

## LA LIBERTAD CONTRACTUAL — DEL DERECHO ROMANO AL DERECHO PRIVADO MODERNO

TAMMO WALLINGA (\*)

### INTRODUCCIÓN <sup>(1)</sup>

El derecho contractual quizás sea la primera área de derecho en que pensamos cuando se trata de buscar una influencia clara del Derecho Romano sobre el Derecho privado moderno. Ante todo el término técnico contrato viene directamente del Derecho Romano. A un nivel más profundo podemos pensar en la recepción del Derecho Romano en general, y más específicamente del derecho contractual, que pasa a través del *Traité des obligations* de Pothier al derecho del Code civil francés, y a las codificaciones de Derecho privado de otros países influidos por él.

Sin embargo, del Derecho Romano al derecho moderno de contratos no hay una línea recta. Existen otras diversas influencias importantes que han contribuido a la formación del derecho contractual moderno. Esto se muestra claramente cuando estudiamos el término ‘contrato’ con más detalle. Siempre hay peligro cuando el mismo término — o uno parecido — se usa para una figura jurídica afín. Existe la tentación de suponer que el contenido moderno del término no será muy distinto del contenido que tenía en el Mundo Antiguo. Sin

---

(\*) Erasmus School of Law, Rotterdam / Universidad de Amberes.

(1) Obras consultadas: John Barton (ed.), *Towards a General Law of Contract* [Comparative Studies in Continental and Anglo-American Legal History, 8], Berlin 1990; Hermann Dilcher, *Der Typenzwang im mittelalterlichen Vertragsrecht*. ZSS Rom. Abt. 77 (1960), 270-303; R. Feenstra / M. Ahsmann, *Contract. Aspecten van de begrippe contract en contractsvrijheid in historisch perspectief* [Rechtshistorische Cahiers, 2] Deventer 1988<sup>2</sup>; C. Karsten, *Die Lehre vom Verträge bei den italienischen Juristen des Mittelalters*. Rostock 1882 (reimpr. Amsterdam 1967); M. Kaser, *Das römische Privatrecht, I: Das altrömische, das vorklassische und das klassische Recht*. München, 1971 (= Kaser I); M. Kaser, *Das römische Privatrecht, II: Die nachklassischen Entwicklungen*. München, 1975 (= Kaser II); Gerhard Otte, *Dialektik und Jurisprudenz* [Ius Commune Sonderhefte, 1], Frankfurt am Main, 1971; A. Söllner, *Die causa im Konditionen- und Vertragsrecht des Mittelalters bei den Glossatoren, Kommentatoren und Kanonisten*. ZSS Rom. Abt. 77 (1960), 182-269.

embargo, el término ‘contrato’ es un ejemplo evidente de lo contrario: el término romano *contractus* en absoluto puede ser considerado sinónimo del *contrato*, *contrat*, *contract*, *contratto* moderno.

No es ninguna novedad que el término romano *contractus* tan sólo indicaba un grupo reducido de convenios, jurídica y económicamente relevantes, cuyo cumplimiento estaba protegido por una acción. Aparte de los *contractus* existían otros convenios, de relevancia económica comparable, que no llevaban consigo una acción y cuyo cumplimiento, por lo tanto, no se podía exigir ante un tribunal mediante una acción. Esta división reseñable no existe en el derecho privado moderno. Hoy en día, un convenio con relevancia jurídico-económica — es decir, que no sea un convenio meramente social, como una cita para ir al cine — siempre es un contrato que puede ser llevado a un tribunal. La limitación más importante que sigue existiendo no es otra que la que tenían también los Romanos: el contenido del convenio no puede oponerse a la ley, a la moral o al orden público <sup>(2)</sup>. A este respecto no hay novedad. Lo que sí es una novedad, en comparación con el Derecho Romano, es la obligatoriedad de cualquier convenio “decente” de relevancia económica.

En esta contribución me propongo ofrecer un breve resumen de las evoluciones más importantes entre el Derecho Romano y aproximadamente el año 1800, digamos hasta la promulgación del Code civil francés. Lo haré sobre la base del concepto de libertad contractual, que hoy en día es considerado un principio clave en el Derecho privado, o incluso en la sociedad en general. Esta libertad contractual se puede dividir en dos: una libertad formal y una material. La libertad contractual formal consiste en que las partes contratantes, para llegar a un contrato válido y vinculante, no están obligadas a observar ninguna formalidad — como podría ser pronunciar ciertas palabras formales, redactar un documento escrito, transferir una cosa, la presencia de cierto número de testigos... Es suficiente con que lleguen a un consenso entre ellos. Sobre todo hoy en día esto es fácil, y ni siquiera es necesario que las partes se encuentren físicamente: se puede pactar un contrato también cuando las partes llegan al consenso mediante el teléfono, fax, email o sms, o mensajero.

La libertad contractual material implica que las partes mismas — naturalmente dentro de los límites que imponen las leyes y la moral — puedan deter-

---

(2) Código civil español art. 1255: *Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público.* Art. 1275: *Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral.* Art. 1277: *Aunque la causa no se exprese en el contrato, se presume que existe y que es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario.*

minar el contenido de su contrato según sus propias preferencias, y que el contenido entero del contrato, si fuere necesario, pueda reclamarse ante un tribunal. Dicho de otra manera: las partes no se ven obligadas a optar por ciertos contenidos predeterminados, que no pueden ampliar, reducir o modificar de otro modo. En principio, lo que pactan en función de sus deliberaciones tiene fuerza de ley entre ellas <sup>(3)</sup>.

## EL DERECHO ROMANO

Empecemos con un breve resumen de la situación en Derecho Romano clásico, sin pretender ser exhaustivos. ¿En qué medida existía en él la libertad contractual?

En cuanto a la libertad contractual formal se nota directamente que varios contratos romanos tenían requisitos formales. Gaius divide los contratos en cuatro tipos, según la manera en que se realizan: *re*, *verbis*, *litteris* y *consensu* <sup>(4)</sup>. Tan sólo cuatro contratos — *emptio-venditio*, *locatio-conductio*, *societas* y *mandatum* — llegaban a existir a través de un sencillo consenso, tal y como es normal hoy en día. Para los tres otros tipos de contratos el consenso sin más no es suficiente, y tiene que completarse con otro requisito: recibir una cosa (*re*), pronunciar palabras formales (*verbis*), o apuntar algo en las cuentas (*litteris*). Si el requisito adicional no se realiza, no se llega a un contrato, y por ende tampoco surgen obligaciones ni la posibilidad de llevar el asunto ante un tribunal. Por lo tanto, la libertad contractual formal en Derecho Romano es relativamente limitada.

¿En qué medida pueden determinar las partes el contenido de su contrato? También la libertad contractual material de los Romanos tenía límites más estrechos que la nuestra. Las cuatro categorías de contratos ya mencionadas contenían un total de apenas una docena de contratos distintos. En las categorías *verbis*, *litteris* y *consensu* ya han sido mencionados todos; en la categorías *re* hay cuatro más: *mutuum*, *depositum*, *commodatum* y *pignus/hypotheca*. Es decir que al parecer, los Romanos podían hacer tan sólo unos diez acuerdos vinculantes, cada una con su contenido específico. Sin embargo, en la práctica había más posibilidades, por varios motivos.

---

<sup>(3)</sup> Por ejemplo en el antiguo Código civil Holandés de 1838, art. 1271: *Overeenkomsten strekken partijen tot wet* — “Los contratos son como leyes para las partes”. Esta expresión se remonta a D.50,17,23 “... *legem enim contractus dedit*...”. En el art. 1091 CC español: *Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos*.

<sup>(4)</sup> Gai. III, 88 sgg.

Primero, el contrato de *locatio-conductio* se corresponde con varios contratos nominados modernos: arrendamiento de cosas (entre los que destacamos el arrendamiento urbano y el arrendamiento rústico), el arrendamiento de obra y el arrendamiento de servicios (que con el tiempo han dado lugar a tipos contractuales muy diversos como pueden ser el contrato laboral, el contrato de transporte y el contrato de tratamiento médico). Todos pueden ser calificados en Derecho Romano como *locatio-conductio*. Segundo — un punto más importante — el contrato formal de la *stipulatio* es distinto de los demás contratos nominados, porque no tiene contenido predeterminado. Las partes pueden darle el contenido que quieran, bien entendido, dentro de los límites de lo que permiten las leyes, la moral y el orden público. Por eso, la *stipulatio* es una vía de escape para los que quieran pactar algo que no se corresponde con el contenido de uno de los contratos nominados. Por cierto, hay unos inconvenientes: la necesaria formalidad verbal; el hecho de que sea necesaria una *stipulatio* para cada obligación — para que la permuta sea vinculante son necesarias, pues, dos *stipulationes* — y el hecho de que la *stipulatio* sea un contrato de derecho estricto, lo que implica que en caso de incumplimiento, la posibilidad de obtener indemnización es limitada. Sin embargo, si estos inconvenientes son irrelevantes para las partes, la *stipulatio* puede servir para convertir cualquier acuerdo en un contrato vinculante.

Además hay otro aspecto en el que las partes tenían un amplio margen de libertad, a pesar del carácter cerrado del sistema contractual Romano: en los contratos a los que se aplica la *bona fides*, los pactos adicionales — *pacta adiecta* — que se hacen directamente en relación con el contrato principal — *ex continentibus* <sup>(5)</sup> — forman parte del contrato, y por este motivo los mismos son tan vinculantes como el contrato, y están protegidos por la acción del contrato. En definitiva puede afirmarse que la libertad contractual material es mayor de lo que pudiera parecer a primera vista.

La distinción entre *contractus* y *pacta* se fue volviendo ya menos absoluta antes de Justiniano. No se puede decir que los *pacta* no tuvieran ninguna consecuencia en derecho. Puede que el pretor no concediese una acción en base a un *pactum*, pero sí una *exceptio*, y por consiguiente el demandado podía basar su defensa sobre un *pactum*. De los *pacta adiecta* ya hemos hablado más arriba. Además hay acuerdos tradicionalmente llamados *pacta* para los que una acción fue creada en su momento. Cuando lo hacía el pretor se hablaba de *pacta prae-toria*; un ejemplo es el *pactum fiduciae* <sup>(6)</sup>. Más tarde fue el emperador quien lo llevó a cabo: entonces se habla de *pacta legitima*, como cuando la promesa

---

<sup>(5)</sup> D.2,14,7,5.

<sup>(6)</sup> Kaser I (arriba, nota 1), 460-463.

de hacer una donación ha sido aceptada por el futuro donatario <sup>(7)</sup>. Y un paso importante fue la introducción de la *actio praescriptis verbis*, que se aplicaba en todos aquellos casos en los que las partes habían llegado a un *pactum* recíproco, que engendraba expectativas para ambas partes — un buen ejemplo, otra vez más, es la permuta — sin que haya, en el primer momento ninguna acción, porque el acuerdo no se puede calificar como *contractus*. Pero cuando una de las partes hace lo que la otra espera de ella, algo cambia: el *pactum* se convierte en *contractus innominatus*, y a partir de ese momento la parte que ha cumplido su deber puede demandar a la otra con la *actio praescriptis verbis*, para que ésta también cumpla el acuerdo <sup>(8)</sup>.

Sin embargo, a pesar de estas evoluciones, la diferencia entre *contractus* y *pacta* se mantiene en Derecho Romano como principio básico del derecho contractual. Tiene una presencia tan fuerte en las fuentes que incluso durante la recepción del Derecho Romano en la Edad Media fue prácticamente imposible eliminarla. También en cuanto a la libertad contractual formal los textos romanos hablaban claramente de ciertos contratos que requerían algo más que un simple consenso para celebrarse. Por consiguiente, la evolución hacia la libertad contractual moderna no ha sido impulsada tanto por el Derecho Romano como por otras influencias. Éstas son las que ahora merecen nuestra atención.

## INFLUENCIAS SOBRE LA EVOLUCIÓN POSTERIOR

### El Derecho Canónico

Una de las influencias más importantes sobre la evolución de la libertad contractual ha sido el Derecho canónico. De él viene el principio general, de sobra conocido, de *pacta sunt servanda*. Aunque el Derecho romano ya conocía la frase *pacta conventa... servabo* que se atribuye al pretor <sup>(9)</sup>, tal pacto todavía no llevaba consigo una acción, sino tan sólo una *exceptio*. Además al inicio se trataba tan sólo de *pacta* que implicaban la remisión de una deuda o el aplazamiento de un pago. Más adelante se aplicó también a los pactos adicionales en caso de *contractus bonae fidei*. Sin embargo, el Derecho romano nunca llegó a convertirlo

---

<sup>(7)</sup> Kaser II (arriba, nota 1), 394-400, esp. 396.

<sup>(8)</sup> La parte que cumple en primer lugar puede, alternativamente, pedir la restitución de su prestación, a través de la *condictio causa data causa non secuta*: Kaser II, 423; Söllner, *Die causa* (arriba, nota 1), 212-213.

<sup>(9)</sup> O. Lenel *Das edictum perpetuum. Ein Versuch seiner Wiederherstellung*. Leipzig 1927<sup>3</sup> (reimpr. Aalen, 1985), 64-65.



en principio general, aplicable a todos los acuerdos, como sí lo hizo el Derecho canónico. El principio se expresa en el siguiente texto:

Liber Extra 1,35,1 — *Ex concilio Africano*

*Pacta quantumcumque nuda servanda sunt*

Antigonus episcopus dixit et infra. Aut inita pacta suam obtineant firmitatem aut conventus (si se non cohibuerit) ecclesiasticam sentiat disciplinam. Dixerunt universi: pax servetur, pacta custodiantur.

Del concilio Africano (*El concilio de Cartago del año 348*)

*Los pactos por muy desnudos que sean tienen que observarse.*

*El obispo Antigono dijo... Sea que los pactos hechos tienen que estar firmes, sea que el demandado — si no los ha mantenido — tiene que sentir la disciplina eclesiástica. Todos dijeron: que la paz se mantenga, que los pacta sean protegidos.*

El texto tiene su origen en el concilio de Cartago, durante el que se decidió sobre una disputa entre dos obispos. Éstos habían delimitado sus respectivas jurisdicciones, pero el acuerdo había sido violado por uno de ellos. El concilio se pronunció sobre el asunto en las palabras citadas: quien no se atenía al acuerdo pactado tenía que sentir la disciplina eclesiástica.

Bien entendido, al principio el texto se aplicaba tan sólo a aquel caso. Sin embargo, más adelante — en 1234 — este fragmento fue incluido en el Liber Extra, y así obtuvo un significado general dentro del marco del Derecho canónico. Hay que destacar, además, la inscripción bajo la que fue incluido: *pacta quantumcumque nuda servanda sunt* — “Los pactos, por muy desnudos que sean, tienen que observarse”. Esta calificación de pactos no protegidos por una acción como *pacta nuda* fue copiada por los canonistas de los Glosadores, que diferenciaban entre *pacta nuda* y *pacta vestita*, una diferencia inspirada por la regla romana *ex nudo pacto actio non oritur* — “de un pacto desnudo no nace ninguna acción”:

D.2,14 (De pactis), 7 (Paulus libro tertio ad edictum III), 4

Sed cum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem: igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem.

*En cambio, cuando no existe ninguna causa, consta que no puede constituirse obligación en base a la convención; así pues, el simple pacto no engendra obligación, sino excepción* <sup>(10)</sup>.

<sup>(10)</sup> Traducción: A. D’Ors et. al., *El Digesto de Justiniano*, I. Pamplona, 1968, 117.

Considerar cualquier acuerdo como vinculante amplía la libertad contractual material. Por cierto, en cuanto al aspecto formal el Derecho canónico también ha contribuido a una ampliación de la libertad y a hacer superfluos los requisitos formales en la celebración de los contratos. En este caso se trata del principio — otra vez un principio general — del Derecho canónico que dice que con dar la palabra a otro basta para engendrar una obligación: un Cristiano hace lo que dice. Sobre todo no es necesario jurar; el juramento es superfluo. El principio se encuentra expresado muy bien en un fragmento del Sermón de la Montaña, en el Evangelio según San Mateo. Cristo destaca que no hace falta jurar; a Dios le da igual si uno jura o hace una promesa normal y común. En ambos casos el que no cumpla su juramento o promesa será castigado por la sentencia divina <sup>(11)</sup>:

El Evangelio según San Mateo 5,33-37 (El Sermón de la Montaña) <sup>(12)</sup>

33. iterum audistis quia dictum est antiquis non peierabis reddes autem Domino iuramenta tua. 34. ego autem dico vobis non iurare omnino neque per caelum quia thronus Dei est, 35. neque per terram quia scabillum est pedum eius neque per Hierosolymam quia civitas est magni Regis, 36. neque per caput tuum iuraveris quia non potes unum capillum album facere aut nigrum. 37. sit autem sermo vester est est non non quod autem his abundantius est a malo est.

33. También sabéis que se dijo a los antiguos: “No perjurarás, sino que cumplirás al Señor tus juramentos.” 34. Pero yo os digo que no juréis de ninguna manera: ni por el Cielo, porque es el trono de Dios, 35. ni por la Tierra, porque es el escabel de sus pies; ni por Jerusalén, porque es la ciudad del gran rey, 36 ni por tu cabeza, porque ni un cabello puedes volver blanco o negro. 37. Sea, pues, vuestra palabra: “Sí, sí”; “no, no”: lo que pasa de esto viene del malvado.

En principio este es un texto de la Biblia, pero se presta muy bien a una interpretación más jurídica. Los Canonistas interpretaban la ‘palabra’ mencionada en el texto como una promesa, incluso la promesa a la otra parte contratante. Tal promesa, por consiguiente, tenía que ser vinculante también sin con-

<sup>(11)</sup> Véase Código civil español art. 1260: *No se admitirá juramento en los contratos. Si se hiciere se tendrá por no puesto.*

<sup>(12)</sup> Traducción tomada de *LA SANTA BIBLIA* (trad. de los textos originales, 4.ª edición), Ediciones Paulinas, Madrid, 1964. Equipo de revisión: Antonio G. Lamadrid, E. Martín Prieto, J. F. Hernández y M. Revuelta Sañudo. pág. 1154.

firmación formal a través de un juramento. Además se podía leer en él un argumento para la idea de que un *pactum nudum* tenía que engendrar una acción. Más adelante, su significado jurídico fue ampliado porque el texto fue incluido en el *Decretum* de Graciano <sup>(13)</sup>:

#### Decretum Gratiani

C.22 q.5 c.12 *Inter iuramentum et locutionem fidelium nulla debet esse differentia*. Iuramenti huius causa est, quia omnis, qui iurat, ad hoc iurat, ut quod uerum est loquatur. Et ideo Dominus inter iuramentum et loquelam nostram nullam uult esse distantiam, quia, sicut in iuramento nullam conuenit esse perfidiam, ita quoque in uerbis nostris nullum debet esse mendacium, quia utrumque, et periurium et mendacium, diuini iudicii pena dampnatur, dicente scriptura “os quod mentitur occidit animam”. Quisquis ergo uerum loquitur, iurat, quia scriptum est “Testis fidelis non mentietur”.

*Entre el juramento y el hablar de los fieles no debe haber ninguna diferencia. La causa de este juramento es, que cualquiera que jure, jura que es verdad lo que dice. Y por eso el Señor no quiere que haya distancia alguna entre nuestro juramento y hablar, porque como conviene que no haya perfidia en el juramento, así en nuestras palabras no debe haber mentira alguna tampoco, porque ambas, el perjurio y la mentira, son castigadas por la pena del juicio divino, como la Escritura dice «una boca mentirosa da muerte al alma» <sup>(14)</sup>. Así que cualquiera que dice la verdad, jura, porque está escrito «el testigo fiel no miente» <sup>(15)</sup>.*

Debe decirse que estos pensamientos se quedan, en principio, dentro del marco eclesiástico; los Canonistas no pretendían reformar el derecho civil. Pero dentro de la Iglesia dan la oportunidad de acusar a quien no cumpla su palabra de haber pecado, por lo que hay que arrepentirse y se merece una pena eclesiástica. Es otro planteamiento general más, basado en una decretal larga del Liber Extra, la decretal *Novit ille* del año 1204. En ella, se habla de la situación en que alguien ha pecado contra otro. Éste tiene que responsabilizarlo de su comportamiento, primero entre los dos, luego ante uno o más testigos, y entonces si

<sup>(13)</sup> Véase R.H. Helmholz, *Contracts and the Canon Law*. En: Barton (ed.), *Towards a General Law of Contract* (arriba, nota 1), 49-65, en las págis. 50-53.

<sup>(14)</sup> Sabiduría 1,11. “Guardaos, pues de las murmuraciones vanas, / preservad vuestra lengua de maledicencias, / porque el dicho más secreto no pasa sin su efecto, / y una boca mentirosa da muerte al alma”: *La Santa Biblia* (arriba, nota 12), pág. 797.

<sup>(15)</sup> Proverbios 14,5.: “El testigo fiel no miente, /mas el testigo falso profiere mentiras.” (*ibidem*, pág. 758).



todavía no se arrepiente, es hora de denunciarlo ante la Iglesia. La idea tiene su origen en el Evangelio según San Mateo (18,15-17). La decretal la elabora y llega a la conclusión de que la Iglesia siempre tiene jurisdicción, si es llamada a juzgar sobre un asunto:

Liber Extra 2,1,13 — Decretale *Novit ille* (1204)

Set quum Dominus dicat in evangelio <sup>(16)</sup>: «Si peccaverit in te frater tuus, vade et corripe eum inter te et ipsum solum. Si te audierit, lucratus eris fratrem tuum; si te autem non audierit, adhibe tecum adhuc unum vel duos, ut in ore duorum vel trium testium stet omne verbum. Quod si non audierit eos, dic ecclesiae...» (...)

*Pero porque el Señor dice en el evangelio: «<sup>(15)</sup> Si tu hermano ha pecado contra ti, ve y repréndelo a solas; si te escucha, habrás ganado a tu hermano; <sup>(16)</sup> pero si no te escucha, toma todavía contigo uno o dos, para que toda causa sea decidida por la palabra de dos o tres testigos. <sup>(17)</sup> Si rehusa escucharles, dilo a la iglesia...» (...)*

Llama la atención — ya lo hemos comentado más arriba — el hecho de que los Canonistas, dentro del marco eclesiástico, no tengan inconveniente en utilizar el vocabulario del Derecho civil. Esto tenía como resultado que los textos del Derecho canónico y del Derecho civil se prestaban a una fácil comparación, y en esta materia la regla del Derecho canónico se convertía en una corrección del Derecho civil. Se nota, por ejemplo, en una glosa al *Decretum* de Graciano de Johannes Teutonicus. En este texto se usa el término *pacta nuda*, que viene del Derecho civil. Hemos visto algo parecido en el texto ya citado del Liber Extra (X 1,35,1): en aquel texto, en la rúbrica en la que se encuentra el famoso texto de *pacta sunt servanda*, se refería también a la distinción entre *pacta nuda* y *pacta vestita* del Derecho civil.

Johannes Teutonicus (± 1180-1252), Glossa *promiserint* ad Decretum Gratiani C.12 q.2 c.66 (1216-1217)

Videtur, quod aliquis obligatur nudis verbis, licet non intercessit stipulatio, ut extr. de testa. iudicante 22 q.5 iuramenti et infra e. q.5 quia Ioannes. Quod verum est. Et potest dici, quod competit actio ex nuda promissione, scilicet condictio ex canone illo infra 22 q.2 iuramenti.

*Parece que alguien se obliga por palabras desnudas, aunque no haya habido una estipulación, como X 3,26,4, C. 22 q.5 c.12 y C.12 q.5 c.3.*

<sup>(16)</sup> Matth. 18,15-17; traducción, *ibidem*, pág. 1170.

*Lo que es verdad. Y se puede decir que se dispone de una acción en base a una promisión sencilla, es decir la condictio basada en C.22 q.5 c.12.*

El Derecho canónico, en suma, aporta mucho en la difusión o fomento de la libertad contractual. Por un lado su insistencia en la fuerza vinculante de la palabra disminuye la importancia de los requisitos formales; por otro lado la idea de que cualquier pacto es vinculante implica una mayor libertad material, porque las partes pueden dar a su acuerdo el contenido — siempre que sea lícito — que quieran.

### **La práctica mercantil y el sistema feudal**

Aparte del Derecho canónico hubo otras influencias de importancia sobre la evolución hacia la libertad contractual: la práctica mercantil y el sistema feudal. En la Edad Media tardía los mercantes generalmente usaban contratos consensuales, y tuvieron una influencia importantísima sobre el desarrollo del derecho contractual. Ciertamente, no es ninguna sorpresa que los mercantes preferían un derecho contractual de carácter poco formal, con la libertad de dar a sus contratos el contenido que más les conviniera. Además hubo otra categoría de personas para las que la fidelidad a la palabra dada era un principio importante: la nobleza. En el sistema feudal, la relación entre el señor y su vasallo se basaba en ella. No era necesario prestar juramento: bastaba con la simple palabra. Esta regla encontraba apoyo en el texto — ya mencionado — 5,37 del Evangelio según San Mateo. Y puede que la nobleza sólo fuera una minoría en términos de número de personas, pero su influencia sobre la formación del derecho y de las costumbres estaba muy por encima del número.

Esto se ve reflejado en un texto de Loisel en el que describe las costumbres francesas. Loisel destaca que una sencilla promesa es suficiente para engendrar una obligación. Habla de *promesse*, pero también de *convenance*, y esta última palabra es muy significativa. Pertenece al ambiente de la nobleza y de personas de alto rango en general. Es verdad que *convenance* se refiere más bien a acuerdos dentro del marco de Derecho público que del Derecho privado, pero no obstante el texto muestra que un grupo de gente con mucho peso social creía en el carácter vinculante de acuerdos informales:

Antoine Loisel (1536-1617), *Institutes coutumières* (1606), nr. 342

On lie les boeufs par les cornes et les hommes par les paroles, et autant vaut une simple promesse ou convenance que les stipulations du droit romain.

*Los bueyes son ligados por los cuernos y los hombres por sus palabras, y lo mismo vale una sencilla promesa o convención que las estipulaciones del Derecho Romano.*

En la medida en que la recepción medieval del Derecho romano va aumentando su importancia, se forma una mezcla interesante de distintos principios en el campo del derecho contractual. El Derecho romano conoce contratos consensuales, pero también formales, y la distinción entre *contractus* y *pacta*. Por otro lado se halla el principio canónico de *pacta sunt servanda*, apoyado en la práctica mercantil y en el sistema feudal — que al final se llevó la victoria. Según el siguiente texto, en el siglo XVI se aplicaba el principio del Derecho canónico en prácticamente todos los tribunales:

Matthaeus Wesenbecius (Mattheus van Wesembeke 1531-1586), *Paratitla in pandectarum.. libros ad D. 2.14 n. 9*:

(...) Quanquam autem hac de re plura subtiliter disputari possunt, tamen modus aliquis adhibendus est, maxime cum hae juris veteris subtilitates hodie non sint in usu. Nam primum iure pontificio ex quolibet pacto oritur actio, c.1 et 3, ubi can., Ex eod. Deinde hodie idem obtinet in omni foro ubi ex aequo et bono et ex suprema potestate iudicatur, ut sunt curiae summorum principum, arbitratorum, mercatorum, et similium, Bart. et Dd. in l. 7 § Quinimo per illum text. hoc tit. et in l. Si fideiussor 29 § Quaedam, Mandati. Etsi vero longa est disputatio an in reliquis curiis, in quibus secundum ius civile pronunciatur, ius pontificium obtinere debeat, tamen communis opinio est, et ita usus observat, ut indistincte ex pactis nudis serio et deliberate initis etiam in foro civili hodie detur actio, Bald. et Salic. in l. Petens 21 (lege: 27) C. eod. et idem Bald., in l. Legitima 6, in prin. hoc titul. et Ias. qui dicit esse communem, in d. l. 7 § Sed cum nulla. num 4. Quod verum puto et sequendum.

(...) Aunque se puede discutir con sutileza sobre varios detalles en esta materia, hay que aplicar cierta moderación, sobre todo porque hoy en día estas sutilezas del antiguo derecho no están en uso. Porque ante todo según el derecho pontificio nace una acción de cualquier pacto (X 1,35,1+3). Además hoy en día lo mismo se aplica en todo tribunal en que se juzga 'ex aequo et bono' en base a la suprema autoridad, como los juzgados de los altísimos príncipes, de los árbitros, de los mercaderes, y semejantes (Bartolo y los doctores ad D.2,14,7,5 y D.17,1,29,4). Y a pesar de que es una larga disputa si el derecho pontificio tiene que aplicarse en los demás juzgados, en los que se pronuncia según el derecho civil, la communis opinio es, y así lo observa el uso, que incluso en los foros civiles se da una acción

*sin distinción en base a los pactos desnudos que han sido hechos con seriedad y deliberación (Baldus y Salicetus sobre C.2,3,27, y el mismo Baldus sobre D.2,14,6pr. e Iason sobre D.2,14,7,4). Y creo que esto es verdad y tiene que ser observado* <sup>(17)</sup>.

### Un ejemplo español

En España — más concretamente, en Castilla — hay un buen ejemplo de la tensión entre el derecho contractual más liberal de inspiración canonista y el Derecho romano. Es sabido que las Siete Partidas contienen una fuerte influencia romanística. Esa influencia se manifiesta dentro del derecho contractual en la estipulación, que mantiene las características formales de la *stipulatio* romana. Ésas habían sido recibidas por los Glosadores, como se puede apreciar en el siguiente texto de la *Summa Codicis* de Azón:

Azo († 1220), *Summa* ad C. 8.38. n.1

(...) *Stipulatio est uerborum conceptio, quibus his qui interrogant datumque facturumve se id quod interrogatus est spondet ut ff. e.l. v. § Stipulatio.*

*La estipulación es una formulación de palabras, por las que alguien promete a los que le interrogan que dará o hará lo que le piden, como en D.45,1,5,1*

Las mismas características clásicas de la *stipulatio* las encontramos también en las Partidas:

Siete Partidas 5,11,1 (1265)

(...) E fazese desta manera; estando presentes amos los que quieren fazer el pleyto de la promission, e diziendo el vno al otro: Prometesme, de dar, o de fazer tal cosa, diziendola señalamente, e el otro respondiendo que si promete o que lo otorga de cumplir (...).

Aparte de mantener los requisitos formales verbales para la *stipulatio*, las Siete Partidas en otro texto se manifiestan partidarias de la tradición romanística también en la negación de la posibilidad de contratos a favor de terceros <sup>(18)</sup>:

Siete Partidas 5,11,7

Vn ome non puede recebir promission de otro en nome de otra tercera persona so cuyo poder non fuesse. E seria como si dixesse el vno al otro,

<sup>(17)</sup> Véase sobre este texto R. Feenstra, *Pact and Contract in the Low Countries*. En: Barton (ed.), *Towards a General Law of Contract* (arriba, nota 1) en las págs. 198-201.

<sup>(18)</sup> Éste es el principal significado del texto. Además se puede interpretar como testigo

prometesme que des a fulan tal cosa, e el otro repondiesse prometo. Ca por tal prometimiento, non fincaria obligado, el que lo faze, nin la tercera persona, en cuyo nome fue fecha la promission, nol puede apremiar, nin deue (...).

Es probable que estas disposiciones de las Partidas no encajaran muy bien con la práctica, que — bajo la influencia del Derecho canónico o las costumbres de los mercaderes — se inclinaba a prescindir de requisitos formales y no estaba dispuesta a limitar los efectos de los contratos a tan sólo las partes contratantes. Esto se deduce de una disposición en el Ordenamiento de Alcalá, que se distancia claramente de las limitaciones de las Partidas: rehúsa los requisitos formales de la *stipulatio*, y acepta tanto la representación directa como el contrato a favor de terceros:

Ordenamiento de Alcalá, c. 29 (*Ley Pareciendo*; 1348)

Pareciendo que se quiso un Ome obligar á otro por promision, ó por algund contrato, ó en alguna otra manera, sea tenudo á quienes se obligó, é non pueda ser puesta excepcion que non fue fecha stipulacion que quiere dezir: prometimiento con ciertas solempnidades del derecho: ó que fue fecha la obligacion del contrato entre absentes: ó que fue fecha á Escribano publico, o á otra persona privada en nombre de otro entre absentes: ó que se obligó uno de dar, ó de facer alguna cosa á otro: mas que sea valedera la obligacion o el contrato que fueren fechos en qualquier manera que paresca que alguno se quiso obligar á otro, é facer contrato con el <sup>(19)</sup>.

Resulta una libertad contractual más amplia, y las disposiciones de inspiración romanística de las Siete Partidas quedan atrás.

### **La reacción del Derecho romano**

Dada la existencia de tantos textos de Derecho romano que distinguían entre *contractus* y *pacta* los Glosadores tenían difícil el aceptar sin más el principio *pacta sunt servanda* como regla general <sup>(20)</sup>. Lo que hicieron, sin embargo, fue interpretar los textos romanísticos de tal manera que quedaban pocos *pacta nuda* de verdad, que no conocían la posibilidad de llevar el asunto ante un tri-

---

de la imposibilidad de representación directa. Por cierto, no siempre es fácil distinguir en las fuentes entre contrato a favor de tercero y representación directa.

<sup>(19)</sup> Textos de las Siete Partidas y del Ordenamiento de Alcalá como publicados en M. Martínez Alcubilla, *Códigos antiguos de España*, Madrid, 1885.

<sup>(20)</sup> Véase sobre este tema Dilcher, *Typenzwang* (arriba, nota 1).



bunal. Tomando *pacta* como categoría general y distinguiendo entre *pacta nuda* y *pacta vestita*, la categoría de los *pacta vestita* fue aumentada, como se ve en una glosa de Accursio:

Accursius († 1263), *Glossa quinimo* ad D.2,14,7,5

(...) ¶ Et not. quod pactum sex modis vestitur. 1. Re, ut in mutuo, & similibus: ut *Institut. quibus modis re contr. oblig. in princip. & per totum*. 2. Item verbis: ut *Institut. de verb. oblig. in princip.* 3. Item litteris: ut post biennium in chirographo: ut *Institut. de lit. ob.* 4. Item consensu: ut *Institut. de ob ex consensu*. 5. Item cohaerentia contractus: ut *hic*. 6. Item rei interventu: ut in contractibus innominatis: ut *ê. eod. § sed & si in alium*. ¶ (...) 7. Possunt addi duo modi, scilicet rei principio: ut *ê. de pollicit. l. j. § j.* 8. Item legis auxilio, quod potest dici in omni nudo pacto, quod actionem parit: ut dixi *ê. proxim. §.* 9. Item secundum quosdam vestitur iureiurando: ut *ê. de operib. lib. l. ut iurisiurandi*.

(...) ¶ Y nota que el pacto es vestido de seis maneras. 1. Transfiriendo una cosa, como en el mutuo, y semejantes, como en *Inst. 3,14*. 2. Además con palabras, como en *Inst. 3,15*. 3. Además con letras, como después de dos años en un quirógrafo, como en *Inst. 3,21*. 4. Además por consenso, como en *Inst. 3,22*. 5. Además por la relación con un contrato, como aquí. 6. Además porque interviene una cosa, como en los contratos innominados, como arriba, en *D.2,14,7,2*. ¶ (...) 7. Se pueden añadir dos maneras, es decir por empezar con una cosa, como abajo en *D.50,12,1,1*. 8. Además con la ayuda de la ley, lo que se puede decir en caso de todo pacto sencillo que engendra una acción: como he dicho arriba en el párrafo más cercano. 9. Además según algunos se viste a través de un juramento, como abajo en *D.38,1,7*.

Las primeras cuatro maneras de vestir un pacto son los contratos romanos. La quinta, *cohaerentia contractus*, se refiere a los pactos adicionales. La sexta manera, *rei interventu*, se refiere a los *contractus innominati*. La séptima es la *pollicitatio*, cuando alguien ha prometido hacer algo y empieza a hacerlo — *rei principio* —, se obliga a seguir haciéndolo. A continuación la octava manera es *auxilio legis*, dando una acción para un pacto sencillo, y finalmente un juramento también puede convertir un pacto sencillo en *pactum vestitum* <sup>(21)</sup>.

Otra manera para llegar a acuerdos vinculantes fue la doctrina de la *causa*, que se basaba en el texto — ya mencionado arriba — *D.2,14,7,4*. Es un buen

<sup>(21)</sup> Sobre esta glosa: Söllner, *Die causa* (arriba, nota 1), 216-219, y Dilcher, *Typenzwang* (arriba, nota 1) 279-281.

ejemplo de razonamiento *a contrario*: el texto dice que no hay obligación si no hay una *causa*; por consiguiente, si hay una *causa* también existe una obligación. Esta doctrina fue aplicada también por los canonistas, pero tenía más importancia para los civilistas, cuyos textos distinguían entre acuerdos vinculantes y no vinculantes <sup>(22)</sup>.

Además los civilistas aceptaron que los *pacta nuda* podían engendrar obligaciones particularmente entre mercantes, en base a disposiciones de legislación local de las ciudades. Y finalmente, también llegaban a crear obligaciones suponiendo fácilmente que se habían observado los requisitos para celebrar una estipulación. El requisito más importante, en la Edad Media, fue precisamente la *causa*. No es ninguna sorpresa que ese requisito se haya mantenido de forma continuada hasta las codificaciones modernas <sup>(23)</sup>.

## El Derecho natural

Hugo Grotius es la figura emblemática del Iusnaturalismo, y ha jugado un papel clave en el desarrollo del derecho contractual moderno. Es imposible tratar todos los detalles, pero en este resumen del desarrollo de la libertad contractual no pueden faltar por lo menos dos textos como ejemplos de su importancia. El Derecho natural destaca — y se distingue del Derecho romano — por su manera generalizada de abordar cuestiones jurídicas, y por basarse en principios generales para elaborar un nuevo sistema jurídico. En los *Prolegomena* de su famosa obra *De Iure Belli Ac Pacis* Grotius presenta una serie de principios generales:

Hugo Grotius (1583-1645), *De iure belli ac pacis*, Prolegomena 8 (1625)

Haec vero quam rudi modo iam expressimus societatis custodia humano intellectui conveniens, fons est eius iuris, quod proprie tali nomine appellatur: quo pertinent alieni abstinencia, et si quid alieni habeamus aut lucri inde fecerimus restitutio, promissorum implendorum obligatio, damni culpa dati reparatio, et poenae inter homines meritum.

*Pero esta protección de la sociedad que corresponde con el ingenio humano ya hemos expresado de manera ruda es la fuente del derecho propiamente llamado por tal nombre: al que pertenecen la abstención de lo*

<sup>(22)</sup> Sobre esta doctrina: Söllner, *Die causa* (arriba, nota 1), 212-265, y además Otte, *Dialektik und Jurisprudenz* (arriba, nota 1), 193-196.

<sup>(23)</sup> Véase arriba, nota 2 para el Código civil español; en el Code civil francés se trata del artículo 1108 que exige *une cause licite dans l'obligation*.

*ajeno, y si tenemos algo ajeno o si de ello hemos conseguido un lucro, su restitución, la obligación de cumplir las promesas, la reparación del daño causado por culpa, y el mérito de la pena entre los hombres.*

Grotius habla de la *custodia societatis* que corresponde con el ingenio humano. Ésta es la idea básica, en función de la que se construye el Derecho natural por vía intelectual. Dicho de otra manera, el derecho tiene como objetivo el de guardar y vigilar la sociedad. Posteriormente enumera unos principios básicos, entre ellos la *promissorum implendorum obligatio*, la obligación de cumplir las promesas. Es el fundamento del derecho contractual — y es una aproximación generalizada, que no deja sitio para los particularidades del derecho contractual romano. Todas las promesas han de cumplirse rigurosamente, sin excepción.

En el siguiente texto vemos un fragmento de la teoría de Grotius sobre la *promissio*, la promesa, sobre la que elabora su teoría. Se trata de ideas que se remontan hasta Santo Tomás de Aquino. Es probable que Grotius se haya basado sobre las obras del Jesuita Leonardus Lessius (1554-1623), que a su vez se inspiraba en las obras del escolástico español Luis de Molina (1536-1600). La fuente verdadera está en las obras de Santo Tomás de Aquino, quien — tratando las promesas vinculantes que hacen los hombres hacia Dios — distingue tres momentos: el reflexionar sobre la pregunta si se quiere hacer tal promesa (*deliberatio*); la decisión de hacerlo (*propositum voluntatis*), y la promesa misma (*promissio*). Más adelante, otros autores aplicaron este esquema también a promesas entre personas:

Hugo Grotius, *De iure belli ac pacis* II.11.4

Tertius gradus est ubi ad determinationem talem accedit signum volendi ius proprium alteri conferre: quae perfecta promissio est, similem habens effectum qualem alienatio dominii. Est enim aut via ad alienationem rei, aut alienatio particulae cuiusdam nostrae libertatis. Illuc pertinent promissa dandi, huc promissa faciendi (...).

*El tercer grado es donde a tal determinación se añade una señal de que quiere conferir al otro un derecho propio. Y ésta es una promisión perfecta, que tiene un efecto parecido a la enajenación de la propiedad. Porque es, sea la vía a una enajenación de una cosa, sea la enajenación de una parte de nuestra libertad. A la primera pertenecen las promesas de dar, a la segunda las promesas de hacer. (...)*

En el texto vemos la versión grotiana de este esquema. Hay que destacar que la fuerza vinculante de la promesa tiene sus raíces en la considerada volun-

tad para obligarse de la parte que promete. Por ende el paralelismo con la enajenación de la propiedad que el texto menciona: también en ese caso Grotius supone que la transmisión de la propiedad depende de la voluntad del propietario de enajenar su bien.

Por lo tanto una promesa bien considerada obliga, según Grotius, y este es un principio jurídico central en su sistema. Y es importante que sea una promesa bien considerada. Esta idea — no una promesa cualquiera, sino tan sólo una sobre la que se ha reflexionado bien — la encontramos también en la obra de otros. El último ejemplo es un fragmento de otro Holandés, cuya obra, por cierto, se vendía en el mercado jurídico español en los siglos XVIII y XIX: Arnoldus Vinnius.

Arnoldus Vinnius (1588-1657), *In IV libros Institutionum commentarius*, ad Inst. 3.14.2 n. 11

Usu jam pridem receptum esse constat, ut etiam ex nudo et simplici pacto actio detur, ita ut pacti nunc eadem vis sit, quae stipulationis. Tantum meminerimus, distinguendas esse promissiones serias, meditatae et utiles, ab inconsideratis, temerariis atque inutilibus, cum quis non disposite, ut loquuntur, nec serio, sed vel narrative, vel per jocum et aliud agens aliquid pronuntiat, ut ex illis tantum, non ex his obligatio et actio nascatur (...).

*Consta que por el uso ya fue recibido hace mucho, que incluso en base a un pacto desnudo y sencillo se da una acción, de manera que la fuerza de un pacto hoy en día es la misma que de una estipulación. Tan sólo nos acordamos de que hay que distinguir las promesas serias, pensadas y útiles de las inconsideradas, temerarias e inútiles, cuando uno — como dicen — pronuncia algo sin orden ni seriedad, sino que sea por contar algo, sea por bromear o haciendo otra cosa, para que de las primeras, no de las últimas nazcan una obligación y una acción.*

En este texto Vinnius destaca que todos los *pacta*, incluso los desnudos, engendran una acción. Del mismo modo que Grotius usa el término *promissio*, y aplica la distinción entre promesas bien consideradas y promesas que sólo se expresan para contar una historia o gastar una broma.

## CONCLUSIONES

Varios factores tuvieron influencia sobre el desarrollo de la libertad contractual: el Derecho canónico, la práctica mercantil y el sistema feudal. El Derecho romano, con sus contratos formales y su división entre *contractus* y

*pacta*, se prestaba poco a un derecho contractual libre, pero tuvo que seguir la evolución hacia más libertad. Ya en el siglo XVI se podía decir que en muchos países europeos se había establecido una libertad contractual considerable. Y en el siglo XVII, Grotius fomentaba la idea del carácter vinculante de cualquier acuerdo como principio básico del Derecho natural, y elaboró una sólida base teórica para la fuerza jurídica de la palabra dada.

Al fin y al cabo, si miramos un momento el presente y el futuro, se puede observar que la libertad contractual hoy en día ya no es tan amplia como hace un siglo. Varias evoluciones nuevas presentan disposiciones que las partes contratantes tienen que tener en cuenta, como contratos de adhesión, condiciones generales, y últimamente las directivas europeas, sobre todo en materia de protección de consumidores. La libertad contractual sigue siendo un tema en pleno movimiento.