

ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO AL CONCEPTO ROMANO Y MODERNO DE CONTRATO

Por

JUAN MANUEL BLANCH NOUGUÉS
Universidad CEU San Pablo (Madrid)

Revistas@iustel.com

Revista General de Derecho Romano 28 (2016)

RESUMEN: Objetivo de este artículo es destacar la relevancia de la terminología jurídica romana en materia de contratos, origen de conceptos clave del derecho actual como contrato (*contractus*), pacto (*pactum*), convención (*conuentio*), transacción (*transactio*), promesa unilateral o policitación (*pollicitatio*)..., de enorme riqueza dogmática en el derecho romano. Constituye este, pues, una herramienta necesaria en el diálogo entre las dos tradiciones más extendidas en el mundo: la romano-germánica y la del *Common law*. Para una correcta puesta en común de la terminología respectiva de sendas tradiciones jurídicas, e, incluso, de las tradiciones nacionales dentro de una misma tradición jurídica, el análisis de la génesis y naturaleza de los conceptos respectivos en el derecho romano resulta imprescindible. Se propone también una revisión de la teoría tradicional de las fuentes de las obligaciones en el derecho romano y se aborda críticamente la reciente reforma del Código civil francés en materia de obligaciones (año 2016), así como algunas de las diversas iniciativas, públicas y privadas, de unificación internacional del derecho privado.

PALABRAS CLAVE: Contrato (*contractus*), pacto (*pactum*), convención (*conuentio*), *synállagma*, policitación (*pollicitatio*), acuerdo de voluntades, fuentes de las obligaciones, buena fe (*good faith*), acto (*actus*), causa (*causa*), *consideration*.

SUMARIO: 1. Planteamiento de la cuestión en relación con los fines actuales del conocimiento del derecho romano. 2. El necesario esclarecimiento de la terminología jurídica actual en materia de contratos en el ámbito mundial. 3. Planteamiento tradicional de las fuentes de las obligaciones. 4. *Pactum*, *contractus*, buena fe. 5. Doctrina de Labeón. 6. El surgimiento histórico del concepto de acto y de negocio jurídico. 7. Examen de la reforma de 2016 del Código civil francés en materia de fuentes de obligaciones. 8. El concepto de *synállagma*. 9. Relación con la *consideration* del *Common Law*. 10. El pacto, la policitación y la construcción moderna del contrato. 11. La teoría contractual romana y el moderno comercio internacional. 12. Conclusiones.

ABSTRACT: Goal of this article is to highlight the importance of the Roman legal terminology on contracts, origin of modern basic concepts such as contract, *pactum*, agreement, transaction (with mutual sacrifices by the parties), or unilateral promise ..., very rich, from the legal theory's point of view, in the Roman law. This ancient law is, nowadays, an indispensable tool referring the dialogue between the most widespread traditions in the world, i. e., the Roman-Germanic and the *Common Law*. In order to do that, even between national laws belonging to a common legal tradition, the analysis of the genesis and nature of the legal concepts in Roman law constitutes a fundamental task of legal interpretation. A review of the traditional theory of the sources of obligations in Roman law is also necessary. This paper, besides, affords the discussion of the recent reform of the French Civil Code concerning the sources of obligations (2016), as well as some of the different initiatives about the international unification of private law.

KEY WORDS: Contract (*contractus*). *pactum*, *conuentio*, *synállagma*, unilateral promise (*pollicitatio*), agreement, sources of obligations, good faith (*bona fides*), act (*actus*), cause (*causa*), consideration.

1.-¹ Pocas figuras puede que haya en derecho más generales y comunes, y por tanto destinatarias de intenso y secular tratamiento por parte de la doctrina, que la de contrato, pero que a la vez precisen hoy, paradójicamente, de nuevo análisis y sereno debate dirigido a su propio significado. Soy consciente de que la elección de un tema de esta naturaleza como lección magistral para una festividad tan señalada como la que se celebra parece, en principio, fatalmente condenada a una mediocre tarea de repetición de lugares comunes o de exposición de consabidos planteamientos básicos, que tendría la ventaja, por un lado, de su asegurada claridad, pero que, al propio tiempo, incomodaría por su inapropiado nivel elemental.

Sin embargo, la moderna tendencia de unificación internacional del derecho, que afecta, como no podía ser menos, a la misma noción de contrato y a su naturaleza, en un mundo cada vez más interconectado, está obligando a juristas y legisladores a revisar las bases sobre las que se asienta su propio sistema jurídico en relación con los demás, lo que afecta, a su vez, a sus respectivos derechos nacionales. Me referiré, particularmente, al sistema denominado romano-germánico o de derecho civil, es decir, el nuestro y al angloamericano, o de *Common Law*, aun sabedor de otras tradiciones en Asia, África u Oceanía que merecerían también oportuna atención. Lo haré, asimismo, acudiendo al derecho **romano** que, merced a su universalidad, razonabilidad intrínseca y carácter basilar, tanto de principios o ideas jurídicas generales como de conceptos y modos de razonar jurídicos vigentes hoy, constituye, a mi juicio, una atalaya excepcional desde la que contemplar aquel fenómeno y un instrumento ineludible en la citada labor crítica.

La extraordinaria complejidad que adquirió entre los juristas romanos la discusión de los conceptos de contrato (*contractus*), pacto (*pactum*) o convención (*conuentio*) es tal, que aún hoy la doctrina romanística no ha sido capaz de captar con todo detalle la sutileza y profundidad doctrinal alcanzados entonces, ni de ponerse de acuerdo ni siquiera en resultados básicos; lo que contrasta, en cierto modo, con la relativa mayor simplicidad de su planteamiento actual (de práctica sinonimia entre ellos). Centraré mi exposición en el primero de los términos, aunque no podré dejar de tener en cuenta los

¹ Un resumen de este artículo se expuso como lección magistral, con motivo de la festividad de san Raimundo de Peñafort, en la Facultad de Derecho de la Universidad CEU San Pablo el día 8 de febrero de 2017. El texto fue publicado por CEU *Ediciones* en formato de papel. Con algunas adiciones y correcciones se presenta ahora para su versión digital.

otros dos. Naturalmente, el tratamiento por mi parte de una materia tan extensa sólo podrá exponer sus líneas generales, pero, aun así, considero de valor su cotejo. Como vamos a tener oportunidad de analizar, la versión favorita que, sobre el concepto de contrato, en concreto, y su encaje en el sistema de fuentes de las obligaciones se suele ofrecer en los propios manuales de derecho romano, y que se extiende a la cita introductoria que acostumbran, todavía hoy, realizar los respectivos de derecho civil y de otras materias, no es la única constatable en las fuentes, ni probablemente la óptima desde el punto de vista de la calidad científica. Me refiero, en especial, a la idea del contrato como mero acuerdo de voluntades que crea obligaciones.

Estoy seguro de la utilidad y conveniencia de la utilización de derecho romano con fines no meramente anticuarios. Es preciso, más que nunca, aclarar esto último y permítanme que lo haga acudiendo a la distinción entre erudición y saber. Lo primero es objetivo estéril, lo segundo necesario. Tarea insoslayable del romanista hoy en día es -sigue siéndolo- descubrir el genuino pensamiento jurídico romano. Para ello deberá utilizar todo instrumento y disciplina auxiliar a su alcance y examinar cualquier fuente disponible, sea cual sea su naturaleza (propia mente jurídica, literaria, epigráfica, numismática o papirológica). El criterio que deberá utilizar, sin embargo, es el que sirve de guía a un jurista para analizar la vida social humana. De poco sirven, y menos en una Facultad de Derecho, el conocimiento y uso de datos históricos si lo único que se pretende llevar a cabo es un ejercicio orientado a la omnisciencia que resulte a la postre ciego en sus fines. Observémoslo, leámoslo todo, siempre apegados a las fuentes, siempre en nuestra permanente tarea de traducir e interpretar sin acudir a intermediarios. Así avanza la ciencia romanística, no de otro modo, pero se trata a la vez de una tarea en un doble sentido histórico de atrás hacia adelante y de adelante hacia atrás. Las cesuras históricas, las separaciones radicales entre el mundo romano, el medieval, el moderno o el contemporáneo no conducen sino a un nihilismo que tercamente niega la presencia continua de un elemento objetivo, arma imprescindible para eliminar dogmatismos anacrónicos pero también exasperantes relativismos, y que podría enunciarse así: el derecho entendido como producto cultural basado en un proceso de transmisión o arrastre de ideas, continuamente interpretadas y reinterpretadas a través de la historia (*multiplex interpretatio*). Negar este fenómeno sería tanto como negar la historia, y si se me apura, como negarnos a nosotros mismos, a identificarnos como lo que somos hoy, y pretender que el momento actual es fruto de la mera contingencia pasajera y efímera.

A mi juicio, pues, no se trata de actividades excluyentes las que deba realizar hoy el romanista: la finura intelectual que produce en la mente del jurista -y del aprendiz de jurista, es decir del estudiante- el contacto directo con las fuentes romanas constituye un

primordial objetivo del espíritu humano dirigido a enriquecer y a elevar la cultura en general, y en especial, la jurídica. *Ad fontes!* A lo que yo añadiría: ¡sin olvidar que esto exige un esfuerzo individual de traducción e interpretación por parte del lector! Por otro lado, sólo el que conozca el derecho en profundidad podrá extraer de las fuentes su entero mensaje. Cuanto mayor sea el conocimiento del derecho, mejor.

Alguien advertirá ahora de los riesgos de perversión del pensamiento genuino de épocas anteriores. Parte esta objeción, de un lado, de la ingenua creencia de la posibilidad de un estudio de épocas anteriores sin contaminarlo con ideas preconcebidas. El apego a las fuentes disminuye a mi juicio ese riesgo, que no pretendo minusvalorar en absoluto, pero invoco, de nuevo, el fenómeno antes citado de transmisión o tradición del pensamiento jurídico para combatir actitudes de pereza mental que sólo conducen a prejuicios y dogmatismos inaceptables.

Se habla de una segunda vida del derecho romano a través de los Glosadores de la Edad Media y las corrientes jurídicas sucesivas y hasta de una tercera vía a partir del siglo XVIII con el iusnaturalismo racionalista. De esta última corriente jurídica, se ignora, a veces interesadamente, que sus aceradas críticas, supuestamente vertidas contra el derecho romano, en realidad lo eran con respecto al farragoso, aunque insoslayable en la historia del derecho europeo, *mos Italicus* medieval. Con las codificaciones parece que terminó todo. Los romanistas debían dedicarse a lo suyo y los legisladores y juristas del derecho actual al derecho. Es otra ingenuidad que, como expondré a través del presente ejemplo, perturba gravemente el actual conocimiento del derecho al no contar con la herramienta del derecho romano para la valoración del actual derecho. Es incluso creencia relativamente común, de nuevo naíf, que el servicio que presta el derecho romano a la formación jurídica de los jóvenes estudiantes y a la crítica y mejora del derecho actual se ha agotado definitivamente. Ya Savigny advertía de los riesgos de vulgarización del pensamiento jurídico que produciría el movimiento codificador si se llevara a cabo, como así fue².

2.- Cuando se aborda una figura central en el derecho como es el contrato es preciso, pues, conocer su historia. El desarrollo moderno de su dogmática, es decir, la construcción de lo que se llama “teoría general del contrato” se suele decir que se produce con el iusnaturalismo racionalista a partir del siglo XVII y sobre todo desde el

² Aducía Savigny, precisamente con esa finalidad, las expresivas palabras de Melanchton, extraídas de su *Oratio de dignitate legum*, en defensa de la ciencia jurídica (*ad conservationem huius doctrinae*), pronunciadas en tono admonitorio, para concluir su conocida obra *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (Heidelberg, edd. Mohr und Zimmer, 1814, p. 162): «... *Nam hac remota* (es decir, la ciencia jurídica), *ne dici potest quanta in aulis tyrannis, in iudiciis barbaries, denique confusio in tota civili vita secutura esset, quam ut Deus prohibeat, ex animo petamus*».

siglo XVIII, momento en el que se contempla el contrato, no tan sólo como un instrumento del comercio y del tráfico jurídico, sino como una institución que encarnaba incluso el modo de concebir la vida social. La situación de igualdad de las partes planteada por el esquema contractual, las condiciones de libre expresión de su respectiva voluntad presupuestas por él, su natural comprensión e indiscriminado acceso por parte de cualquier ser humano, su aplicabilidad tanto a la esfera de derecho privado como del derecho público³ e incluso, más allá de los individuos, a sociedades enteras etc., convertían a esta figura jurídica, no ya en un concepto, sino en un supra concepto (*Oberbegriff*) que rebasaba incluso el ámbito de lo jurídico para convertirse en la clave del sistema económico y político imbuido de liberalismo. El sello contractualista dejó así una indeleble huella en todas las codificaciones del siglo XIX, profundamente impregnadas de la citada ideología. Con el tiempo, se comprobó, una vez más, su ingenuidad en muchos extremos; entre ellos, el de la libertad e igualdad, *a priori* supuestas, entre las partes.

Quien piense, sin embargo, que semejante construcción, que no afectaba sólo a lo jurídico, pudo realizarse *ex novo*, y minusvalora lo anterior como caduco y prescindible, se equivoca gravemente⁴. Y no hablo de pura erudición o afán de anticuario, como decía antes, sino de genuino saber jurídico, que cualquier jurista debería poseer, o por cuyo conocimiento debería, al menos, sentir interés. Hoy con mayor razón, pues, en el ámbito internacional, desde hace décadas, se ha venido sintiendo la necesidad, de modo particular en el comercio, de establecer un espacio lingüístico común, una *koiné* o *lingua franca*, que permita reducir la incertidumbre jurídica de la regulación contractual y, como afirman los partidarios del análisis económico del derecho, aminorar los costes de transacción y hacer más atractivos los contratos internacionales a inversores y empresas de cualquier parte del mundo. Los equívocos a los que una traducción improvisada de la

³ Ha sido, no obstante, objeto de ardua discusión el encaje dogmático del contrato en el ámbito del derecho público, particularmente en el derecho administrativo. V. sobre la propia distinción entre ambas esferas jurídicas, derecho público y derecho privado, recientemente: BLANCH NOGUÉS, Juan M. - PALOMO PINEL, C. *Ius publicum y ius privatum en la experiencia histórica del derecho. Un ejemplo insólito en las distinciones de Bártolo expuestas a través de esquemas*, Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Alejandro Guzmán Brito, Alessandria 2011, 395 ss. (= *lustel Revista General de Derecho Romano*, nº 18, junio 2012).

Lo aceptan remitiéndose a las propias fuentes del derecho romano GARRIDO FALLA, F.; PALOMAR OLMEDA, A.; LOSADA GONZÁLEZ, H. *Tratado de Derecho Administrativo* 2 13ª ed. Madrid: Tecnos, 2012. También, matizadamente, GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; FERNÁNDEZ, T.-R. *Curso de Derecho Administrativo I*. 17ª ed. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters. Editorial Aranzadi, 2015.

Respecto de la contratación pública en el derecho romano: BLANCH NOGUÉS, Juan M. en *Diritto romano e economia. Due modi di pensare e di organizzare il mondo (nei primi tre secoli dell'Impero)*. Pavia: CEDANT, en prensa. *El modelo de la contratación pública en los tres primeros siglos del Imperio: Un ensayo de análisis económico-jurídico*, pp. 345-401.

⁴ ZIMMERMANN, R. *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Oxford - New York: Clarendon Press, 1996, 561.

lengua inglesa, por ejemplo, a otras, puede producir son tales que pueden afectar gravemente a la propia formación del contrato: ni *transaction* es “transacción” en sentido estricto, ni *debtor* o *creditor* son sin más “deudor” o “acreedor” respectivamente, ni, por supuesto, *contract* es “contrato”.

Curiosamente, la lengua latina, históricamente universal y de larga historia en inmediata conexión con el derecho, se puede revelar hoy como agente protagonista en este proceso de cambio. La lengua inglesa, sobre todo a partir de la Segunda Guerra Mundial, comenzó a adoptar ese papel de liderazgo mundial y aún hoy lo sigue siendo, pero en cuanto al derecho, más exactamente a su patrimonio lingüístico o acervo, carece de la profundidad y sutileza que no sólo las lenguas romances, directamente herederas del latín, poseen sino, por ejemplo, también la lengua alemana, a través de la historia del derecho común en lo que será siglos más tarde Alemania, y en especial, merced a su *usus modernus Pandectarum* (uso moderno de las Pandectas o Digesto -naturalmente, de Justiniano-). Esta pobreza lingüística del inglés, dicho sea, sin ánimo de despreciar en absoluto este idioma que respeto y valoro sinceramente, es particularmente identificable en el ámbito del derecho de obligaciones y contratos⁵. Se trata de una constatación fáctica. Tiene que ver, como decía antes con respecto al latín, con su historia en relación con el derecho. En pleno siglo XII el célebre juez Glanvill declaraba que los contratos no tenían aún suficiente protección en el derecho inglés, y hubo que esperar hasta el siglo XIV, a través del célebre *writ of assumpsit*, para que el derecho del *Common Law* empezara a sancionar la negligencia o imprudencia y a contemplarla jurídicamente en relación con el incumplimiento de contrato (*breach of contract*). La idea de *culpa* es originada en Roma de modo casuístico por primera vez en relación con supuestos de responsabilidad por daños o aquiliana (llamada así por la célebre ley Aquilia de comienzos del siglo III a. C.), y, a lo largo de un proceso de discusión en torno a casos, la Jurisprudencia romana fue delineando los conceptos de negligencia, imprudencia o impericia que, a través de la buena fe, fueron tenidos luego en cuenta en el ámbito de los contratos. En la Europa continental, a través de los Glosadores medievales⁶, toda esa experiencia jurídica, desconocida por el derecho inglés, pasó a formar parte del estudio en las universidades⁷ y fue de aplicación inmediata en la práctica jurídica.

⁵ Por otro lado, habida cuenta de su predominio en el mundo actual, mi observación resulta inocua.

⁶ Sobre *Accursio* y la relevancia de su obra: FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. *Juristas Universales*. Domingo, R. ed., Madrid- Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S. A., 2004. *Accursio (Accursio, Accursius)*, pp. 421-427.

⁷ Fenómeno este también ajeno a la experiencia inglesa, pues el derecho no se estudiaba en las universidades inglesas, aunque sí el derecho romano como tal hasta hoy, sino en las famosas *inn courts*.

Por otro lado, no es verdad que el derecho del *Common Law* haya vivido de modo independiente a la tradición jurídica del derecho civil o romano germánica. El sistema de *Equity*, por ejemplo, no habría nacido en Inglaterra si el rey de Inglaterra (Enrique VIII), particularmente interesado por un sistema que le otorgara mayor libertad con respecto al rígido *Common Law*, patrimonio de los jueces⁸, o estos mismos incluso, no hubieran oído hablar jamás de la famosa *aequitas* romana, justicia objetiva y natural superadora de formalismos y sutilezas jurídicas que angostan el derecho y lo hacen inicuo (*summum ius, summa iniuria*), y que los canonistas establecieron como principio básico del derecho y del quehacer jurídico a partir de la Edad Media. Andando los siglos, además, las obras de relevantes juristas europeos, como Savigny, Domat o Pothier, fueron traducidas al inglés y consultadas y citadas en Inglaterra.

3.- Revisemos ahora sucintamente la versión tradicional que puede encontrarse en los modernos manuales de derecho, especialmente de derecho romano y de derecho civil, acerca de las fuentes de las obligaciones. A grandes rasgos, es la siguiente:

El antiguo *ius civile* desconoció la categoría abstracta de *obligatio*; en su lugar, sólo determinadas figuras de *obligationes*. Posteriormente, la Jurisprudencia llegó a la construcción sintética de esta categoría reconduciendo todas las hipótesis existentes de obligaciones a dos tipos fundamentales: el contrato, en su significado originario de actividad (“acto lícito”) y el delito, es decir, “acto ilícito”, que genera el deber de pagar una pena pecuniaria, en vez de sufrir pena física.

La bipartición de las fuentes de las obligaciones llega hasta bien entrada la época clásica. Gayo la repite en sus Instituciones (3.88): «todas las obligaciones nacen o de acto lícito o de acto ilícito»⁹. Pero la bipartición no es ya adecuada. El concepto de

⁸ Recuerda sobremanera la contraposición entre *Common Law* y *Equity* a la producida en el derecho romano entre el *ius civile* y el *ius honorarium*, aquel más rígido y formalista y este, “viva voz” de aquel, lo suple, corrige y ayuda, orientándose hacia la efectiva consecución de la *aequitas*.

⁹ «88. Nunc transeamus ad obligationes, quarum summa diuisio in duas species diducitur: omnium enim obligatio uel ex contractu nascitur uel ex delicto.

89. Et prius uideamus de his, quae ex contractu nascuntur. harum autem quattuor genera sunt: aut enim re contrahitur obligatio aut uerbis aut litteris aut consensu.

90. Re contrahitur obligatio uelut mutui datione; mutui autem datio proprie in his fere rebus contingit, quae res pondere, numero, mensura constant, qualis est pecunia numerata, uinum, oleum, frumentum, aes, argentum, aurum; quas res aut numerando aut metiendo aut pendendo in hoc damus, ut accipientium fiant et quandoque nobis non eadem, sed aliae eiusdem naturae reddantur. unde etiam mutuum appellatum est, quia quod ita tibi a me datum est, ex meo tuum fit. 91. Is quoque, qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem soluit, re obligatur; nam proinde ei condici potest SI PARET EVM DARE OPORTERE, ac si mutuum accepisset. unde quidam putant pupillum aut mulierem, cui sine tutoris auctoritate non debitum per errorem datum est, non teneri conditione, non magis quam mutui datione. sed haec species obligationis non uidetur ex contractu consistere, quia is, qui soluendi animo dat, magis distrahere uult negotium quam contrahere».

En el texto se advierte una congruente división de las obligaciones en dos especies (de contrato y de delito) para después proceder a una ulterior división del contrato en cuatro géneros

“contrato” había ido asumiendo el específico significado de “convención”, es decir, acuerdo. La Jurisprudencia clásica (y el propio Gayo) contempla supuestos de obligaciones que no entran en el esquema tradicional. Tales hipótesis no derivan ni de un contrato entendido como convención, ni de delito, sino que tienen un propio fundamento autónomo. En un célebre texto, procedente de una obrita posclásica atribuida al jurista Gayo y que recibió diversos nombres (*Res cottidianae* o *Aureorum*), D. 44.7.1, se expone ya una tripartición de las fuentes: «Las obligaciones o nacen de un contrato o de un delito o, por una especie de derecho propio, de diversas figuras de causas (*ex uariis figuris causarum*)». Prestemos, por cierto, atención al término “causa” aquí utilizado, porque su sentido, equivalente a fuente, es uno de los que la doctrina civilista actual considera válido: así, siguiendo al pandectista francés Pothier, se repetirá hoy en día que la causa de las obligaciones es, por ejemplo, un contrato. La Jurisprudencia clásica aproxima estas figuras autónomas a otras de obligaciones nacidas de contrato por razón de analogía. El “pago de lo indebido” se parece a un préstamo o mutuo. De aquí que los compiladores justinianos crearan un concepto abstracto y único de obligación nacido como de contrato (*quasi ex contractu* > *ex quasi contractu*), agrupando simétricamente en cuatro categorías los supuestos de obligaciones: contratos, delitos, cuasicontratos, cuasidelitos.

Por otro lado, el proceso de construcción del concepto de contrato en Roma, en relación con la idea de pacto y de convención se suele describir de este modo: *Contrahere* se estima como término no técnico. Significa “contraer”, es decir, ser destinatario de algo negativo (como cuando aún hoy decimos “contraer una enfermedad” o “contraer una obligación”). Pero también significa “celebrar” (por ejemplo, nupcias, al igual que hoy) o, más generalmente, realizar un acto lícito o ilícito. En este segundo sentido, significaría “cometer”¹⁰. *Contractum*, participio pasivo del verbo *contrahere*, significa “lo contraído”. Así, contrato es todo acuerdo de voluntades (toda convención)

(literalmente, de cosa, de palabras, de escritos, de consentimiento). Probablemente, cuando Gayo incorpora al delito como fuente de las obligaciones, la entera teoría general de las obligaciones había sido ya realizada en torno a los contratos exclusivamente. Por eso, era tradicional referirse a los contratos como géneros de una única fuente de obligaciones. Gayo, sin embargo, advierte en el mismo texto, al final, que el supuesto del pago (o cobro) de lo indebido por error no encaja en la categoría del contrato, porque la intención presente en este acto es la de crear obligaciones, mientras que en aquel es la de extinguirlas; es decir, sendas intenciones son exactamente opuestas.

¹⁰ Así, por ejemplo, en el conocido texto de Papiniano sobre la definición de la ley (D. 1.3.1): «La ley es precepto común, decreto de hombres prudentes, corrección de los delitos que por voluntad o ignorancia se cometen, y pacto común de la república».

V. también este fragmento de Ulpiano, de mucho interés en relación con el enriquecimiento injusto, en el que aparece reflejado un supuesto de prevaricación judicial:

Ulp. 26 ed. D. 12.5.2.2: «Pero si di para que en una causa justa fallase el juez a mi favor, se ha dicho ciertamente que ha lugar a la condición; pero este también comete un crimen, porque se entiende que corrompe al juez; y no ha mucho que dispuso nuestro Emperador, que él perdiese el pleito».

destinado a crear obligaciones y, por lo tanto, dotado de una acción para exigir las. En este sentido, se distingue del pacto que en el derecho romano clásico este último sólo generaba, por lo general, una excepción.

Gracias a la Jurisprudencia clásica - en especial aplicada al ámbito del *ius gentium* - se fue formando poco a poco la concepción según la cual, en todo negocio bilateral (es decir, en el que intervienen dos partes), la fuerza productiva de la obligación está en la convención, en el acuerdo que interviene entre las partes. Acuerdo suficiente para hacer surgir la obligación en los llamados contratos consensuales del *ius gentium*; en otros en cambio -en los surgidos del *ius civile*-, se precisa además la utilización de formas solemnes o el cumplimiento de determinados actos como la entrega de la cosa. Pero en todos los contratos (inclusive, por ejemplo, la *stipulatio*, que se perfecciona a través de las palabras y que es el prototipo de los negocios solemnes), se termina por no admitir su validez si no existe el consenso de las partes. En un texto básico de nuestra tradición jurídica, 4 ed. D. 2.14.3 *in fine*, Ulpiano informa de que esta fundamental idea procede del jurista Pedio (siglo I d. C.): «Pero de tal modo es genérica la palabra convención, que, como sutilmente dice Pedio, no hay ningún contrato, ninguna obligación, que en sí no contenga convención, ya se haga de obra, ya de palabra; porque aun la estipulación, que se hace de palabra, es nula, si no tuviera el consentimiento»¹¹.

4.- Hasta aquí la versión tradicional, que, como digo, puede leerse prácticamente en cualquier obra jurídica con referencia a la figura del contrato y de las fuentes de las obligaciones. Si analizamos las fuentes jurídicas con más detalle, no obstante, enseguida percibimos una mayor riqueza doctrinal que la expuesta por esta línea de pensamiento, que, por otra parte, nos resulta muy familiar, y en la que nos hallamos muy cómodos.

He dicho que el derecho romano no consideraba el simple acuerdo entre dos partes (*pactio*, *pactum conuentum*, en sentido estricto) como productivo de obligación. En realidad, esto es discutible porque ya desde el derecho antiguo en el que la voz *pactum* aparece, es decir, con siglos de anterioridad a la de contrato, el pacto pudo no tener un sentido meramente negativo, generador de una excepción procesal, sino también

¹¹ «*Adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, siue re siue uerbis fiat: nam et stipulatio, quae uerbis fit, nisi habeat consensum, nulla est*». Información precisa de este proceso histórico puede recabarse en FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. *Derecho Privado Romano*. 9ª ed. Madrid: Iustel, 2016. 465–476. La bibliografía sobre el concepto de contrato en el derecho romano, por otro lado, es abundantísima. Entre otros muchos trabajos relativamente recientes citemos aquí algunos de los más relevantes: CANNATA, A. *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*: Il Congresso Internazionale ARISTEC, Palermo, 7-8 giugno 1995. Torino: Giappichelli. Ed., 1997. pp. 35–61; CASCIONE, C. *Consensus. Problemi di origine, tutela processuale. Prospettive sistematiche*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2003; AA VV. *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*. BURDESE, A. ed., Padova: CEDAM, 2006.

positivo o creativo de una relación obligacional. En la doctrina romanística mayoritaria esta idea no se suele admitir, pero, como digo, es discutible. Por otro lado, de lo que no cabe duda es de la inequívoca tendencia del derecho romano a proporcionarle un mayor alcance jurídico mediante la progresiva concesión de tutela de un número creciente de pactos a través de acción, fenómeno este que promueve tanto el derecho honorario como el derecho imperial clásico.

No obstante, es verdad que en el derecho clásico, quizás por influjo del príncipe Augusto, deseoso de controlar todos los mecanismos de creación del derecho, el pacto no es considerado relevante como fuente de obligación, o más bien, como engendrador de acción: '*nudum pactum obligationem* [en realidad, *actionem*] *non parit*' («el nudo pacto no engendra obligación [o acción]»), regla esta que, como veremos, producirá insatisfacción y moverá a crítica a los intérpretes del derecho a partir Edad Media. La Jurisprudencia clásica operó una interpretación restrictiva del término pacto que, en origen, es decir, constatable ya en la ley de las XII Tablas, poseía una eficacia no meramente extintiva o naturaleza negativa, sino también positiva o creativa. Los juristas republicanos hablan todavía, por ejemplo, del “pacto de sociedad”, lo que da una idea de que el contrato de sociedad todavía no estaba formado, pero también de la amplia dimensión poder generativo del pacto¹².

En ese sentido, el pretor, por razones de equidad, prometió en su edicto que tutelaría los pactos concluidos sin dolo y no contrarios o en fraude de leyes, constituciones imperiales, senadoconsultos, ... Se trata del famoso edicto *de pactis conuentis*, en el punto de mira, por cierto, de la literatura marxista, porque constituía una pieza clave del sistema jurídico y económico romano, modelo de organización para las naciones futuras y hasta del orden internacional. En efecto, el magistrado sancionaba a través de su disposición la iniciativa privada y la libertad negocial, y otorgaba genérica protección jurídica a cualesquiera pactos estableciesen las partes entre sí (*pacta conuenta seruabo*, tutelaré los pactos convenidos) siempre que no vulneraran las fuentes del derecho directa o indirectamente (es decir, a través de fraude, expresamente citado así) o mediante dolo¹³. Aparte de prestar base al principio general del derecho de autonomía

¹² Esta es, por ejemplo, la opinión, no mayoritaria, del romanista italiano Filippo Gallo: GALLO, F. *Synallagma e Conventio nel Contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne. Corso di Diritto Romano. I.* Torino: G. Giappichelli Editore, 1992, 40 y ss.

¹³ Ulp. D. 2.14.7.7: «Dice el Pretor: “Mantendré los pactos convenidos que no se hubieren hecho ni con dolo malo, ni contra las leyes, plebiscitos, senadoconsultos, edictos de los príncipes, y por los que no se cometa fraude contra cualquiera de ellos”.» («*Ait praetor: “pacta conuenta, quae neque dolo malo, neque aduersus leges plebis scita senatus consulta decreta edicta principum, neque quo fraus cui eorum fiat facta erunt, seruabo”.*»). Entre los numerosos trabajos de ALBURQUERQUE, J. M. en torno a la figura del *pactum*, v. el siguiente: *En torno a la formulación edictal: pacta conuenta... seruabo*, Universidad de Córdoba 1990. pág. 63 y ss.

privada o a la propia concepción de la *lex contractus* (entendida, desde este punto de vista, como ley privada, *lex priuata*, entre las partes), se trata de un filón imprescindible para la formación del famoso principio, hoy clave en el comercio internacional, y, en general, fundamento del proceso de unificación internacional del derecho, de '*pacta sunt seruanda*' (los pactos se deben cumplir) junto con el conexo principio de autonomía de la voluntad¹⁴.

El esquema romano de contratos aparece, sin embargo, caracterizado por la tipicidad. Al menos, esto es lo que repite la mayoritaria doctrina romanística tradicionalmente. Para que se le atribuyese la naturaleza de *contractus* se requería en efecto, o que el consentimiento se acompañase de la entrega de la cosa *-re-*, o la utilización de determinadas formas solemnes orales *-uerbis-*, o escritas *-litteris-*, o bien que se refiriese a una de aquellas convenciones tipificadas y más frecuentes *-compraventa, arrendamiento, ...-* denominadas contratos consensuales. Esta es la conocida lección de Gayo en sus Instituciones. Como veremos, no obstante, uno de los más grandes genios jurídicos romanos, Labeón, de época augustea, se ocupó de dar oportuna protección a nuevas figuras de contratos que no encajaban en los modelos acostumbrados (contratos innominados), intentando así dar respuesta a la pujante economía capitalista movida por la iniciativa de numerosos empresarios que llevaban a cabo lucrativas actividades mercantiles (banca, concesiones arrendaticias del Estado romano tales como explotaciones de diferentes recursos o materias primas, cultivos de campos, exacción de impuestos, etc., así como el comercio marítimo y terrestre a gran escala)¹⁵.

Contrahere y *contractus* asumen, según la línea doctrinal iniciada en el siglo I d. C. y aceptada por los juristas clásicos, y particularmente por Ulpiano¹⁶, el nuevo significado

¹⁴ El edicto de *pactis conuentis* -Gallo *op. cit.* (en nta. 12) 65-66-, por otra parte, no cita qué remedios procesales debe utilizar el magistrado para tutelar los pactos convenidos. Constituye, además, un testimonio de la falta de tipicidad negocial en el derecho romano, pues a través de este edicto quedaron protegidos los pactos no formales, con independencia de aquellos que se especificaron en figuras típicas como compraventa o sociedad. En la época clásica, sucedió, sin embargo, que el efecto de los pactos previstos por ese edicto quedó reducido a la producción de una excepción.

¹⁵ GALLO, F. *op. cit.* (nta. 12), 160 ss. En contra, FIORI, R. *Carmina Iuris*. Mélanges en l'honneur de Michel Humbert. CHEVREAU, E.; KREMER, D.; LAQUERRIÈRE-LACROIX, A. eds., Paris: De Boccard, 2012. '*Contrahere*' in *Labeone*, pp. 324. A favor, sin embargo, al menos en cuanto al carácter innovador del *agere praescriptis uerbis* labeoniano, PARICIO, J. *Contrato. La formación de un concepto*. 2ª ed. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Civitas. Editorial Aranzadi, 2008. pp. 51 y ss.

¹⁶ En un texto fundamental para interpretar en un cierto sentido, el suministrado por este jurista, el significado de los términos pacto, contrato y convención que servirá de modelo para los estudiosos de los siglos venideros hasta el momento presente: Ulp. 4 *ed. D.* 2.14.1-4: «Es natural la equidad de este edicto, porque ¿qué cosa hay tan conforme a la fe humana que cumplir los hombres lo que entre sí han pactado? 1 Pero se dice pacto de pacción; de donde también se ha acuñado el término "paz". 2 Y es pacto el consentimiento de dos o más sobre una misma cosa convenida. 3 La palabra convención es genérica, y corresponde a todo aquello sobre lo que, para

de “convenir” y de “convención”, refiriéndose sólo a aquellas obligaciones que surgen por convención entre las partes (y no a aquellas que surgen de un acto lícito, pero no convencional, como puede ser el pago de lo indebido por error, que genera la obligación de devolver lo recibido indebidamente). Este nuevo significado de *contractus* o contrato equivalente a “acuerdo como fuente de obligación” es el que acogió la compilación justiniana y han aceptado la doctrina y las legislaciones modernas.

Los dos primeros testimonios de la voz *contractus* los encontramos en fuentes muy dispares: uno de ellos en el tratado de agricultura, *De re rustica* (1.68), de Varrón, donde se habla de *contractus aciniorum* a propósito de la contracción, es decir, arrugamiento o desecación de los granos de uva. El otro testimonio, aportado por Gelio (*Noches Áticas* 4.4) y relativo a la doctrina del jurista republicano Servio, uno de los jurisconsultos romanos más brillantes del último siglo de la República, gira en torno a los esponsales o promesas de futuro matrimonio, que define como “contrato de estipulaciones y *sponsiones*” en un sentido aún neutro y genérico, es decir, como “acto concluido”, o incluso como “celebración”.

El fundamental edicto ‘*de pactis conuentis*’ atrajo sin duda la atención de los juristas medievales que se decidieron, como veremos, a construir la teoría, relativa más tarde al contrato, a partir de la idea de pacto y no de la de contrato. Este y otros muchos textos, pero, entre todos, dos concretamente han sido particularmente relevantes en este proceso. En ellos se alberga una definición de la voz “pacto” (*pactum*) que se transmite a través de los Glosadores y posteriores generaciones de juristas europeos hasta alcanzar las más influyentes obras previas al conocido fenómeno de codificación del derecho civil (*Tratado de las Obligaciones* de Pothier, por todas) y, hoy en día, obras jurídicas tanto del derecho privado como del derecho público.

Veámoslos:

celebrar o transigir un negocio, consienten los que entre sí lo tratan; porque así como se dice que convienen los que de diversos puntos se reúnen y van a un mismo lugar, así también los que por diversos movimientos del ánimo consienten en una misma cosa, esto es, se encaminan a un mismo parecer. Pero de tal modo es genérica la palabra convención, que, como sutilmente dice Pedio, no hay ningún contrato, ninguna obligación, que en sí no contenga convención, ya se haga de obra, ya de palabra; porque aun la estipulación, que se hace de palabra, es nula, si no tuviera el consentimiento. 4 Pero la mayor parte de las convenciones reciben otro nombre, como el de compra, arrendamiento, prenda, o estipulación». («*Huius edicti aequitas naturalis est. Quid enim tam congruum fidei humanae, quam ea quae inter eos placuerunt seruire? 1. Pactum autem a pactione dicitur (inde etiam pacis nomen appellatum est). 2. Et est pactio duorum pluriumue in idem placitum et consensus. 3. Conuentionis uerbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt qui inter se agunt: nam sicuti conuenire dicuntur qui ex diuersis locis in unum locum colliguntur et ueniunt, ita et qui ex diuersis animi motibus in unum consentiunt, id est in unam sententiam decurrunt. Adeo autem conuentionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conuentionem, siue re siue uerbis fiat: nam et stipulatio, quae uerbis fit, nisi habeat consensum, nulla est. 4. Sed conuentionum pleraeque in aliud nomen transeunt: ueluti in emptionem, in locationem, in pignus uel in stipulationem.*».

Ulp. 4 *ed. D.* 2.14.1-2: «1. Pero se dice pacto, de pacción; de donde también se ha acuñado el término “paz”. 2. Y es pacto el consentimiento de dos o más sobre una misma cosa convenida» («*Pactum autem a pactione dicitur; inde etiam pacis nomen appellatum est. Et est pactio duorum pluriumue in idem placitum consensus*»).

Ulp. 4 *disput. D.* 50.12.3 *pr.*: «El pacto es el consentimiento y la convención de dos; la policitación es, en cambio, la promesa del solo oferente» («*Pactum est duorum consensus atque conuentio, pollicitatio uero offerentis solius promissum*»).

En otro relevante texto, D. 50.17.73.4 (*liber singularis hórōn*), el gran jurista republicano Quinto Mucio Escévola, considerado “padre de la ciencia jurídica europea”, en su obra de comentarios al derecho civil (*ius ciuile*) en 18 libros en la que, entre otras cosas, plasma el sistema externo del moderno derecho civil (herencias o sucesiones, personas y familia, cosas y obligaciones), refleja todavía un sistema de fuentes pasado en actos típicos: pactos, cláusulas negociales propias de los actos formales librales (mancipación por todas), la *stipulatio*, a los que habría que añadir, por estar ya presentes en su época (lo que sabemos gracias al testimonio de Cicerón en *pro Roscio* 5.14¹⁷), las anotaciones contables de deuda (*expensilatio*). Este fragmento es relevante también por expresar una conocida regla, hoy aún más presente en el sistema del *Common Law* que en el de derecho civil, *alteri stipulari non potest* o prohibición de estipular en favor de tercero, por el carácter personal del vínculo obligacional (*privity of contract*):

«Nadie puede dar caución en favor de un tercero mediante pacto, cláusula negocial o estipulación» («*Nec paciscendo nec legem dicendo nec stipulando quisquam alteri cauere potest*»).

En D. 46.3.80 (Pomp. 4 *Muc.*)¹⁸ se enuncia el principio de simetría de creación y extinción de las obligaciones: «de la manera que se contrató así se debe disolver». Lo interesante de esta formulación es que no aparece lingüísticamente referida,

¹⁷ GALLO, F., *op. cit.* (nta. 12), 31.

¹⁸ «De la manera que se contrató así se debe disolver, de suerte que, cuando se haya contratado mediante una cosa, se debe pagar con la cosa, o, cuando hayamos dado en mutuo, se debe devolver otra tanta cantidad. Y cuando contratamos verbalmente alguna cosa, la obligación se debe disolver o con la cosa, o verbalmente; verbalmente, como cuando al prometedor se le da por pagado; con la cosa, como cuando entrega lo que prometió. Igualmente, cuando se contrató compra, o venta, o locación, como quiera que se pueden contratar por el nudo consentimiento, se pueden disolver también por el disentimiento contrario» («*Prout quidque contractum est, ita et solui debet: ut, cum re contraxerimus, re solui debet: ueluti cum mutuum dedimus, ut retro pecuniae tantundem solui debeat. Et cum uerbis aliquid contraximus, uel re uel uerbis obligatio solui debet, uerbis, ueluti cum acceptum promissori fit, re, ueluti cum soluit quod promisit. Aequae cum emptio uel uenditio uel locatio contracta est, quoniam consensu nudo contrahi potest, etiam dissensu contrario dissolui potest*»).

respectivamente, a un vincularse (*obligari*) y a un resolverse (*solui*)¹⁹. *Contrahere*, como se evidencia o su relación con *soluere* en el texto, significa no tan sólo celebrar o realizar un acto negocial, sino crear obligaciones. Esto implica un grado más elevado de abstracción por encima de los actos concretos generadores de obligaciones pues el verbo *contrahere*, así utilizado aquí, los engloba a todos. A juicio de Gallo²⁰, la elección de este término por parte de Quinto Mucio supone la superación de la idea material de la obligación y «expresa el carácter jurídico del vínculo; prepara -si no contiene ya *in nuce* la idea de relación». Esta interpretación, sin embargo, no es pacífica²¹.

Cicerón, por otro lado, recuerda la importancia del pensamiento muciano a propósito de la *fides bona* negocial (*de officiis* 3.17.70)²². Una clara referencia al recto comportamiento de las partes negociales se observa al comienzo del texto como concerniente a la cláusula *ex fide bona* (mejor expresada así que '*ex bona fide*'), pero integra lo que se denomina "buena fe objetiva", que, al decir de este gran jurista, constituye un "dimanar abundantísimo" de efectos²³. Esto nos hace recordar la conocida expresión '*uberrimae fidei*' del *Common Law*, utilizada para salvar en ciertos actos, por ejemplo, en los contratos de seguro, la general prohibición de contratar en favor de tercero vigente en ese sistema (impuesta por el antes citado principio de *privity of contract*; lo que denominamos en el nuestro "eficacia relativa del contrato").

Esa buena fe objetiva se plasma, no en un ingenuo buen comportamiento entre las partes (como la lacerada crítica desde el *Common Law* no deja de reprochar al sistema de derecho civil), sino en moldes objetivos de conducta creados ya por el derecho romano²⁴. El derecho norteamericano, más recientemente, ha aceptado el principio

¹⁹ GALLO, F. *ibíd.* (nta. 12), 54.

²⁰ *Ibíd.* 55.

²¹ V. en contra: FIORI, R. en *Fides Humanistas Ius*. Studi in honore di Luigi Labruna. 3 Napoli: 2007. *Contrahere e solvere obligationem in Q. Mucio Scevola*, pp. 1955–1974.

²² V. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001*: Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese. GARÓFALO, L. ed., Padua, 2003. *De los "arbitria bonae fidei" pretorios a los "iudicia bonae fidei" civiles*, pp. 31-58. Sobre la figura de Quinto Mucio Escévola: FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. *Juristas Universales*. Domingo, R. ed., Madrid-Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S. A., 2004. *Quinto Mucio Escévola El Pontífice*, pp. 117-121. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. *El papel de la buena fe en los pactos, arbitrajes y contratos*. *Revista General De Derecho Romano*, 2010, vol. 15.

²³ Cfr. artículo 1258 del Código civil español: «Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley».

²⁴ ADAME GODDARD, J., *El principio de la buena fe en el derecho romano y en los contratos internacionales y su posible aplicación a los contratos de deuda externa* ([Ghttp://studylib.es/doc/479205/jorge-adame-goddard-el-principio-de-la](http://studylib.es/doc/479205/jorge-adame-goddard-el-principio-de-la)), p. 29: «En la experiencia

general de la buena fe en su *Restatement of contracts* (2), no así el derecho inglés²⁵. Los principios Europeos del Derecho Contractual (PECL) también lo incorporan (art. 1:201). El Código civil alemán, que no ofrece una definición de contrato, sí introduce expresamente el principio en el conocido §. 242.

Una versión un tanto simplista, por cierto, ofrecía la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea (2011) cuando definía en su art. 2 (relativo a *Definiciones*) la “buena fe contractual” como «una norma de conducta caracterizada por la honradez, la franqueza y la consideración de los intereses de la otra parte de la transacción (sic) o de la relación en cuestión». Los recientes principios Unidroit (2010) convierten al principio de autonomía privada y libertad contractual, así como al de buena fe, ambos romanos, como pilares del moderno régimen jurídico de *soft law* –cuya traducción latina probablemente más ajustada sería la de “leyes imperfectas” (*leges imperfectae*)– del comercio internacional. Veremos más adelante el extraordinario alcance de la buena fe a propósito de la propia noción de contrato.

5. En efecto, se debe a uno de los más grandes jurisconsultos romanos en absoluto, relativamente poco conocidos por el gran público incluido jurídico, Marco Antistio Labeón, o simplemente Labeón (en latín *Labeo*), hijo de otro conocido jurista, Pacuvio Labeón, una de sus creaciones más geniales, precisamente en materia de derecho de obligaciones: una nueva noción técnica de contrato²⁶. Gramático experto, siempre atento

romana clásica se precisaron esos ocho contenidos del principio de buena fe ya mencionadas arriba y que ahora repito, como muestra de lo que los jueces modernos podrían definir: i) la consideración de la culpa (falta de diligencia) para definir el incumplimiento de las obligaciones contractuales y del ii) el monto de la condena ha de resarcir el interés del actor en que la obligación se hubiera cumplido; iii) la represión del dolo, entendido en sentido amplio como engaño provocado o aprovechamiento del error o ignorancia espontánea de la otra parte; iv) la interpretación del contrato con el criterio de discernir lo realmente convenido por las partes con preferencia a la literalidad de las palabras v) la consideración de todos los pactos que hubieran hecho las partes aunque no los invocaran en la fórmula; vi) el tener como convenidos los elementos naturales del negocio; vii) la compensación de las deudas recíprocas derivadas del mismo contrato y viii) la consideración de la equidad o el equilibrio entre las prestaciones».

²⁵ Así se expresó el abogado inglés Vivien Gaymer, Jefe del Departamento Legal de la Compañía *Enterprise Oil*, a propósito de la aceptación del principio de buena fe por los Principios Unidroit: «El artículo 1.7 exige que cada una de las partes actúe de acuerdo con la buena fe y negociaciones correctas. Este no es un principio general del derecho contractual inglés, ni tampoco puede ser inmediatamente exigido por él. De la misma manera, reservo mi opinión acerca del Capítulo 4, relacionado con la interpretación. Me temo que muchos abogados en el Reino Unido considerarán este concepto como un molesto cuerpo extraño alusivo a la intención de las partes» (*UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts. International Chamber of Commerce*. 1997. (Citado por José Luis López B., Universidad de Chile, convencioneviende1980definicionyambitoaplicacion-111207170403-phpapp01).

²⁶ Por supuesto, este punto sigue siendo objeto de enorme discusión en la romanística internacional. En España, la ha defendido tenazmente Álvaro d’Ors, y su teoría acerca de las fuentes de las obligaciones ha influido en el Fuero Nuevo de Navarra (Leyes 488 y ss., donde los

a la más correcta utilización de los términos y su delimitación técnica más precisa, autor de más de 400 volúmenes, pero, sobre todo, un innovador del derecho. Justamente eso es lo que, al decir de Pomponio (*enchirid.* D. 1.2.1.47) -autor de la única monografía sobre la vida y obra de los juristas anteriores a él, también relevante jurista imperial-, se afirma de él, y es lo que va a caracterizar a la escuela de juristas que él encabeza y que recibe el nombre de otro de sus insignes representantes: la escuela proculiana o proculeyana (en atención al nombre del jurista imperial *Proculus*). Labeón era además persona vocacionalmente dedicada al estudio y a la enseñanza del derecho: de hecho, dividía el año en dos mitades reservando para cada una de ellas las antedichas actividades respectivamente. En la ciudad, en Roma, enseñaba derecho durante una mitad del año; y en el campo, retirado del mundanal bullicio de la urbe, se dedicaba a escribir sus obras de derecho.

Pero no sólo su perfil biográfico interesa por estos datos anecdóticos, sino también con su declarado rechazo a recibir cargos y honores. Como es sabido, el astuto príncipe Augusto, a través de su excepcional inteligencia política logró transformar el régimen de libertad republicana (*libertas*), caótico en sus últimos decenios de existencia, en otro, comúnmente denominado de Principado. En este nuevo ámbito político, el príncipe, esto es, primer ciudadano, controlaba todos los resortes del poder a socapa de un exquisito uso de las formas republicanas, y en concreto, de un extraordinario respeto por el Senado romano; he aquí un singular y antológico ejemplo en la historia de la humanidad de lo que los constitucionalistas denominan “disociación entre constitución formal y constitución material”. Aún hoy se sigue discutiendo si ese proceso histórico y político constituyó una reforma o, más bien, una revolución en manos de este genial político de guante blanco, pero de puño de hierro. Pues bien, ni el mismísimo Augusto logró vencer la indómita voluntad de independencia con respecto al poder del jurisconsulto, no ya con lisonjas o adulaciones dirigidas al genio creador del jurista (el narcisismo y la soberbia, vicios presentes también entre nosotros, fueron rasgos que caracterizaron a otros juristas, pero no parece que a Labeón), sino con algo tan tentador como el ofrecimiento del consulado al jurisconsulto romano. Es igualmente sabido que el poder político, a través de los tiempos, ha poseído y posee una recurrente manía por intentar controlar el derecho, sus mecanismos de creación y a sus artífices.

Este es el texto labeoniano fundamental al que venimos aludiendo en materia de definición del contrato:

Ulp. *ed.* 11 D. 50.16.19: «Labeón define en el libro primero del pretor urbano,

contratos aparecen diferenciados de los préstamos y de las estipulaciones). Contrario a esta pretendida innovación labeoniana respecto de la definición del contrato v. ahora Fiori *op. cit.* 325 ss.

que unas cosas se hacen, otras se gestionan, y otras se contratan. Y ciertamente que la palabra “acto” es general, ya sea que alguna cosa se haga de palabra, ya sea que realmente, como en la estipulación, o en la entrega de cantidad; pero “contrato” [¿“contraído”?] significa obligación de una y de otra parte, lo que los griegos llaman *synállagma*, como la compra, venta, locación, conducción y sociedad; “gestionado” significa cosa hecha sin palabras»²⁷.

En primer lugar, una simple lectura del texto refleja algo sorprendente: lo que muchos manuales de derecho, incluso de derecho romano, afirman, que el derecho romano no conoció una noción técnica de contrato, se ve refutado en su precisa acepción identificativa como “obligación de una y otra parte”. En efecto, la historia del contrato como fuente de obligaciones posee una mayor riqueza que la tradicional versión que conecta las figuras de Gayo, Ulpiano y finalmente, pasando por el trámite de la obra posclásica de las llamadas “Reglas de Gayo” hasta llegar a las Instituciones de Justiniano.

Por otro lado, resulta llamativo que Ulpiano recoja una opinión que el mismo no comparte. Aunque no aparece en el texto, porque los compiladores probablemente lo eliminaron, es muy posible que lo hiciera con el fin de someterla a crítica. He dicho, además, que Labeón era experto conocedor de la gramática latina y, en consecuencia, la utilizaba en la resolución de sus casos y en sus comentarios, particularmente desde el punto de vista de la semántica, como instrumento fundamental del razonamiento jurídico. Más parece que una sentencia como la célebre de Javoleno, un jurista posterior a él, según la cual “toda definición en derecho civil es peligrosa” no le habría causado particular resquemor.

Pero Labeón comentaba un edicto del *edictum perpetuum* en su primer libro de comentarios (si es que este último número es correcto): ¿cuál? No lo sabemos a ciencia cierta. Por el número de los comentarios de Ulpiano (11) se ha hipotetizado que ese edicto sería el relativo a la *restitutio in integrum* por razón de intimidación en materia de negocios. En efecto, allí aparece citado el verbo “*gerere*”: «*quod metus causa gestum erit, ratum non habebō*» (lo que se haya hecho por causa de miedo o intimidación no lo tendré por válido). Se trata de una innovación no poco relevante en la historia del

²⁷ *Labeo libro primo praetoris urbani definit, quod quaedam “agantur”, quaedam “gerantur”, quaedam “contrahantur”: et actum quidem generale uerbum esse, siue uerbis siue re quid agatur, ut in stipulatione uel numeratione: contractum autem ultro citroque obligationem, quod Graeci synallagma uocant, ueluti emptionem uenditionem, locationem conductionem, societatem: gestum rem significare sine uerbis factam.*

derecho, pues es la primera vez que la intimidación (junto con la violencia subsumida en aquella) se consideran hechos relevantes para la impugnación de un negocio²⁸.

Así, por ejemplo, Filippo Gallo²⁹ opina que Labeón, por consiguiente, podría estar ofreciendo en este fragmento una definición de “*gerere*” para la que el jurista augusteo recurriría a una *partitio*, esto es, a la descomposición del objeto en diversos miembros, aquí, el *agere* y el *contrahere*. Según esta hipótesis, el añadido referido a *gestum* como lo hecho sin palabras (*sine uerbis*) provendría de una mano posterior. El *gerere*, de difícil traducción (algo así como “llevar a cabo una actividad humana, particularmente comercial”), parecería pues comprender tanto el *agere*, que es -como afirma el texto- voz general, referida a un actuar humano en materia de negocios, tanto de palabra como de hecho, y el *contrahere*, que en sí mismo es un tipo de actuación humana (por lo tanto, encuadrable en el general *agere*), pero especificada con suma precisión: se trataría, exclusivamente, de un tipo de acto que hiciera surgir una relación obligacional recíproca.

Por su parte, *gestum* parece, según esta interpretación, perder sentido, definido como “lo que se hace sin palabras” (sin que este obrar signifique que deba ser necesariamente oral)³⁰. Curiosamente coincide con el término de nuestro idioma “gesto”. Por ejemplo, en una compra por subasta, alzar un dedo se considera una declaración de voluntad. Es verdad que el verbo general *agere* podría entenderse incluido, aunque el ejemplo que ofrece el acto obligacional *re* es el de una conducta determinada: la entrega de una cosa en los préstamos. Podría conjeturarse, no obstante, que *re* se refiere no exclusivamente a esa hipótesis sino a un hecho que alguien ha producido sin que hayan mediado palabras (por vía oral o escrita). Desde luego, pueden hallarse textos que contribuirían a asegurar esta interpretación no referidos exclusivamente al comportamiento típico de los préstamos.

Como se ha dicho ya, este fragmento refleja la inquietud de precisar el alcance de tres términos (*gerere*, *agere*, *contrahere*) que junto con el de *facere* constituyen el núcleo de la reflexión en embrión sobre la teoría de los hechos jurídicos, su distinción en hechos y en actos jurídicos, a su vez, y la creación, en el seno de estos últimos, del negocio jurídico. El último de ellos, *facere*, es el más amplio de todos en el latín jurídico, dado que engloba también la actividad no humana (animal, por ejemplo). Por eso, ha resultado ser

²⁸ Desde luego, habida cuenta de la colocación del comentario de Labeón en su propia obra, y suponiendo que el número indicado fuese correcto, cabría suponer que la referencia del jurista augusteo fuera a un edicto situado al comienzo del *Album* pretorio. Fernández Barreiro (*La previa información del adversario en el proceso privado romano*, Pamplona, 1969, 157 ss.) ha sostenido que se trata del edicto *de edendo*.

²⁹ *Op. cit.* 82 ss.

³⁰ No cree, sin embargo, que sea superfluo, ni que esté interpolado PARICIO, J. *Contrato. La formación de un concepto*. 2ª ed. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Civitas. Editorial Aranzadi, 2008, 45.

el elegido por la doctrina posterior, que habla de los hechos como categoría más general de los acontecimientos. El *gerere* tiene que ver siempre con un obrar humano y en relación con negocios -como digo-, aunque no hace falta que estos consistan necesariamente en tratos comerciales: en la gestión de negocios ajenos (*negotiorum gestio*) el acto humano es uno cualquiera realizado en interés de otro (por ejemplo, apagar un incendio en casa del vecino), aunque es verdad que debe su origen a la necesidad de defensa procesal de los intereses de los ausentes. No sin cierta gracia, Varrón (*De l. l. 6.77*), refiriéndose en todo caso a un obrar humano, proponía el siguiente ejemplo: mientras que una fábula la hace (*facere*) su autor y no la “actúa” (*agere*), el actor la “actúa” sin que la “haga”. Y el general de un ejército ni “hace” ni “actúa” la guerra, sino que la lleva (*gerere*), del mismo modo que se dice comúnmente “llevar las cargas” (*onera gerere*) a propósito de este último verbo. Me parece que no difiere mucho esto último respecto de cómo se define “gestionar” en nuestra lengua según el Diccionario de la Real Academia: «Llevar adelante una iniciativa o un proyecto; ocuparse de la administración, organización y funcionamiento de una empresa, actividad económica u organismo; manejar o conducir una situación problemática». Por otro lado, en el latín no jurídico ‘*gerere*’, en el sentido de realizar un negocio, es muy común³¹.

Sea como fuere, debemos centrarnos en el significado del verbo *contrahere* que, como digo, posee un inequívoco sentido técnico. Una parte de la doctrina ha interpretado que la reciprocidad expresada por el adverbio *ultra citroque* se refiere a la propia bilateralidad de la convención³², pero no resulta fácil entenderlo así.

6.– Detengámonos ahora un momento. ¿No nos parecía una irrefutable verdad, hasta el extremo de lo banal, que el contrato no haya podido ser otra cosa que un acuerdo de voluntades? ¿No era esto lo fundamental? ¿Es verdad, no obstante, que, en algún momento de la historia del derecho, ha podido ser definido de otro modo y, además, con exquisita técnica jurídica? ¿Nuestros actuales contratos, entonces, habrían podido, o incluso pueden aún, ser entendidos de otro modo hoy en día?

Antes de responder a estas preguntas volvamos, no obstante, de nuevo a la historia del concepto de acto jurídico, que la habíamos dejado pendiente del pensamiento labeoniano que interpretaba la voz “acto” (*actus*) de un modo general. Previa a la

³¹ V. por ejemplo, Cic. *Pro C. Rab. Post.* 1.4. Por otra parte, el verbo *gerere* comprende en el *edictum perpetuum* los términos *agere* y *contrahere* como se aprecia con claridad en la genuina redacción de algunos de ellos: Ulp. D. 4.4.7 pr., Ulp. D. 42.8.1 pr.,...

³² Así Santoro, romanista que ha llevado a cabo relevantes trabajos sobre la cuestión. V., por ejemplo, SANTORO, R. *Il contratto nel pensiero di Labeone. Annali Seminario Giuridico Palermo*, 1983, vol. 83.

aparición del concepto de “negocio jurídico” -según relata Hattenhauer³³-, el Derecho Territorial General de Prusia (1794) acuñó de modo general el concepto de “acto” (*Handlung*). Para ello, modificó un tanto la división gayana de “personas, cosas y acciones” sustituyéndola por “persona, cosa y acto”. Este último, fruto acabado del racionalismo jurídico, significaba la encarnación de la “libertad puesta en práctica”. El esquema se incorporó más tarde como sistema externo u ordenación de materias de la conocida obra de Gustav Hugo “Manual de un Curso Civilístico”, y fue Arnold Heise (1778-1851) el que estableció de manera decisiva esa división como expresiva del sistema del derecho civil, pero, como novedad, incluyó por primera vez, aunque quizás antecedido ya por Daniel Nettelblatt (1719-1791), en el seno de la categoría de “acto”, y comprendida por esta última, la de “negocio jurídico”. Se concebía este, a su vez, como una especie de acto jurídico en el seno de los actos jurídicos lícitos y, por tanto, distinto de los actos ilícitos.

Expresiva de esta época fue la redacción del Código civil austriaco (de 1811), cuyo § 859 declaraba: «los derechos personales sobre cosas, en virtud de los cuales una persona se obliga respecto de otra a una prestación, se fundan o bien directamente en la ley, o en un contrato, o en un daño sufrido»³⁴. Frente al parecer doctrinal común, expresado, por ejemplo, por el insigne jurista Carl Gottlieb Suárez, según el cual “a través de los contratos las cosas y los derechos deben pasar de la propiedad del promitente a la del aceptante merced al mutuo consentimiento”³⁵, el filósofo Immanuel Kant, a la pregunta de “¿qué es lo externo que yo adquiero a través del contrato?” respondió, por el contrario, que el objeto del contrato no era una cosa exterior sino un acto de la parte contractual, o sea, una parte de su libertad (*Metafísica de las Costumbres* §. 20)³⁶.

7.- Ensayemos, con el material aportado hasta ahora, un ejercicio de análisis crítico de algunos aspectos básicos relativos al derecho de obligaciones y contratos de la recientísima reforma (año 2016) del Código civil francés³⁷. En la presente redacción de este código se recoge en el artículo 1101 su consabida definición, extraída de la doctrina del célebre jurista del siglo XVIII Robert Joseph Pothier, que a su vez la toma prestada del también célebre Jean Domat (s. XVII) y que reza así: «el contrato es un acuerdo de

³³ HATTENHAUER, H. *Grundbegriffe des Bürgerlichen Rechts*. München: Verlag C. H., Beck, 2000, 69 ss.

³⁴ HATTENHAUER, H., *op. cit.*, 71.

³⁵ CONRAD-KLEINHEYER p.156 ss. (citado por Hattenhauer *op. cit.* 74-75).

³⁶ HATTENHAUER, H. *op. cit.* 75.

³⁷ Agradezco al prof. Pedro Robles, buen conocedor del derecho civil francés, la lectura y supervisión de este punto.

voluntades entre dos o más personas destinado a crear, modificar, transmitir o extinguir obligaciones». Luego volveremos a ella.

Lo que llama nuestra atención es el título Tercero del libro III que lleva como rúbrica la de “Fuentes de las obligaciones”. A diferencia del Código civil alemán, los franceses deciden seguir sistematizando este punto jurídico no poco relevante. En el artículo 1100, modificado por Ordenanza de 10 de febrero de 2016, las fuentes de las obligaciones se enuncian así: «Las obligaciones nacen de actos jurídicos, de hechos jurídicos o de la sola autoridad de la ley». El artículo 1100-1 declara que entiende por actos jurídicos las manifestaciones de voluntad destinadas a producir efectos jurídicos, y añade que pueden ser convencionales o unilaterales. Asimismo, en párrafo aparte, especifica que su régimen, en cuanto a la validez y sus efectos, es el propio de los contratos.

Por su parte, el 1100-2 explica que los hechos jurídicos son las actuaciones o sucesos a los que la ley vincula efectos jurídicos. Para ellos, según declara el segundo párrafo, el régimen jurídico previsto es el del subtítulo referido a la responsabilidad extracontractual o el del subtítulo relativo a “otras fuentes de obligaciones”. En este último epígrafe, en el Código civil francés, según su actual redacción, se encuadran diversos hechos jurídicos engendradores de obligaciones bien conocidos del derecho romano: los cuasicontratos (gestión de negocios ajenos y pago de lo indebido por error) y, aparte, el enriquecimiento sin causa (o, como lo llama el citado código, “injustificado”). Resulta curioso que este último supuesto lo contemple de ese modo y no como surgido de la ley, conforme a la secular tradición francesa que hunde sus raíces en el derecho romano. Quizás haya sido por lo que los propios pandectistas franceses advirtieron, a saber, que el verdadero origen o fuente de las obligaciones surgidas de enriquecimiento sin causa, más que en la ley, es preciso encontrarlo en la equidad (*ex aequo et bono*), como no se cansan de repetir los juristas romanos, y curiosamente ha sido esta una idea prolífica que ha terminado por invadir el *Common Law* (con la célebre sentencia del juez inglés Maitland en el siglo XVIII que, sin embargo, suscitó gran polémica doctrinal).

Por otro lado, llama la atención, con respecto a los actos jurídicos, su clasificación en convencionales y unilaterales. Como es sabido, la tradición francesa, basada en una línea doctrinal jalonada siglo a siglo (es decir, desde el XVI hasta el XVIII) por figuras de la talla de Du Moulain, Domat y muy especialmente Pothier, todos ellos expertos conocedores del derecho romano, se vincula muy directamente al saber emanado de ciertos textos jurídicos romanos, algunos de los cuales han aparecido ya en nuestra exposición: así, por ejemplo, el de Ulpiano, colocado por los compiladores casi al comienzo del Digesto bajo el título relativo a los pactos (4 *edictum* D. 2.14.1), concerniente a la distinción entre convención y contrato. La relación entre ambos conceptos es de género a especie: todo contrato es una convención, pero no toda

convención es un contrato, porque también puede serlo un pacto; de este surge tan sólo una excepción procesal y no una acción para exigir una obligación. El legislador francés actual ha escogido el término “convencional” para contraponerlo a “unilateral”, y subsume uno y otro bajo el régimen de los contratos. Sorprende ver, pues, que el contrato - obsérvese de paso que no se alude a la figura jurídica germana del negocio jurídico- es el que suministra la base común reguladora de los actos jurídicos. Convencional, por otra parte, contrapuesto a unilateral, parece remontarse a la idea de las declaraciones (no tanto las obligaciones) que surgen de una y otra parte y que convergen en un punto común, de manera que puede hablarse de bilateralidad referida a aquellas. Como digo, eso es lo que les distinguiría de los actos unilaterales, consistentes estos en que para su perfección bastaría la sola voluntad de un sujeto (o, más bien, por su referencia a la creación de obligaciones, ¿se trata de aquellos actos en que una parte adelanta una prestación para obligar a la otra a la realización de un determinado comportamiento?)³⁸.

Al aplicar el régimen contractual a sendos tipos de actos jurídicos parece, pues, que el legislador francés ha actuado movido por un afán de superar la noción estricta de contrato, según la primera línea histórico-dogmática aquí expuesta, y más tradicional, cuya definición, no obstante, continúa siendo, en síntesis, la de acuerdo de voluntades que tiene como objeto una relación obligacional entre las partes, bien para crearla, transmitirla, alterarla o extinguirla. ¿Cómo explicar, entonces, la contradicción flagrante entre esta definición y la que ofrece el código, en el artículo 1124, de la promesa unilateral, figura esta que parece desprovista de la exigencia previa de acuerdo entre las partes? A mi juicio, por la subsunción de ambas categorías en la más amplia de acto jurídico (*actum uerbum generale esse*, decía Labeón). En efecto, la promesa unilateral se define allí como «el contrato por el cual una parte, el promitente, acuerda con la otra, el beneficiario, el derecho de optar por la conclusión de un contrato en el que los elementos esenciales se hallan determinados y para la formación del cual no falta más que el consentimiento del beneficiario». Para el actual derecho civil francés, la promesa unilateral es, pues, un contrato. Como veremos, esto quizás tenga que ver con la tendencia unificadora internacional que se observa también en el acervo comunitario y sobre todo en el acervo internacional, pero también podemos reconocer una línea de pensamiento antigua que puede sufragar esta sorprendente opción dogmática.

Advirtamos de paso que esta actual tripartición del código francés se parece, *mutatis mutandis*, a la antes mencionada, procedente de aquella obrita posclásica atribuida a Gayo denominada “las Reglas de Oro” o “la Jurisprudencia de lo Cotidiano”, en que el

³⁸ En efecto, una cosa es la unilateralidad, bilateralidad o plurilateralidad en el ámbito del negocio jurídico, alusiva al número de partes que le dan existencia, y otra muy diferente esa misma distinción referida al contrato, que expresa el hecho de si las obligaciones surgen a cargo de una parte, o de dos o más.

contrato y el delito, aquel entendido como acto lícito (¿ya convencional?) y este como acto ilícito, se enumeran junto con una tercera categoría, auténtico cajón de sastre, de “diversas figuras de causas”, donde los cuasicontratos y otros supuestos quedaban comprendidos.

8.– Volviendo al texto de Labeón y al término *synállagma*, por mucho que se haya intentado interpretar desde algún sector de la romanística como una referencia al carácter convencional del acto generador de obligaciones -como decía antes-, la alusión del jurista precisa con todo rigor, a mi juicio, que no se trata de reciprocidad de declaraciones sino de obligaciones. Esta es la esencia, según el jurista augusteo, del concepto de contrato, y no el acuerdo de voluntades. Una cuestión, no obstante, que se entrecruza consiste en saber si Labeón utiliza la voz “*contractus*” como sustantivo (“contrato”) o como participio perfecto del verbo *contrahere* (“contraído”). Parece más lo primero. Prácticamente consustancial con ese singular carácter es el principio de buena fe, como veíamos antes, entendido en sentido objetivo como lealtad recíproca entre los contratantes. Repárese, entonces, en que los llamados contratos unilaterales, es decir, aquellos en los que sólo surgen obligaciones para una de las partes, no constituyen verdaderos contratos. O, por decirlo de un modo conciso y gráfico, los préstamos, asimilables en régimen al general del enriquecimiento injusto, no son contratos. Por otro lado, debe recordarse que este texto inspiró sin duda, andando los siglos, a Bechmann³⁹ la creación de las llamadas obligaciones sinalagmáticas, categoría de uso común no sólo entre los civilistas, y la doble consideración del *synállagma* como genético y funcional.

El fragmento en el que aparece citado este término, *synállagma*, pertenece a Ulpiano (4 ed.) y fue colocado por los compiladores también bajo el título relativo a los pactos (D. 2.14.7.2)⁴⁰. Comienza afirmando que, de entre las convenciones de derecho de gentes,

³⁹ *Der Kauf nach gemeinem Recht. Teil I: Geschichte des Kaufs im römischen Recht* (1876).

⁴⁰ «Algunas de las convenciones de derecho de gentes engendran acciones y otras excepciones. 1 Las que engendran acciones no permanecen en su nombre, sino que pasan a un propio nombre de contrato: como, por ejemplo, compraventa, arrendamiento, sociedad, comodato, depósito y otros contratos similares. 2 Pero, aunque no pase la convención a otro contrato, si subyace no obstante una causa, respondió elegantemente Aristón a Celso que había obligación; como por ejemplo “te di una cosa para que tú me dieras otra” o “te di para que hicieras algo” y que esto es el *synállagma*, y que nace de aquí una [obligación] <acción> civil. Por esto creo que Juliano ha sido criticado con razón por Mauriciano en cuanto al siguiente supuesto: te di a Estico para que manumitieras a Pánfilo. Lo manumitiste y Estico fue objeto de evicción. Juliano escribe que el pretor habrá de dar una acción por el hecho; aquel, sin embargo, una acción civil de una cosa incierta, esto es, que basta que sea por las palabras prescritas, pues hay contrato -lo que Aristón llama *synállagma*- de donde nace la acción. 3 Si se ha prometido que no se cometiera un delito, no surge obligación alguna de esta convención. 4 Pero cuando no subyace causa alguna, consta, por razón de la convención, que no puede crearse ninguna obligación: por consiguiente, el nudo pacto no engendra una obligación sino una excepción. 5 Al contrario, en ocasiones configura la propia acción, como en las acciones de buena fe: pues solemos decir que los pactos convenidos se incluyen en las acciones de buena fe. Sin embargo, esto ha de aceptarse siempre que los pactos

unas generan acciones y otras excepciones (procesales, se entiende). Continúa en el párrafo 1 hablando de las primeras, las que engendran acciones, y dice de ellas que no permanecen con su denominación, sino que pasan a una propia denominación de contrato, como la compraventa, el arrendamiento, sociedad, comodato, depósito y otros contratos similares. A continuación, en el párrafo 2, dice literalmente que si el asunto (o negocio) no pasa a otro contrato, es decir, no se plasma en una figura contractual dada, pero si subyace la causa, que con sutileza (*eleganter*) el jurista Aristón había respondido (críticamente) a Celso -por cierto, uno de los grandes juristas romanos de todas las épocas- que había obligación (*obligatio*). Aristón aducía ejemplos como “te di una cosa para que me dieras otra” o “te di para que hicieras algo”. Como se observa, se trata de supuestos de contratos innominados o atípicos, esos mismos que veíamos que, conforme a un sector doctrinal, fueron objeto de atención por parte de Labeón, deseoso de tutelar más eficaz y urgentemente las nuevas figuras que el intenso tráfico mercantil hacía surgir, y que sólo con mucha dificultad podrían ser encajadas en algunas de las categorías contractuales conocidas. Se ha llegado a ver aquí incluso una intención velada de Labeón orientada a escapar del control que, también en materia jurídica, pretendía el príncipe Augusto.

Aristón no era una figura irrelevante. Vivió en el siglo I d. C. y con referencia a él se conserva un extraordinario elogio, quizás algo exacerbado, que le dedica su amigo, muy conocido en la literatura universal por sus epístolas o por su panegírico a Trajano, como Plinio el Joven (*ep.* 1.22.1-4), por lo demás leal colaborador de ese príncipe, y muy cercano a él. Por eso a este jurista se le suele citar como perteneciente a la época en que vivió este gobernante de Roma. Aparte de los usuales encomios dirigidos a los juristas (así, por ejemplo, que era experto tanto en derecho público como en derecho privado, que nada había de lo que se quisiera saber que él lo ignorase, etc.), sorprende que Plinio diga de él, atribuyéndolo a virtud, que, ante la diversidad de pareceres (*diuersitate rationum*), “las más de las veces titubea” (*plerumque haesitat*), “duda”

se hayan insertado al instante (*in continenti*), incluyendo también los que se hayan introducido por parte del demandante. En cambio, si lo fueron después de un tiempo (*ex interuallo*), ni se entenderán introducidos, ni valdrán en caso de ejercitarse la acción, para que no nazca de un pacto una acción. Por ejemplo, cuando se convino después del divorcio que no se devolviera la dote en el tiempo establecido de dilación, sino inmediatamente. Esto no valdrá, para que no nazca de un pacto una acción. Lo mismo escribió Marcelo. También si respecto de la acción de tutela se convino que se prestasen mayores intereses que los establecidos, no tendrá lugar para que no nazca de un pacto una acción, pues se introducen aquellos pactos que dan ley a un contrato, esto es que han sido hechos al comienzo del contrato, como sé que esto mismo dictaminó Papiniano; y si después de la compra, pasado un tiempo, se conviene algo fuera de la naturaleza del contrato, no se puede ejercitar la acción de compra por esta causa en virtud de la misma regla, según la cual no nace una acción de un pacto, lo que habrá de decirse también respecto de todas las acciones de buena fe. Pero el pacto tendrá lugar de parte del demandado, ya que suelen engendrar excepciones también aquellos pactos que se interponen después». V. texto latino, en cuanto a la doctrina de Aristón, en nota 47.

(*dubitat*), a lo que añade que es “de agudo e imponente juicio” (*acri magnoque iudicio*), que analiza las cuestiones “partiendo de su origen y de sus primeras causas” (*ab origine causisque primis repetit*), y le adjudique, incluso, una especie de “decorosa capacidad de vacilación o duda” (*decora cunctatio*). El hombre de la duda, se diría. Pero, en realidad, de lo que habla es de otra cosa muy diferente y opuesta a la de una especie de fragilidad intelectual. Lo que intenta describir Plinio, y destaca como uno de sus rasgos sobresalientes, es, en definitiva, su profundo pensamiento reflexivo. Si bien se mira, es esta una virtud atemporal de la que se debería adornar cualquiera que se vanagloriase de ser considerado jurista, lo cual no deja de contrastar con el ritmo de vida actual y con una cierta concepción utilitarista de la universidad que pretende convertir el trabajo académico en una especie de mercadeo cuantitativo de puntos y condecoraciones. Escrúpulo de aquel viejo sentir continúa siendo la moderna reserva del término “jurista” a un estrecho círculo o pléyade de nombres excelentes, sin que el pudor admita su arrogación por parte de cualquiera que ejerza la profesión de derecho. Algo parecido al fenómeno que se advierte en Roma con respecto al término “jurisconsulto”, sólo aplicable a unos pocos. Una huella de esto último se puede rastrear en las obras del derecho común europeo, en las que la doctrina suele reservar la voz “jurisconsulto” exclusivamente a los juristas romanos, es decir, no extendiéndolo –o solo de manera extraordinaria–, por ejemplo, a autores, algunos celeberrimos, del derecho medieval.

Pues bien, Ulpiano también elogia el parecer de Aristón -lo que merece ser destacado, pues los juristas romanos no solían darse a adulaciones gratuitas entre ellos -. Aristón, en efecto, afirmaba que, respecto de los ejemplos anteriores, correspondientes a lo que denominamos hoy contratos innominados, era identificable la presencia del *synállagma* y, por tanto, podía surgir una acción civil (el texto habla de una obligación civil, pero es evidente que está alterado). A continuación, examina un caso concreto referido al de dar una cosa para que otro haga algo en que, el que recibe la cosa, sufre evicción, esto es, es vencido en juicio por un tercero con respecto al derecho sobre la cosa. Al final del texto se vuelve a repetir el parecer de Aristón según el cual ese supuesto puede calificarse como de *synállagma*, lo que en el texto se interpreta como sinónimo de contrato, supuesto del que surge una acción civil, no una mera acción *in factum* (es decir, por el hecho).

El texto originario con el que se suele relacionar, no sin polémica, la cita del *synállagma* por parte de estos dos juristas romanos es el muy conocido de la Ética Nicomáquea de Aristóteles (1130b II. 30-33 y 1131a II. 1-9). Me ha producido, no obstante, asombro comprobar la disparidad de traducciones que de él se ofrecen. Por esta razón, me he atrevido a sugerir la mía, lo más apegada posible al tenor literal. Ni que decir tiene que constituye uno de los textos centrales de la filosofía del derecho.

Aquí, a propósito de la llamada justicia particular, aparece la célebre distinción entre las dos funciones que puede cumplir la justicia (distributiva y correctiva o conmutativa), lo que, quizás un tanto impropriamente, se denomina “justicia distributiva” y “justicia conmutativa”. Una dificultad no leve presenta la traducción del término *synállagma*. No me parece correcta su versión de “tratos” que, en el ámbito jurídico, suele tener que ver con la actividad negocial (tanto se trate está de lícita o de ilícita). *Synállagma* alude a una situación en la que se ha producido un contacto entre dos personas, bien movidas por la intención de celebrar un negocio, bien por el hecho de un acto ilícito (delito o crimen), que produce efectos jurídicos entre ellas. Se ha traducido, más bien, por “relación humana”, aunque sigue siendo bastante equívoca. Mucho más, “relación social”. Como digo, se trata de una relación establecida o fijada entre personas a partir de un hecho lícito o ilícito que las vincula. Aparte, he podido comprobar que la traducción de algunos de los ilícitos mencionados en el texto se presta también a diversas interpretaciones.

«De la justicia particular [según parte⁴¹] y de lo justo conforme a ella, por un lado, una especie [o forma] es la <relativa> a las distribuciones o repartos de honor<es> o de dineros o cuantas otras cosas compartidas por los partícipes de una comunidad cívica (pues en ellas es posible también que uno tenga respecto de otro una parte desigual o igual); por otro lado, la <relativa> a la corrección en las relaciones <trabadas entre personas>. De esta hay dos partes, pues algunas de estas relaciones son voluntarias y otras involuntarias. Voluntarias, por un lado, son tales como venta, compra, préstamo con interés, garantía personal [en derecho romano, *fideiussio*], comodato, prenda, arrendamiento (se llaman voluntarias porque el principio de las relaciones es voluntario); las involuntarias son, por un lado, clandestinas, como el hurto, adulterio, envenenamiento [o prácticas mágicas], el lenocinio [o prostitución], la corrupción de esclavos, muerte a traición y el falso testimonio; por otro, violentas, como maltrato, privación de libertad, homicidio, rapiña, lesión grave, difamación, ofensa verbal»⁴².

⁴¹ Los corchetes son míos. Las plicas, también mías, sirven para completar o dar pleno sentido en nuestro idioma a la versión griega correspondiente.

⁴² τῆς δὲ κατὰ μέρος δικαιοσύνης καὶ τοῦ κατ’ αὐτὴν δικαίου ἐν μὲν ἐστὶν εἶδος τὸ ἐν ταῖς διανομαῖς τιμῆς ἢ χρημάτων ἢ τῶν ἄλλων ὅσα μεριστὰ τοῖς κοινωνοῦσι τῆς πολιτείας (ἐν τούτοις γὰρ ἔστι καὶ ἄνισον ἔχειν καὶ ἴσον ἕτερον ἑτέρου), ἐν δὲ τὸ ἐν τοῖς συναλλάγμασι διορθωτικόν. τούτου δὲ μέρη δύο: τῶν γὰρ συναλλαγμάτων τὰ μὲν ἐκούσια ἐστὶ τὰ δ’ ἀκούσια, ἐκούσια μὲν τὰ τοιάδε οἷον πρᾶσις ὠνὴ δανεισμὸς ἐγγύη χρῆσις παρακαταθήκη μίσθωσις (ἐκούσια δὲ λέγεται, ὅτι ἡ ἀρχὴ τῶν συναλλαγμάτων τούτων ἐκούσιος, τῶν δ’ ἀκουσίων τὰ μὲν λαθραῖα, οἷον κλοπὴ μοιχεῖα φαρμακεῖα προαγωγεία δουλαπατία δολοφονία ψευδομαρτυρία, τὰ δὲ βίαια, οἷον αἰκία δεσμὸς θάνατος ἀρπαγὴ πῆρωσις κακῆγορία προπηλακισμὸς.

V. sobre la interpretación de este texto en relación con el derecho romano: BISCARDI, A. *Quod Graeci synallagma vocant. Labeo. Rassegna di Diritto Romano*, 1983, vol. 29. pp. 133 ss. BABUSIAUX, U. *Inter cives necnon peregrinos. Essays in honour of Boudewijn Sirks*. HALLEBEEK,

Algunos han querido ver tras esta clasificación el precedente de la división romana de las fuentes de obligaciones en contrato y delito. Se trata de una interpretación forzada.

Por otro lado, es dudoso a qué se refiere cuando distingue entre relaciones voluntarias e involuntarias, pues todas son voluntarias. Se dice que en las segundas es involuntario el efecto que producen. El ofensor no desea que su acto produzca efectos jurídicos, que serán contra él. Se dice también que, aunque en las involuntarias el ofensor actúa voluntariamente, la víctima sufre contra su voluntad el acto de su agresor. Propiamente, Aristóteles llamaría voluntarias aquellas relaciones surgidas entre sujetos que las consienten⁴³.

En relación con las citas jurídicas romanas del término *synállagma*, el texto de Aristóteles parece, en efecto, tener conexión, aunque no sea tampoco absolutamente pacífico, como he dicho. Sin embargo, con la función correctiva (o conmutativa) del *synállagma* aristotélico podría encajar más la interpretación que suministra Aristón que la labeoniana, más centrada en el carácter recíproco de las obligaciones⁴⁴. Es más, no se amoldan en el esquema del jurista augusteo los supuestos de préstamo con interés, de garantía, algo más quizás el comodato (por su apertura en el derecho clásico a la tutela a través de una acción de buena fe).

En cuanto a Aristón, resulta asombrosa la similitud del concepto de causa manejado por él, en un texto -recordémoslo- primordial para entender la problemática de la causa en la teoría del contrato, con la de la *consideration* en el *Common Law*. Se dice que el concepto de *consideration* angloamericano es próximo al de la causa del sistema del derecho civil o romano germánico, aunque, asimismo, se advierten profundas diferencias entre ambos. Aclarémoslo. Por *consideration* entienden en aquel sistema el propósito serio y fundado de una de las partes de hacer surgir una obligación a su cargo. *Grosso modo*, se reconoce por la presencia de un *quid pro quo*, de una cosa a cambio de otra, aunque no sea necesaria una adecuación o equivalencia entre el objeto de la obligación que se pretende hacer surgir y la contraprestación respectiva de la otra parte. Que el propósito sea serio, por otra parte, despoja de carácter vinculante a las relaciones obligacionales en el ámbito doméstico (entre padres e hijos, por ejemplo). Y que sea fundado exige que haya una contraprestación efectiva, lo que excluye, *ab initio*, las donaciones, que no son exigibles en el *Common Law*, salvo que se formalicen documentalmente (*under seal*). Además, la *consideration* no puede basarse en un hecho

J., et al eds., Goettingen: V&R Unipress, 2014. *Quod Graeci...vocant – Emblematischer Codewechsel in den Juristenschriften*, pp. 35.

⁴³V. página 490 nota 432 de la traducción italiana de Carlo Natali de Editori Laterza.

⁴⁴ En este sentido, GALLO, F. *op. cit.* (nta. 12), 112 ss.

pasado, como podría ocurrir con las donaciones remuneratorias, sino que debe consistir siempre en un hecho futuro. Como se ve, allí no todo acuerdo de voluntades vale⁴⁵.

La doctrina romanística se debate en torno a si el concepto de causa expresado en este célebre texto posee un sentido subjetivo (el de propósito empírico) o se aproximaría al objetivo que encarnaría el propio negocio llevado a cabo entre las partes. Como es sabido, la doctrina civilista italiana de la primera mitad del siglo XX ideó un interesante y novedoso concepto de causa entendido como “finalidad económico-social” del negocio, pero que prácticamente se acaba confundiendo con este último (por esta razón, su propuesta no ha acabado de tener éxito doctrinal). Pero si hacemos uso de la teoría de la *consideration*, podemos quizás aproximarnos mejor al genuino pensamiento, por muy paradójico que pueda estimarse este modo de proceder⁴⁶.

En el texto de Aristón *in fine*, lo que se identifica con el contrato (*contractus*) no es la causa sino el *synállagma*: «pues hay contrato -lo que Aristón llama *synállagma*- de donde nace la acción»⁴⁷. Lo que le preocupa a este jurista es si la obligación puede surgir o no, es decir, si está justificado que eso suceda: «Pero, aunque no pase la convención a otro contrato, si subyace no obstante una causa, respondió elegantemente Aristón a Celso que había obligación». Celso, uno de los grandes jurisconsultos romanos, no lo creía, y remitía el supuesto al ámbito del enriquecimiento injusto, para el que la condición (*condictio*) era la acción adecuada. Con ella se reclamaba tan sólo la restitución de aquello en que se había enriquecido la otra parte, pero no podría exigirse

⁴⁵ OUGHTON, D.; DAVIS, M. *Source Book on Contract Law*. 2nd ed. London - Sidney: Cavendish Publishing Ltd., 2000. pp. 97 ss.

⁴⁶ Esta confrontación de tradiciones no es nueva en la doctrina y ha sido puesta de relevancia por autores del Common Law: BUCKLAND, W. W.; MACNAIR, A. D. *Derecho Romano y “Common Law” (Una comparación en esbozo)*. Trad. Ignacio Cremades. 2 rev. ed. Madrid: Universidad Complutense Facultad de Derecho - Fundación Seminario de Derecho Romano “Ursicino Álvarez”, 1994. pp. 211-225. MACCORMACK, G. *Contractual theory and the innominate contracts*. *Studia et Documenta Historiae Iuris*, 1985, vol. 51. pp. 131. V. también ALPA, G. *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica. Il Congresso Internazionale ARISTEC (Palermo, 7-8 giugno 1995)*. VACCA, L. ed., Torino: G. Giappichelli, 1997. *Causa e contratto: profili attuali*, pp. 245-283.

⁴⁷ §. 2: «*Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem. Ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc synállagma esse et hinc nasci civilem obligationem. Et ideo puto recte Iulianum a Mauricio reprehensum in hoc: dedi tibi Stichum, ut Pamphilum manumittas: manumisisti: euictus est Stichus. Iulianus scribit in factum actionem a praetore dandam: ille ait civilem incerti actionem, id est praescriptis uerbis sufficere: esse enim contractum, quod Aristo synállagma dicit, unde haec nascitur actio*». El texto parece decir al comienzo que si el asunto no encaja en el molde de algún contrato (tipificado), si hay causa, hay relación obligacional; como, por ejemplo, en los casos de dación para recibir algo a cambio o para que la otra parte haga algo. Aquí hay *synállagma*. Por lo tanto, concluye el texto al final, después de exponer un ejemplo controvertido, hay contrato, lo que Aristón llama *synállagma*. V. DALLA MASSARA, T. *Alle origini della causa del contratto. Elaborazione di un concetto nella giurisprudenza classica*. Padova: CEDAM, 2004. Más recientemente, de este mismo autor, *La causa del contratto nel pensiero di Aristone: Della necessità di un concetto. Seminarios Complutenses de Derecho Romano*. Marcial Pons ed., 2009, vol. XXII. pp. 251-292.

de ningún modo un comportamiento diferente a cargo de esta última. Esta es la cuestión de partida.

Como se sabe también, obligación y acción están íntimamente conectadas. Por eso, un poco más adelante se pregunta el jurista si surge una acción para reclamar esa obligación y de qué tipo: «...como por ejemplo “te di una cosa para que tú me dieras otra” o “te di para que hicieras algo” y que esto es el *synállagma*, y que nace de aquí una [obligación] <acción> civil». La cita de una supuesta “obligación civil” es inadecuada, porque la alusión es inequívoca a una acción civil (contrapuesta a una acción *in factum*). La alteración, sin embargo, demuestra a mi juicio la preocupación de fondo en torno a la justificación de la obligación. “Causa” podría tener aquí relación con el *quid pro quo* antes aludido, porque lo presupone⁴⁸, pero se refiere propiamente al hecho de que una de las partes se adelante realizando algo en favor de la otra parte a la espera de que esta última lleve a cabo algo a cambio, en un sentido similar al que en el *Common Law* posee la denominada *executed consideration*.

La obligación de la otra parte, que es de “hacer”, o, más bien, su exigibilidad a través de la acción, surge en la medida en la que yo cumplo mi prestación de “dar”. Aquella, así, encuentra su causa en mi prestación. El sentido de “causa”, pues, aúna ambos planos, el objetivo y el subjetivo. Se trata de un negocio que aúna un *quid pro quo* y la ejecución de una de las prestaciones (ej. doy para que hagas), pero contemplado desde la perspectiva subjetiva de la obligación que se pretende que surja.

El ejemplo propuesto en este texto se repite en otros. Uno de ellos (Paul. 5 *quaest.* I. 5.2), bajo el título ‘*de praescriptis uerbis*’ (D. 19.5), tomado como referencia por Jean Domat⁴⁹ para elaborar su teoría de la causa que tanta repercusión tuvo en el Código civil francés (hasta la última reforma del año 2016, en que se suprime la causa como requisito del contrato) y en el Código civil español (que, por ahora, la mantiene). Así el artículo 1261 del Código civil español se exige como tercer requisito del contrato la «causa de la obligación que se establezca». Y en el artículo 1274, con flagrante imprecisión técnica al confundir los contratos onerosos con los bilaterales (defecto en el que no incurría Labeón, que atendía a estos últimos), declara que «en los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte;...». El influjo de Domat es evidente⁵⁰, pero el de los textos

⁴⁸ V. MACCORMACK, G. *Contractual theory and the innominate contracts*, 151-152.

⁴⁹ DOMAT, J. *Les lois civiles dans leur ordre naturel, le droit public, et legum delectus* I. Paris: Durand, 1777: sobre nulidad de las convenciones sin causa (1.1.5, p. 16, donde cita también el *synállagma* de Labeón –*ultra citroque obligatio*– sin percatarse de que el jurisconsulto alude a algo diferente); sobre nulidad de una obligación sin causa (1.5.13, p. 25).

⁵⁰ Si prestamos atención a los textos romanos podemos descubrir como posible causa de la confusión que Domat atendió al grupo de fragmentos que se referían a contratos innominados del

romanos en este último también, y en especial, al supuesto de hecho que le dio motivo: «te doy una cosa para que hagas otra». La civilística actual ha criticado severamente esta idea del autor francés del siglo XVII, ya corregida un siglo después por Pothier quien en su *Tratado de las Obligaciones*⁵¹ afirma con rotundidad que la causa de la obligación es el contrato (amén de las otras fuentes de obligaciones). Resulta curioso que esta idea, que hoy la doctrina civilística acepta, provenga también de la Jurisprudencia romana, en concreto, de Gayo, o del autor postclásico que reelaboró su pensamiento, que, en la tripartición antes aludida, utilizaba la voz “causa” como sinónima de fuente de obligaciones.

Por otra parte, se discute en la doctrina si Labeón perseguía con su definición otorgar máxima tutela a los contratos innominados permitiendo que el Pretor, con un mero ajuste verbal en la *praescriptio*, pudiera adaptar fácilmente la fórmula de las acciones a los nuevos supuestos. Lo que no se pone en duda es que Labeón fue el gran impulsor del *agere praescriptis uerbis*. Por su parte, Aristón, de influjo sabiniano, aunque no adscrito a ninguna escuela formalmente, podría haberse decantado por la solución fijada por los miembros de esta escuela consistente en encajar los supuestos dentro de un molde contractual tipificado previamente.

9.– Si hemos sido capaces, llegados a este punto, de superar la rígida vinculación de la idea del contrato con la de acuerdo de voluntades, -esta última se suele presentar hoy, por cierto, en los modernos manuales de derecho, como superadora de los pretendidos viejos formalismos del derecho romano-, podremos asomarnos, como ya en cierto modo hemos hecho, al sistema del *Common Law* y contemplarlo de otro modo.

En el derecho norteamericano, el llamado *Restatement of contracts* (2) constituye una interesante iniciativa codificadora de reglas jurídicas en materia de contratos, no oficial, promovida por el *American Law Institute*, que integra de modo sistemático principios y reglas en materia contractual para favorecer su homogénea aplicación entre los Estados federados de los Estados Unidos de América. Su §. 1 nos sorprende con una singular definición del contrato: «Un contrato es una promesa o conjunto de promesas para cuyo incumplimiento el derecho concede un remedio, o cuyo cumplimiento es reconocido, en cierto modo, por el derecho como un deber». La definición procede en su origen de un conocido autor, el jurista norteamericano Samuel Williston, quien la enunció de ese modo en su obra *The Law of Contracts* (New York 1921).

tipo de ‘do ut des’, ‘do ut facias’..., es decir, en los que lo relevante era la presencia de un *quid pro quo* que remite, a su vez, al esquema conceptual de “ventaja-contra ventaja”, es decir, de onerosidad. Esta era la base sobre la que elaboró Aristón su teoría del *synállagma*, no coincidente con la labeoniana fundada en el carácter recíproco de las obligaciones.

⁵¹ POTHIER, R. J. *Traité des obligations* I. Paris–Orléans. 1761. p. 4.

Podemos adoptar en este momento la actitud de quienes, al constatar que el contrato puede definirse como una promesa, desisten de toda lectura ulterior afirmando, sin más, que la tradición del *Common Law* nada tiene que ver, o muy poco, con la nuestra. Por nuestra parte, somos proclives, por el contrario, a un análisis y confrontación más profunda entre ambas, siempre que seamos conscientes de que un estudio comparativo no puede consistir en una especie de tabla de similitudes y diferencias que reduciría el ejercicio a una tarea simplista estéril. Por el contrario, el factor histórico-dogmático (y particularmente el derecho romano y sus segundas y terceras vidas hasta la actualidad) permite proponer un terreno útil para un adecuado cotejo. Por ejemplo, de entrada, la elección en inglés del término “promesa” (*promise*) conecta con nuestra más genuina tradición jurídica que hunde sus raíces en los conceptos antedichos de convención, contrato, pacto y policitación.

Lo que se advierte en la definición norteamericana de contrato es una distinción entre lo que ellos denominan contrato unilateral (una promesa) y contrato bilateral (conjunto de promesas). El primero de ellos se concibe, pues, como una promesa de una parte a cambio de un acto a cargo de la otra.

Así lo vemos reflejado en el célebre caso, que sentó precedente, ocurrido a finales del siglo XIX, que giraba en torno a un anuncio público que hizo una empresa que había inventado un artilugio, la “bola de humo carbónica” (*Carbolic smoke ball*), que, según se decía, inmunizaba a quien inhalase sus emanaciones, que debían realizarse a diario y del modo indicado durante un cierto periodo de tiempo, frente a cualquier enfermedad respiratoria infectocontagiosa (*Carlill v. Carbolic Smoke Ball Company Ltd. [1893] 1 QB 256*). Se añadía en el anuncio, además, que quienes, aun siguiendo el procedimiento indicado, contrajesen una enfermedad de esa naturaleza, podrían exigir de la compañía la suma de 100 libras (entonces elevada). La empresa fue demandada por Mrs. Carlill que adujo haberse enfermado a pesar de haber seguido escrupulosamente las citadas instrucciones.

Del caso surgen cuestiones jurídicas de indudable interés y relevancia, pero entre ellas, la más importante giraba en torno a si el anuncio de la compañía había sido una invitación a recibir ofertas (*inuitatio ad offerendum*), una especie de “gancho” publicitario, o, propiamente, una oferta. Esta última solución fue la finalmente adoptada por la Corte de apelación británica. Si la confrontamos con el caso propuesto por Aristón, arriba enunciado, encontramos asombrosas similitudes.

En efecto, la promesa de hacer algo en el supuesto romano se corresponde con la promesa de pagar una suma de dinero en el inglés. Ambas obligaciones poseen *consideration*. Se la proporciona un hecho con el que la promesa conecta íntimamente en el marco del *synállagma*: en el supuesto romano lo constituía el comportamiento de

“dar” de la otra parte; en el inglés, no sólo que alguien ha adquirido el producto según las condiciones establecidas, sino que ha experimentado el cumplimiento de una de ellas de la que se hacía depender la exigibilidad de la obligación de pagar por parte de la empresa, o sea, contraer una enfermedad respiratoria.

Mucho más cercana a la figura inglesa es la romana de la “policitación” que es técnicamente una promesa unilateral. El ámbito de aplicación de esta última, es verdad, era peculiar. Veámoslo. Los candidatos a ocupar altos cargos municipales que se presentaban a las elecciones respectivas hacían promesas a sus munícipes. A menudo, se trataba de personas pudientes que se comprometían a la realización de obras públicas de envergadura (nuevas conducciones de agua, arreglo de vías públicas, edificación de bibliotecas o de teatros etc.). Pues bien, en el derecho romano se interpretaba que esas promesas unilaterales eran exigibles judicialmente una vez que el candidato resultaba vencedor y pasaba a desempeñar el ansiado cargo. En Roma, las promesas políticas se tomaban en serio. De nuevo, como vemos, el esquema de ideas recuerda al inglés (o, más bien, viceversa): hay una promesa de una parte, que no precisa de la aceptación específica de la otra, que, aunque en el caso romano es algo más determinada que en el inglés de la bola carbónica, pues los ciudadanos lo son de un determinado municipio, no deja de ser amplia y, sobre todo, inconcreta en cuanto a los destinatarios. La promesa se hace exigible desde que la otra parte realiza un determinado comportamiento en favor del promitente: votar al candidato promitente y lograr que obtenga la victoria electoral en los comicios⁵².

Resulta curioso que Pothier, al comienzo de su *Tratado de las Obligaciones*⁵³, varias veces citado ya, restara importancia a la institución romana de la policitación negando su aplicabilidad al derecho francés, porque no pudo imaginar la extraordinaria vida ulterior de la figura plasmada en las legislaciones modernas como “promesa unilateral”. Con ella no pudieron, en efecto, las objeciones que el iusnaturalismo racionalista le opuso por no parecer exigir la aceptación de la otra parte. De hecho, el derecho alemán le dio pronto carta de naturaleza. Como hemos visto, el derecho francés ahora, tras la reciente reforma de 2016, sanciona, por fin, la promesa unilateral y la define como contrato.

10. ¿Nos hallamos ante una claudicación del sistema de contratos de la Europa continental ante el *Common Law*? No creo que sea así sin más, como a veces se afirma. Si ahora retomamos uno de los textos del jurista Ulpiano que hemos definido como básico en nuestro sistema de derecho civil, aquel, precisamente, en el que distingue el

⁵² Es verdad, sin embargo, que el derecho romano, sorprendentemente, no concibió como aplicable la policitación al supuesto común de la promesa de recompensa por un favor cumplido (por ejemplo, por haber hallado alguien un objeto perdido).

⁵³ *Op. cit.* pp.8-9.

pacto de la policitación, percibimos de inmediato una curiosa familiaridad entre uno de los fragmentos clave de nuestro sistema contractual moderno y la definición norteamericana de contrato.

Define este texto el pacto como «el consentimiento y la convención de dos», mientras que la policitación es «la promesa del solo oferente»⁵⁴. El otro texto, también muy conocido (Ulp. 4 *ed. l.* 1.1), que aparece al comienzo del título *de pactis* del Digesto de Justiniano (D. 2.14), define el pacto como «lo convenido y el consentimiento de dos o más en torno la misma cosa (*in idem*)»⁵⁵. Debe aclararse que estar de acuerdo en una misma cosa no otorga naturaleza contractual al acto. Con gracia, el jurista medieval Placentino decía que ponerse de acuerdo en que Sócrates era una piedra o en que Sócrates era Sócrates no constituía auténtico pacto. En efecto, antes veíamos la definición que daba al Código civil francés: «acuerdo para constituir, transmitir, alterar o extinguir obligaciones». El Código civil español, por su parte, en su artículo 1254 declara que existe el contrato «desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio». Es decir, especifica que el *consensus* debe referirse a una relación obligacional. La obligación u obligaciones que surgen del contrato poseen un contenido que se concreta en el código español con los verbos “dar” (una cosa) y “prestar” (un servicio). Parece entender por “prestar” lo que en las fuentes clásicas se llama “hacer”. En ellas -como es sabido- se contempla en origen una tricotomía: “dar”, “hacer” (dentro del cual se incluye el “no hacer”) y “prestar” (*dare, facere, praestare*). “Prestar” abarca los dos anteriores, y por eso los pandectistas lo adoptaron como término genérico y comenzaron a hablar de “prestación”. Pero posee, además, un sentido diferente de los dos anteriores, a saber, el de “hacerse responsable de” (por ejemplo, hacerse responsable por dolo (*praestare dolum*, o culpa -*praestare culpam*-, etc.).

Pero veamos ahora un indicio más -no sé hasta qué punto desconocido- de la absorción temprana por parte de la tradición romanística de la idea de la promesa unilateral en el marco de la teoría general de los contratos, construida con material romano a partir del “supraconcepto” de “pacto” (anterior en siglos al “supraconcepto” de “contrato”). En efecto, -ya lo indicaba antes- resulta sorprendente que la historia dogmática del contrato dentro de nuestro sistema no se construyera a partir de la voz

⁵⁴ Ulp. 4 *disput.* D. 50.12.3 *pr.*: «El pacto es el consentimiento y la convención de dos, la policitación es en cambio la promesa del solo oferente» («*Pactum est duorum consensus atque conuentio, pollicitatio uero offerentis solius promissum*»).

⁵⁵ Ulp. 4 *ed.* D. 2.14.1-2: «1. Pero se dice pacto, de pacción; de donde también se ha acuñado el término “paz”. 2. Y es pacto el consentimiento de dos o más sobre una misma cosa convenida» («*Pactum autem a pactione dicitur; inde etiam pacis nomen appellatum est. Et est pactio duorum plurimum in idem placitum consensus*»).

contractus, a pesar de que no es difícil encontrarla con un sentido genérico en las fuentes romanas⁵⁶, sino a través de la de *pactum*. En época clásica, -como hemos visto ya- regía el estricto principio según el cual del nudo pacto no se puede crear obligación alguna sino solo una excepción. Pero, ya en el derecho clásico aparecieron frecuentes excepciones: el *receptum* arbitral (base del moderno contrato de arbitraje), el *receptum* de los transportistas marítimos (*nautae*), hospederos de albergues (*caupones*) y establos (*stabularii*) respecto de los enseres que introducían los viajeros en las naves o en los establecimientos de alojamiento u hospedería, etc. Los juristas medievales recogieron toda esa experiencia y la intentaron sistematizar y generalizar en torno a la figura de *pactum*. Hablaron, así, de seis modos de “pactos vestidos”, esto es, protegidos por acción: por la cosa (*re*), por las palabras (*uerbis*), por el consentimiento (*consensu*), por escritos (*litteris*), añadidos (*adiecta*), por intervención de un hecho o cosa (*rei interuentu*). Así lo hizo, por ejemplo, el genial glosador boloñés Azón. Lo que no se suele decir, o al menos no lo he visto enunciado, es que añadieron un séptimo modo: “por principio de cosa” (*rei principio*). Este pacto, así denominado, no era otro que la policitación romana, o sea, la promesa unilateral.

Si nos fijamos tanto en este modo de proceder como en la mentalidad romana expresada por Ulpiano a propósito de la policitación, encontramos puntos de entronque con la definición norteamericana de contrato. En aquel texto del jurista severiano vemos aparecer también el término “promesa” -que citaba antes- que es fundamental en el desarrollo de la teoría del contrato hasta su sustitución, como vemos no completa, por

⁵⁶ Por ejemplo, en D. 50.17.23 (Ulp. 29 *ad Sabinum*), en el que encontramos también, hacia la mitad del texto la célebre referencia del contrato como “ley privada” entre las partes, que contienen hoy numerosos códigos y leyes modernas, aparte de las incontables referencias doctrinales. Junto a ella la no menos famosa afirmación de Celso relativa a la invalidez del convenio de exoneración del dolo entre las partes: «Algunos contratos (*contractus quidam*) tan sólo exigen la responsabilidad por dolo malo y otros por dolo y culpa: por tan sólo dolo, el depósito y el precario; por dolo y culpa, el mandato, el comodato, la venta, la prenda, el arriendo, asimismo la dación de dote, la tutela, la gestión de negocios, en los cuales se exige también la diligencia; la sociedad y la copropiedad exigen la responsabilidad por dolo y culpa. Pero esto es así siempre que no se haya convenido una responsabilidad mayor o menor en el contrato que sea (ya que el contrato impone su ley, *legem enim contractus dedit*), pues debe observarse lo que se ha convenido en un primer momento, excepto lo que cree Celso que no vale, de convenir que no se responda por dolo (*non ualere, si conuenerit, ne dolus praestetur*), pues esto es contrario a los juicios de buena fe (*hoc enim bonae fidei iudicio contrarium est*), y así se observa en la práctica. De los accidentes y la muerte de animales, si suceden sin culpa, así como de las fugas de los esclavos que no suelen estar atados, de los robos, tumultos, incendios, inundaciones y asaltos de bandidos, no responde nadie» («*Contractus quidam dolum malum dumtaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam. Dolum tantum: depositum et precarium. Dolum et culpam mandatum, commodatum, uenditum, pignori acceptum, locatum, item dotis datio, tutelae, negotia gesta: in his quidem et diligentiam. Societas et rerum communio et dolum et culpam recipit. Sed haec ita, nisi si quid nominatim conuenit (uel plus uel minus) in singulis contractibus: nam hoc seruabitur, quod initio conuenit (legem enim contractus dedit), excepto eo, quod Celsus putat non ualere, si conuenerit, ne dolus praestetur: hoc enim bonae fidei iudicio contrarium est: et ita utimur. Animalium uero casus mortisque, quae sine culpa accidunt, fugae seruorum qui custodiri non solent, rapinae, tumultus, incendia, aquarum magnitudines, impetus praedonum a nullo praestantur*»).

los iusracionalistas por la expresión “declaración de voluntad”. El Código civil español, también, alude a la promesa, y es moneda común en la tradición del *Common Law*.

Así pues, fue la voz *pactum*, y no la de *contractus*, la elegida durante siglos por los juristas para desarrollar una teoría general *ad hoc*. Aún la jurisprudencia holandesa de los siglos XVII y XVIII lo adopta como pieza clave de lo que será el sistema contractual: así, Vinnius en su conocida Tratado *De pactis* (Leiden 1646). La propia voz germana, introducida por el iusnaturalista racionalista Christian Wolff⁵⁷, de ‘*Vertrag*’, alude, más que al contrato, a la idea expresada por el término “pacto”. En efecto, el verbo alemán *sich vertragen*, que le presta base a aquella, es expresivo más bien de un “arreglarse entre las partes”, que es lo característico del pacto, que de un acuerdo de voluntades dirigido a reglamentar los intereses entre ellas. En cambio, *Vereinbarung* coincide más con la voz romana de *conuentio*. Es digno de mención que el moderno Código civil alemán no contenga definición alguna de contrato –como antes apuntaba– pero sí se refiera a su efecto en su §. 305.

La promesa fue también -como he dicho- pieza clave del engranaje contractual. En ella se fijaron los canonistas, que destacaron el valor de la lealtad a la palabra dada (*fides*) y, en consecuencia, siguiendo el precepto evangélico de evitar los juramentos en nombre de Dios, favorecieron la flexibilización de las formas con que obligarse. El eximio canonista, cuya festividad celebramos, San Raimundo de Peñafort, célebre por su gran obra, las Decretales de Gregorio IX, sanciona el principio relativo a la obligación de cumplir con los pactos convenidos (lib. I, tit. XXXV [*De pactis*], cap. 1 [*Pacta quantuncumque nuda seruanda sunt*]). Por otra parte, el ordenamiento de Alcalá en 1348 ha constituido un muy relevante hito en este sentido no sólo en la historia del derecho español, sino que ha dejado una huella y eco en toda Europa.

Junto a la promesa, la segunda especie de contrato aceptada por el derecho del *Common Law* consiste -como veíamos antes- en un “conjunto de promesas” (*set of promises*), hay que sobrentender, recíprocas entre sí. Debemos aclarar que por promesa no se entiende una “dación” inmediata, sino una obligación a cargo del declarante. Como conjunto de promesas no se considera, pues, la mera prestación del consentimiento de uno y otro lado. La expresión “conjunto” da idea de un cierto vínculo que une las promesas, esto es, la reciprocidad. Como se ve, no nos hallamos muy lejos de la definición labeoniana de contrato.

⁵⁷ *Grundsätze des Natur- und Völkerrechts*, Halle, 1754 § 438 (en ZIMMERMANN, R. *The law of obligations. Roman foundations of the civilian tradition*. Oxford - New York: Clarendon Press, 1996. p. 568 nta. 150).

11.– Esta noción parece haber calado incluso en el comercio internacional. Y es que - como dice Adame⁵⁸- «no puede el contrato ser el puro consentimiento, como tampoco una persona es su puro nacimiento. Lo que perdura una vez que se integra al consentimiento y hasta que se da al cumplimiento son las obligaciones». El concepto labeoniano de contrato, además, encaja muy bien en el seno de los principios del comercio internacional, por ejemplo, los Principios Unidroit, que tampoco ofrecen, por cierto, una definición de contrato internacional. De nuevo, la línea que une reciprocidad de obligaciones y buena fe parece distinguirse de otro tipo de negocios como los bursátiles o los relativos a títulos de crédito (letras de cambio, por ejemplo)⁵⁹, regidos por principios diferentes. Los artículos 6.1.4 y 7.1.3 de los Principios Unidroit, además, se refieren de modo específico a la cualidad de interrelación entre las obligaciones.

Por otra parte, en el marco europeo, probablemente la única definición de contrato se contiene en la Directiva del Consejo 90/314/CEE de 13 de junio de 1999, sobre paquetes de viaje, de vacaciones y de tours, y es del siguiente tenor: «el acuerdo que vincula al consumidor con el organizador y/o el comerciante al por menor»⁶⁰. En el ámbito del Marco Común de Referencia sorprende lo que hemos venido observando: que no existe una común definición de contrato. Curiosamente, se percibe una tendencia legislativa a privilegiar una determinada concepción económica del contrato basada en el principio de reciprocidad⁶¹.

Los Principios de Derecho Contractual Europeo no definen tampoco el contrato y tan solo el Proyecto de Pavía suministra una definición en su artículo 1: «1. Un contrato es el acuerdo de dos o más partes para establecer, regular, modificar o extinguir una relación legal entre las citadas partes. Puede también producir obligaciones u otros efectos para tan sólo una de las partes. (...)». En esta última referencia se entienden aludidas las llamadas promesas unilaterales -de las que vengo hablando- artículo 23) o de los actos unilaterales (artículos 4 y 20)⁶². El Código civil francés, sin duda, en su actual redacción ha tenido muy en cuenta las conclusiones de este Proyecto.

⁵⁸ ADAME GODDARD, J. Comentarios a los principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del Unidroit, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1998. *Hacia un concepto internacional de contrato (o la interpretación de la palabra "contrato" en los Principios de Unidroit)*, 26.

⁵⁹ ADAME GODDARD, J., *op. cit.*, 30.

⁶⁰ VV. AA. (Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française). *European Contract Law. Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*. . FAUVARQUE-COSSON, B.; MAZEAUD, D. eds., Munich: Sellier. European law publishers, 2008, p. 7.

⁶¹ *Op. cit.* 7.

⁶² *Ibid.* 9.

12.- Concluyo. El estudio histórico - dogmático del derecho aporta una visión profunda del fenómeno que supera con mucho, en densidad de pensamiento, la línea doctrinal finalmente vertida en la última redacción que pueda hallarse en los más modernos códigos y leyes. La riqueza de ideas que aporta el sistema de derecho civil o romano germánico, amparada en una base, no meramente erudita, accesoria y prescindible, que aporta el derecho romano (y sus ulteriores vidas) se revela hoy como una de las piezas fundamentales para afrontar el apasionante fenómeno de la unificación internacional del derecho privado. Romanistas como Friedrich Carl von Savigny, Ernst Rabel o Vittorio Scialoja, creadores de instituciones tan relevantes, respectivamente, como la *Savigny Zeitschrift*, o los institutos Max Planck y Unidroit, nos invitan a reflexionar sobre la propia tarea universitaria y el deber de la Universidad de orientar a la sociedad, y no de seguir servilmente a esta, en el modo de obtener satisfacción de sus necesidades actuales. En el clima de *bellum juridicum* o, mejor, de diálogo y confrontación de las dos grandes tradiciones de derecho, la nuestra y la del *Common Law*, no valen las claudicaciones o los seguimientos a ciegas de las innovaciones de última hora. Sólo quienes conocen, como decía Plinio de Aristón, las causas primeras y se remontan a ellas son capaces de plantear los nuevos problemas con adecuada técnica y visión humana.