pág. 515.

⁷⁹ « Tal principio espiritualista, así consagrado, lo veremos constantemente reconocido ‘y aplicado por la jurisprudencia hasta nuestros días. ’ Cfr. FERRANDIS VILLELA, José, «

El Ordenamiento de Alcalá parece en este sentido diluir la distinción entre pacto y contrato. Con ella además quedan absorbidos los contratos verbales dentro de los consensuales.⁸⁰

Además, la reforma que el Ordenamiento introduce es bien acogida, puesto que responde a una tendencia que había venido afirmándose en la costumbre, con lo cual, más que a introducir una innovación, a lo que viene dicha disposición es a consagrar legalmente un estado de hecho.

Ferrandis Villela refiere que todavía en las obras del siglo XVIII — coincidiendo con un momento en el que se exalta la importancia del Derecho nacional y se dirigen duros ataques al Derecho romano y a sus cultivadores— se encuentra la afirmación y el elogio, del sistema espiritualista/consensualista castellano.

Se mencionan sin empacho los errores de los romanos sobre la naturaleza y condiciones de los pactos. Al efecto, cita Ferrandis Villela a Mora y Jaraba. « Mas, ¿quién no ve que se opone a toda razón que una convención seria y deliberada no haya de obligar al promitente? Si Aurelio promete libremente a Pablo hacer o dar alguna cosa, ¿qué razón habrá para que no se le pueda precisar a cumplirlo, una vez que seriamente consintió? Pues, ¿por

Traducción y Notas de comparación y adaptación al Derecho español del Contrato de Gino Gorla ", *op. cit.*, nota 65, pág. 56.

⁸⁰ « Con todo, y aún admitiéndolo así, no cabe llevar más lejos las consecuencias para afirmar, por ejemplo, que en el Ordenamiento de Alcalá se hubiera reconocido la validez y la obligatoriedad del pacto unilateral no aceptada, cosa que algún autor pretendió, dejándose arrastrar por una interpretación excesivamente literal. Tampoco afecta. dicha ley a otros requisitos que no sean de forma sino de esencia en determinados contratos, como por ejemplo, la entrega de la cosa en los contratos reales. » *Cfr.* FERRANDIS VILLELA, José, « Traducción y Notas de comparación y adaptación al Derecho español del Contrato de Gino Gorla ", *op. cit.*, nota 65, pág. 57.

qué no ha de quedar eficazmente obligado? »⁸¹

Sigue la cita. « En los contratos de Venta, Arrendamiento, Sociedad, Mandato o Procuradoría (que son los nominados) el consentimiento es quien produce la obligación eficaz [...] Luego si en los demás pactos concurre el mismo consentimiento y causa, ¿por qué no ha de resultar igual efecto y obligación? [...] Es suposición notoria decir, que fuera de esos contratos nominados, los hombres no proceden en los otros pactos con suficiente deliberación y seriedad; precipitándose fácilmente en las promesas: que es el único motivo que suele darse para defender dicha decisión civil [...] Porque vemos prácticamente lo contrario. Y el ser los hombres algunas veces fáciles y sus contratos inconsiderados, no proviene de la calidad y especie de los pactos, sino de la complejión de los sujetos y de otros accidentes, que no tienen conexión con que los pactos sean nominados o innominados. »⁸²

Luego, atizando contra el formalismo de la *stipulatio* romana, Mora y Jaraba vuelve a insistir en que « son vanas las diferencias que el Derecho romano establece entre los contratos nominados e innominados [y en que es] contra principios naturales y de jurisprudencia que no se haya de observar un pacto serio y deliberado. »⁸³

De suerte que, desde el Ordenamiento de Alcalá —y hasta el derecho latinoamericano—, los pactos nudos tienen acción, exactamente igual que en

⁸¹ Cfr. MORA Y JARABA, P, *Los errores del derecho civil y los abusos de los jurisperitos*, Madrid, 1784, pág. 65, citado por FERRANDIS VILLELA, José, « Traducción y Notas de comparación y adaptación al Derecho español del Contrato de Gino Gorla », *op. cit.*, nota 65, págs. 74 a 77.

⁸² Cfr. MORA Y JARABA, P, *Los errores del derecho civil y los abusos de los jurisperitos*, *op. cit.*, nota 81, pág 66.

⁸³ Cfr. MORA Y JARABA, P, *Los errores del derecho civil y los abusos de los jurisperitos*, *op. cit.*, nota 81, págs. 105 y 106

el Derecho canónico.

Sirva ello de preámbulo para el siguiente apartado.

G. El derecho canónico y la sacra consensualidad: « Sit autem sermo vester “Est, est”, “Non, non”... » (Mt 5, 37)

El derecho generado *ad extram* y *ab intra* por y para la Iglesia católica —como sociedad perfecta que es— no ha podido dejar de tener influencia en el mundo externo—en el *sæculum*. Su impronta se percibe de inmediato en la organización sistemática de nuestro *ius scriptus* actual.

En efecto, la jerarquización en que articulan la mayoría de nuestra leyes actuales encuentran su primer eco en la imperecedera labor de los decretalistas. Enfrentados con la ingente —milenaria— producción legislativa de la Iglesia en relación a su régimen interno y a su ministerio pastoral, fueron ellos los que idearon la organización de las disposiciones normativas en los consabidos libros, títulos, capítulos, secciones, etc.

Pero la influencia del *ius canonicum* no se extingue allí. Antes, se le reconoce una injerencia determinante también en lo que toca al cuño del concepto moderno del contrato.

Inicialmente el contrato tuvo valor debido al juramento de tintes religiosos que habitualmente lo acompañaba a la solemne *stipulatio* romana. Pero su observancia era en mucho merced no tanto a religiosidad de las parte sino a la superstición a la que desde entonces son proclives: el miedo a caer en la « infortuna ». Empero, poco a poco se fue abandonando la exigencia del juramento, reconociéndose el valor pleno del mero consentimiento, llegándose

así a afirmar que del nudo pacto sí nace acción.⁸⁴

El paso que medió fue la asunción de la doctrina cristiana en torno al discurso claro y rectilíneo: basta un « sí » cuando es sí y un « no » cuando es no. « Quod autem his abundantius est, a Malo est » (Mt. 5, 37) No sólo no hacían falta más pompas y solemnidades para asumir una obligación: todo ello era del maligno.⁸⁵

⁸⁴ « As usually happened in cases where the tide of opinion over the centuries had been flowing increasingly strongly against a particular principle of Roman law, the final breakthrough on a doctrinal level was brought about by the natural lawyers. According to Grotius, the « father » of the modern conception of natural law, *fides* forms the basis of justice. Hence, promises must be kept, whether they have been couched in a specific form or not. Even God would be acting against his nature were he not to keep his word. From there it follows that all *pacta* must be binding. The supreme importance of this principle comes out well in Pufendorf's epochal work on the law of nature and of nations. « *Si quae autem inter homines ineuntur pacta, illa sancte observanda esse, sociabilis natura hominum requirit* », he writes, and concludes: « *Igitur religiosissimum juris naturalis praeceptum, in quod univarsae humanae vitae decus, modum atque rationem temperat, habetur: Ut quilibet fidem datam servet, seu promissa atque pæta expleat* ». Thus, to the natural lawyers, contract was the essential tool for the regulation of human affairs, the cornerstone of all the institutions of the positive law (including, incidentally, the State—the famous natural— law theory of the Contrat social). All in all, then, the final establishment of a general law of contract based on consensus was the result of a long process, to which a whole variety of factors contributed. » Cfr. ZIMMERMAN, Reinhard, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, *op. cit.*, nota 29, pág. 544. Sobre el Contrato Social, Vid. ROUSSEAU, Jean Jacques, *The Basic Political Writings*, *op. cit.*, nota 13.

⁸⁵ A propósito de los pactos inejecutables por carecer de una acción civil relativa, Zimmermann dice que « [...]the existence of « naked », non-enforceable *pacta* had for a long time been attacked on a more fundamental level by the canon lawyers. In the Middle Ages, contracts were usually confirmed by oath. This gave the Church the opportunity to assert its jurisdiction over disputes arising in these matters; for a breach of contract, under these circumstances, necessarily involved *læsis fidei*—breach of a pledge of faith— and this

Algunos autores adoptan una posición singular al afirmar que la influencia del Derecho canónico fue muy limitada y mucho más tardía por lo que se refiere a la instauración del consensualismo. Arguyen que probablemente se acude al Derecho canónico en busca de apoyo o como justificación moral cuando ya en la práctica se había ido imponiendo el principio consensual, al menos en los contratos más usuales.⁸⁶

En todo caso —refiere Gorla— la práctica y la costumbre se resistieron frente a aquella influencia; incluso se combatió la *forma* de la promesa jurada —muy difundida— por el simple temor de que pudiera dar lugar a una intervención de la jurisdicción eclesiástica.⁸⁷

H. El Derecho natural. —Grocio y el derecho de

amounted to the sin of perjury. However, before God there is no difference between an informal promise and one confirmed by oath, between a simple lie and perjury. Jesus Christ had even gone one step further; in the Gospel according to St. Matthew he is quoted in the following terms: « But I say unto you, swear not at all [...] But let your communication be, Yea, yea; Nay, nay: for whatsoever is more than these cometh of evil » (Mt 5,43-37) ” In a society where the oath played such a central role, this passage could not be taken to impose a blanket ban on *iuramenta*. The least one could do, however, to bring the law into line with Christ's commandment was to insist that informal promissiones had to be kept in the same manner as an oath: « *Promissio simplex obligat sicut et iuramentum. Nec inter haec Deus facit differentiam, cum uterque contraveniendo peccet mortaliter.* ” ” Cfr. ZIMMERMAN, Reinhard, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, op. cit., nota 29, pág. 542.

⁸⁶ Para una visión diversa, *vid.* BERMAN, Harold J., « The Religious Sources of General Contract Law: An Historical Perspective » en *The Journal of Law and Religion*, Volumen 1, 1986, págs. 106 a 112.

⁸⁷ Cfr. GORLA, Gino, *El contrato*, op. cit., nota 19, pág. 64.

los savants: ¿Romanicísimo vs. realidad?

Ciertamente, no puede negarse la influencia del Derecho romano sobre el derecho que le habría de suceder; pero tal fue más bien limitada en el campo contractual, especialmente en lo relativo al principio del consentimiento; al menos por lo que toca a los contratos consensuales típicos y a ciertos pactos.

La labor de esta escuela consistió, sin embargo, en un estudio, en una ejercitación sobre los textos romanos y en una sistematización o construcción de los datos de la experiencia —o sea, del Derecho vigente—, mediante conceptos y nombres romanistas y altos ideales iusnaturales. El *impasse* fue dejarse llevar por un idealismo romanista y romanizante, con fuertes tendencias a la construcción de esquemas ideales poco correspondidos por la práctica comercial imperante. Arquetipos fraguados en total independencia de la *praxis* circundante, pero abundantes en conceptos e instituciones romanísticas —aprovechando su inherente prestigio— y en axiomas y teleológicos del derecho natural; todo como si fuere derecho positivo vigente y corriente.

Pero he aquí que los mismos principios romanistas sobre el valor del nudo consentimiento no habían podido triunfar sobre la práctica ni sobre las costumbres. Tampoco lo habían hechos los principios —si bien universales pero de difícil cognición— del Derecho natural. Había, pues, un cerrado divorcio entre el derecho de los *savants* —de los sabios estudios —, y aquél, si no positivo, al menos vigente y efectivamente observado en la práctica de a la sazón.

Un *approach* científico así —de tipo erudito sapiencial... y ajeno a la realidad— puede aplicarse en cierta medida a los iusnaturalistas de los siglos XVII y XVIII y —*a posteriori*— a Domat, a Pothier.

Por eso, Gorla —que a su vez no oculta dejos fortísimos de la Escuela Realismo jurídico americano— truena fulminante a propósito de : « [...]los

autores que han dado crédito [...] [y] se hayan inclinado a anticipar el triunfo del principio consensual e incluso a atribuir el mérito de este triunfo a la teoría del *pactum geminatum*. En toda esta cuestión de la influencia de las escuelas hay que atender ante todo al Derecho vigente en la época, tal como resulta de la práctica, de los estatutos y de las costumbres. Uno de los caracteres típicos del *civil law*, a diferencia del *common law*, lo constituye la existencia al lado de esos elementos del Derecho vigente, de una especie de derecho de los *savants*, inspirado unas veces en el Derecho romano (como razón o derecho por excelencia), otras veces en la razón, en la lógica, o en el Derecho natural. Este Derecho de los *savants* o eruditos ha tenido y tiene la tendencia, bastante excesiva, a racionalizar los datos de la experiencia de su época y a revestirlos de conceptos, de nombres y hasta de ideales propios; cosas, todas ellas, que suelen ser completamente ajenas al Derecho realmente vivido. De ahí, también, una cierta tendencia en aquellos eruditos a las excesivas generalizaciones. Todo ello ha estado muy lejos de ayudar al recto entendimiento del Derecho realmente vivido en las distintas épocas. Tales superestructuras de conceptos y de nombres, tales esfuerzos constructivos o de racionalización y generalización, suelen ocultar a los ojos del historiador y aun a los del estudioso de nuestro Derecho actual, la realidad del Derecho efectivamente en vigor. Por lo mismo, puesto que esa tendencia se ha perpetuado, especialmente entre nosotros, el futuro historiador de nuestro Derecho actual habrá de encontrarse con análogas dificultades. »⁸⁸

Dentro de estos retóricos natural-romanistas fustigados por Gorla, especial atención merece Hugo Grocio, reputado Padre del Derecho natural —y por no pocos, del Derecho Internacional también—. Grocio tuvo en efecto

⁸⁸ Por ello, más adelante, el propio Gorla cierra: « Por desgracia, aquellos teóricos habían generalizado y sistematizado sobre los textos romanos y sobre el Derecho natural más que sobre la práctica y sobre la experiencia (a diferencia de lo que harán los teóricos del *common law*). » Cfr. GORLA, Gino, *El contrato*, *op. cit.*, nota 19, págs. 65 y 66, 73 y 74.

gran fama e influencia sobre autores posteriores. De particular relieve son Domat y Pothier y, a través de ellos, los redactores del *Code Napoleon*, y sus enseñanzas acerca del valor del nudo consentimiento.

En términos generales, Grocio trata de distinguir —no siempre con claridad— el Derecho natural del Derecho positivo holandés. Distinción que no verían más sus sucedáneos. Ni uno ni los otros acusan que el puro principio iusnaturalista del nudo consentimiento no encuentra aplicación plena en el Derecho positivo.

Así, Grocio considera separadamente, por un lado, la promesa unilateral —aceptada, se entiende—, sea verbal o escrita. La llama « contrato expreso ». Un contrato expreso correspondería —dice Gorla— al esquema de una *stipulatio* o de un pacto no formales.⁸⁹ Grocio tilda a los requisitos formales de la *stipulatio* de « sutilezas » del sistema contractual romano. Y explica al efecto que como los germanos, ya desde antiguo, apreciaban la buena fe por encima de cualquier otra virtud, ellos no aceptaron tales « sutilezas » iusromanas, sino que profesaron y llevaron a la práctica la idea de que todos los contratos que se fundan en una *cause raissonable* —la intención de un individuo de querer contraer un obligación— dan un derecho de acción y de excepción, cualesquiera que sean la forma y las palabras empleadas, y aunque las partes no hubieran estado presentes en el mismo lugar.

A la postre, en esta idea de causa razonable los compiladores de los códigos habrían de encontrar sin ninguna dificultad —en las obras de aquellos teóricos— la sistematización o racionalización de datos que necesitaban para elaborar sus códigos, que respondía a su mentalidad y a la mentalidad general del siglo XVIII. Pero como va dicho, aquellos teóricos habían generalizado y sistematizado sobre los textos romanos y sobre el Derecho natural más que

⁸⁹ Cfr. GORLA, Gino, *El contrato*, *op. cit.*, nota 19, pág. 66 y 67 y lo dicho en el apartado sobre « La *Stipulatio*: ¿formalidad constitutiva o proto-contrato? » *supra*, pág. 10.

sobre la práctica y sobre la experiencia

Al lado del llamado « contrato expreso », Grocio distingue ciertos negocios típicos, u otros análogos a ellos, en los que aun existiendo acuerdo o convención, los efectos jurídicos parecen derivar más que de la voluntad de las partes. Tanto es así, que Grocio estudia estos negocios junto con los cuasi-contratos « sin acuerdo », en los que la obligación tiene su origen en una causa que no es la voluntad de las partes. Y a todos estos contratos —con acuerdo o sin él— les llama « contratos por ministerio de ley ». Contratos que se equiparan a los contratos consensuales y los contratos reales del Derecho romano.

En términos de anacronía, Grocio, al tratar de los « contratos expresos » se refiere a la *querella non numeratæ pecuniæ*⁹⁰ —a la sazón caída en desuso— y del valor específico de los documentos que contenían tales promesas: promesas « expresas » y escritas, como si estos resquicios del derecho romano siguiesen vigiendo.

Por ello, predice Gorla que « será difícil para quien lea sus obras [de Grocio] dentro de varios siglos, el darse cuenta del verdadero estado del Derecho positivo [de la época]. »⁹¹

Visto en perspectiva, Grocio la produce una identificación del contrato y la promesa —y especialmente con la promesa de *dar* una cantidad o una cosa— que no vaya unida a una « causa » como contrapartida con su ardid intelectual de la « *cause raissonable* ».

En relación a los contratos innominados, Grocio alude al principio según el cual tales contratos no se perfeccionan sino con el cumplimiento de una de

⁹⁰ *Vid.* « La *exceptio non numerate pecunia*. Contra el lucro abstracto de la pobreza concreta: el mutuo y los *argentarii* », pág. 18.

⁹¹ *Cfr.* GORLA, Gino, *El contrato*, *op. cit.*, nota 19, pág. 71.

las prestaciones, siendo posible revocar la promesa hasta ese momento, a menos que claramente resulte que una de las partes ha celebrado el contrato con la intención de conferir a la otra un derecho firme aun antes de que la cosa haya sido entregada; en cuyo caso el derecho del destinatario de la promesa surgiría concretamente de la promesa expresa y no de la naturaleza del contrato.

De ello que parece resultar que la « naturaleza del contrato » es la causa jurídica grociana; y que en ausencia de ésta o del cumplimiento de la prestación —que constituye en cierto modo una causa—, la promesa ha de ser tratada como todas las promesas « expresas »; es decir, ha de existir en ella una causa razonable.

En conclusión: aun a través de sus ensayos conceptualistas y clasificadores en clave romana y iusnatural, que ocultan la realidad del Derecho lo cierto es que Grocio no cede a la tentación del Derecho natural y del ideal *solus consensus obligat*. La causa jurídica o negocio típico, la causa razonable y la forma, aun cuando él no la mencione en este aspecto, son los *vestimenta* de un sistema de pactos que no corresponde al esquema del nudo consentimiento.

Pero, aun cuando Grocio mantiene la distinción entre Derecho natural y Derecho positivo, esta distinción se va oscureciendo y llega a desaparecer en los tratadistas del Derecho positivo, entre ellos, Domat y Poithier y otros autores incluso contemporáneos.

En aquéllos abunda el apartado siguiente.

I. El iuscivilismo francés y sus alrededores.

—La libert  como enseña y conse a

1. Introducción

El iuscivilismo francés clausuró en gran medida el depósito « genético » del contrato actual. Al lado del dirigismo contractual —que parece desvanecerse a pocos años de haber nacido—, el influjo que la configuración del contrato haya sufrido a la postre ha de ser quehacer del historiador del derecho de los siglos todavía por venir.

Para abordar esta corriente francesa, es de recordarse que para el siglo XVIII, el sistema contractual del Derecho medieval est  completamente subvertido. De recordarse es también que, por lo que se refiere al Derecho español, dicha subversión se hubo producido aun en plena Edad Media con el Ordenamiento de Alcalá; o sea, mediados del siglo XIV.

El añejo encuadramiento de los contratos reales y formales se mantuvo durante mucho tiempo en el continente europeo, cuando América estaba todavía por ser descubierta.

En cualquier caso, en los contratos formales, las formas variaban según el uso de los distintos y costumbres de las distintas plazas.⁹² De modo que puede decirse que para encontrar el principio llamado del nudo consentimiento hace falta llegar hasta el siglo XVI —en Italia—; en otros países hasta el XVII y aún el XVIII, y siempre con limitaciones.

Durante toda esta época, la *res vel factum* —que glosadores y co-

⁹² « Se mantuvo durante mucho más tiempo de lo que se ha pretendido, según una opinión que quiere anticipar la difusión del principio del « pacto nudo »; opinión muy generalizada hasta no hace mucho e incluso sostenida recientemente » *Cfr.* GORLA, Gino, *El contrato, op. cit.*, nota 19, pág. 57.

mentaristas traducían como *causa* de los contratos innominados— continuó siendo un requisito para la formación del contrato, incluso para los típicos contratos consensuales romanos, como el arrendamiento y la compraventa. Otro tanto puede decirse de la *palmata*, de las arras, del *denarius Dei* y de la contraprestación simbólica, elementos que se requerían también según ciertos estatutos de los comerciantes.⁹³ De manera especial se generalizó la *charta* o *instrumentum* en distintas formas —con o sin cláusula estipulatoria— para contratos de una cierta importancia —aunque fueran contratos reales—; y a veces se llegó a exigir dicha forma para toda clase de contratos.⁹⁴

Y en todo caso, si todavía seguía exigiéndose la forma o la *res* para ciertos contratos típicos de cambio —para la compraventa, por ejemplo— en los que la voluntad de obligarse jurídicamente se prestaba a menos dudas, es fácil imaginar lo que habrá ocurrido con otros contratos, donde las tratativas no aparecieran revestidas de las formas en uso.

La forma o la *res* eran, por lo demás, el indicio necesario para mostrar que las partes habían superado ya la fase de las negociaciones preliminares.⁹⁵

⁹³ Cfr. GORLA, Gino, *El contrato*, *op. cit.*, nota 19, pág. 58.

⁹⁴ En torno a la *charta* se ha discutido si tenía valor formal o solamente probatorio. Efectivamente, según la mentalidad actual, tendría una importancia muy relativa: eran tiempos en los que la distinción entre prueba y forma *ad substantiam* tenía también un valor muy limitado, especialmente tratándose del problema de la comprobación de una voluntad de obligarse jurídicamente. Pero tampoco se puede hablar de una actitud meramente conservadora o de la fuerza de inercia de la tradición, porque ciertamente, los requisitos de la forma o de la *res* estaban arraigados en la mentalidad y en las costumbres de la época y además ofrecían ventajas que algunos juristas no dejaron de poner de relieve. Cfr. SICA, Salvatore, *Gentlemen's agreements e intento giuridico*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1995, pág. 125

⁹⁵ Dice Gorla que « El principio de la transmisión de la propiedad por el solo consentimiento y la equiparación del crédito a la *res* podían inducir a pensar que con tal «

2. El nudo consentimiento y la « tiranía » de la praxis

El primer paso hacia el reconocimiento del « consentimiento » sin necesidad de *res* ni de forma —hacia el siglo XVI-XVII— hubo de darse naturalmente en el campo de los contratos de cambio más usuales, como la compraventa, la permuta, el arrendamiento —de cosas, de servicios, de obra—; o sea, de aquéllos que en el lenguaje corriente ya se solían llamar « contratos » o « negocios ».

Tal avance se debió sobre todo a que el ambiente y las costumbres habían llegado a un grado suficiente de madurez para que la expectativa o el crédito derivados de una promesa pudieran ser considerados como bienes equivalentes a la *res* del contrato medieval, algo que podía considerarse como un elemento patrimonial, que tenía un valor económico y que se podía cambiar.

De importancia capital fue sin duda, en este sentido, la difusión del comercio y del crédito, que abrieron paso a la confianza en el mero pacto y se reconociera su valor, bajo la influencia de las escuelas romanistas, canonistas y, más adelante, también de las del Derecho Natural; pero sobre todo bajo la influencia de las ideas y de la práctica generalizadas en los ambientes comerciales en los que precisamente el crédito se consideraba como un bien

transmisión ” o con la concesión del crédito se actuaba la *res*. A este propósito resulta sugestivo un pasaje de Connano, *Comm. juris civilis libri X*, libro V, cap. 1. Mantiene este autor la exigencia de la *res*, pero añade que en la venta, en el arrendamiento y en contratos semejantes a éstos, la fijación. El valor de la cosa equivale a su transmisión, puesto que desde este momento la cosa se tiene por entregada (o dada) y el precio por pagado. Según este razonamiento, la contra-obligación o concesión de un derecho de crédito sería también un elemento para la *formación* del contrato, lo mismo que la *res*. Por lo demás, la exigencia de la *res* o la negación del valor del pacto nudo se encuentran también en muchos autores ”
Cfr. GORLA, Gino, *El contrato*, *op. cit.*, nota 19, pág. 62

que los comerciantes incluían en el activo de sus balances.⁹⁶

Ciertamente, para que fuera posible abandonar el principio de la *res* o, de la forma en los mencionados contratos típicos de cambio, era necesario que el aparato judicial alcanzase una más refinada técnica interpretativa y tuviese una mayor confianza en la posibilidad de determinar —sin circunscribirse a aquellos elementos formales— el momento de conclusión del contrato, es decir, de encontrar la palabra, la conducta que revelaran la intención de hacer una promesa o una oferta vinculante,⁹⁷ así como la intención de superar la fase de las negociaciones preliminares y de concluir el contrato.

⁹⁶ Por otro lado, subsiste durante esta época, si bien debilitada —o en vías de debilitarse—, la tendencia a la interpretación literal-formal basada en el *quod dictum est*, de acuerdo con la mentalidad que sólo veía en la forma o en la *res* el criterio distintivo de la voluntad de obligarse jurídicamente. Y ello, a pesar de la obra de las escuelas, de la influencia del Derecho canónico y de ciertas afirmaciones según las cuales todos los juicios eran ya de buena fe. De acuerdo con tales criterios de interpretación, los presupuestos subjetivos del pacto todavía no tienen virtualidad suficiente para excluir o limitar la responsabilidad del promitente si no han sido expresados, aun en las promesas a título gratuito, de manera que quede fuera de duda su carácter de motivos determinantes. Pero en este punto, bajo la influencia del Derecho canónico empieza a abrirse una brecha que con el tiempo, llegaría también a significar un golpe grave para el principio —que todavía se mantenía firme— de la forma o de la *res* como criterios para la comprobación de la voluntad de obligarse jurídicamente o también, por lo que se refiere a la *res*, como fundamento sustancial de la obligación *ex contractu*. Cfr. BIGLIAZZI GERI, Lina, *L'interpretazione*, Giuffrè, Milán, 1994, pág 93 y FARNSWORTH, E. Allan, « Meaning in the Law of Contracts » en *Yale Law Journal*, Universidad de Yale, No. 76, 1967, pág. 12.

⁹⁷ Abunda Gorla. « En efecto, la posibilidad de quedar vinculado en virtud de la simple aceptación del otro contratante, sin recibir una *res* que confirmara tal vínculo, presuponía la posibilidad de apreciar en la propuesta de contrato la intención de hacer una oferta vinculante. » Cfr. GORLA, Gino, *El contrato*, *op. cit.*, nota 19, pág. 63.

En estos contratos de cambio el abandono de los criterios formales o cuasi-formales era en definitiva más fácil, precisamente porque quien concierta una relación de esta naturaleza suele obrar muy cautamente y porque el esquema de estos contratos —bastante típicos— era por sí mismo indicio de una voluntad seria de obligarse. Así es que quien solicita de la otra parte el pacto de una contraprestación o de un sacrificio, suele obrar seriamente; y —por otro lado— ha de protegerse la confianza de quien recibe tal petición y, aceptándola, se dispone a cumplirla.

De esta suerte, en la práctica o en el Derecho efectivamente observado, estos contratos comenzaron a ser reconocidos como consensuales hacia fines del siglo XV o principios del XVI.

Con todo, un más amplio reconocimiento del llamado principio del nudo consentimiento fuera del campo de los contratos de cambio —promesa contra promesa, oferta contra su aceptación—, llegaría —si bien con algunas limitantes— con Domat y Pothier. O sea, en la época de las codificaciones.

3. La codificación. —Del racionalismo en tinta y papel

Domat y Pothier. Sus obras, se decía, sirvieron de base para la redacción del Código napoleónico. Es la época de las codificaciones.

El ciudadano se empeña en fijar por escrito sus derechos. Es el embrujo embriagante del *ius scriptum*, en consonancia con el impacto —y estabilidad— del la letra escrita.

Y dice Gorla —a propósito de los escritos de Domat y Pothier— que « [n]o se puede negar que el principio del, proclamado en aquellas obras y que dado el espíritu de la época flotaba, por así decirlo, en el ambiente, fue adoptado como principio, o más precisamente, como « proclamación » inspiradora de los códigos del siglo XIX, prácticamente rigen todavía hoy en

muchos países. »⁹⁸

Y en efecto, las definiciones genéricas del contrato que encontramos en dichos códigos quieren tener precisamente el significado y alcance que les asigna el altamente voluntarista principio del nudo consentimiento. Así, toda promesa —aceptada y lícita, se entiende— hecha con la intención efectiva de vincularse jurídicamente —*serio et deliberato animo*— da lugar a una obligación, y por tanto, a una acción.

Según von Savigny—refiere siempre Gorla—, el moderno pacto nudo, la promesa aceptada hecha *serio et delibeato animo*, no sería otra cosa que la *stipulatio* romana, transformada gradualmente por el desuso en que cayeron las formas en un esquema contractual no formal. Este pacto tendría el mismo alcance y la misma función que la *stipulatio* romana: es decir, sería el esquema general de una promesa aceptada —convención— mediante el cual uno puede estar obligado a hacer alguna cosa —lícita— para alcanzar algún fin lícito. Su contenido —con tal de que fuera lícito— sería irrelevante, de la misma manera que es irrelevante dentro del esquema del contrato formal; y para que mereciera la sanción jurídica no se requeriría ni una forma, ni la *res*, ni una contra-obligación u otro requisito objetivo semejante. Bastaría al efecto la sola *conventio, serio et deliberato animo*.⁹⁹

He aquí la concepción en se inspiran los redactores de los Códigos, la jurisprudencia y la doctrina del siglo XIX y, en buena parte, las del mismo siglo XX.

⁹⁸ Cfr. GORLA, Gino, *El contrato*, *op. cit.*, nota 19, pág. 94.

⁹⁹ Cfr. SAVIGNY, (von), *Traité des obligations*, Durand, Paris, 1863, págs. 94 y 95.

III. Conclusiones

1. Sobre las dificultades históricas

No es fácil ubicar en el tramo de la historia universal —ni siquiera en la Occidental, cuna de la consabida Teoría del Derecho— el punto preciso en que nace el contrato como instrumento social acotado, enderezado a reglar las relaciones jurídicas entre personas.

2. Sobre las dificultades semánticas

A la dificultad historiográfica ha de añadirse la semántica, para ubicar algún constructo con funcionalidad contractual; de modo que aún existiéndolo es difícil encontrarlo como un sustantivo, gramaticalmente hablando; en contraposición de un verbo, rastreable desde “El Truculento”, de Plauto (siglo II a.C.), relacionado con el castellano “contraer”, “ligar”, “obligar”, cuya acción denotada, sin embargo, es precursora del huidizo concepto contractual “Contrato”.

3. La dialéctica seguridad jurídica-agilidad contractual en la batalla de la forma

La constante espiral “seguridad jurídica-agilidad contractual”, jalonada tanto por —en definitiva— el *animus lucrandi* como por el vértigo de la interacción social no mercantil, ha relajado la solemnidad de las formas y la penalización de su inobservancia, reduciéndolo casi siempre a la consensualidad como forma; no como falta de ella. Queda pendiente —para otro trabajo— la voluntad consensual “habitual”, i.e, de quien los programa, en los llamados “*Smart contracts*”, ubicuos en las transacciones electrónicas que involucran

activos digitales o cuyos derechos son digitalizables —*tokenizables*— al amparo de tecnologías de control descentralizadas o *blockchain*. Acaso este “adelanto” transaccional anuncie no solo la deshumanización del contrato, sino su desaparición como fruto de negociación, quintaesencia de las relaciones humanas.

VI. Bibliografía seleccionada

- AA.VV. « Contratto. II) Formazione del contratto - Dir. Civ. » en *Enciclopedia Giuridica*, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1988.
- ALBALADEJO, Manual, *Derecho civil*, Bosch, Barcelona, 1975.
- , *El negocio jurídico*, Bosch, Barcelona, 1958.
- ALPA, Guido, *I contratti in generale. I requisiti di un contratto*, UTET, Turín, 1991.
- ALTERINI, Atilio Aníbal, *Curso de obligaciones*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1977.
- American civil liberties v. Janet Reno, Attorney General of the United States*, disponible en <http://www.vtw.org/speech/decision.html>.
- THE AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement of the Law*, American Law Institute Publishers, Saint Paul, Minnesota, 1981.
- ANDERSON, Christopher, « The Internet. The Accidental Superhighway », en *The Economist*, Julio de 1995.
- ARTEAGA, Jesús María y Jaime ARTEAGA CARVAJAL, *Curso de obligaciones*, Temis, Bogotá, 1979.
- BARLOW John P., *Selling Wine Without Bottles: The Economy of Mind on the Global Net* » disponible en http://www.eff.org/pub/Publications/John_Perry_Barlow/HTML/idea_economy_article.html.
- BERMAN, Harold J., *La Formación de la Tradición Jurídica de Occidente*, Política y Derecho, Fondo de Cultura Económica, México, D.F., 2001, págs. 8 a 11.
- , « The Religious Sources of General Contract Law: An Historical Perspective » en *The Journal of Law and Religion*, Volumen 1, 1986, págs. 106 a 112.
- BIANCA, C. Massimo, *Diritto civile. Il contratto*, Giuffré, Milán, 1984.
- , *Il contratto*, Giuffré, Milán, 1984, p. 28.
- BIGLIAZZI GERI, Lina, *L'interpretazione*, Giuffrè, Milán, 1994.
- BIROCCHI, Italo, *Causa e Categoria Generale del Contratto*, G.Giappichelli, Turín, 1997.
- BOLAFFIO, León, *Derecho comercial*, Ediar, Buenos Aires, 1947.
- BORDA, Guillermo A., *Manual de contratos*, Perrot, Buenos Aires, 1973.

- Brief Guides to the Internet*, disponible en <http://lcweb.loc.gov/loc/guides>.
- BUEN LOZANO, Néstor de, *La decadencia del contrato*, Porrúa, México, 1986.
- BULLARD, G., Alfredo, « Contratación en masa ¿Contratación? » en *THEMIS Revista de Derecho*, Segunda Época, 1989.
- BURDESE, Alberto, *Manuale di Diritto Romano Privato*, , 4ta. ed., UTET, Turín, 1993.
- CARBONNIER, Jean, *Derecho civil*, Bosch, Barcelona, 1971.
- CARRARA, Giovanni, *La formazione dei contratti*, Vallardi, Milán, p. 137.
- CARRESI, Franco, *Il contratto*, Giuffré, Milano, 1987.
- CASTAN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español y foral*, Reus, Madrid, 1954.
- CASTRO y BRAVO, Federico (de), *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967.
- CIAN, Giorgio, *Forma solenne e interpretazione del negozio*, Cedam, Pavía, 1969.
- CÓDIGO CIVIL ARGENTINO.
- CÓDIGO CIVIL BRASILEÑO.
- CÓDIGO CIVIL CHILENO.
- CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL.
- CÓDIGO CIVIL FRANCÉS.
- CÓDIGO CIVIL ITALIANO.
- CÓDIGO CIVIL MEXICANO
- CÓDIGO CIVIL PERUANO.
- CÓDIGO CIVIL DEL QUEBEC.
- COGLIOLO, Pedro, *Estudios acerca de la evolución del Derecho privado*, Reus, Madrid, 1898.
- COMMISSIONE REALE PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATATO LA RIFORMA DEI CODICI – COMMISSION FRAÇAISE D'ÉTUDES DE L'UNION LEGISLATIVE ENTRE LES NATIONS ALLIÉS ET AMIES, *Code des Obligations et des Contrats*, Provveditorato Generale dello Stato, Roma, 1928.
- CONVENCION DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS CONTRATOS

DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS.

- COOTER, Robert y Thomas Ulen, *Derecho y Economía*, Fondo de Cultura Económica, México, 1998.
- COSSIO, Alfonso de, *Instituciones de Derecho civil*, Alianza, Madrid, 1975.
- CRÉPEAU P.-A., *Les Principes d'Unidroit et le Code civil du Québec: valeurs partagées? / The Unidroit Principles and the Civil Code of Québec: Shared values?*, Montreal, Carswell, 1998.
- D'ORS, Álvaro, *Derecho Privado Romano*, 4ta. ed., EUNSA, Pamplona, España, 1981, p. 522 y BURDESE, 4ta. ed., UTET, Turín, 1993.
- DIEGO, Felipe Clemente (de), *Instituciones de Derecho civil español*, Julio San Martín, Madrid, 1959.
- DIEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, Tecnos, Madrid, 1979.
- DIGESTO
- ENNECERUS, Ludwig y Theodor KIPP, *Tratado de Derecho civil*, Bosch, Barcelona, 1954.
- FARNSWORTH, E. Allan, « Meaning in the Law of Contracts » en *Yale Law Journal*, Universidad de Yale, No. 76, 1967.
- FERRANDIS VILLELA, José, « Traducción y Notas de comparación y adaptación al Derecho español del Contrato de Gino Gorla » en GORLA, Gino, *El contrato*, *op. cit.*
- FERRI, Luigi, *Lezioni sul contratto*, Nicola Zanichelli, Boloña, 1982.
- FUERO REAL en FERRANDIS VILLELA, José, « Traducción y Notas de comparación y adaptación al Derecho español del Contrato de Gino Gorla », *op. cit.*
- FURMSTON Michael *et alii*, *Contract Formation and Letters of Intent*, John Wiley & Sons, Nueva York, 1998.
- GAMBARO, Antoni, *Sistemi giuridici comparati*, UTET, Turín, 1996.
- GANDOLFI, Giuseppe (Coord.), *Code Europeen des Contrats*, Guiffre, Milán, 1988.
- GANSHOF, François *El feudalismo*, Ariel, Barcelona, 1985.
- GARCIA-AMIGO, Manuel, *Instituciones de Derecho privado*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1979.

- GARCÍA-GOYENA Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del código civil español*, Cometa, Zaragoza, 1974.
- GARRIGUES, Joaquín, *Curso de Derecho mercantil*, Aguirre, Madrid, 1969.
- GAUDEMET, Eugéne, citado por MAZEAUD, Henri, *et alii, Lecciones de Derecho civil*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1960.
- GHESTIN, Jacques, *Le contrat: Formation*, L.G.D.J., París, 1988.
- GIORGI, Jorge, *Teoría de las obligaciones*, Revista de Legislación, Madrid, 1910.
- GOMES, Orlando, *Contratos*, Forense, Río de Janeiro, 1986.
- GORLA, Gino, *El contrato*, Bosch, Casa, Barcelona, 1959.
- GROCIO, Hugo, *The jurisprudence of Holland*, libro III, capítulo I, núms. 12. 21 y 25, citado por GORLA, Gino, *El contrato, op. cit.*
- GROSSO, Giuseppe, *Lezioni di Storia del Diritto Romano*, 5ta. ed., G. Giappichelli, Turín, 1965.
- IGLESIAS, Juan, *Derecho romano. Instituciones de Derecho Privado*, Ariel, Barcelona, 1983.
- INSTITUCIONES DE JUSTINIANO, Lib. III, Tit. XXII.—*De Consensu Obligatione* disponibles en <http://www.gmu.edu/departments/fld/CLASSICS/justinian3.htm>
- JHERING, Rudolf (von), *Lo scoppo nel diritto*, Julio Einaudi, Turín, 1972.
- JORDÁN DE ASEO y DE MANUEL, *Instituciones del Derecho Civil de Castilla*, 3a. ed., Madrid, 1780, citado por FERRANDIS VILLELA, José, « Traducción y Notas de comparación y adaptación al Derecho español del Contrato de Gino Gorla », *op. cit.*
- JORDANO BAREA, Juan B., *La categoría de los contratos reales*, Bosch, Barcelona, 1958.
- JOSSERAND, Louis, *Derecho civil*, Bosch, Buenos Aires, 1950.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho civil*, Bosch, Barcelona, 1977.
- LAURENT, Ferdinand, *Principes de Droit civil*, Bruylant-Christophe, Bruselas, 1875.
- LEHMANN, Heinrich, *Tratado de Derecho civil. Parte general*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956.

- LEY MODELO DE UNCITRAL SOBRE EL COMERCIO ELECTRONICO.
- LEYES CONSTITUCIONALES DE CANADÁ (LEYES CONSTITUCIONALES CANADIENSES DE 1867 À 1982)
- LOSANO, Mario, *I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, Giulio Einaudi, Turin, 1978.
- MAZEAUD, Henri *et alii*, *Lecciones de Derecho civil*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1960.
- McLUHAN, Marshal H., *The Gutenberg Galaxy. The Making of Typographic Man*, The New American Library, Chicago, 1969.
- MESSINEO, Francesco, *Il Contratto in genere*, Giuffré, Milán, 1973.
- , *Doctrina general del contrato*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986.
- MICCIO, Renato, *I diritti di credito*, UTET, Turín, 1977.
- MIRABELLI, Giuseppe, *Dei contratti in generale*, UTET, Turín, 1980.
- MORA Y JARABA, P., *Los errores del derecho civil y los abusos de los jurisperitos*, Madrid, 1784, p. 65, citado por FERRANDIS VILLELA, José, « Traducción y Notas de comparación y adaptación al Derecho español del Contrato de Gino Gorla », *op. cit.*
- MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos*, EDIAR, Buenos Aires, 1981.
- MOZOS, José Luis (de los), *El negocio jurídico*, Montecorvo, Madrid, 1987.
- ORDENAMIENTO DE ALCALÁ, ley única del título XVI en FERRANDIS VILLELA, José, « Traducción y Notas de comparación y adaptación al Derecho español del Contrato de Gino Gorla », *op. cit.*
- OSPINA FERNANDEZ, Guillermo y Eduardo OSPINA ACOSTA, *Teoría general de los actos o negocios jurídicos*, Temis, Bogotá, 1980.
- OSSORIO MORALES, Juan, *Lecciones de Derecho civil. Obligaciones y contratos*, Comares, Granada, 1985.
- PACCHIONI, Giovanni, *Dei contratti in generale*, Dott. A. Milano, Pavía, 1939.
- PETIT, Eugéne, *Tratado elemental de Derecho romano*, Editorial Nacional, México, 1976.
- PÉREZCASTRO, Leonel, *Manual General de Derecho Internacional Público*, Oxford University Press, México, D.F., 1989
- PLANIOL, Marcel y George RIPERT, *Tratado práctico de Derecho civil fran-*

- cés*, Cultural, Habana, 1946.
- POTHIER, Robert Joseph, *Tratado de las obligaciones*, Atalaya, Buenos Aires, 1947.
- PRINCIPIOS DE UNIDROIT SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES.
- PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de Derecho civil*, Bosch, Barcelona, 1954.
- RENÉ David, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 7a. ed., Dalloz, Paris, 1978.
- RIPERT, Georges y Jean BOULANGER, *Tratado de Derecho civil*, La Ley, Buenos Aires, 1964.
- RISOLIA, Mario Amelio, *Soberanía y crisis del contrato*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1958.
- ROCCO, Alfredo, *Principios de derecho mercantil*, Nacional, México, 1966.
- ROSSI, Paolo, *Assolutismo Giuridico e Diritto Privato*, Giuffrè, Milán, 1998.
- ROUSSEAU, Jean Jacques, *The Basic Political Writings*, Indianapolis, Hackett, 1987.
- SACCO, Rodolfo, *Il contratto*, UTET, Turín, 1975.
- SANCHEZ URITE, Ernesto A., *La oferta de contrato*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1975.
- SAVIGNY (von), citado por CASTRO y BRAVO, Federico (de), *El negocio jurídico*, *op. cit.*
- , *Traité des obligations*, Durand, Paris, 1863.
- SCHLESINGER, Rudolf B., *Formation of Contracts. A study of the Common Core of Legal Systems*, Oceana, Nueva York, 1968.
- SICA, Salvatore, *Gentlemen's agreements e intento giuridico*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1995.
- SIETE PARTIDAS DE ALFONSO X, en FERRANDIS VILLELA, José, « Traducción y Notas de comparación y adaptación al Derecho español del Contrato de Gino Gorla », *op. cit.*
- SORIANO CIENFUEGOS, Carlos Alberto, « Reseña del libro, ROBLES FARÍAS, Diego, Teoría General de las Obligaciones, México, Oxford, 2011, XXVII, p. 611 » en *Ars Iuris...*
- SPOTA, Alberto G., *Instituciones de Derecho civil Contratos*, Depalma, Buenos

- Aires, 1975.
- STOLFI, Giuseppe, *Teoría del negocio jurídico*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959.
- TOLA, Fernando, *Obligaciones, contratos, delitos y acciones*, Primer fascículo, Lima, 1944.
- TORRENTE, Andrea y Piero SCHLESSINGER, *Manuale de Diritto Privato*, Giuffrè, Milán, 1978.
- TRABUCCHI, Alberto, *Instituciones de Derecho civil*, Revista de Derecho privado, Madrid, 1967.
- TUHR, Andreas (von), *Derecho Civil*, Depalma, Buenos Aires, 1947.
- , *Tratado de las obligaciones*, Reus, Madrid, 1934.
- UNIFORM COMMERCIAL CODE OF THE UNITED STATES OF AMERICA.
- VERA, Ignacio, « Informational Goods and the Digital Convergence—On Soft-property Rights and a Few Utopian Daydreams » en *Javnost/The Public*. European Institute for Communication and Culture (EURICOM), Vol. VI No. 3, 2000.
- , « Las Autorrutas de la información: la dialéctica ‘conflicto virtual/solución territorial’.—Atención a los derechos de autor y al nuevo acuerdo de la OMPI » en *Estudios de derecho intelectual en homenaje al profesor David Rangel Medina*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, D. F., 1998.
- VILLEY, Michael, *Compendio de Filosofía del derecho*, EUNSA, Pamplona, 1979.
- VOCI, Pasquale, *Istituzioni di Diritto Romano*, 4ta. ed. Giuffrè, Milán, 1979.
- What is the World Wide Web*, disponible en <http://www.eit.com/web/www.guide/guide.01.html> y
- WIACKER ZAGO, Jorge Alberto, *El consentimiento en los contratos y la teoría de la lesión*, Universidad, Buenos Aires, 1981.
- ZIMMERMAN, Reinhard, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Juta & Co./Kluwer, Cape Town, 1992.