

EL CONCEPTO TRADICIONAL DEL CONTRATO

I. GENERALIDADES

El concepto habitualmente aceptado del contrato reposa en el acuerdo de voluntades de las partes. El contrato es un acto jurídico bilateral o convención que crea obligaciones. Se atribuye a la voluntad de los contratantes un poder soberano para engendrar obligaciones. La voluntad de las partes es a la vez fuente de las obligaciones contractuales y medida de dichas obligaciones. El querer o intención de las partes domina, así, la formación, génesis o nacimiento del contrato y también sus efectos o consecuencias¹.

Tal concepción de la contratación es uno de los frutos de la doctrina de la autonomía de la voluntad, cuya impronta es indiscutible en el Código Civil francés de 1804 y en sus aplicaciones doctrinarias y jurisprudenciales, del siglo pasado en particular. De allí se ha expandido especialmente hacia los países de América Latina, adonde conserva hasta vigencia, a pesar de que en otras latitudes la

¹ Esta obra se ocupa sólo del contrato de Derecho Privado. En lo concerniente al contrato de Derecho Público o contrato administrativo, cuya sistemática sigue forjándose, discutiendo casi permanentemente a partir de las nociones y principios de la contratación privada, aunque sea a fin de proponer su reemplazo o su flexibilidad, ver André de Laubadère: *Traité Théorique et Pratique des Contrats Administratifs*, 3 tomos, París, L.G.D.J., 1956. Cfr. Pequinot: *Théorie Générale du Contrat Administratif*, tesis, Montpellier 1944. Ver, especialmente, los trabajos del profesor chileno Osvaldo Oskars Camnus: *En torno al concepto de contrato administrativo de obra pública. Los principios informadores de la contratación administrativa*, publicados en la Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, tomos III (1979), pág. 135; IV (1980), pág. 179; VII (1983), págs. 151 y s. En estos tres ensayos el lector interesado en el contrato administrativo podrá encontrar amplias referencias bibliográficas sobre este tema.

autonomía de la voluntad se bate en retirada y ha dejado o está dejando de ser el telón de fondo del Derecho de los contratos.

En la perspectiva voluntarista, la formación del contrato aparece dominada por dos ideas que constituyen subprincipios de la autonomía de la voluntad: *el consensualismo y la libertad contractual*.

En cuanto al contrato como relación jurídica ya creada, como estructura jurídica y económica en actual funcionamiento, las ideas fundamentales de *la fuerza obligatoria* y del *efecto relativo de los contratos* también se hallan impregnadas del dogma de la autonomía de la voluntad.

Si se trata de *interpretar el contrato*, es decir, de fijar su alcance para precisar sus efectos, el juez intérprete es llamado a buscar la intención que tuvieron las partes al contratar; considerándose que una pesquisa en el fuero interno de los contratantes es apta para desentrañar las controversias entre ellos que condujeron a la necesidad de interpretar.

2. EL CONCEPTO DEL CONTRATO EN EL CODIGO CIVIL

El Código Civil chileno admite directamente cinco fuentes de las obligaciones: el contrato, el cuasicontrato, el delito, el cuasidelito y la ley. Así resulta especialmente del artículo 1437, el cual abre el Libro Cuarto del Código. Respecto a la primera de estas fuentes, el precepto establece que en los contratos las obligaciones nacen "*del concurso real de las voluntades de dos o más personas*".

El artículo siguiente define el contrato o convención señalando que "es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas".

Los autores chilenos critican la definición del contrato formulada por el artículo 1438 desde dos puntos de vista.

Dicen que es equivocada la terminología empleada por el legislador patricio en el artículo 1438, como también en el 1437, en cuanto se identifican o dan como sinónimos los términos contrato y convención, en circunstancias que la convención sería el género (acuerdo de voluntades destinado a crear, modificar, extinguir o transferir derechos u obligaciones) y el contrato sólo sería una especie (acuerdo de voluntades exclusivamente destinado a la creación de derechos personales y de las correlativas obligaciones). Todo contrato es convención, pero no a la inversa. Así, la resciliación o mutuo disenso, el pago y la tradición son actos jurídicos bilaterales

o convenciones, pero no son contratos. Aunque admitiremos esta crítica por razones didácticas, en cuanto facilita la aprehensión de las categorías conceptuales que van a permitir el manejo dogmático de una rama del Derecho, es conveniente tener claro que en el Derecho Comparado son numerosos los ordenamientos en los cuales se identifica el contrato con la convención. Tales son los casos, por ejemplo, del Código Civil alemán de 1900 (BGB) y del Código Civil italiano de 1942. El artículo 1321 de este último dispone: "el contrato es el acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial"².

La otra crítica concierne a la elipsis contenida en el artículo 1438 del Código chileno. En verdad, el objeto del contrato son las obligaciones que él crea. A su turno toda obligación tiene por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer, según la terminología del artículo 1460. De modo que cuando el 1438 establece que en el contrato una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer, se salta una etapa, pues alude a la prestación como objeto del contrato, a pesar de que la prestación es el objeto de la obligación y no el objeto del contrato. Mejor habría sido que el legislador hubiese dicho que el contrato engendra obligaciones y que éstas tienen por objeto dar, hacer o no hacer alguna cosa.

3. ELEMENTOS DE LOS CONTRATOS

Complementando un concepto del contrato, el artículo 1444 de nuestro Código señala: "Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza y las puramente accidentales. Son de la *esencia* de un contrato aquellas cosas sin las cuales o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente; son de la *naturaleza* de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son *accidentales* a un contrato aquellas que

² El artículo 1137 del Código Civil argentino, redactado por Vélez Sarsfield y promulgado en 1869, al respecto establece que "hay un contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos". No obstante la extensión semántica de esta norma, la doctrina del país trasandino se mantiene en disputa entre la tesis amplia (que considera sinónimas las voces contrato y convención) y la tesis restringida del concepto del contrato. Cfr. Fernando López de Zavalla: *Teoría de los Contratos*, Buenos Aires, 1971, Nº 1. Afirma el profesor Jorge Mosset Iturraspe: *Teoría General del Contrato*, Rosario, 1970, pág. 45, que el artículo 1137 precitado fue tomado al pie de la letra de Savigny.

ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales".

Añadir a los elementos de los contratos es distinguir entre requisitos comunes a todos los contratos y requisitos propios de cada contrato específico.

Los requisitos comunes a todos los contratos son los mismos requisitos de los actos jurídicos. El artículo 1445 del Código Civil los enumera: consentimiento exento de vicios, capacidad, objeto lícito, causa lícita. A ellos deberían agregarse las solemnidades, en los casos que son exigidas por el legislador en atención a la naturaleza del contrato³.

Los requisitos propios de cada contrato, conforme al 1444 transcrito, se clasifican en esenciales, naturales o accidentales. Por ejemplo, en el contrato de compraventa son requisitos esenciales la cosa y el precio; son requisitos naturales las obligaciones del vendedor de sanear la evicción y sanear los vicios ocultos de la cosa; son accidentales, un plazo convenido para el pago del precio o un pacto comisorio o una cláusula penal.

Quiénes preparan la licenciatuura en Ciencias Jurídicas han analizado los requisitos comunes de los contratos en el primer año de sus estudios de Derecho Civil, a propósito de los actos jurídicos, y examinarán los requisitos propios de cada contrato al tratar los contratos en particular. Este libro sólo se ocupa de los contratos en general.

4. FUNCIONES ECONOMICA Y SOCIAL DE LOS CONTRATOS

A veces el contrato aparece como utensilio casi primitivo, que sirve para canalizar jurídicamente las necesidades más simples o rudimentarias de intercambio. Múltiples contratos son negocios menores, de trámite rapidísimo, puramente manuales, en los que ni siquiera media la conciencia de estar contratando. El contrato se presenta, entonces, como un instrumento despersonalizado, apto para el constante flujo de bienes y servicios indispensables para la vida cotidiana en una civilización de consumo como la actual. No pocas convenciones se celebran a través de máquinas automáticas. El acuerdo de voluntades, si existe, pasa desapercibido⁴.

³ Sobre solemnidades y formalidades de los contratos, ver Nº 24 y Nos. 41 y s.

⁴ "Las realidades de la producción masiva y de la economía de consumo han minado, en años recientes, las bases teóricas de buena parte del derecho

En otras ocasiones, en cambio, el contrato aparece como una fina herramienta que permite a las partes satisfacer necesidades más complejas. En los campos de la computación, de la transferencia de tecnologías, de las actividades mineras, y en varios otros, generalmente el contrato se celebra luego de arduos tratos preliminares que al final se cierran en una armonización de las posturas e intereses divergentes de las partes. Lo mismo ocurre, en cualquier campo, cuando de por medio hay ingentes sumas de dinero comprometidas.

En la actualidad, los regímenes de patentes en el ámbito de la propiedad industrial tienden a ser socializados, en especial para evitar los riesgos de imitaciones por la competencia, y a ser reemplazados por contratos de *know-how*. Otras figuras contractuales novísimas, como el *engineering* o en cierto modo el *franchising*, este último para efectos de distribución de bienes de manera estandarizada, demuestran no sólo la mucha complejidad de algunos contratos, sino que también la subsistencia del contrato concebido como genuino acuerdo de voluntades. Una de las paradojas del contrato contemporáneo es, en efecto, el simultáneo auge y deterioro del voluntarismo. Todo depende de la relación contractual específica que se analice. Allí radica la principal dificultad que existe para formular una teoría general del contrato.

Simple o complejo, el contrato cumple evidentemente una función económica de la máxima importancia. A no dudarlo, el principal vehículo de las relaciones económicas entre las personas es el contrato. La circulación de la riqueza, el intercambio de los bienes y de los servicios, primordialmente se efectúa a través de contratos. El mundo de los negocios sería imposible sin contratos⁵. Así

tradicional de la contratación. Hoy por hoy, un consumidor activo concluye veintenas de contratos semanales *sin consentir*, en un sentido real, en los términos de los mismos que le vienen impuestos. En razón de que los términos contractuales son impuestos más bien que acordados, tales contratos a menudo son injustos. Los tribunales, apasionados entre su deseo de hacer justicia y su adherencia a una doctrina contractual ampliamente obsoleta, tienen todavía que desarrollar la vía fundada y predecible para salir de este dilema." Comité de Redacción de la *Harvard Law Review*. A guisa de exordio al artículo de Slawson, W. David: *Standard form contracts and democratic control of law-making power*, Vol. 84, Nº 3, enero 1971, págs. 529 y ss. Slawson sostiene al comenzar: "La contratación todavía imaginada como típica por tribunales y profesores de Derecho, en la cual ambas partes participan eligiendo el lenguaje del completo negocio, no tiene mucho más que importancia histórica."

⁵ El conocido comparatista galo André Tunc asevera que en la economía liberal "el contrato cumple una función esencial: es el fundamento de la economía" (*Posibilidad de Comparar el Contrato entre Sistemas Jurídicos de Estructuras Diferentes*. En Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México, Año XV, Nº 43, págs. 3).

Pero, desde una perspectiva empírica, es importante destacar que no siempre las empresas efectúan negocios al través del Derecho de los contratos. Véase

las cosas, la vida de todos se halla salpicada de contratos y nadie escapa, de consiguiente, al influjo de las normas legales que los regulan. El contrato es figura jurídica por antonomasia.

La importancia práctica del contrato se mantiene, cualquiera sea el régimen económico en vigor. Aunque algunos principios y dogmas puedan entrar en crisis si se acentúa el intervencionismo estatal en las relaciones económicas, la contratación siempre subsiste como fenómeno sociológico y jurídico fundamental.

Fuera de la función económica, el contrato cumple también una *función social*.

No sólo sirve el contrato para la satisfacción de necesidades individuales. Además es medio de cooperación o colaboración entre los hombres.

El trabajo, la locación y el acceso a la vivienda, el estudio, la recreación, el desenvolvimiento cultural, el transporte urbano, etc., implican casi siempre la dimensión social o relación cooperadora de unos con otros. Esas y otras actividades son casi incomprensibles sin contratos.

Sólo en el presente siglo ha llegado a ser ostensible la función social del contrato. El contrato voluntarista decimonónico permitió tantas veces la explotación del débil por el fuerte, que el legislador hubo de intervenir, dictando normas imperativas reguladoras de las principales cláusulas de los contratos socialmente más significativos. Apareció así el *contrato dirigido*, bajo el signo del orden público social o de protección de aquellos carentes de poder negociador.

Pero no siempre la cooperación viene impuesta a los contratantes desde afuera, heterónomamente por el poder público, como acontece en las hipótesis de los contratos dirigidos y de los contratos forzosos. Por fortuna, a veces la cooperación se realiza espontáneamente por los participantes en la relación contractual. O bien brota de la auto composición de los intereses divergentes de las partes, siendo notable al respecto el fenómeno del contrato *lectivo*⁶.

al respecto el trabajo del sociólogo del Derecho Stewart Macaulay: *Non-Contractual Relations in Business*. En *American Sociological Review*, Vol. 28, Nº 1, págs. 55-69. También el libro de este autor y de Lawrence Friedman, *Law and the Behavioral Sciences*, Ed. Bobbs-Merrill, USA, 1969, págs. 145 y s.

⁶ El fenómeno de la adhesión contractual y el surgimiento del contrato dirigido y del contrato colectivo o contrato tipo bilateral, como algunos de los remedios o los inconvenientes de la adhesión, serán ulteriormente analizados en detalle. Ver, especialmente, Nos. 28 al 30. Sobre el contrato forzoso, ver Nº 33.

Desde un punto de vista más técnico, la función social del contrato se relaciona directamente con el principio de la buena fe, el cual impone a cada parte, según se examinará pormenorizadamente más adelante, el deber de lealtad y de corrección frente a la otra durante todo el iter contractual. O sea, desde las conversaciones preliminares o fase precontractual, pasando por la celebración, hasta la ejecución del contrato y las relaciones postcontractuales.

5. SUBFUNCIONES DE LOS CONTRATOS

Operando un desglose de las funciones económica y social de los contratos, se pueden distinguir los siguientes roles o subfunciones no taxativas de los contratos⁷:

a) *Función de cambio*, o de circulación de los bienes, que se realiza mediante los contratos traslativos del dominio, v. gr.: la compraventa, la permuta, la donación, el mutuo, la transacción en cuanto recae sobre el objeto no disputado, el aporte en sociedad. Como en Chile los contratos carecen de efectos reales, para el perfeccionamiento de la función de cambio es menester la tradición. También sería factible ubicar aquí los contratos de mera tenencia que operan un cambio temporal pero prolongado, como el arrendamiento a largo plazo, o el *leasing*.

b) *Función de crédito*, generalmente onerosa, a través de contratos de mutuo, de apertura de crédito o en general de los llamados contratos bancarios. Excepcionalmente el crédito es gratuito, siendo entonces característico el contrato de comodato o préstamo de uso.

c) *Función de garantía*, mediante contratos accesorios como la prenda, la hipoteca o la fianza, los cuales fortalecen el derecho del acreedor a obtener el pago de la obligación principal⁸.

⁷ Ver sobre el particular, Emilio Pettit, *Teoría General de las Obligaciones*, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1970, Tomo II, págs. 2 y s.; 93 a 110. Cfr. Mosses Iurraspe, *ob. cit.* en nota 2, pág. 99.

⁸ Muy interesante es la función de garantía que cumple, en la compraventa con pago del precio a plazo, la *cláusula de reserva de la propiedad*. El vendedor, no obstante la entrega de la cosa vendida, sigue siendo dueño mientras no le satisfagan completamente el precio. Hasta hoy esta eficiente caución no se utiliza en Chile, a pesar de hallarse contemplada por el legislador en el artículo 680-2 del Código Civil. Impide su empleo eficaz el artículo 1874 del mismo Código. En el Derecho Comparado, en cambio, la cláusula de reserva

d) *Función de custodia*, a través de contratos destinados a la guarda y conservación de bienes ajenos, como el depósito, voluntario o necesario, o como los contratos atípicos o inominados de caja de seguridad; de ganaje; de hotelería respecto al equipaje del cliente.

e) *Función laboral*, que primordialmente tiene lugar a través de las diversas variantes del contrato de trabajo, pero también mediante contratos como el arrendamiento de servicios y el mandato, en especial el mandato mercantil a comisionistas y a factores o gerentes.

f) *Función de previsión*, por medio de contratos destinados a precaver riesgos o cubrir las consecuencias onerosas de los mismos (v. gr.: contratos de seguros mutuos, de seguros comerciales, de renta vitalicia).

g) *Función de recreación*, realizable por el empleo de contratos tan heterogéneos como el transporte con fines turísticos, la hostelería, el adiestramiento deportivo, el juego, la apuesta, los contratos de espectáculo, etc.

h) *Función de cooperación*, la que si bien se puede predicar a propósito de casi todos los contratos, aparece mucho más marcada o es esencial en los actos *intuitu personae*, como el mandato, la donación o las sociedades colectivas.

APROXIMACION HISTORICA AL CONCEPTO DEL CONTRATO ^{8 bis}

6. GENERALIDADES

Uno de los hechos más fundamentales desde que el hombre está en el mundo, la escritura, desde su invención se emplea en el terreno contractual. Ya en el tercer milenio antes de Jesucristo, la escritura cuneiforme de los sumerios, en Mesopotamia, encuentra expresión jurídica en contratos de compraventa de fincas y de esclavos. El Código de Hammurabi, que se conserva imponente en el Museo del Louvre, es palpable testimonio de lo anterior⁹.

El concepto hoy tradicional del contrato, al cual se está tan habituado, que parece algo natural y muy claro, es sin embargo un concepto reciente. Antes que los juristas se encontraran con el concepto voluntarista del contrato, largos siglos transcurrieron durante

^{8 bis} Una presentación parcial de este capítulo 2º más el capítulo 3º que sigue puede consultarse en nuestro trabajo *Perspectiva histórico-comparada de la noción del contrato*, en Revista Chilena de Derecho, Universidad Católica, Santiago, Vol. enero-abril 1985, págs. 123 y s. Por otra parte, sobre este capítulo 2º resumido, pero integrado a una amplia presentación del contrato como unidad distinta al acuerdo de voluntades, cfr. nuestra ponencia presentada en el Congreso Internacional de Derecho Civil, organizado en 1985 por la Universidad de Lima: *Algunas consideraciones sobre el contrato, formuladas a propósito de los artículos 1351 y 1352 del nuevo Código Civil del Perú*, en Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, Editorial Depalma, Buenos Aires, Nº 106, agosto 1985, págs. 465 a 491.

⁹ La brillante civilización de los sumeros se despliega a partir del cuarto milenio a.C. El monarca Hammurabi vivió en los años 1700 a.C. Su célebre Código, a no dudarlo, corresponde a ficciones jurídicas cuyos antecedentes se remontan a siglos más atrás. La fundación de Roma por los etruscos es situada por los historiadores alrededor de mil años después del referido Código, en el 753 o en el 754 a.C. Según Vincenzo Arango-Ruiz, *Storia del Diritto Romano*, 7ª edición, Jovene, Nápoles, 1972, pág. 6, sólo a partir del año 297 a.C. comenzó en Roma la redacción escrita de los principales sucesos de entonces.

de la propiedad es usual en el tráfico jurídico. ¿No habrá acaso que superar, de algún modo normativamente categórico, la actual contradicción de los preceptos del Código Civil recién señalados?

los cuales el contrato fue otras cosas, que los historiadores del Derecho fatigosamente han procurado y siguen intentando clarificar. La tarea es ardua.¹⁰

Descubrir los secretos del contrato a través de la historia es una meta que sólo puede lograrse fragmentariamente.

En el contrato primitivo participa la magia. En la *damnatio* el acreedor anticipadamente empuja al deudor hacia los dioses infernales, para el caso de que no le cumpla la obligación.¹¹

En el contrato primitivo la mentalidad de las partes recién alcanza un estadio prelógico. A diferencia de lo que ahora frecuentemente acontece, en el sentido de que el contrato permite a las personas prever y organizar su futuro, los etnólogos concluyen que en las sociedades más antiguas la incapacidad de abstracción de los individuos les impedia disociar el presente del futuro.¹²

Si atendemos a lo que señala M. G. Davy¹³, en sus manifestaciones más antiguas, el contrato carece de la connotación económica que hoy lo distingue, pues, antes que un vínculo de interés, es una alianza total y mística de los contratantes, una relación análoga al parentesco, un radical cambio de estado. A vía de ejemplo puede citarse el *poftitch* de las tribus indias del Canadá: festín acompañado de danzas, durante el cual el anfitrión hace regalos a los huéspedes, creando de este modo en los donatarios el deber ulterior de retribuir, al menos en igual medida. De ahí el aforismo según el cual la donación es la manifestación arcaica del cambio o trueque.

¹⁰ Máxime que hay tantas contradicciones y enfoques incompatibles entre los especialistas. Así, por ejemplo, Sir Henry Maine, sosteniendo que siempre en las sociedades la ley antecede al contrato, formuló lo que los sociólogos llaman la ley de Maine: el estatuto precede al contrato. Jean Jacques Rousseau, en cambio, explica el surgimiento mismo de la sociedad como un acuerdo contractual: el hombre no sería naturalmente un animal social; sólo mediante un contrato los individuos habían aceptado la sociedad; de modo que el Derecho voluntario antecedería al Derecho impuesto; la norma autónoma a la heterónoma.

¹¹ Cf. François Terré: *Sur la Sociologie Juridique du Contrat*, en *Archives de Philosophie du Droit*, Tomo 13, Sirey, París, 1968, en especial, pág. 76.

¹² Cf. Jean Carbonnier: *Flexible Droit*, I, G.D.J., 2ª ed., París, 1971, págs. 64 y 205. Nuestras referencias se remiten a esta edición francesa. Existe sin embargo versión castellana: *Derecho Flexible. Para una Sociología no rígida del Derecho*, traducción de Luis Díez-Picazo, Tecnos, Madrid, 1974. Al lector motivado por este magnífico libro de Carbonnier se le sugiere el trabajo del profesor chileno José Luis Cea Egata: *Para una Sociología Flexible del Derecho*, en *Revista Chilena de Derecho*, Universidad Católica, Santiago, Vol. febrero-junio 1976, págs. 5-36.

¹³ En su célebre tesis defendida en 1922 en La Sorbonne: *La foi jurée, étude sociologique du problème du contrat*.

Por lo demás, el contrato frecuentemente ha sido, como en la actualidad, una globalidad complejísima, en la cual no sólo se distinguen los diversos momentos que configuran el iter contractual—entre los cuales destacan los tratos preliminares, la formación y el cumplimiento del contrato—, sino que en él se aprecia una serie de inferencias psicológicas, sociológicas, emotivas, lúdicas, que dificultan en extremo la completa percepción de este fenómeno multifacético que es el contrato. Así, para muchos, contratar es incluso un placer. Aunque en el pasado no se haya “virtineado”, ni viajado de un país a otro, simplemente a fin de divertirse, ¿quién podría asegurar que un cierto hedonismo de la contratación fue ajeno a la antigüedad? Al menos, según expresa uno de los más ilustres juristas contemporáneos, “contratar es un juego y un regocijo de todos los tiempos”¹⁴.

De manera que quien se interese por aproximarse a la esencia del contrato, si bien bastante puede avanzar conociendo los avatares históricos de esta figura, mal podría pretender que el pasado le suministre todas las respuestas que echa de menos.

7. PERSPECTIVA DEL CONTRATO EN EL DERECHO GRIEGO DE LA ANTIGÜEDAD

Siguiendo al profesor H. J. Wolf, de la Universidad de Friburgo, se entiende por Derecho griego el observado por el pueblo de habla griega desde la época de Homero, en el siglo VIII a.C., a través de la época clásica, que es la del derecho de Atenas en los siglos V y IV a.C., hasta la época helenística o de las monarquías grecoromacédonicas derivadas del imperio de Alejandro Magno, en Egipto, Siria y otros lugares.^{14 bis}

Es importante tener presente que, en sus principios, el contrato se distingue apenas de determinadas formas de presión social sobre la persona. La manera de significar o demostrar la intención de cambiar un *status quo* o situación existente por otra, es la celebración de un acto formal: por ejemplo la ceremonia de un apretón

¹⁴ Jean Carbonnier, *ob. cit.* en nota 12, pág. 123.

^{14 bis} *La historia del Derecho Griego: su función y posibilidades*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, año 1976, Ediciones Universitarias de Valparaíso, págs. 136 y s. Según el autor (pág. 138) las categorías jurídicas griegas fueron muy diversas de las romanas; en particular en el contrato griego, la obligación de una parte se explica o surge de lo que la contraparte ha entregado, lo que “no es muy distinto de la *consideration* del *Common Law*”.

de manos; el establecimiento mágico de la hermandad de la sangre; la solemne invocación del castigo sobrenatural para el caso de infracción de la promesa efectuada ante testigos, etc. Las consecuencias esperadas de estas conductas formales, taxativamente reconocidas en la vida social, son que los sujetos se sientan atados o vinculados al cumplimiento y que los *organos de actuación del derecho* puedan ejercer sus funciones¹⁵.

Por eso los historiadores del derecho incluyen en la antigua acepción de la voz "ley" el control social en su globalidad. Para ellos, la búsqueda de la seguridad de las transacciones mediante la religión, la disciplina familiar o la moral tradicional no es parte de la prehistoria de los contratos, sino que subsiste largo tiempo¹⁶.

Para un pensador griego del s. V a.C. los principales tópicos de los procesos legales eran las injurias, los daños y los homicidios. El Derecho griego ignoraba, entonces, un principio jurídico de la seguridad de las promesas, no porque los ciudadanos pensaran que los contratos carecían de consecuencias, sino en razón de que las promesas se hallaban en otros ámbitos del control social. Ello explica el relativamente lento desarrollo de la fuerza obligatoria de los contratos. A diferencia de otros pueblos que sólo admitían unos moldes formales rígidos para la celebración de los contratos, en la Grecia prerromana había mayor flexibilidad, lo que puede atribuirse a la no diferenciación de la ética y del derecho en la administración de justicia de la polis¹⁷.

La convención o contrato griego, según Michel Villey, tiene como idea y como realidad esenciales el cambio o trueque, es decir, el desplazamiento de un bien de un patrimonio a otro y viceversa. El desplazamiento en un sentido genera un deber de restitución o contrapartida equivalente. El acuerdo de voluntades a veces tiene algunos efectos en el intercambio; por ejemplo, en el comodato podría determinar la fecha de la devolución de la cosa, pero esto es secundario. La idea del intercambio desborda al contrato, pues lo que interesa es si hay o no *síndagma*, es decir, reciprocidad de prestaciones, y lo mismo da que la reciprocidad derive o no de un acuerdo de voluntades: "que mi vecino me preste su escalera o que yo aproveche su ausencia para sacársela y usarla, deberé restituírsela de la misma manera; la convención puede aquí jugar

¹⁵ Cfr. la contribución del connotado profesor de la Universidad de Columbia K. N. Llewellyn: *Contract*, en *Encyclopaedia of the Social Sciences*, Vol. 3, 1951, págs. 329 y 330. A tales *organos de actuación del derecho*, el autor los denomina *law officials*.

¹⁶ y ¹⁷ Roscoe Pound: *Contract. Legal doctrine and history*, en *Encyclopaedia of the Social Sciences*, Vol. 3, 1951, pág. 325.

algún rol, sin embargo, será accidental o accesorio en el intercambio; jamás el acuerdo de voluntades constituye la esencia del *síndagma*. La atenta observación de la naturaleza de los negocios, tal cual se desarrollan objetivamente en el mundo, impide colocar en primer plano ni al acuerdo de voluntades ni a la ley¹⁸.

Siguiendo la documentada exposición del profesor francés de Derecho Civil Georges Rouhette¹⁹, resulta que los juristas griegos no nos dejaron obras escritas, lo que obliga a interrogar a los filósofos para averiguar los ribetes de las instituciones jurídicas griegas. En verdad, desde el punto de vista práctico, el derecho griego integraba *la retórica*, o sea, una de las artes liberales²⁰, y desde el punto de vista teórico se vinculaba con la filosofía. El problema es si pueden considerarse propiamente jurídicos los escritos de Platón o Aristóteles.

Según Rouhette, la teoría del contrato de Platón nada tiene de jurídica. Baste, al respecto, señalar que Platón rechazaba las transacciones al crédito, las que, prohibidas para los ciudadanos, quedaban sólo para los metecos. Platón deja la práctica de los contratos a plazo entregada a la sabiduría y prudencia de los acreedores, quienes deben confiar en las bondades del deudor. De este modo el crédito es más una expresión de la amistad que del contrato. Platón, en un discurso netamente filosófico, se preocupa del bien y de la virtud y no de categorías jurídicas: "La noción del contrato no aparece enunciada y ni siquiera concebida por Platón, de una manera clara, específica, jurídica".

¹⁸ *Architèzes de Philosophie du Droit*, Tomo 13, págs. 6 y 7, Shrey, París, 1968. Michel Villey se funda en Aristóteles, en especial en el libro V de la Ética o Nicomaco, para negar enfáticamente que los griegos hayan admitido, siquiera en germen, algo parecido al voluntarismo jurídico de los Tiempos Modernos. Según él, el acuerdo de voluntades jamás fue un distintivo de los contratos griegos, por lo cual es permitido ser muy escéptico frente a ciertas tendencias eruditas destinadas a encontrar en la antigüedad grecorromana los siglos precursores del voluntarismo. Cfr. entre muchos otros trabajos del profesor de la Universidad de París, en los cuales se insiste en esta idea: *Essai et décadence du volontarisme juridique*, en *Archives de Philosophie du Droit*, tomo correspondiente a 1957, pág. 87.

¹⁹ *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, tesis doctoral, París, 1965, págs. 74 y s.

²⁰ Abandonando un momento el pensamiento de Rouhette, y retirándonos al quehacer jurídico como actividad fundamentalmente "retórica", en el buen sentido antiguo de esta palabra, hay que remitirse a la obra de Theodor Viehweg: *Tópica y Jurisprudencia*, versión alemana original, Munich, 1953. Traducción al castellano, Taurus, Madrid, 1964. En el prólogo de esta traducción, a nuestro juicio con razón, el catedrático de la Universidad Complutense Eduardo García de Enterría expresa que este libro es una verdadera obra de arte: "uno de los más brillantes de la literatura jurídica de todos los tiempos". No puede no vincularse a los trabajos de Viehweg, los de la Escuela de Bruselas encabezada por Chaim Perelman, que se inician con el libro, de 1958, *La nouvelle rhétorique. Traité de l'Argumentation*, 1ª ed., Presses Universitaires de France. Estas obras, entre otros méritos, tienen el de reivindicar el papel del juez, concebido no como un aplicador mecánico o exegetico de la ley, sino que como un creador de la norma para el caso concreto.

Podría pensarse que distinta fue la situación de Aristóteles, dada, por un lado, su declaración de que en la vida práctica los hechos particulares cuentan más que los universales y, por el otro, su recomendación de la investigación comparada en el campo de la legislación. No hay que olvidar, en este último aspecto, que Aristóteles produjo una colección de tratados sobre las Constituciones de 158 pueblos griegos y bárbaros, de las cuales se conserva la Constitución de Atenas.

En la Retórica, Aristóteles define el contrato de manera bastante jurídica: como una ley particular y limitada.²¹ En la Ética Nicomaguea (capítulo V), Aristóteles analiza el contrato a propósito de la reciprocidad (o *sinalegma*), distinguiendo transacciones muy diversas. Rouhette estima, sin embargo, que esta aproximación indirecta al contrato es filosófica o moral y no jurídica; y que, en definitiva, el tema de Aristóteles es la justicia, dividida en general y en especial, en distributiva y correctiva. Certo, a raíz de la justicia correctiva aparecen las transacciones, pero clasificadas de manera heterogénea, sin un propósito jurídico. En fin, en otro lugar de la Ética (capítulo VIII), también Aristóteles reflexiona sobre el contrato, pero su análisis concierne a la amistad.

Cualquiera que haya sido en Grecia la representación intelectual del contrato, en la práctica fue indiscutible el predominio de las formas escritas en las convenciones. Según Vincenzo Arangio-Ruiz, a diferencia de lo que ocurre en Roma, en cuyo sistema de formalidades contractuales priman las palabras sacramentales o formas verbales, en el mundo helénico todo negocio jurídico se redactaba por escrito, a veces por instrumento privado, pero con más frecuencia por instrumento notarial. "Entre los documentos helénísticos y los módulos orales de los romanos había una diferencia esencial: mientras estos módulos contenían a la libertad negocial de las partes confines estrechísimos e indetorgables, de tal manera que no podían celebrarse negocios para los cuales no existiera, pre-establecida, la correspondiente forma, la escritura era, en cambio, como una vestimenta capaz de adaptarse a cualquier contenido. Por eso el estudioso de los derechos helénísticos no puede reconstruir una serie de negocios jurídicos típicos, sino que exclusivamente aislar ciertas categorías de amplia aplicación práctica, e indicar luego alrededor de cada categoría toda una gama de convenciones en las cuales los elementos de aquélla se modifican según las necesidades de las partes..."²² En resumen, si este egregio autor italiano contemporáneo tiene razón, significa que la libertad contractual²³ fue mucho más amplia en Grecia que en Roma.

²¹ Aunque Aristóteles dice que "el contrato es una ley privada y parcial", hace otras aseveraciones que revelan el poco desarrollo técnico del contrato de entonces. V. gr., afirma que se presenta a los contratos como dignos de fe cuando están a nuestro favor; y lo contrario cuando favorecen al adversario. Lo que hace que "los contratos sean dignos de fe según fuesen sus signatarios" (sic). (*El Arte de la Retórica*, Eudéba, Buenos Aires, 1969, pág. 135 correspondiente al Libro Primero, primera parte, capítulo XV, intitulado "Las Pruebas Extratecnicas"). En este capítulo, además de los contratos, Aristóteles trata de las confesiones obtenidas por medio del tormento, de los testigos, de las leyes y de los juramentos).

²² *Ob. cit.* en nota 9, pág. 337.

²³ Sobre el principio de la libertad contractual, ver *infra* N° 44.

8. PERSPECTIVA GENERAL DEL CONTRATO EN EL DERECHO ROMANO. EL METODO JURIDICO EN ROMA

8.1. Hay quienes opinan que para fijar el concepto del contrato es inútil recurrir al Derecho Romano, ya que éste no nos ha transmitido ninguna verdadera definición del contrato²⁴. La circunstancia de que el Derecho Romano represente el momento cumbre del quehacer jurídico a lo largo de los siglos nos obliga a inquirir en él los perfiles de cualquier institución clásica del Derecho Privado que deseemos entender. No es excusa para evitar esta búsqueda el que los juristas romanos clásicos no hayan propiamente desarrollado una teoría sistemática de lo que hoy llamamos contrato²⁵, pues de lo que se trata es de aproximarse al funcionamiento de las figuras o moldes jurídicos que servían para las transacciones y no de investigar "teorías", las que fueron ajenas, y no sólo en el terreno contractual, al Derecho Romano prejustinianeo. Iniciando esta breve búsqueda, pueden evocarse las palabras de Rudolf von Ihering: *Tres veces Roma ha dictado leyes al mundo...*: por la unidad del Estado, por la unidad de la Iglesia y por la unidad del Derecho²⁶.

En el Derecho Romano, durante los doce siglos que van desde la fundación de Roma hasta la Compilación de Justiniano, una de las ideas centrales en materia de contratos es que "*nudum pactum obligationem non parit*"; el pacto desnudo o sin formas no genera obligaciones. Los contratos, al menos durante la época histórica correspondiente al Derecho Romano clásico, fueron siempre rigurosamente formales.

²⁴ V. gr., Juan Ossorio y Morales: *Notas para una Teoría General del Contrato*, en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, tomo 49, pág. 1072.

²⁵ Esta ausencia en Roma de una "teoría del contrato", aceptada por la mayoría de los especialistas (v. gr., Fritz Schulz: *Derecho Romano Clásico*, traducción del inglés, Bosch, Barcelona, 1960, N° 798), es perfectamente comprensible si se tiene en cuenta que el intelecto del Lazio era eminentemente práctico. Sólo cuando la sede del Imperio se trasladó de Roma a Bizancio (hoy Estambul), la influencia helénística determina la aparición del intelecto teórico o especulativo en los juristas.

El primer intento de los juriconsultos romanos por construir un sistema jurídico, lógicamente coherente y armonioso, recién se encuentra en las Institutas de Gayo, Cfr., sobre el particular, Alejandro Guzmán Brito: *Didáctica, casística y sistemática en la jurisprudencia romana*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, tomo V, año 1980, Ediciones Universitarias de Valparaíso, págs. 17 y s.

²⁶ Se hace alusión, en el texto, a las palabras iniciales de la célebre obra de Ihering *El Espíritu del Derecho Romano*, cuya versión original alemana, conocida como el *Geist*, fue publicada en volúmenes aparecidos entre 1852 y 1865.

En la clasificación de los contratos de Gayo (clasificación para fines didácticos, que únicamente tiene eco a partir del Derecho Romano postclásico, muchos siglos después de haber sido formada), junto a las tres categorías de contratos solemnes (*verbis* o celebrados mediante ciertas palabras sacramentales; *litteris* o celebrados mediante ciertas transcripciones en libros o registros domésticos; y *re* o celebrados en virtud de la entrega de la cosa), aparece, al lado, una cuarta categoría de contratos llamados *consensuales*. Empero, la romanística contemporánea, cuyo signo distintivo es el afán por rescatar del Derecho postclásico, y de las interpolaciones de los glosadores, el genuino Derecho Romano clásico, ha demostrado la inexactitud de la clasificación de Gayo y, en particular, de la supuesta diferencia específica del grupo de los cuatro contratos consensuales (compraventa, arrendamiento, mandato y sociedad). El mérito de esclarecer el concepto romano del contrato es principalmente de un contemporáneo, el romanista de habla castellana profesor Alvaro d'Ors. Sobre la base de un texto de LABRÓN, recogido por Ulpiano y recopilado en el Digesto 50, 16, 19, puede afirmarse que la esencia del contrato romano reside en la bilateralidad de los efectos ("*ultimo citoque obligari*"). Lo que da el ser al contrato es la existencia de obligaciones reciprocas²⁷.

Etimológicamente "*Contractus*" significa lo contrario, es decir, una relación jurídica bilateral ya formada, con independencia del acto de formación o de nacimiento de la misma. Por eso para los romanos, acorde a esta genuina concepción que tuvieron de los contratos, y a pesar de la ausencia radical de acuerdo de voluntades, fueron contratos las relaciones jurídicas bilaterales a que dan lugar la tutela, la gestión de negocios ajenos y la comunidad.

Si la *emptio-venditio* o compraventa, si la *locatio-conductio* o arrendamiento, si el mandato y la sociedad fueron también contratos (los cuatro que Gayo calificó como consensuales), es precisamente porque engendraban obligaciones para las dos partes vinculadas. Guido Astuti, profesor de la Universidad de Roma, expresa de estos cuatro contratos: "Con la referencia al consenso no entendida la jurisprudencia poner el acento o hacer hincapié sobre el elemento subjetivo . . . , sino que sobre la bilateralidad objetiva del efecto obligatorio, o sea, sobre el nexu sinalmagnático entre las diversas obligaciones Es claro que las obligaciones correlativas no tienen

²⁷ *Répúblicas Penonitimas II. El Contractus según Labrón*, en Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976, págs. 17 y s. En el texto citado del Digesto se lee: "contrato es la obligación reciproca, que los griegos llaman synallagma, como la compraventa, la locación-conducción, la sociedad".

entonces su fundamento en el consentimiento, sino que en la estructura objetiva de la relación" ²⁸

8.2. Dice Villey que la filosofía implícita de los juriconsultos romanos se parece mucho más a la de Aristóteles que a la de Hobbes, Kant o Durkheim. Los juristas romanos al elaborar el derecho no construyen a la manera de los geométricos, sobre la base de axiomas. Como Aristóteles, ellos observan el dato social natural, preocupándose por el real conocimiento de las cosas (En Digesto I. 1. 10. 2 se lee: "la jurisprudencia es el conocimiento de las cosas divinas y humanas"). Las Institutas de Gayo son una descripción de las cosas y de la naturaleza de las cosas. Entre las cosas que integran la escena jurídica, los juristas romanos, al igual que Aristóteles, encuentran intercambios de bienes, relaciones de negocios entre los hombres, todo lo cual es real, a diferencia del contrato-convencción que es una construcción del espíritu ²⁹. Los principios fundamentales de nuestra actual teoría del acto jurídico y del contrato fueron desconocidos por el Derecho Romano. Suponiendo que históricamente, a fines de la época republicana, el pretor hubiese admitido la regla *pacta sunt servanda* ³⁰, ésta no sirvió como punto de partida de una teoría general del acto jurídico, ni implicaba el principio de la autonomía de la voluntad, principio que es origen del sistema jurídico moderno, basado en el querer o voluntad individual ³¹.

Inspirándose en Wielweg y en Perelman ³², Michel Villey postula que el método de los juriconsultos romanos no revisó una forma científica y que ni siquiera fue lógicamente coherente en los raciocinios. El arte del razonamiento romano, siendo sumamente refinado, nada tiene que ver con un tratado de lógica formal. El método romano fue casi-dialéctico, basado en ciertos lugares comunes o tópicos, que sirven de punto de partida al raciocinio. Dichos lugares comunes o premisas del razonamiento son precarios, a veces contradictorios o al menos divergentes. El saber

²⁸ *Contratto - Diritto intermedio*, en Enciclopedia del Diritto, Giuffrè, Milano, tomo IX, 1961.

²⁹ Michel Villey: *Préface historique à l'étude des notions de contract*, en Archives de Philosophie du Droit, 1968, págs. 7 y 8.

³⁰ Sobre esta regla y sobre el correspondiente principio de la fuerza obligatoria del contrato, ver Nos. 45 y s.

³¹ Michel Villey: *Essor et décadence du volontarisme juridique*, en Archives de Philosophie du Droit, 1957, pág. 91 y nota 8.

³² Sobre estos dos autores y el quehacer jurídico como actividad retórica, cfr. *supra*, nota 20.

tienen una eficacia mágica antes que jurídica. La misma rigidez de líneas presenta el sistema de las obligaciones, adaptado a un mundo en el cual la familia es normalmente una organización cerrada de producción y de consumo, donde los intercambios son rarísimos y el recurso al crédito es el último expediente de quien está a punto de sucumbir en la lucha por la existencia.³⁷

Los primitivos o más antiguos contratos romanos habían sido la *fiducia* y el *nexum*. Por el primero, mediante una *mancipatio* se vende una cosa con el acuerdo de que cuando el vendedor esté pronto a restituir el precio, el comprador deberá allanarse a una *mancipatio* en sentido inverso: el pago del precio tiene función de un préstamo y la cosa función de garantía o prenda. El *nexum* permite la venta del propio deudor, para fines similares a los de la *fiducia*; si no se cumple oportunamente, el deudor se transforma en esclavo del acreedor, aplicándose el producto del trabajo del primero al pago de la suma prestada.³⁸

En el antiguo derecho, el consentimiento no es base de las obligaciones contractuales. Estas nacen automáticamente al cumplirse las ritualidades externas. No importa si el deudor se obligó por temor o por error. En las civilizaciones arcaicas no existen los vicios del consentimiento.³⁹ La ninguna importancia de la voluntad subjetiva en la primitiva contratación romana se manifiesta, además del escaso desarrollo de los vicios del consentimiento, en un régimen de interpretación puramente literal y en el desconocimiento del contrato entre ausentes. Como dice Ihering: "En Roma la fuerza y el culto de la palabra dominan todas las relaciones de la vida pública y privada..., para el antiguo romano la palabra es una fuerza mística y poderosa que liga y desliga. En el antiguo derecho la palabra ejerce doble imperio. Primero, porque la validez de los actos jurídicos depende del empleo de palabras o fórmulas consagradas. Segundo, porque estos actos jurídicos habían de expresarse *exactamente*, puesto que la interpretación literal no consideraba como querido más que lo que ha sido dicho en forma expresa y directa". En la interpretación gramatical, a diferencia de la interpretación lógica, no se rebasan las palabras ni se cuida la verdadera intención de quien habló, sólo interesa lo que literalmente se dijo. Desde el punto de vista del espacio, la lejanía de un sitio a otro ofreció graves dificultades a los romanos. En los tiempos pri-

³⁷ Vicenzo Arangio-Ruiz, *ob. cit.* en nota 9, pág. 69.

³⁸ *Ibidem*, pág. 70.

³⁹ Michel Villey: *El Derecho Romano*, Eudeba, Buenos Aires, 1963, págs. 55 y 56.

mitivos, lo que hoy carece de significado en razón de la existencia de los mandatarios y de la correspondencia escrita, la distancia territorial era jurídicamente insuperable, ya que el respeto por las palabras formales exigía que las partes estuvieran visibles, que se reunieran. El contrato sólo era concebible entre presentes.⁴⁰

9.2. Hasta hoy no ha quedado en claro si el contrato surge históricamente en Roma como una derivación de la responsabilidad por los actos ilícitos o, al revés, si el contrato antecede al delito. Pero la primera hipótesis es la que cuenta con mayores partidarios.

Según expresa Jolowicz⁴¹, el origen histórico del contrato se vincula con el delito. En Roma *contractus* es simplemente el sustantivo (o participio pasado dicen otros) derivado de *contrahere*, que significa atar o ligar, siendo irrelevante si la atadura surge o no de un acto voluntario. No existe razón alguna para que *contractus* no fuera también empleado en el caso de obligaciones emanadas de los delitos. Desde el punto de vista de las acciones y del proceso, al parecer todas las acciones fueron primitivamente concebidas por el pretor con carácter penal.

Por el contrario, Giuseppe Grosso⁴² afirma la prioridad histórica de la obligación *ex contractu*, respecto a la obligación *ex delicto*. Se apoya especialmente en el plan de la principal obra de Gayo, las Institutas, en la cual, luego de afirmarse que las obligaciones nacen del contrato o del delito, se tratan en extensión y de modo orgánico las cuatro categorías de contratos. Luego se explican las causas de extinción de las obligaciones. En fin, como un mero apéndice, figura un breve análisis de las obligaciones derivadas de los delitos.

El punto de vista más atractivo es el sostenido, entre otros, por José Puig Brutau, quien admite que, en épocas pretéritas, las categorías que hoy nos parecen elementales no se encontraban diferenciadas: había una *materia jurídica única*, sin separación neta entre la propiedad, el delito y el contrato. Si después, al distinguirse

⁴⁰ Cf. Rudolf von Ihering: *El espíritu del derecho romano*, abreviatura o trozos selectos por Fernando Vela, Revista de Occidente, segunda ed., Madrid, 1962, en especial Nº 49 y Nº 57.

⁴¹ *Historical introduction to the study of Roman Law*, Cambridge, 1938, págs. 284 y 285. En igual sentido, numerosos autores, citados por Puig Brutau en *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo II, Vol. 1, Bosch, Barcelona, 1954, pág. 7 y nota 3; y en *Estudios de Derecho Comparado*, Ariel, Barcelona, 1951, págs. 80 y s.

⁴² *Contratto - Storia*, en Enciclopedia del Diritto, Giuffrè, Milán, Tomo IX, 1961.

paulatinamente estas nociones, el énfasis estuvo en el delito, ello no significa la inexistencia de situaciones jurídicas que actualmente calificamos de contractuales, sino que ocurre, simplemente, que estas últimas se analizaban según conceptos de la esfera del acto ilícito: "La materia jurídica única era vista a través de ideas extra-contractuales"⁴³.

9.3. En lo fundamental existen dos concepciones de lo que fue el contrato en el Derecho Romano clásico, una amplia y otra restringida.

Según la concepción amplia, los contratos fueron relativamente numerosos, aunque todos típicos y rigurosamente formales. La forma o vestimenta contractual más frecuente quedaba configurada por las palabras sacramentales características de la *stipulatio*. La pregunta y la respuesta siempre forzosamente tenían que formularse con idénticos vocablos. La gracia de la *stipulatio*, contrato *verbis*, radica en que al mismo tiempo la figura es rígida y es flexible. Rígida, por lo antes dicho: sólo unas determinadas palabras, y no otras, dan lugar a la atadura o ligazón jurídica. Flexible, pues la *stipulatio* admite, a través de una pregunta y de una respuesta estereotipadas, cualquier contenido que no encaje en los demás contratos o que carezca de otra tutela jurídica especial.

Fuera de los contratos *verbis*, existieron contratos reales, en los cuales la entrega o *datio* del objeto es el acto sensible y externo que permite que exista contrato y obligación restitutoria. Contratos literales, escasamente practicados a diferencia de los restantes, los cuales precisaban para su formación inscripciones en libros domésticos como el *codex* o escritura en otros registros como los *chirographa* y los *singrapha*. Y, en fin, los cuatro contratos consensuales que ya se han señalado.

En cambio, según la concepción restringida, únicamente fueron contratos aquellos cuya nota distintiva es la bilateralidad o reciprocidad de los efectos; o sea, aquellos en que ambas partes quedan obligadas. Esto acontecía en los contratos consensuales. Afirma el conocido especialista italiano de los contratos, el profesor Francesco Messineo: "el término *contractus* tenía en el Derecho Romano clásico un significado completamente diverso al actual. El contrato no indicaba un acuerdo, sino que el vínculo obligatorio en sí, considerado como hecho objetivo. La figura correspondiente al contrato de hoy, en la que se da relevancia al elemento subjetivo (acuer-

⁴³ *Estudios de Derecho Comparado*, Ariel, Barcelona, 1951, pág. 84.

do, consentimiento), sólo aparece en la época postclásica y precisamente en el Derecho justiniano"⁴⁴.

La concepción restringida, o del contrato como *ultra citroque obligari*, ha sido muy bien resumida por nuestro compatriota Francisco Samper, desde hace tres lustros profesor de Derecho Romano en España. Según él nos explica, el concepto clásico del contrato formulado por Labeyón, todavía lo mantiene Salvio Juliano. "La bilateralidad es la nota característica de los contratos, pero no se trata de una simple *bilateralidad genética*, como la que puede haber en un acto para cuya formalización se requiere el mutuo acuerdo o consentimiento, sino que es una *bilateralidad funcional*, por cuanto del acto, consentido o no, surgen obligaciones recíprocas, vinculadas entre sí por razón de mutua causalidad. El fundamento vinculante para las partes es la propia reciprocidad. La relación causal de las dos obligaciones determina que entre ambas haya una interdependencia recíproca, en el sentido de que cada obligante no podrá exigir sin haber cumplido o satisfecho su propia deuda. Esta interdependencia se expresa con el término *bona fides*, opuesta, en tal sentido, a la simple *fides*, que significa la dependencia unilateral de quien está sujeto a la lealtad de otro"⁴⁵. Añade Samper que las acciones *ex bona fide* forman un grupo especial dentro de las personales, cuya fórmula contempla dicho carácter y presuponen siempre la *demonstratio*: la mención y la prueba de la causa u obligación recíproca. Una serie de otras consecuencias procesales, que él analiza, derivan de la precisa circunstancia que una acción sea *bona fides* o contractual y no una acción de derecho estricto.

9.4. Para concluir esta perspectiva romana del contrato es preciso que intentemos narrar lo ocurrido en Bizancio durante la edad del Derecho Romano postclásico.

La importancia práctica de los cuatro contratos llamados consensuales marcaría la total idea del contrato en los tiempos de Justiniano. Ello se vio facilitado por el hecho de haber desaparecido la distinción entre derecho civil y derecho honorario y, "sobre todo, porque cayó el procedimiento formulario y disuelta la tipicidad de las acciones, se abandona el orden edictal para reagrupar el sistema de fuentes de obligaciones sobre el tan predilecto tema postclásico de la *voluntas*. La noción de *contractus*, entonces, que en la época clásica se puede reducir a aque-

⁴⁴ *Il contratto in genere*, Vol. XXI, tomo 1, del *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, Giuffrè, Milán, 1968, pág. 7.

⁴⁵ *Derecho Romano*, Ediciones Universitarias de Valparaiso, 1ª edición, 1975, Nº 204.

Los actos que generan acciones *ex bona fide*, va a ser puesta en relación, en el derecho tardío, con el *consensus*, es decir, la *voluntas* concordante de los contratantes, por cuanto este elemento aparecía con mayor relevancia en los contratos más importantes, y gradualmente se cambia el punto de vista unificador para la categoría, desde la bilateralidad funcional (reciprocidad de obligaciones) hasta la bilateralidad genérica (consentimiento, acuerdo de voluntades).⁴⁶ La clasificación cuadripartita de los contratos, formulada por Gayo, "no aparece en ninguna fuente propiamente clásica". Para Gayo es el consentimiento, y no la *bona fides* clásica, el elemento fundamental de la noción de contrato, ya sea el acuerdo desmudo de voluntades, en los casos de los cuatro contratos consensuales, ya sea el acuerdo vestido por una dación u otra solemnidad, en todos los otros casos.

Al lado de los cuatro grupos contractuales inventados por Gayo, también pasa a integrar la categoría contrato un quinto grupo, el de los *contratos innominados*. Es natural que en época postclásica se incluyeran en el contrato, ahora concebido como acuerdo de voluntades, otros actos convencionales distintos a los tipos tradicionales.

Todos los contratos innominados llevan aparejada la *causa data*; en tal sentido, son siempre contratos reales; en virtud de un *dare* o de un *facere*, surgen el contrato y la prestación correspondiente. Mas como no se reducen ni subsumen en los cuatro contratos reales típicos (mutuo, comodato, prenda y depósito), simplemente se les pasa a llamar *contratos innominados*. Ejemplos de ellos son la permuta, la transacción, la donación modal o con carga para el donatario, la constitución de dote con obligación de restituirla al término del matrimonio, etc.

Inexplicablemente el derecho postclásico deja fuera de la categoría contractual a ciertos negocios que por ser convencionales y engendrar obligaciones debían englobarse dentro del nuevo concepto; así sucede con los *pactos*, cuya diferenciación respecto de los contratos, explicable en el derecho clásico, es mantenida en la época tardía como un puro arcaísmo. Al lado de los pactos tradicionales, que exclusivamente generaban excepción, aparecen ahora otros pactos, que además se tutelaban con acción y cuya diferencia con los contratos postclásicos "se hace imposible de determinar".^{46 bis}

Entre las tantas explicaciones, a nuestro juicio equivocadas, sobre el surgimiento en el Derecho Romano del contrato concebido como *acuerdo de voluntades*, podemos mencionar, a vía de ejemplo, la del distinguido civilista español, profesor Lacruz Berdejo, también consagrada en el Tratado de Castán Tobeñas: "Los contratos formales y los reales bastaban para las reducidas operaciones jurídicas previstas de la vida de una pequeña ciudad que no había sobrepasado el estadio de la economía agraria de unos grupos familiares encerrados en sí mismos y autosuficientes. Pero merced a sus conquistados, Roma llega a ser luego una gran ciudad comercial, en contacto con todo el Mediterráneo; el antiguo sistema se revela insuficiente para hacer frente a las combinaciones jurídicas que exige una economía industrial y comercial desarrollada y en la que a veces los contratos deberán concluirse entre personas alejadas la una de la otra; y para responder a las nuevas necesidades se introducen unos contratos que ya no precisan de ninguna formalidad... Se acepta pues

⁴⁶ y ^{46 bis} Cfr. Francisco Sampedro, *ob. cit.*, Nos. 207, 208 y 209.

el nacimiento de las obligaciones y del vínculo contractual en virtud de la sola declaración de voluntad, pero únicamente para unos contenidos muy concretos: se trata de las cuatro operaciones más importantes y usadas en la vida de los negocios".⁴⁷

En un *planteamiento radicalmente diverso*, otros connotados autores expresan que ni siquiera en la época postclásica el Derecho Romano conoció contratos nacidos del simple acuerdo de las voluntades de ambas partes. Es el caso de Guido Astuti, quien sostiene que jamás en Derecho Romano hubo una elaboración del *consensus* como elemento común de todos los contratos o al menos de los cuatro llamados consensuales: compraventa, locación, mandato y sociedad. Según Astuti, en su conjunto el sistema de Justiniano no se separa del sistema clásico, en el cual los contratos se caracterizan por la tipicidad de determinadas figuras concretas, individualizadas objetivamente.⁴⁸

El más célebre comparatista italiano, Gino Gorla, dice: "como es sabido, en el Derecho postclásico y sobre todo en el justinianeo se llegó a conceder una acción contractual, la *actio praescriptis verbis*, para cualquier promesa o convención sinalagmática, o sea, para los llamados contratos innominados. Pero sólo se concedía esta acción cuando una de las partes hubiera ya realizado su prestación; es decir, cuando a cambio de la promesa que pretendía hacer valer en juicio hubiera dado o hecho algo. A esta prestación ya realizada se la llamaba *causa data*. Hasta el momento de realizarse dicha entrega por una de las partes, ambas promesas eran revocabales; en otros términos, desde el punto de vista jurídico el contrato, como vínculo, no estaba todavía formado. La prestación o *causa data* era, pues, un elemento de formación del contrato. Por este camino se llega al reconocimiento jurídico de los contratos bilaterales no típicos, o sea, de los llamados *contratos innominados* en sus cuatro categorías: *do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des*, *facio ut facias* (D. 19, 5, 5). ... Si se prescinde de los cuatro contratos consensuales (sobre cuyo carácter puramente consensual en el Derecho justinianeo pueden suscitarse dudas), se puede decir que en la fase justiniana el Derecho Romano se cierra con la admisión de dos esquemas genéricos de contrato obligatorio: uno es el del contrato formal o *stipulatio*; el otro, el esquema genérico del contrato de cambio,

⁴⁷ *Elementos de Derecho Civil*, Tomo II, Vol. 2º, Barcelona, 1977, pág. 17. Esta explicación es recogida en la decimotercera edición del Tratado de José Castán Tobeñas: *Derecho Civil Español Común y Foral*, Tomo 3, pág. 456, Reus, Madrid, 1983.

⁴⁸ *Ob. cit.*, en nota 28.

cumplido por una de las partes. Junto a este último esquema se colocan los contratos reales *stricto sensu*, que presentan analogías con los contratos inominados". Agrega Goria que en el Derecho postclásico hay que reconocer la decadencia de la *stipulatio*, por lo cual, aparte de algunos pactos, el esquema por excelencia del contrato es el del contrato de cambio o *synallagma*, que encontrándose ya cumplido por una de las partes, permite a la otra exigir o reclamar la prestación que se le adeuda.⁴⁹

10. EL CONTRATO EN ROMA, SEGUN LOS ESTUDIOS DE ROUHETTE

En mi opinión, y luego de varios años preguntándome qué es y qué ha sido el contrato, sobre este particular ninguna obra jurídica es más ilustrativa que la tesis doctoral de Georges ROUHETTE, hoy profesor de Derecho Civil en Francia. La tesis, intitulada *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, fue defendida el 29 de junio de 1965, en la Facultad de Derecho de la Universidad de París, ante un jurado de tres ilustres juristas: Jean Carboneur, Pierre Raynaud y René Rodière. Se compone de dos extensos volúmenes, los cuales, no obstante su celebridad, paradójicamente hasta hoy siguen inéditos, lo que presumo se debe al informalismo del autor, siempre deseoso de mayor perfección. Me propongo, en este número, efectuar una síntesis del pensamiento de Rouhette respecto al contrato en Roma, para lo cual he utilizado uno de los escasos ejemplares dactilográficos de su tesis, el que pude consultar gracias a los buenos oficios de quien fuera mi maestro, el profesor francés Jacques FLOUR, a quien debo no sólo gran parte de mi formación jurídica, sino que el gusto por el Derecho Civil, que él supo inculcarme.

Se comprende que esta síntesis de la Primera Parte de la tesis de Rouhette, denominada *La noción del contrato en la experiencia jurídica romana*, a la cual se dedican más de trescientas páginas en el original, será necesariamente parcial. Me anima un doble propósito: difundir, aunque sea con la limitación recién señalada, una obra sobresaliente que es de muy complicado acceso, y, aunque esto sea más difícil de lograr, motivar a algún lector respecto a la necesidad de efectuar estudios plenarios o de conjunto del contrato, estudios estructuralistas sería quizás más preciso decir, los cuales no pueden no considerar el Derecho Romano.

⁴⁹ *El contrato*, traducción al español y anotaciones por Ferrandis Vilalta, tomo I, Bosch, Barcelona, 1959, págs. 32 y 35, más nota 8.

Con grandes escriptulos, Rouhette dedica varias páginas a señalar el método que seguirá en su investigación y luego agrupa las materias bajo numerosos epígrafes, generalmente muy sugestivos. Dados los propósitos ya enunciados del presente resumen, prescindiré aquí de dicha ambición científica.

Como resultado de las guerras de Macedonia, se produce una invasión de la cultura helénica en Roma, una verdadera revolución intelectual y moral... Entre los círculos literarios y filosóficos romanos, uno de los más conocidos es el de la familia patricia Escipión. A partir de este grupo se elabora una doctrina o concepción idealizada del contrato, de rígidamente estoica. Publio Escipión, conocido como el Africano, y su discípulo Mucius Scaevola buscaban un ideal de vida práctica, apto para regir la existencia cotidiana, sin la ambición de descubrir los últimos misterios del mundo. Las relaciones contractuales, por lo tanto, fueron motivo directo de sus preocupaciones. El contrato, según ellos, se expresa en dos términos: *fides* o la avenida de la buena fe, y *beneficentia* o la avenida del desinterés.

Los romanos tenían continuamente la palabra *fides* en los labios. Cuando aluden a la *fides*, los invade una emoción religiosa. Pero no se trata de la diosa Fides, sino que de la *fides* republicana, que, no obstante ser una noción intelectual, mantiene una aureola de venerable antigüedad. Para Marco Tulio Cicerón, la *fides* es lo más sagrado de la existencia; para Séneca, uno de los mayores bienes acordados al género humano.

La *fides* es un principio ético de honorabilidad, fundamento de la justicia, motor del derecho contractual romano. En *De Officiis*, Cicerón la representa como la fuente de la vida. La *fides* implica en lo contractual, el respeto de la palabra y de las promesas; la obligatoriedad del contrato. La *fides* tiene un contenido normativo: impone la obligación de cumplir o elevar lo prometido. El contrato, a la luz de la *fides*, es un acto de fidelidad. Pero también de probidad u honestidad: el deudor debe respetar escrupulosamente los usos o costumbres del comercio; no debe engañar al acreedor; ni incurrir en ninguna especie de fraude; debe cumplir puntual y escrupulosamente su promesa. Salvo que el cumplimiento fuere perjudicial al acreedor o a la República, pues entonces prima el deber de no dañar, *neiniem laedere*. Si las circunstancias cambian, también los deberes se modifican. La *fides* comprende un límite que es la idea de lo justo; y el contrato es acto de justicia.

La *beneficentia* conduce a denunciar el vicio de la avaricia, que es el peor de todos. El ciudadano de bien debe actuar desinteresadamente, sin afán de lucro, sin emocionarse pensando en el dinero. Por lo mismo, la usura es reprobada. El contrato no es una inversión, ni un negocio, ni puro cálculo, sino que un servicio gracioso y liberal. La moral estoica exalta la *liberalitas*, enseñando que nada es más noble que la donación y el regalo espontáneo, sin vacilaciones ni búsqueda de contrapartida. Se enseña que es bueno desear enriquecerse, para poder ser generoso. Así el contrato permite que las relaciones humanas se fraguen bajo el signo de la caridad y de la nobleza... (págs. 119 a 126).

Pero toda moneda tiene su reverso. En la práctica o realidad social, el romano dista de ser generoso. A partir de la expansión, es decir, de la conquista, la vida en Roma es poco propicia al rigor moral. Surge, entonces, otra imagen del contrato romano, de menos qualitates.

La conservación celosa del patrimonio recibido de los antepasados es un estréto deber, tanto por razones familiares como políticas. Falta

a sus deberes de ciudadano el patetfamilias que disipa sus bienes. El verdadero romano no se considera más que el gerente de la fortuna recibida, para transmitirla a sus descendientes. No basta conservarla, hay que hacerla crecer. (Todas estas afirmaciones, Rouhette las apoya en numerosas citas, especialmente de Cicerón).

A las virtudes ancestrales que preceden, la conquista ofrece óptima ocasión de incremento. *A la guerra sucede la empresa comercial.* Las riquezas afloran desde las provincias a Roma, desarrollándose así un "espíritu capitalista": inversiones en negocios marítimos..., sociedades de publicanos..., préstamos bancarios. Una fiebre de especulación se apodera de Roma, transformada en vasta plaza financiera. Los nuevos hábitos económicos reflejan una profunda transformación de los espíritus y costumbres. El antiguo romano, terrateniente cuyo oficio más querido es la agricultura, desprecia el comercio (Cicerón: *Verr. II*, 49, 122; *Liv.*, 22, 25, 19; *De Off.*, I, 42, 150-151). Luego de la conquista, en Roma se vende la tierra para especular. Aunque la aristocracia afecta hipócritamente estar marginada del torbellino de las riquezas, los señadores, como no podían ejercer el comercio, se sirven de hombres de paja para violar la prohibición. Es la simulación por persona interpuesta. "La sed de riquezas devora a Roma; la avaricia es el vicio del siglo. Jurartha comprueba, en el año 110, que todo es susceptible de venderse en Roma". De esta crisis los indicios son múltiples: Cicerón repudia a su compañera de treinta años para conseguir una dote opulenta; Catón aconseja disminuir la ración alimenticia de los esclavos enfermos y vender los esclavos viejos. Si son jóvenes, él explota los apetitos sexuales, tarfando sus relaciones (Plutarco: *Cato maior*, 43). La ausencia de escrúpulos es total; sólo cuenta el lucro.

En este contexto, el contrato es el instrumento del interés económico. Las liberalidades, por demás escasas, no son filantropías. Como lo señala Cicerón, los donatarios se elegían en círculos muy reducidos: los parientes próximos, los amigos más queridos o la República. No eran gratuitas, pues se regala a cambio de algún provecho, del agradecimiento o de la gloria. En lugar de altruismo, las donaciones eran frío raciocinio.

Se procura sacar el máximo provecho de los contratos, al punto que la prohibición de la usura cae en desuso. El mismo Séneca practicó la usura, según lo pone de relieve su autocrítica (*De vita beata*, 18 y 22). Es ingenuo confiar en la buena fe de la contraparte. Antes que de su conciencia, hay que fiarse del sello formal de su anillo, de los testigos o, mejor, del otorgamiento de alguna garantía real: de la cosa recibida en prenda.

La moral de los negocios tolera algún grado de malicia o ingenuo sutil. Cicerón observa que un cierto grado de dolo existe en casi todos los negocios o contratos (*De Off.*, III, 15, 64).

Mucha es la distancia entre el contrato de los filósofos y el contrato vivido. Lamentablemente es normal que haya distancia entre el enunciado del deber ser y la reproducción de la realidad. El error sería tomar la norma ética o jurídica por expresión de lo que es, confundir el deber ser con el ser (págs. 126 a 136).

¿Cuál es la concepción del contrato que tuvieron los juristasconsultos? En Digesto 44.7.25, Ulpiano coloca la ganancia en la base del contrato. El lenguaje de las fuentes es inconcuso: el contrato aparece opuesto a la donación, aquí y ésta son antitéticos. Numerosos pasajes del *Corpus Iuris Civilis* lo confirman.

La "contrapartida" es el signo en el cual se reconoce el contrato, sin que necesariamente tenga la significación de precio. La idea que los juristasconsultos romanos tienen de la "contrapartida" es rigurosamente jurídica. La contraprestación tiene que existir materialmente en el contrato, en el pasado o en el futuro, pero su valor patrimonial o dimensión económica es irrelevante⁵⁰.

Puede en verdad considerarse que, en la Roma clásica, el servicio gratuito no es de naturaleza contractual y, a la inversa, que un servicio contractual no es puramente gratuito. Es cierto, sin embargo, que se terminarían después aceptando algunos contratos a título gratuito, cada uno con funciones específicas rigurosamente determinadas, pero nunca se reconoce una categoría jurídica autónoma, con reglas propias y homogéneas. En el caso del comodatario (tardíamente reconocido), en los análisis, antes que el carácter gratuito, se destaca la eventual obligación indemnizatoria del comodatario, que se hará efectiva llegado el momento de la restitución de la cosa prestada por el comodatario; es decir, que lo que se destaca es el carácter sinalagmático imperfecto del contrato. Además, la cosa prestada debe destinarse a alguna explotación. La función económica del contrato es vital; v.gr., las áforas prestadas servirán para conservar el vino. Aunque desinteresado, el comodatario integra una relación de negocios. En el caso del mandato, aunque el mandatario trabaja gratis, él no coloca su actividad a la disposición del mandante para serle agradable, sino que para tratar un negocio por cuenta suya, para ocuparse de sus intereses y acurrarle provecho. De todos modos, el mandato siempre es en Roma un contrato bilateral, con reciprocidad funcional de obligaciones. En este sentido no sólo se pronuncia Cayo, sino que romanistas contemporáneos de primera línea, como Grosso, Astuti y otros. De manera que los contratos gratuitos no excluyen la idea de negocio, ni tampoco la del paralelismo de obligaciones.

Aunque parezca obvio, la función del contrato romano es jurídica. No realiza para los juristasconsultos un intercambio de riquezas, sino que de prestaciones. Que el contrato sea un negocio, no es lo mismo para un patetfamilias que para un jurisprudente. Para este último el contrato tiene un significado técnico, específicamente jurídico: la producción de obligaciones. El punto de vista es formal, y en último término procesal: existe una acción procesal autónoma y personal para cada obligación. El jurista se percató de las dimensiones humana y económica del contrato, pero técnicamente maneja el contrato *sub specie iuris*.

Para los prudentes el contrato fundamentalmente es un acto privado. Así traduce Rouhette la idea del contrato como *actio de parte*, que Emilio Betti ha mostrado ser el alma de la específica concepción romana del contrato. El contrato exige actividad de una de las partes, no necesariamente de ambas. "Sólo la relación contractual es bilateral, el acto que la constituye puede ser unilateral". La relación obligacional no nace directamente de la ley, sino que de un acto privado. Sin que esto signi-

⁵⁰ En este sentido, la *contrapartida*, como signo distintivo del contrato romano según Rouhette, tiene enorme parecido con la noción anglosajona de la *consideration*: en el *Common Law* un grano de pirietita es suficiente contrapartida de un Rolls-Royce. Cf., sobre el tema, en relación con la causa como elemento necesario del acto jurídico, nuestro trabajo *Causa y consideration en los contratos*, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 78, 1981, primera parte, págs. 71 y s.

figue sucumbir a la tentación de vincular la concepción romana del contrato a una filosofía individualista o a la autonomía de la voluntad. Crítica aquí Rouhette a romanistas, y no de los menores, que han incurrido en el error; por ejemplo, Ihering y, más recientemente, Schulz.⁵¹

Si el acto privado contrato produce obligaciones, éstas tiran su fuerza de la *ciuitas*. Tanto en el *ius civile*, cuanto en el *ius gentium*, el contrato es lo que es gracias al poder de Roma.

Apyándose preferentemente en los trabajos de Villey⁵² y de D'Ors⁵³, el autor percibe el orden jurídico romano de manera *objetiva*. El Digesto Justiniano y las Institutas de Gayo se inician con una visión del derecho objetivo, su naturaleza y fuentes, sin aludir al entonces desconocido derecho subjetivo⁵⁴. Para los romanos, el derecho se compone de fenómenos regidos y moldeados, si no creados, por reglas objetivas. Lo mismo vale para el contrato. Significativo es, en este aspecto, el carácter típico o cerrado de la contratación. Las partes sólo quedan vinculadas cuando se colocan en alguna de las situaciones específicas a las cuales la ley reconoce el poder de engendrar obligaciones. La definición de estas obligaciones es anterior y superior a las partes; emana del derecho objetivo. El contrato es simple ocasión de puesta en acción del derecho objetivo. "Los juriconsultos consideran que el contrato cumple su función no como voluntad o encuentro de voluntades, sino que en cuanto situación correspondiente objetivamente a un tipo de acto previsto y sancionado por el orden jurídico, situación en la que sin duda se situaron las partes, pero de la que la obligación resulta con abstracción de toda voluntad individual, puesto que es fruto del solo juicio del orden jurídico". Si las condiciones previstas por el derecho se reúnen, surgen los efectos jurídicos, aunque las partes hayan carecido de la voluntad del efecto al contratar.

El contrato deriva su fuerza del derecho objetivo. La Ley de las XII Tablas sancionó el *nexum*. Siglos más tarde, en los años 67-70 d.C., la *lex de imperio Vespasiani* reconoce al emperador Vespasiano el poder de crear el derecho, en materias públicas y privadas. Si no es la ley la que confiere fuerza a los contratos, es el órgano de la ley, o sea, el pretor. Este admite cada contrato típico, suministrando las respectivas *actio in personam*. Más tarde algunos pactos emergerían en el Derecho Romano, cuando el pretor los reconoce confiriéndoles *exceptio*.

La *tipicidad de los contratos* no es fruto de una elaboración arbitraria de la jurisprudencia; es consecuencia necesaria del sistema procesual: *de la tipicidad de las acciones*. La categorización de los contratos según tipos predeterminados resulta del procedimiento formulario y de la ausencia de una vía de derecho genérica. La acción, tal como se expresa en

⁵¹ El primero, en *El Espíritu del Derecho Romano*, tomo I, págs. 108 y s. El segundo, en *Principles of Roman Law*, cap. VIII, págs. 140-163.

⁵² Michel Villey, en particular: *Leçons d'Histoire de la Philosophie du Droit*, Dalloz, París, 1962.

⁵³ Alvaro d'Ors, en particular: *Aspectos objetivos y subjetivos en el concepto de ius*, en Studi Albertario, II, 277-299.

⁵⁴ Sobre el modernismo de la noción derecho subjetivo, ver Michel Villey: *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976, 248 páginas.

la fórmula, constituye el esquema en el que deben ser buscados y harían valer en justicia. Como el Edicto sólo ofrece un número limitado de fórmulas, únicamente se sanciona la celebración de actos, limitados en número, de contenido rigurosamente determinado. El régimen substancial de las obligaciones es el reflejo de las reglas de procedimiento. En verdad, no se acciona *re ni verbis*, sino que mediante la acción *commodati* o *ex stipulatu*, con más razón no se acciona *ex consensu venditoris*, sino por la acción *venditi*. El fundamento de la fuerza obligatoria de cada figura típica es, pues, peculiar a ella; la dependencia del orden objetivo aumenta así: la manera como en la fórmula se toman en consideración los caracteres de una situación jurídica, asigna límites precisos a la actividad de los particulares preocupados de obtener la protección del derecho.

Visto que la tipicidad de los contratos no es una figura doctrinal, sino que el resultado de la estructura procesal, no es dudoso el carácter objetivo del contrato, en sí mismo (o sea, no por deformación doctrinaria). De lo que se infiere que el valor del contrato deriva de su conformidad a los tipos objetivamente reconocidos y que el principio *nuda pactio obligationem non parit* limita enoñamente el papel de la voluntad. Esta carece de valor en sí misma. El contrato romano no es subjetivismo, sino que conformidad a modelos objetivos reconocidos por el derecho positivo.

Ningún juriconsulto romano ha explicado de manera completa el régimen de los contratos. Generalmente se limitan al *ius civile*, soslayando al derecho pretoriano o *ius honorarium*. En cuanto a los contratos del Derecho público, apenas sabemos que efectivamente existieron. Esto hay que entenderlo, pues los juriconsultos no pretendieron ser exhaustivos; tampoco les interesaba procurarse satisfacciones intelectuales al través de la lógica y de los sistemas. Las incoherencias, que chocan a nuestros contemporáneos y los llevan a sospechar interpolaciones en los textos de los cuales disponemos, pudieron dejar despreocupado al jurista romano. En sus Institutas, Gayo situó el pago de lo no debido o *solutio indebiti* (en la actualidad un cuasicontrato) entre las obligaciones *re contractas*, aunque él mismo admite que la obligación no nace *ex contractu*. "Que Gayo se contradiga con pocas líneas de intervalo es prueba que él mismo no se siente ligado por una lógica, pues su sistema no es obra de lógica, sino que exposición de la realidad concreta y multiforme del Derecho" (págs. 136 a 265).

El vocablo *pactum* se encuentra con frecuencia en la literatura latina profana. El sustantivo *contractus* es, en cambio, casi ignorado entre los escritores no juristas; Cicerón jamás lo emplea. *Factum* significa acuerdo, convención, convenio voluntariamente. No puede, sin embargo, admitirse que el empleo vulgar de la voz *pactum* tenga un significado jurídico. Los juriconsultos emplean la voz *contractare*, en el sentido en que hoy se habla de contraer enfermedades o vicios; o sea, sin que esté presente la idea de voluntad, importando exclusivamente el resultado procurado por una cierta actividad. Según Rouhette, el término *pactum* es más o menos sinónimo de acuerdo, pero sin connotación jurídica. *Contractus* y *contractare* se aplican a la relación jurídica ya creada.

Buscar la *communis opinio* de los romanistas en torno al contrato sería tarea en vano. Ha quedado atrás la época en que los pandectistas trazaban una figura neta del contrato. Hoy la romanística está hecha

trizas y es incierta y atormentada: del contrato romano nos llega el reflejo en un espejo trizado. A diferencia de los pandectistas, que, sin pretender reconstruir la verdad histórica, usaban utilitariamente los textos romanos, para sus propósitos, los romanistas contemporáneos laboran desinteresadamente, animados por el amor de la investigación histórica. Como los textos clásicos son numerosos y dispares, el *contractus* ofrece un perfil múltiple. Así, por ejemplo, Riccobono, Pernice y Biondi postulan que también en Roma el contrato fue acuerdo de voluntades. En cambio, Bonfante —lo mismo que D'Ors y otros— concibe el contrato romano como relación constituida.

Según el texto clásico de Labeón, recogido por Ulpiano y recopilado en D. 50.16.19, el contrato se define como obligaciones recíprocas: *utroque obliigationem*. La noción del contrato es restrictiva. Los actos formados *verbis* o *re* no son contratos. Esta concepción cuenta en su apoyo con otros varios pasajes del Digesto, v. gr., aquel en el cual se opone el *contractus* al mutuo (D. 50.16.10), o el texto de Pomponio que anuncia como únicos ejemplos de *contrahere* los contratos enumerados por Labeón (D. 44.7.57).

Según Emilio Betti, de cuya opinión De Francisci no está distante, el *contractus* habría experimentado sendas elaboraciones en las escuelas rivales de los proculyanos y de los sabianianos. La primera escuela, a través de Labeón, habría hecho de la bilateralidad de los efectos o prestaciones la nota característica del contrato. Para los sabianianos, en cambio, *contractus* era toda obligación no nacida de un delito: la calificación del pago de lo no debido como un contrato es ejemplo válido de esta postura, calificada por Rouhette como excesivamente esquemática y falta de pruebas.

En resumen, en el Derecho Romano clásico los jurisperitos entendían el contrato como acto obligatorio, sin sentir la necesidad de definirlo con precisión. Esto no es una deficiencia, sino que la consecuencia de no querer fijar en una fórmula rígida una realidad que la sobrepasaría. La actividad de los jurisperitos no es ni puramente práctica, ni puramente especulativa; ni puro hecho, ni pura abstracción. La casística se alimentaba de nociones, categorías, comparaciones, a veces rudimentarias e implícitas. El mérito de los jurisperitos fue "dejar jugar junto al punto de vista normativo, al punto de vista dogmático, sin subordinar el primero al segundo, ni deducir de la noción una teoría; el mérito fue conocer el contrato, pero tratar únicamente de los contratos" (págs. 271 a 300).

En el Derecho Romano postclásico la noción del contrato se transforma. Los contratos dejan de ser rigurosamente típicos. El contrato es ahora una convención, que reposa en el consentimiento, al cual a veces se añade la *res*, la *litterae* o los *verba*, como complementarios del consentimiento.

La importancia de la escrituración del contrato pasa a ser enorme en el Bajo Imperio. Puede conjeturarse que la *stipulatio* verbal clásica fue reemplazada por un conjunto de estipulaciones escritas. En la compra-venta, la redacción de un *instrumentum* se hace de estilo; las constituciones imperiales presuponen el *instrumentum* en las ventas. Las donaciones, ahora alejadas del *contractum*, devienen contractuales y formales, siendo menester insinuación y escrituración. Esta evolución se habría centrado, en 528 d. C., con la discutida Constitución de Justiniano, que elevó un escrito al rango de exigencia formal *ad substantiam* para todos los contratos.

A diferencia de los clásicos, para quienes la definición del contrato no es su punto de partida, pues lo que les preocupa es solucionar los casos concretos mediante su actividad práctica, el comentarista postclásico de Teófilo⁵⁵, comienza con una definición de *synallagma*, en la cual se sintetizan el *pactum* y el *contractum*, el acuerdo con la constitución de la obligación.

Aunque los bizantinos declararan que todo contrato deriva su fuerza de la voluntad y que todo contrato es una convención, no identificaron estas dos últimas nociones. Con De Francisci puede aseverarse que en el Bajo Imperio "si bien el acuerdo de voluntades obliga, todo acuerdo de voluntades no es obligatorio por sí solo". Subsiste, entonces, la idea de que los pactos desnudos no engendran obligaciones civiles.

El sistema clásico contractual se ve ampliado con el reconocimiento de los contratos innominados. Pero éstos son otra cosa que los pactos y otra cosa que los actuales contratos innominados. En las conocidas cuatro variantes de contratos innominados postclásicos, siempre actuó la contrapartida o *causa data*: el cumplimiento de una prestación de dar o hacer explica el nacimiento de la correlativa obligación. Además, aunque no fue idéntico al clásico, la sobrevivencia de un sistema procesal de acciones típicas es incompatible con el contrato atípico o innominado contemporáneo (págs. 301 a 320).

11. BOSQUEJO DE LA EPOCA LLAMADA DEL DERECHO INTERMEDIO

Entendemos por Derecho intermedio el de la extensa época histórica (que incluye la Edad Media y los Tiempos Modernos), cronológicamente incierta en su comienzo, el que se situaría alrededor de los años 400 d. C., y que se prolonga hasta las codificaciones europeas, cuyo hito fundamental es el Código Civil francés, promulgado en 1803 y en 1804. Durante estos siglos destacan, junto a los derechos consuetudinarios locales y a la aparición de los derechos de los pueblos bárbaros, la sobrevivencia del Derecho Romano en Oriente y su Renacimiento en Occidente.

Apegándonos a las sugerentes explicaciones del profesor Italo Merello Arecco⁵⁶, se intenta ahora bosquejar el marco de la actividad jurídica durante la época del Derecho intermedio.

En el año 323 d. C., Constantino traslada la capital del Imperio desde Roma a Constantinopla. "Aquí, en los márgenes del Bósforo, con la promulgación del *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano dos siglos más tarde, se cierra el ciclo evolutivo del Derecho Romano para la comunidad

⁵⁵ La *paraphrasis* de las *Institutiones*.

⁵⁶ El *Derecho Romano clásico: alcance y límite de su recepción a través del Corpus Iuris Civilis*, en Revista de Ciencias Jurídicas, 1971, Editorial Jurídica de Chile, págs. 105 y s.

romana. En adelante para el *ius romanorum* comenzará una historia separada e independiente de la sociedad que lo creó". Mientras la decadente Roma cae en 476 por el asedio de Odoacro y los hérulos, el imperio oriental sobrevive diez siglos, hasta el año 1453, cuando Constantinopla sucumbe en el sitio de Mahomet II. Pero la muerte de Roma, en ambos meridianos, no significa el perecimiento de las esencias romanas: el Derecho Romano representará un sobresaliente ejemplo de renacimiento de los viejos valores.

El *Corpus Iuris Civilis* o compilación Justiniana prolonga su vigencia oriental durante todo el imperio bizantino e incluso lo sobrepasa, pues los turcos respetarán el Derecho de los venecios hasta la época contemporánea⁵⁷. En Occidente, en cambio, el Derecho Romano se vulgariza al entrar en contacto con los textos jurídicos bárbaros, hasta emparnalar con el derecho medieval. Ejemplos de fuentes romano-bárbaras son el Edicto de Teodorico, el Código de Eurico, la Ley Romana Burgundia y el Breviario de Alarico. Esta última, también conocida como *Lex Romana Visigothorum*, fue promulgada en 506, en Francia, por el monarca visigodo Alarico II, habiendo sido parangonada con el *Corpus Iuris Civilis* que algunos años después quedaría concluido en Constantinopla (Bizancio).

Sobre la base política de su plena vigencia normativa en Bizancio, unida a la existencia de las Escuelas de Derecho de Beirut y de Constantinopla, más una rica tradición bibliotecómana, el Derecho Romano se prolonga en Oriente. Aunque sin la creatividad del pasado, todavía perdura en un ambiente jurídico clasicista. En Occidente, sin juristas prudentes o sabios en derecho, se asiste, por el contrario, al vulgaramiento jurídico. Esta decadencia dura varios siglos, por lo menos hasta la Alta Edad Media. Con el desaparecimiento del último de los juristas romanos clásicos, Ulpiano, asesinado en 228, comienza la declinación del Derecho de Roma, ya ostensible en tiempos de Constantino.

Pero 600 años después de su promulgación en Oriente, el *Corpus Iuris Civilis* emerge en Occidente. "El despertar brusco y brillante del Derecho Romano en Occidente coincide con el nacimiento de las universidades. El renacimiento universitario del Derecho Romano es un precedente del renacimiento humanista, que en los siglos XV y XVI se manifiesta en todos los tópicos de la cultura". Al monje Imerio y a la Universidad de Bolonia cupieron el mérito de iniciar esta labor y fenómeno únicos en la historia del Derecho.

La glosa y el comentario de los pasajes recopilados en el *Corpus Iuris* son los métodos empleados por los juristas medievales, rigurosamente apegados al texto bajo análisis. La sumisión del jurista al *Corpus Iuris Civilis* se asemeja a la sumisión del teólogo a la Biblia. Empero, por fieles que fuesen con el modelo que les servía de referencia, los exégetas añadían sus propios anexos a los textos primitivos, para fines académicos o para fines prácticos. Tales anexos o *interpolaciones* a veces impidían después distinguir, en las fuentes, el contenido primitivo del texto alterado. Del mismo modo como en la compilación de Justiniano, numerosos textos romanos clásicos (que corresponden a las antiguas respuestas—de varios siglos atrás—proporcionadas por los jurisperitos a las consultas reci-

bidias) fueron deformados por los intérpretes, igualmente los pasajes del *Corpus Iuris Civilis*, recibirán interpolaciones a través de las exégesis de los glosadores y de los comentaristas.

"Como corolario del trabajo interpretativo realizado por los juristas del medioevo, el contenido de la compilación bizantina se va a proyectar con ímpetu avasallador, como *derecho común*, sobre gran parte del continente europeo, de donde, y como secuela posterior, llega hasta el Código de Bello en este vértice de Hispanoamérica. Tan increíble irradiación del Derecho Romano como *ius commune*, en un amplio ámbito geográfico, ha llevado a que su más destacado artífice, el glosador Bartolo de Sassoferrato, sea considerado como el jurista más influyente de la historia".

Se designa como "Recepción" el fenómeno en cuya virtud se toma o se admite en Europa el *Corpus Iuris Civilis*, comentado y glosado. Pero, además de este último, también integraban el derecho común el derecho canónico y, en menor grado, el derecho feudal italiano de la Lombardia. "El *ius commune* no penetra en el continente sin previa lucha con los derechos locales, de bajo nivel científico, pero creados en gran medida por la propia comunidad a través de la costumbre y de las sentencias de sus jueces, a los cuales doblega sin hacernos desaparecer por completo, pero los que, en definitiva, no pudieron resistir el impacto de un derecho culto y de principios de validez general. Sólo en Inglaterra el *ius commune* encontró el obstáculo de un derecho de juristas, el *common law*; de ahí que en las islas británicas no se puede hablar con propiedad de Recepción del Derecho Romano, sino apenas de su influencia".

Sólo a partir del siglo XV, los juristas, con auxilio de la filología y de la técnica del cotejo, inician la ardua tarea de hallar los textos legales genuinos, legados por el pasado, despojándolos de las interpolaciones que en el camino les habían agregado los intérpretes. "El humanismo jurídico, congruente con la actitud vital del hombre renacentista, somete la obra Justiniana a un proceso de crítica histórica, con el objeto de descubrir el exacto contenido clásico cubierto por la mancha peregrina de la interpolación. La búsqueda de las interpolaciones, con un valor a menudo conjetural, representa una postura ante el *Corpus Iuris Civilis* radicalmente distinta a la adoptada por los glosadores y comentaristas, determinada cada una por la diferente modalidad espiritual que asiste a la Edad Media y al Renacimiento: la sumisión al principio de autoridad y la posición crítica respectivamente"⁵⁸.

⁵⁸ Quien se interese por profundizar en el fenómeno de la recepción o renacimiento del Derecho Romano en Europa, ha de distinguir la escuela de los *glosadores*, que empleara el método dogmático-exegético (escuela enseñada por Imerio y vinculada al nacimiento de la Universidad de Bolonia), de la escuela de los comentaristas, cuyo método se ha calificado como dialéctico-escolástico (inicialmente vinculada a la Universidad de París y cuyo más conspicuo exponente fue Bartolo, nacido en 1314 y muerto en 1357). Sobre el particular, y además sobre la violenta reacción del humanismo jurídico en el siglo XVI, ver el ameno trabajo del profesor Alejandro Guzmán Brito: *Mos Italicus y Mos Gallicus*, en Revista de Derecho, Universidad Católica de Valparaíso, año 1978, págs. 11-40.

⁵⁷ La pervivencia en Oriente del *Corpus Iuris* tiene lugar a través de submodelos parciales del mismo, redactados en griego, como el *Basilius*, el *Ecloga*, el *Promtuarium*.

12. EL CONTRATO EN LA EDAD MEDIA

12.1. Un buen número de afirmaciones caprichosas son frecuentes en el análisis del contrato medieval. Muchos autores dicen que, al amparo de diversas influencias, ya en la Edad Media el contrato se había conceptualmente consolidado como el acuerdo de las voluntades individuales y autónomas de las partes. El cristianismo habría infundido, a través del Derecho Canónico, en esta "espiritualización" del contrato, consistente en la valoración preeminente o exclusiva de la voluntad subjetiva de los contratantes, la cual tendría fuerza obligatoria por sí misma, pues por motivos éticos es menester que el hombre respete la palabra empeñada. Según se infiere de la Suma Teológica, faltar a una promesa es un engaño, una mentira, y por consiguiente un pecado.

La rapidez y sencillez con que se celebran y ejecutan las transacciones comerciales en la práctica, habrían también contribuido al decantamiento de la nueva concepción del contrato como mero acuerdo de voluntades, desprovisto de formas o exigencias diversas al consentimiento de las partes.

Por otro lado, la secular idea de la fidelidad contractual o *fides*, integrante del patrimonio o civilización jurídica europea, habría sido enfatizada por los pueblos germánicos a fin de establecer el consensualismo puro.

Las proposiciones de Messineo sintetizan el supuesto apareamiento, en la Edad Media, del contrato como simple acuerdo de voluntades. Según él, en el Derecho intermedio el contrato evoluciona en el sentido moderno del término o concepción subjetivista del contrato bajo el influjo de los siguientes factores: "a) Los canonistas propugnan por motivos ético-religiosos (la doctrina del pecado de la mentira) la acepción jurídica del pacto como pacto desnudo, con plena independencia de la observancia de formas (escrituración, entrega, palmata), acepción que ya se había perfilado en el Derecho bizantino sobre la base de la *fides* y del respeto de la palabra dada. Hay ya en esto una primera reacción contra el antiguo formalismo. b) Los comercialistas tienden a liberar las relaciones mercantiles del peso de las formas solemnes y en especial de la entrega de la *res*, afirmando el principio consensual (*solus consensus obligat*), casi una sublimación de la vieja *stipulatio*, y contribuyen así a la evolución en curso. c) La doctrina del derecho natural, que se fortalece en el siglo XVII y en el periodo del Iluminismo, proclama la libertad del sujeto y la autonomía de su voluntad, como necesaria y suficiente justificación de la obligación asumida y del deber de cumplirla. El contrato moderno en realidad

no es sino un pacto: o sea, un acuerdo de voluntades idóneo, cualquiera sea su contenido, para dar vida a una obligación (*solus consensus obligat*). Del complejo de los factores anteriores deriva la figura moderna del contrato, concentrado esencialmente en el consentimiento (la voluntad adquiere el valor de elemento base, veniendo al antiguo formalismo). Es decir, que se afirma la naturaleza espiritual del fenómeno contractual, totalmente disociado de los elementos rituales, simbólicos, materiales o formales propios de los ordenamientos contractuales de los pueblos rudimentarios...".⁵⁹

La investigación histórica de algunos destacados juristas contemporáneos demuestra la inexactitud de los planteamientos anteriores.⁶⁰

12.2. A la luz de los estudios de Guido Astuti, profesor de la Universidad de Roma, los cuales se apoyan en una vasta bibliografía⁶¹, resulta que la tesis de la espiritualización del contrato (consensualismo) por la influencia del cristianismo es equivocada, pues ni las fuentes bíblicas, ni las evangélicas, ni la patristica le proporcionan fundamento probatorio alguno. Los deberes de no mentir y de cumplir la palabra dada no son patrimonio exclusivo de la moral cristiana, sino que corolarlo de lo que los teólogos llaman la moral natural, común a todos los pueblos. Antes que una influencia del cristianismo sobre la teoría jurídica del contrato, aquél acepta las concepciones dominantes en la praxis contractual.⁶²

Se examinará en el número 12.3. cómo el concepto del contrato consensual fue extraño o ajeno a los pueblos germánicos, al menos hasta fines de la Edad Media⁶³. En los derechos consuetudinarios germánicos los contratos eran rigurosos y arcaicamente formales.

⁵⁹ Francesco Messineo, *ob. cit.*, en nota 44, págs. 7 y 8.

⁶⁰ Salvo el planteamiento de Messineo relativo a la influencia en el consensualismo de las ideas insubstantialistas formuladas durante la Ilustración, en los siglos XVII y XVIII, el cual es válido, en cuanto esas ideas condujeron efectivamente a que entonces se proclamara la autonomía de la voluntad y el consensualismo contractual. Empero, parece estar demostrada la mediotidad de los raciocinios de las escuelas del derecho natural de esos siglos, y la inconsistencia del dogma de la autonomía de la voluntad.

⁶¹ Ver Enciclopedia del Derecho. Edit. Giuffrè, Milán, tomo IX, 1961, voz *Contratto-Diritto intermedio*, págs. 759 a 784, y obras aquí citadas por el autor. Otro importante trabajo de Astuti en la materia es: *I principi fondamentali del contratto nella storia del diritto italiano*, en *Annali di Storia del Diritto*, 1957.

⁶² En igual sentido, Georges Rouquette: *Contributions à l'étude critique de la notion de contrat*, tesis, París, 1965, págs. 582 a 588.

⁶³ Hanz Plantz, en su obra *Principios de Derecho Privado Germánico*, traducción de la 3ª ed. alemana, Ed. Bosch, Barcelona, 1957, págs. 212 y 235

Según Astuti, las vicisitudes o altibajos de la praxis contractual, durante toda la edad romanobarbárica, no ofrecen testimonios en los cuales apoyar una nueva concepción del contrato o una valorización distinta del elemento consensual. Lo único claro que se filtra de las dificultades que encuentra la investigación histórica en el medievo es la importancia central que asume el formalismo de la documentación o escritura de los contratos. A lo largo de la Edad Media, incluido el feudalismo, el único fundamento de la fuerza obligatoria de los contratos se halla en la circunstancia de haberse cumplido una forma ritual, o de haberse entregado materialmente una cosa (lo que también es una formalidad). El renacimiento del Derecho Romano y la consecuencial renovación de la vida jurídica en Europa marcan el comienzo de la edad del "derecho común", que se extiende desde el siglo XII hasta los albores de la codificación a fines del siglo XVIII. La civilística sigue ligada al sistema justiniano y las pocas innovaciones en tema de contratos impiden afirmar la instauración del consensualismo. Por el contrario, aumenta entonces la importancia del principio *nudum pactum obligationem non parit*, el cual es categóricamente afirmado por Bartolo de Sassoferrato.

Paralelamente a Astuti, las pesquisas de otro catedrático italiano, Gino Gorla, confirman que el ceremonial del cumplimiento de las formas es el elemento sensible en el cual se apoya el carácter vinculante de los contratos⁶⁴. Fuera de la hipótesis de los contratos solemnes, únicamente tenían fuerza obligatoria los contratos que representan un cambio; cambio ya cumplido por una de las partes al momento en que nace la obligación para la otra. Es decir, que para que un contratante quede obligado era indispensable que el cocontratante ya hubiera realizado su prestación. Esta última, la prestación cumplida, la *res* o *causa data*, adquiría así el valor de elemento constitutivo o generador del contrato. La prestación cumplida a veces tenía un mero valor simbólico, como la entrega de "un guante, un sombrero, una capa, etc., lo cual se explica no solamente porque la idea de la *equivalencia* de las prestaciones no juega en una mentalidad formalista sino también porque existía la idea de que una prestación cualquiera bastaba para dar forma al contrato y para que no hubiera dudas sobre la intención de concluirlo con valor jurídico".

especialmente, advierte que a partir del siglo XVII se admitió el principio de la libertad de formas y que a fines de la Edad Media la compraventa adquirió carácter consensual.

⁶⁴ Chr. ob. cit., en nota 49, en especial págs. 44 a 100.

En esta concepción del contrato, o solemne o real, carecen de relevancia la tipicidad de los contratos y la causa o motivo subjetivo. En cuanto a lo primero, los contratos eran ilimitados, sirviendo para plasmar toda clase de relaciones entre las partes, incluso sin contenido económico⁶⁵. En cuanto a lo segundo, la mentalidad medieval no era partidaria de averiguaciones subjetivas sobre las razones o motivos personales en cuya virtud las partes decidieron contratar. Esto último se vincula con los criterios puramente literales de interpretación del contrato y con la ausencia del vicio del error. Dice Gorla que "cuando se hacía una promesa observando una determinada forma o recibiendo a cambio una determinada cosa, ya no era posible después sustraerse a la responsabilidad que de ella derivaba, alegando que tal promesa se había hecho presu- poniendo ciertos hechos o situaciones presentes, pasados o por venir, o bien presuponiendo ciertas cualidades en la cosa recibida a cambio. En un sistema semejante *el error es irrelevante*". Salvo que se hubiese claramente expresado al cumplirse la ritualidad formal del contrato, incluso los vicios reprobatorios o defectos de la cosa vendida carecían de trascendencia. "En cuanto a la medida de la responsabilidad del promitente no se hacía distinción entre contrato a título oneroso y contrato a título gratuito: la responsabilidad era siempre una y uniforme, es decir, la responsabilidad rigurosa propia de un contrato a título oneroso".

Si para restablecer la voluntad de obligarse jurídicamente hay que buscarla prescindiendo de los criterios objetivos basados en la forma o en el cumplimiento de una contraprestación (*causa data*), será preciso tomar en cuenta los motivos, los fines o los presupuestos sobreentendidos por el declarante. "Este es el sistema del *civil law*, implícito en el principio tan vago como ambiguo *solus consensus obligat*. Por el contrario, si para establecer la voluntad de obligarse jurídicamente se adoptan los criterios objetivos del derecho medieval (la forma o la *res*), entonces no se podrán tener en cuenta los motivos o presupuestos que limitan dicha voluntad, a menos que resulten de la misma forma, con un significado objetivamente claro... Supongamos que A promete a B que le prestará mañana a título gratuito su caballo o mil libras esterlinas o que al día siguiente le llevará gratuitamente de Alejandría a El Cairo. ¿Cómo se podrá saber si A ha querido contraer una obligación en sen-

⁶⁵ A este respecto, Gorla, pág. 47, tomo I, se remite a la obra de Schup- ter, *Il diritto privato del popolo germanica...*, en la cual aparecen como con- tados de contratos atípicos medievales, por ejemplo, los siguientes: promesa de no celebrar oficios divinos sin licencia del rector de una iglesia; promesa de gobernar bien una iglesia; promesa de liberar a dos prisioneros, etc.

tido jurídico, o sea, con derecho a exigir su cumplimiento, o si sólo ha querido contraer una obligación en el plano de las relaciones sociales, morales, de cortesía, de amistad? La cuestión queda resuelta si se adoptan los criterios de la forma o de la *res*, aunque ésta sea simbólica. La obligación queda plenamente contraída, sin limitaciones derivadas de motivos o presupuestos no expresados. Por ejemplo, si al día siguiente A tiene necesidad urgente e imprevista de su caballo o si ha perdido todo su dinero líquido, no podrá invocar estos hechos para sustraerse a la promesa diciendo que la había hecho con el presupuesto de que esto no hubiera sucedido, o bien alegando que no es justo constreñirle a mantener una promesa en semejantes condiciones, tan onerosas para él, sin recibir nada a cambio. Mas si se abandonan los criterios de la forma o de la *res*, como ocurre en el *civil law* moderno, habrá que averiguar los motivos, presupuestos y circunstancias del caso concreto... Esa averiguación de la voluntad y de sus motivos y presupuestos requiere una refinada técnica de interpretación y aun poseyéndola, queda siempre un margen de incertidumbre. En efecto, supongamos que A hubiere hecho las promesas no con una pura finalidad de beneficencia, sino por un interés particular; por ejemplo, porque quería ver si su caballo era capaz de hacer el viaje de Alejandria a El Cairo, o porque no quería hacer solo el viaje (cosa muy explicable en la Edad Media), o porque sabía que con las mil libras B habría emprendido un negocio en competencia con C, enemigo de A. Podrá sostener que no ha querido obligarse sino en tales hipótesis o que no es justo constreñirle a mantener su promesa ni a indemnizar los daños a B?... El derecho medieval y los sistemas análogos, mediante los requisitos de la forma y de la *res*, han tratado de resolver o de eliminar, según su capacidad interpretativa, su mentalidad y sus intereses, todas estas cuestiones y otras semejantes. Con ello, más o menos conscientemente, tales sistemas tratan de satisfacer la necesidad de lograr la seguridad de las relaciones jurídicas.

Prosigue Gortá advirtiendo que el sistema medieval se mantuvo por muchísimo tiempo en Europa. Puede decirse que para encontrar el principio de nudo consentimiento hace falta llegar hasta el siglo XVI y aún más adelante en Italia; en otros países hasta el siglo XVII y aun el XVIII; y siempre con limitaciones. Durante toda esta época, *la res vel factum* (la contraprestación cumplida) continuó siendo un requisito para la formación del contrato, incluso para los típicos contratos romanos consensuales, como la venta y el arrendamiento. Pero especialmente se generalizó la *charta o instrumentum*: así, para contratos de cierta importancia aunque fueran

contratos reales; y a veces se llegó a exigir dicha forma para toda clase de contratos. Las discusiones sobre si la *charta* tiene valor formal o solamente probatorio, según nuestra mentalidad y con nuestro moderno bagaje de ideas, tiene una importancia muy relativa en aquellos tiempos... Tampoco se puede hablar de una actitud conservadora, o de la inercia de la tradición, porque lo cierto es que los requisitos de la forma o de la *res* estaban arraigados en la mentalidad y en las costumbres de la época y ofrecían ventajas que algunos juristas no dejaron de poner de relieve... En cuanto a la donación, hasta Pothier y tal vez hasta las codificaciones y aun después de ellas siguió siendo un contrato real y formal⁶⁵.

Para cerrar estas notas sobre el contrato en el Derecho interno medio se formulan ahora comentarios sobre lo ocurrido al interior de los pueblos germánicos (12.3.) y durante el Derecho intermedio español (12.4.).

12.3. La contratación de los pueblos germánicos fue todavía más formalista que la romana⁶⁷. Sintetizando la exposición del maestro de la Universidad de Viena, Hanz Planitz, sobre los contratos en el Derecho privado germánico⁶⁸, es claro que en casi toda la época bajo comentario los contratos no se perfeccionaban por el solo consentimiento de las partes, ya que precisaban o bien el cumplimiento de formalidades, o bien el cumplimiento de una prestación para que naciera jurídicamente el contrato.

El contrato formal se manifiesta en dos especies: la promesa de fidelidad y la *vadiatio* o contrato vadiado. El primero tuvo empleo entre los germanos del norte, los sajones y los francos. El segundo, es el contrato preferido entre los bávaros, longobardos, alamanos y frisones.

⁶⁵ Luego de retomar que el Derecho canónico haya contribuido al surgimiento del consensualismo, Gortá, en sus páginas 66 a 74, fustiga severamente a las escuelas inaturalistas de los siglos XVII y XVIII, en especial al holandés Grozio (anoto que estas escuelas poco o nada tienen que ver con el humanismo clásico aristotélico-tomista), para concluir con un resumen que transcribo: "La influencia del Derecho natural y de las correlativas tendencias a las generalizaciones y a las racionalizaciones, así como de las tendencias a sustituir la realidad por ideales, lo que es por lo que se desea, tendencias todavía hoy operantes en el *civil law*, ha sido una influencia verdaderamente nefasta tanto para la interpretación del Derecho actual como para su recto entendimiento desde el punto de vista histórico". Para un análisis de los planteamientos de Grozio o Grotius en torno a los contratos, cfr. Rouhette, *ob. cit.* en nota 62, págs. 588 a 591. A la luz de la obra de Grozio *De iure belli*, y del análisis efectuado por Rouhette, resulta al menos discutible que el autor holandés sea el principal artífice de la doctrina moderna del consensualismo contractual.

⁶⁷ Cfr., en este sentido, José Castán Toboñas, *ob. cit.* en nota 47, tomo 3, pág. 493.

⁶⁸ *Ob. cit.*, en nota 63, en especial págs. 206 a 215 sobre los contratos en general, y págs. 234 a 265 sobre contratos en particular.

El voto de fidelidad se celebraba "con los dedos y con la lengua": el contrato quedaba perfecto cuando junto con pronunciarse unas palabras solemnes, se levantaba uno o dos dedos de la mano derecha, que también se había mantenido en alto durante la ceremonia. O bien ambos contratantes ponían en contacto las palmas de sus manos, al bajarlas. El voto de fidelidad es una promesa solemne, emitida jurando que se va a cumplir fielmente la deuda. Su quebrantamiento producía la responsabilidad jurídico-penal del deudor infractor.

La *vodditio* (o festuca de los francos) consistía en la entrega de una vara o ramita de madera, fetiche cuyo uso primitivamente simbolizaba la casa del deudor, al momento del pronunciamiento de las palabras solemnes. Después se admitió la entrega de otros símbolos representativos de la personalidad del deudor, como armas o vestidos. El incumplimiento de la promesa celebrada de este modo, al igual que en el caso del voto de fidelidad, engendraba la responsabilidad penal del deudor.

La manera más antigua de contratar fue el contrato real, en el cual la fuerza vinculante o efecto obligatorio deriva precisamente de la entrega y recepción de una cosa. La prestación cumplida en el acto del nacimiento del contrato genera la obligación del deudor de cumplir otra prestación, de inmediato o más tarde. La preprestación crea la contraprestación inmediata (caso de la compraventa al contado, en que la recepción de la especie vendida obliga al comprador a pagar el precio sin tardanza) o la contraprestación futura (caso de la compraventa al crédito). El efecto jurídico de la aceptación de la preprestación es la responsabilidad penal del receptor si no cumple su contraprestación. En el caso de los contratos llamados de deuda unilateral (los actuales contratos reales), la recepción de la *res* acarrea la obligación de restituir la misma cosa (u otra similar, en el caso del mutuo).

A partir del siglo XIII, sobre todo en las ciudades, como regla general se admite la simple promesa o contrato sin palabras sacramentales rígidas, en que el ritual consiste en el apretón de manos entre las partes o palmata. Para la transferencia de los inmuebles, la celebración del contrato llevaba, además, aparejada la ceremonia del "dinero de Dios", o sea, su entrega en favor de la iglesia o a favor de los pobres; o bien la "compra del vino", consumido por los contratantes y los testigos.

Durante el medievo, al lado de la palmata y de la compraventa, se admite la donación como contrato gratuito. Del comodato de cosa mueble surgen el mutuo y el depósito como contratos independientes; del censo de fincas deriva el arrendamiento. Del contrato de trabajo surgen las variantes del contrato de servicios y del contrato de confección de obra. El juego y la apuesta se convierten en contratos de deuda. Si bien paulatinamente se fue admitiendo, en la Próxima Edad Media, la fuerza vinculante de las promesas sin forma, lo corriente era el empleo de otras formas contractuales de carácter convencional. La recepción del Derecho Romano y de sus cuatro contratos consensuales facilitó también el tránsito hacia el postulado de la libertad de formas, que se impone a partir del siglo XVII, desembocando finalmente en el consensualismo.

12.4. Mención aparte merece el Derecho español, el primero en admitir en el mundo que el solo consentimiento o el simple acuerdo de voluntades de las partes contratantes tenga fuerza obligatoria, al menos como regla general.

Según expresa el maestro José Castán Tobeñas⁶⁹, en el antiguo Derecho español tuvo influencia decisiva el Derecho de los pueblos germánicos. Los contratos consensuales no existían. En el Derecho español de la Alta Edad Media sólo son válidos los contratos solemnes propiamente tales o los contratos fortalecidos por ceremoniales formales como la festuca, la palmata o la entrega de arras⁷⁰.

El ulterior consensualismo contractual no tuvo su origen directo ni en la tradición romana, ni en la germánica, surgiendo consuetudinariamente en la propia España. Fue consagrado oficialmente en el Ordenamiento de Alcalá del año 1348, en la ley única del Título XVI que dispuso: "sea valdadera la obligación o el contrato que fuesen fechos en cualquier manera que parezca que alguno se quiso obligar o fazer contrato con él". Este Ordenamiento impuso la vigencia de las Partidas o Código Alфонso, que rigió parcialmente en Chile, en materias procesales, hasta la promulgación del Código de Procedimiento Civil, en 1902.

La norma del año 1348 tuvo como antecedente no sólo las costumbres castellanas. Aunque restringidos y contradictorios, dice Ferrandis Vilella⁷¹ que diversos textos legales forales habían venido anticipando el consensualismo. En calidad de privilegio para los infanzones (aristocracia germana), el Fuero de Navarra, en su apartado III, 19, 16, establecía la no obligatoriedad de las meras promesas, mientras que únicamente los villanos quedaban vinculados por el solo consentimiento. En el Fuero Real, del año 1254, se impone la obligación de cumplir los contratos, se hubiesen o no celebrado por escrito; pero más adelante se restringe la regla, por ejemplo al prescribirse que cualquiera de las partes puede deshacer la venta celebrada mientras no se haya *entregado* parte del precio. Esta restricción es una victoria del Derecho germánico, en un contrato como la compraventa, que los romanos calificaban como consensual.

La norma del Ordenamiento de Alcalá, que consagrara el consensualismo contractual en España mucho antes que en el resto de Europa, y al parecer, en virtud de razones bien distintas, pasó dos siglos más tarde a la Nueva Recopilación de 1567 y de ahí a la Novísima Recopilación de 1805. Dada esta antigua tradición, no es raro que el Código Civil español de 1889 se pronunciara enfáticamente en favor del principio *solus consensus obligat* (en particular en los artículos 1254, 1258 y 1278), a pesar que el paradigma de la época, el Código Napoleón de 1804, carece de una disposición que recoja legalmente el consensualismo,

⁶⁹ Ob. cit. en nota 47, tomo 3, págs. 494 y nota 4.

⁷⁰ Asevera José Ferrandis Vilella, en sus comentarios de Derecho español a la obra de Chino Goría, citada en nota 49: "La toscedad del antiguo Derecho medieval español de obligaciones se manifiesta además en la inexistencia de una acción tendiente a proporcionar al acreedor una satisfacción en caso de incumplimiento; al deudor que incumple se le priva de la paz y se confisan sus bienes en beneficio del Estado, de todo lo cual no obtiene el acreedor directa mente ningún provecho. De ahí que para proporcionar una satisfacción directa al acreedor se acuda al expediente de la *vodditio*, con lo que la promesa queda fortalecida con una acción que se dirige contra los bienes muebles del promitente".

⁷¹ Ob. cit. en nota 49, págs. 54.

al cual, según la doctrina, sólo habría sido acogido por preterición en este último código⁷².

13. EL CONTRATO EN LOS TIEMPOS MODERNOS

La nueva concepción del contrato como pacto desnudo o simple acuerdo de voluntades desprovisto de formas, por muchos calificada como concepción "*espritualista*" (entusiasmo que más confunde que ilustra), excepción hecha de España, recién tiene sus primeros antecedentes confiables en los siglos XVI y XVII. Desde el punto de vista filosófico es obra de la escolástica tardía. Los juristas de la mal llamada "escuela del Derecho natural", por ejemplo Grocio y Putendorf, son posteriormente responsables directos del principio del consensualismo contractual: *solus consensus obligat*. Ellos tuvieron gran audiencia en los precursores del Código Civil francés de 1804, es decir, en Donat y en Pothier, lo mismo que en la pandectística alemana del siglo pasado. Lo que explica de adónde haya llegado a tantos contemporáneos el apego al consensualismo⁷³.

Entre los estudiosos del consensualismo destaca el profesor de la Universidad de París Michel Villey, quien nos dice: "La victoria del voluntarismo es un fenómeno moderno, no anterior al siglo XVI... La doctrina clásica de los maestros del derecho romano y medieval no es la del voluntarismo, sino que reposa en la convicción de que un orden racional existe. La doctrina dominante en la antigüedad, reproducida por Santo Tomás, considera que el Derecho esencialmente es dado por la naturaleza: a la filosofía, a la ciencia y a la razón incunben el papel de descubridor (no de creador)... La doctrina clásica de la antigüedad grecorromana y del medioevo es una doctrina dualista, para la cual el Derecho es a la vez producto de la razón y de la voluntad. Pero la voluntad sólo tiene un rol subsidiario y subordinado, sin que entonces aparezca en primer plano; sin que exista el voluntarismo".

⁷² Para un análisis histórico sobre los formalismos de los actos jurídicos en los viejos pueblos hispanos, vislumbrando el ulterior consensualismo español, cfr. el trabajo del catedrático Alfonso García-Gallo: *Los documentos y los formularios jurídicos en España hasta el siglo XII*, en *Estudios de Historia del Derecho Privado*, Publicaciones Universidad de Sevilla, 1982, págs. 345-408.

⁷³ La idea moderna que hace reposar la formación y la obligatoriedad del contrato en el mero acuerdo de voluntades de las partes se sintetiza en la frase de Loyseau: *on lie les boeufs par les cornes et les hommes par les parties; autant vaut une simple promesse que les stipulations du droit romain*. (A los bueyes se les une por los cuernos y a los hombres por las patas; vale igual una mera promesa que las estipulaciones rigidamente formales del derecho romano).

"Hay un momento esencial en la historia del Derecho: es el de la escolástica tardía de Duns Scott y de Guillermo d'Occam. De este movimiento intelectual data el origen del sistema jurídico moderno. Scott y Occam rebajan la razón y proclaman la preeminencia de la voluntad; su aptitud a dirigir la vida humana en mejores condiciones que la razón. En filosofía pura se les conoce como voluntaristas. Atacan el derecho natural de Aristóteles, pues ni la soberanía del jefe de Estado, ni el derecho de propiedad nos serían impuestos por el derecho natural y por la razón. Antes bien, se trataría de creaciones históricas arbitrarias. Scott y Occam nos representan a los individuos aislados, solos, asociándose más tarde y creando las instituciones jurídicas por su propia voluntad: mediante una voluntad autónoma, que ni siquiera depende de la inteligencia. En esta ruptura con el derecho natural de Aristóteles ya percibimos enteraente el voluntarismo. Nota la creencia en el derecho natural, sólo existe el derecho positivo. Si el individuo es libre (en su estado primitivo de soledad), sólo puede obligarlo su consentimiento. En lo sucesivo, pues, el único origen de las reglas de derecho es el acuerdo de diversas voluntades.

Esta nueva filosofía tuvo un éxito prodigioso. Hobbes, Putendorf, Locke, Thomasius, sobre esa base replantearon la teoría del derecho.

Paralelamente podemos seguir el progreso de la idea contractual partiendo de la regla general que una filosofía no logra impregnar el espíritu de los juristas y el derecho, sino siglos después de su incubación, con gran retardo. En verdad, únicamente en el siglo XIX la ciencia jurídica ha integrado el voluntarismo. La obra de nuevos filósofos individualistas (como Rousseau, Kant y Fichte) contribuye a este resultado. Las fórmulas de Rousseau recargan las doctrinas constitucionales. De Kant se toma por la doctrina francesa, no sin pedantería, la expresión *autonomía de la voluntad*. En Kant y Fichte se apoyan los promotores alemanes de la teoría de la voluntad: triunfo final del voluntarismo, que rápidamente se expande por el canal de las universidades alemanas, entonces en la cúspide de su prestigio.

Hay que medir la sorprendente fecundidad del principio voluntarista. En primer lugar, en el Derecho Público se concibe al Estado no como algo comatural al hombre, sino como el producto de un contrato. La convención crea el Estado y la Sociedad. Es el contrato social, en su plenitud ya en el vigoroso sistema de Hobbes... A través de Grocio, Putendorf, Locke, Thomasius y pronto también de Rousseau, quienes interpretan a su manera "*la voluntad de los contratantes*", primera fuente del Derecho Público, el voluntarismo queda como el alma de nuestras constituciones. La ley es la expresión de la voluntad general... La costumbre recibirá su explicación en el consentimiento popular. No hay más Derecho natural. El Derecho positivo es la huella de la voluntad popular, de la voluntad nacional.

En el Derecho Privado, la teoría general de los contratos conoce un gran auge. Esta teoría no es en absoluto romana. Es obra de la época moderna y, sobre todo, de las universidades alemanas de los siglos XVII, XVIII y XIX. Se encuentra la esencia del contrato en la voluntad concordante de las partes. Se define el acto jurídico como manifestación de voluntad productora de efectos jurídicos. El alma del contrato es el consentimiento y reina la libertad contractual. La convención es una ley para los que la celebraron. El juez para fijar el contenido de una convención la interpretará según la intención de las partes. La sucesión in-

testada se explica como la intención que habría tenido el difunto, y el régimen legal matrimonial como la interpretación legislativa de la presunta voluntad de los cónyuges. Allí donde no hay contrato, torturando al Derecho Romano se descubren pretendidos cuasicontratos. Hasta el momento se pretende someterlo por entero a la intención de los contratantes, llegando Kant a analizarlo como una venta recíproca... El fin de todas estas construcciones es que las reglas jurídicas conduzcan siempre a la voluntad⁷⁴.

Sobre el poder creador de lazos jurídicos que se atribuye a la voluntad, Grocio decía que la explicación del valor del contrato "consiste en la libertad de disponer de sus actos que tiene el hombre"; y así como el poder del hombre sobre su propiedad le faculta para enajenarla, así mismo "un hombre tiene el poder de enajenar en favor de otro, que le acepte, una porción o más bien una consecuencia de su libertad"⁷⁵. Pienso, luego existo, afirma Descartes. Quiero, luego me obligo, dirán los juristas voluntaristas⁷⁶.

A la luz de los planteamientos del catedrático de la Universidad Complutense (Madrid) don Luis Díez-Piçazo, es determinante en la concepción moderna del contrato "la Escuela del Derecho Natural racionalista nacida en los siglos XVII y XVIII y el pensamiento de la Ilustración. Por una parte, tomando como punto de partida el racionalismo y el individualismo jurídico, esta escuela puso de relieve en primera línea la idea de voluntad individual y de voluntad humana. Por otra parte, buscando a las normas y a las instituciones una justificación exclusivamente fundada en la razón natural, llegó a la conclusión de que el fundamento racional de la creación de las obligaciones se encuentra en la libre voluntad de los contratantes.

El racionalismo antihistórico de esta escuela y su total desvinculación con los esquemas tradicionales del Derecho Romano permitirán

⁷⁴ *Essor et décadence du volontarisme juridique*, en Archives de Philosophie du Droit, tomo año 1957, págs. 87 a 92. Cf. Michel Villey, *Préface historique à l'étude des notions de contrat*, en los mismos Archives, tomo 1968. En las páginas 3 y 4 de esta última publicación leemos: "Nuestra teoría del contrato es un regalo que nos hizo, a nosotros juristas, un cierto grupo de filósofos de la Europa moderna. Toda ciencia del derecho es hija de alguna filosofía. La historia demuestra la dependencia de nuestras definiciones técnicas respecto a grandes sistemas generales de filosofía. La desgracia es que en materia contractual debemos nuestra actual ciencia jurídica a pensadores ignorantes del derecho". En relación con el derecho natural aristotélico-tomista, que habría estado presente en la búsqueda racional y tópica de lo justo por los romanos (se entiende la búsqueda de lo justo para los problemas concretos de la vida diaria; de lo justo "aquí y ahora"), en contraposición con el positivismo individualista y voluntarista, insisto en la moderna escuela del derecho natural, entre muchos otros trabajos del mismo Villey, ver, por ejemplo: *Le raisonnement juridique dans l'histoire: droit romain et moyen-âge*, en ARSP, citado en nota 34; *Contre l'humanisme juridique*, en Archives de Philosophie du Droit, tomo 1968, págs. 199 y s.; *Modes classiques d'interprétation du droit y Nos philosophes en face du droit*, estos dos últimos en Archives de Philosophie du Droit, tomo 1972, págs. 71 y s. y 285 y s.

⁷⁵ *The Jurisprudence of Holland*. Libro III, Cap. 1, Nos. 12, 21 y 25.

⁷⁶ Cf. el artículo de Superville en *Revue Internationale de Droit Comparé*, París, julio-septiembre 1952, págs. 570 y 571.

establecer por primera vez la idea según la cual *solus consensus obligat*, que se consagra como un principio dogmático de derecho natural. Al mismo tiempo, se podrá formular un nuevo sistema contractual fundado sobre una concepción unitaria del contrato como acuerdo de voluntades. Estas ideas aparecen ya expuestas en la obra de Pufendorf sobre la base de postulados anteriormente enunciados por Grocio. No es ajena tampoco la formación de este moderno concepto de contrato al influjo de las ideas del pensamiento filosófico-político, que, para justificar el poder político, lo asisten sobre el *consensus* o consentimiento de los ciudadanos mediante la figura del *contractus socialis* (Locke, Rousseau).

Se llega de esta manera a la concepción moderna del contrato. Contrato es todo acuerdo de voluntades por medio del cual los interesados se obligan. El contrato así concebido se convertirá en la institución central en la piedra angular, no sólo del Derecho Civil, sino de todo el ordenamiento jurídico.

Esta concepción moderna del contrato tiene su más profunda raíz y su más profundo fundamento en una serie de presupuestos ideológicos y sociológicos que conviene tener en cuenta y no perder de vista.

El primero de estos presupuestos es el presupuesto económico de una economía liberal fundada en el lema del *laissez faire* y en la idea de que las leyes del mercado y el egoísmo individual actuando en el propio interés son, como dice Adam Smith, los mejores motores de la felicidad y de la prosperidad de las naciones.

El segundo de los presupuestos ideológicos de la concepción moderna del contrato se encuentra en la idea de la sustancial igualdad de las partes contratantes. El contrato es el medio mejor de arreglo de los intereses privados, porque es una obra común de dos contratantes que se encuentran en igual situación y en un mismo plano económico. Es un arreglo entre iguales.

El tercero de los presupuestos ideológicos y socioeconómicos se encuentra en una época que rinde culto a las ideas de la preponderancia de la libertad individual y que en definitiva es una época de predominio burgués sobre la economía. Puede decirse que esta concepción del contrato es un instrumento idóneo para un señorío de la burguesía sobre el mercado de capitales y de trabajo y, en definitiva, para un señorío sobre la economía considerada en su conjunto⁷⁷.

Es bien sabido que Domat y Pothier, juristas de los siglos XVII y XVIII, respectivamente, son los dos principales inspiradores del Código Civil francés de 1804, conocido como el Código Napoleón, aunque su autor real fue básicamente Portalis. A ambos se les atribuye haber servido de puente entre los juristas representativos de la escuela del derecho natural y los Códigos del siglo pasado, en los cuales se proclamara, o al menos late, el consensualismo⁷⁸.

⁷⁷ Luis Díez-Piçazo: *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*. Edit. Tecnos, Madrid, vol. I, reimpresión 1972, págs. 88 y 89.

⁷⁸ Sin embargo, Domat y Pothier se contradicen con frecuencia e incurren en generalizaciones abusivas. Cf. Gino Coria, *ob. cit.*, en nota 49, págs. 77 a 94; Georges Roubette, *ob. cit.*, en nota 19, págs. 591 a 594.

En el N° 3 de su *Tratado de las Obligaciones*, Pothier afirma, citando en un momento a Donat, que el contrato es una especie de convención y que una convención o un pacto "es el *consentimiento* de dos o de varias personas para formar entre ellas alguna obligación, para extinguir una anterior o para modificarla. La convención que tiene por objeto formar obligaciones es la que se llama contrato. Los principios del Derecho romano sobre las diferentes clases de pactos y sobre la distinción entre los contratos y los simples pactos, por no estar fundados en el Derecho natural y por estar muy alejados de su simplicidad, no se admiten en nuestro Derecho. De ello resulta que en nuestro Derecho no debe definirse el contrato como lo definen los intérpretes del Derecho Romano, sino que se le debe definir como una convención por la que ambas partes, recíprocamente, o sólo una de ellas, prometen y se obligan frente a la otra a darle alguna cosa o a hacer o no hacer alguna cosa"⁷⁹.

El consensualismo contractual admite de todos modos muchas excepciones y restricciones. El mismo Pothier, en su *Tratado de las Donaciones*, concluye que el mero consentimiento por el cual se conviene que se dará gratuitamente un bien, carece de efecto obligatorio, pues las donaciones precisan al menos la entrega efectiva de la cosa y, en ciertos casos, otras formalidades, como un documento notarial o una autorización o *insinuatio*. Por otra parte, la exigencia general de que las convenciones deban tener una *causa suficiente*, prueba que no basta el nudo consentimiento para que los contratantes queden válidamente obligados. Además, las convenciones nunca deben infringir las leyes, las buenas costumbres ni el orden público.

El cesarismo napoleónico y la confesada ambición de Bonaparte en el sentido de que su Código de 1804 no tendría jamás que ser interpretado, correspondiendo siempre a los jueces aplicarlo tal cual, mal se compadecen con la supuesta recepción en el *Code Civil* de los dogmas filosófico-jurídicos de la llamada escuela del derecho natural y con la consagración del consensualismo.

La voz "voluntad" es apenas utilizada una vez en este Código en materia de formación de contratos. La explicación según la cual el Código de 1804 erigió al consensualismo, por preterición u omisión, en principio fundamental de la contratación no es convincente. Un régimen fuerte, como el de Bonaparte, nada consagra al través del silencio. Si el consensualismo no está en el texto del Código

⁷⁹ En igual sentido definirán el contrato el art. 1101 del Código Civil francés y, posteriormente, el art. 1438 del Código chileno de Bello.

francés, es simplemente porque su proclamación pertenece a un momento posterior. Son, en efecto, los comentaristas del Código Napoleón, integrantes de la escuela de la exégesis del siglo XIX, los genuinos introductores del consensualismo contractual en el lenguaje jurídico corriente.

Haya aparecido un poco antes, o un poco después, lo cierto es que el sistema contractual de los pactos desnudos o consensualismo voluntarista es una proclamación sofisticada, que la práctica contemporánea desmentirá casi por completo. Así lo deja intuir el vasto sistema actual de formalidades *ad solennitatem, ad probationem*, habilitantes y de publicidad^{79 bis}.

^{79 bis} Sobre estas formalidades actuales, *infra* N° 42.