

PERSPECTIVA HISTORICO-COMPARADA DE LA NOCION DEL CONTRATO *

Jorge López Santa María
Profesor de Derecho Civil

Uno de los hechos más fundamentales desde que el hombre está en el mundo, la escritura, desde su invención se emplea en el terreno contractual. Ya en el tercer milenio antes de Jesucristo, la escritura cuneiforme de los sumerios, en Mesopotamia, encuentra expresión jurídica en contratos de compraventa de fincas y de esclavos. El Código de Hamurabi, que se conserva imponente en el Museo del Louvre, es palpable testimonio de lo anterior ¹.

El concepto hoy tradicional del contrato, al cual se está tan habituado que parece algo natural y muy claro, es, sin embargo, es, sin embargo, un concepto reciente. Antes que los juristas se encontraran con el concepto voluntarista del contrato, largos siglos transcurrieron durante los cuales el contrato fue otras cosas, que los historiadores del Derecho han procurado y siguen intentando clarificar.

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

En el contrato primitivo la mentalidad de las partes recién alcanza un estadio proológico. A diferencia de lo que ahora frecuentemente acontece, en el sentido de que el contrato permite a las personas prever y organizar su futuro, los etnólogos concluyen que en las sociedades más antiguas la incapacidad de abstracción de los individuos les impedía disociar el presente del futuro ².

En sus manifestaciones más antiguas, el contrato carece de la connotación económica que hoy lo distingue, pues, antes que un vínculo de interés, es una alianza total y mística de los contratantes, una relación análoga al parentesco, un radical cambio de estado. A vía de ejemplo puede citarse el *potlatch* de las

* Versión escrita de la conferencia pronunciada el 16 de mayo de 1985, con motivo de la inauguración del año académico en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica de Valparaíso.

¹ La brillante civilización de los sumeros se despliega a partir del cuarto milenio a.C. El monarca Hamurabi vivió en los años 1.700 a.C. Su célebre Código, a no dudarlo, corresponde a fijaciones jurídicas cuyos antecedentes se remontan a siglos más atrás. La fundación de Roma por los etruscos es situada por los historiadores alrededor de mil años después del referido Código, en el 753 o en el 754 a.C. Según VICENZO ARANGIO-RUIZ, *Storia del Diritto Romano*, 7ª edición, Jovene, Nápoles, 1972, p. 6, sólo a partir del año 297 a.C. comenzó en Roma la redacción escrita de los principales sucesos de entonces.

² Cfr. JEAN CARBONNIER, *Flexible Droit*. L.G.D.J., 2ª ed., Paris, 1971, pp. 64 y 205. Nuestras referencias se remiten a esta edición francesa. Existe, sin embargo, versión castellana: *Derecho Flexible. Para una Sociología no rigurosa del Derecho*. Traducción de Luis Díez-Picazo. Tecnos, Madrid, 1974. Al lector motivado por este magnífico libro de Carbonnier, se le sugiere el trabajo del profesor JOSÉ LUIS CEA EGAÑA: *Para una Sociología Flexible del Derecho*, en Revista Chilena de Derecho, Universidad Católica, Santiago, Vol. 3 (febrero-junio 1976) pp. 5-36.

tribus indias del Canadá: festín acompañado de danzas, durante el cual el anfitrión hace regalos a los huéspedes, creando de este modo en los donatarios el deber de retribuir, al menos en igual medida. De ahí un aforismo, según el cual el contrato de donación es la manifestación arcaica del cambio o trueque.

Por lo demás, el contrato frecuentemente ha sido, como en la actualidad, una globalidad complejísima, en la cual no sólo se distinguen los diversos momentos que configuran el iter contractual, sino que en él se aprecia una serie de inferencias psicológicas, sociológicas, emotivas, lúdicas, que dificultan en extremo la completa percepción de este fenómeno multifacético que es el contrato. Así, para muchos, contratar es incluso un placer. Aunque en el pasado no se haya "vitriornado", ni viajado de un país a otro, simplemente a fin de conocerlo, ¿quién podría asegurar que un cierto hedonismo de la contratación fue ajeno a la antigüedad? Al menos, según expresa uno de los más ilustres juristas contemporáneos, "contratar es un juego y un regocijo de todos los tiempos"³.

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

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

Siguiendo al profesor Wolff, de Friburgo, se entiende por Derecho Griego el observado por el pueblo de habla griega desde la época de Homero, en el siglo VIII a.C., a través de la época clásica que es la del derecho de Atenas en los siglos V y IV a.C., hasta la época helenística o de las monarquías greco-macedónicas derivadas del imperio de Alejandro Magno.

Es importante tener presente que, en sus principios, el contrato se distingue apenas de determinadas formas de presión social sobre la persona. La manera de significar o demostrar la intención de cambiar un *statu quo* o situación existente por otra, es la celebración de un acto formal: por ejemplo, la ceremonia de un apretón de manos; el establecimiento mágico de la hermandad de la sangre; la solemne invocación del castigo sobrenatural para el caso de infracción de la promesa efectuada ante testigos. Las consecuencias esperadas de estas conductas formales, taxativamente reconocidas en la vida social, son que los sujetos se sientan atados o vinculados al cumplimiento; y que los *órganos de actuación del derecho* puedan ejercer sus funciones⁴.

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

La convención o contrato griego tiene como idea y como realidad esencial el cambio o trueque, es decir, el desplazamiento de un bien de un patrimonio a otro. El desplazamiento en un sentido, genera un deber de restitución

³ JEAN CARBONNIER, *ob. cit.*, p. 123.

⁴ Cfr. La contribución del connotado profesor de la Universidad de Columbia, K. N. LLEWELLYN: *Contract*. En *Encyclopaedia of the Social Sciences*, vol. 3, 1951, pp. 329 y 330. A tales *órganos de actuación del derecho*, el autor los denomina *law officials*.

o contrapartida equivalente. El acuerdo de voluntades a veces tiene algunos efectos en el intercambio; por ejemplo, en el comodato podría determinar la fecha de la devolución de la cosa, pero esto es secundario. La idea del intercambio desborda al contrato, pues lo que interesa es si hay o no *sinalagma*, es decir, reciprocidad de prestaciones, y lo mismo da que la reciprocidad derive o no de un acuerdo de voluntades: "que mi vecino me preste su escalera o que yo aproveche su ausencia para sacársela y usarla, deberé restituirla de la misma manera; la convención puede aquí jugar algún rol, sin embargo, será accidental o accesorio en el intercambio; jamás el acuerdo de voluntades constituye la esencia del *sinalagma*. La atenta observación de la naturaleza de los negocios, tal cual se desarrollan objetivamente en el mundo, impide colocar en primer plano al acuerdo de voluntades"⁵.

Los juristas griegos no nos dejaron obras escritas, lo que obliga a interrogar a los filósofos para averiguar los ribetes de las instituciones jurídicas griegas. Desde el punto de vista práctico, el Derecho Griego integraba la retórica, o sea, una de las artes liberales y desde el punto de vista teórico, se vinculaba con la filosofía. El problema es si pueden considerarse propiamente jurídicos los escritos de Platón o de Aristóteles.

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

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

En la Retórica, Aristóteles define el contrato de manera bastante jurídica: como una ley particular y limitada. En la *Ética Nicomaquea*, Aristóteles analiza el contrato, a propósito de la reciprocidad (o *sinalagma*), distinguiendo transacciones muy diversas. Los autores estiman, sin embargo, que esta aproximación indirecta al contrato es filosófica o moral y no jurídica; y que, en definitiva, el tema de Aristóteles es la justicia, dividida en general y en especial; en distributiva y correctiva. Ciertamente, a raíz de la justicia correctiva aparecen las transac-

⁵ MICHEL VILLEY, en *Archives de Philosophie du Droit*, tomo 13, pp. 6 y 7, Sirey, Paris, 1968. MICHEL VILLEY se funda en Aristóteles, en especial en el libro V de la *Ética a Nicómaco*, para negar enfáticamente que los griegos hayan admitido, siquiera en germen, algo parecido al voluntarismo jurídico de los Tiempos Modernos. Según él, el acuerdo de voluntades jamás fue un distintivo de los contratos griegos, por lo cual es permitido ser muy escéptico frente a ciertas tendencias eruditas destinadas a encontrar en la antigüedad grecorromana los signos precursores del voluntarismo. Cfr., entre muchos otros trabajos del profesor de la Universidad de París, en los cuales se insiste en esta idea, *Essor et décadence du volontarisme juridique*, en *Archives de Philosophie du Droit*, tomo correspondiente a 1957, p. 87.

ciones, pero clasificadas de manera heterogénea, sin un propósito jurídico. En otro lugar de la Etica, también Aristóteles reflexiona sobre el contrato, pero su análisis concierne a la amistad.

Cualquiera que haya sido en Grecia la representación intelectual del contrato, en la práctica fue indiscutible el predominio de las formas escritas en las convenciones. Según Vincenzo Arangio-Ruiz, a diferencia de lo que ocurre en Roma, en cuyo sistema de formalidades contractuales priman las palabras sacramentales o formas verbales, en el mundo helénico todo negocio jurídico se redactaba por escrito, a veces por instrumento privado, pero con más frecuencia por instrumento notarial.

II. PERSPECTIVA GENERAL DEL CONTRATO EN EL DERECHO ROMANO

Hay quienes opinan que, para fijar el concepto del contrato, es inútil recurrir al Derecho Romano, ya que éste no nos ha transmitido ninguna verdadera definición del contrato. La circunstancia de que el Derecho Romano represente el momento cumbre del quehacer jurídico a lo largo de los siglos, nos obliga, sin embargo, a inquirir en él, los perfiles de cualquiera institución clásica del Derecho Privado que deseemos entender. No es excusa para evitar esta búsqueda el que los juristas romanos clásicos no hayan propiamente desarrollado una teoría sistemática de lo que hoy llamamos contrato, pues de lo que se trata es de aproximarse al funcionamiento de las figuras que servían para las transacciones y no de investigar "teorías", las que fueron ajenas, y no sólo en el terreno contractual, al Derecho Romano prejustiniano.

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

En la clasificación de los contratos de Gayo (clasificación para fines didácticos, que únicamente tiene eco a partir del Derecho Romano postclásico, muchos siglos después de haber sido formulada), junto a las tres categorías de contratos solemnes, *verbis*, *litteris* y *re*, aparece, al lado, una cuarta categoría de contratos llamados *consensuales*. Empero, la romanística contemporánea, cuyo signo distintivo es el afán por rescatar del Derecho postclásico, y de las interpolaciones medievales de los glosadores, el genuino Derecho Romano clásico, ha demostrado la inexactitud de la clasificación de Gayo y, en particular, de la supuesta diferencia específica de los cuatro contratos consensuales (compraventa, arrendamiento, mandato y sociedad). El mérito de esclarecer el concepto romano del contrato es, principalmente, de un contemporáneo: del profesor de la Universidad de Navarra, don Alvaro D'Ors. Sobre la base de un texto de LABEÓN, recogido por Ulpiano y recopilado en el Digesto 50, 16, 19, puede afirmarse que la esencia del contrato romano reside en la bilateralidad de los efectos ("*ultra citroque obligari*"): Lo que da el ser al contrato es la existencia de obligaciones recíprocas⁶.

⁶ *Réplicas Panormitanas II. El contractus según Labeón.* En Revista de Estudios Histórico-Jurídicos. Ediciones Universidad de Valparaíso, 1976, pp. 17 y s. En el texto citado del Digesto, se lee: "contrato es la *obligación recíproca*, que los griegos llaman *synallagma*, como la compraventa, la locación-conducción, la sociedad".

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

Si la *emptio-venditio*, si la *locatio-conductio*, si el mandato y la sociedad fueron también contratos (los cuatro que Gayo calificó como consensuales), es precisamente porque engendraban obligaciones para las dos partes vinculadas. "Con la referencia al consenso no entendía la jurisprudencia poner el acento o hacer hincapié sobre el elemento subjetivo . . . , sino que sobre la bilateralidad objetiva del efecto obligatorio, o sea, sobre el nexo sinalagmático entre las diversas obligaciones . . . Es claro que las obligaciones correlativas no tienen entonces su fundamento en el consentimiento, sino que en la estructura objetiva de la relación . . ." ⁷.

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

Inspirándose en Wiehweg y en Perelman (los padres de la Nueva Retórica), Michel Villey postula que el método de los jurisconsultos romanos no revistió una forma científica y que ni siquiera fue lógicamente coherente en los raciocinios. El arte del razonamiento romano, siendo sumamente refinado, nada tiene que ver con un tratado de lógica formal. El método romano fue cuasidialéctico, basado en ciertos lugares comunes o tópicos, que sirven de punto de partida al raciocinio. Dichos lugares comunes o premisas del razonamiento son precarios, a veces contradictorios o al menos divergentes. El saber jurídico es problemático; *el Derecho es una disciplina de lo opinable*, incapaz de conducir a la perfección científica, sólo a resultados inciertos. El Derecho Romano no estaba conformado por reglas categóricas y armónicas entre sí. Por el contrario, los textos clásicos son con frecuencia contradictorios. Tales textos carecían de la autoridad casi absoluta que hoy atribuimos a los artículos de los Códigos, pues sólo servían de comienzo, de punto de partida o *topoi* al discurso jurídico. El *ius civile* no es un edificio terminado, definido, preciso. El Digesto justiniano sólo representa una compilación o catálogo de opiniones frágiles. Dado que el método es dialéctico, es normal que haya sido así. El

⁷ GUIDO ASTUTI: *Contratto - Dritto intermedio*. En Enciclopedia del Diritto, Giuffrè, Milán, tomo IX, 1961.

Derecho Romano carece de una forma acabada, de una existencia actual petrificada; principalmente existe en potencia: es una búsqueda; es un arte⁸.

En el antiguo derecho, el consentimiento no es base de las obligaciones contractuales. Estas nacen automáticamente al cumplirse las ritualidades externas. La ninguna importancia de la voluntad subjetiva en la primitiva contratación romana se manifiesta, además del escaso desarrollo de los vicios del consentimiento, en un régimen de interpretación puramente literal y en el desconocimiento del contrato entre ausentes. Como dice Ihering: "En Roma la fuerza y el culto de la palabra dominan todas las relaciones de la vida pública y privada . . . , para el antiguo romano la palabra es una fuerza mística y poderosa que liga y desliga. En el antiguo derecho la palabra ejerce doble imperio. Primero, porque la validez de los actos jurídicos depende del empleo de palabras o fórmulas consagradas. Segundo, porque estos actos jurídicos habían de expresarse *exactamente*, puesto que la interpretación literal no considera como querido más que lo que ha sido dicho en forma expresa y directa". En la interpretación gramatical, a diferencia de la interpretación lógica, no se rebasan las palabras ni se cuida la verdadera intención de quien habló, sólo interesa lo que literalmente se dijo⁹.

Existen dos concepciones de lo que fue el contrato en el Derecho Romano clásico, una amplia y otra restringida.

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

Fuera de los contratos *verbis*, existieron contratos reales, en los cuales la entrega o *datio* del objeto es el acto externo que permite que exista contrato y obligación restitutoria. Contratos literales, escasamente practicados a diferencia de los restantes. Y, en fin, los cuatro contratos consensuales que ya se han señalado.

En cambio, según la concepción restringida, únicamente fueron contratos aquéllos cuya nota distintiva es la bilateralidad o reciprocidad de los efectos; o sea aquéllos en que ambas partes quedan obligadas. Afirma el profesor Francesco Messineo: "el término *contractus* tenía en el Derecho Romano clásico un significado completamente diverso al actual. El contrato no indicaba un acuerdo, sino que el vínculo obligatorio en sí, considerado como hecho objetivo. La figura correspondiente al contrato de hoy, en la que se da relevancia al elemento subjetivo, sólo aparece en la época postclásica"¹⁰.

⁸ MICHEL VILLEY: *Modes classiques d'interprétation du droit*. En Archives de Philosophie du Droit, 1972, pp. 71 y s.

⁹ RUDOLF VON IHERING: *El espíritu del derecho romano*. Abreviatura o trozos selectos por Fernando Vela, Revista de Occidente, 2ª ed., Madrid, 1962, en especial N° 49 y N° 57.

¹⁰ *Il contratto in genere*. Vol. XXI, tomo 1, del *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, Giuffrè, Milán, 1968, p. 7.

La concepción restringida, o del contrato como *ultra citroque obligari*, ha sido muy bien resumida por Francisco Samper. Según él nos explica: "La bilateralidad es la nota característica de los contratos, pero no se trata de una *bilateralidad genética*, como la que puede haber en un acto para cuya formalización se requiere el mutuo acuerdo o consentimiento, sino que es una *bilateralidad funcional*, por cuanto del acto, consentido o no, surgen obligaciones recíprocas, vinculadas entre sí por razón de mutua causalidad. El fundamento vinculante para las partes es la propia reciprocidad. La relación causal de las dos obligaciones determina que entre ambas haya una interdependencia recíproca, en el sentido de que cada obligante no podrá exigir sin haber cumplido o satisfecho su propia duda"¹¹.

Entre las tantas explicaciones, a nuestro juicio equivocadas, sobre el surgimiento en el Derecho Romano del contrato concebido como *acuerdo de voluntades*, podemos mencionar, a vía de ejemplo, la del civilista español profesor Lacruz Berdejo, también consagrada en el Tratado de Castán Tobeñas: "Los contratos formales y los reales bastaban para las reducidas operaciones jurídicas precisas de la vida de una pequeña ciudad que no había sobrepasado el estadio de la economía agraria de unos grupos familiares encerrados en sí mismos y autosuficientes. Pero merced a sus conquistas, Roma llega a ser, luego, una gran ciudad comercial, en contacto con todo el Mediterráneo; el antiguo sistema se revela insuficiente para hacer frente a las combinaciones jurídicas que exige una economía industrial y comercial desarrollada y en la que a veces los contratos deberán concluirse entre personas alejadas la una de la otra; y para responder a las nuevas necesidades se introducen unos contratos que ya no precisan de ninguna formalidad... Se acepta, pues, el nacimiento de las obligaciones y del vínculo contractual en virtud de la sola declaración de voluntad"¹².

Connotados autores expresan que ni siquiera en la época postclásica el Derecho Romano conoció contratos nacidos del simple acuerdo de las voluntades de ambas partes. Dicen que jamás en Derecho Romano hubo una elaboración del *consensus* como elemento común de todos los contratos o al menos de los cuatro llamados consensuales y que, en su conjunto, el sistema de Justiniano no se separa del sistema clásico, en el cual los contratos se caracterizan por la tipicidad de determinadas figuras concretas, individualizadas objetivamente.

Como es sabido, en el Derecho postclásico y sobre todo en el justiniano se llegó a conceder una acción contractual, la *actio praescriptis verbis*, para cualquier promesa o convención sinalagmática, o sea, para los llamados contratos innominados. Pero sólo se concedía esta acción cuando una de las partes hubiera ya realizado su prestación, es decir, cuando a cambio de la promesa que pretendía hacer valer en juicio hubiera dado o hecho algo. A esta prestación ya realizada se la llamada *causa data*. Hasta el momento de realizarse dicha entrega por una de las partes, ambas promesas eran revocables; en otros términos, desde el punto de vista jurídico, el contrato, como vínculo, no estaba todavía formado. La prestación o *causa data* era, pues, otro elemento formal del nacimiento del contrato. Por este camino se llega al reconocimiento jurídico

¹¹ *Derecho Romano*. Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1ª edición, 1975, N° 204.

¹² *Elementos de Derecho Civil*. Tomo II, vol. 2º, Barcelona, 1977, p. 17. Esta explicación es recogida en la decimotercera edición del Tratado de JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho Civil Español Común y Foral*, tomo 3, p. 456, Reus, Madrid, 1983.

de los contratos bilaterales no típicos, o sea, de los llamados *contratos innominados* en sus cuatro categorías: doy para que des, doy para que hagas, hago para que des, hago para que hagas.

En mi opinión, ninguna obra jurídica es más ilustrativa sobre el concepto histórico del contrato que la tesis doctoral de Georges ROUHETTE, hoy profesor de Derecho Civil en Francia. La tesis, intitulada *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, fue defendida, en 1965, en la Facultad de Derecho de la Universidad de París, ante un jurado de tres ilustres iusprivatistas: Jean Carbonnier, Pierre Raynaud y René Rodière.

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

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

La *fides* es un principio ético de honorabilidad, fundamento de la justicia, motor del derecho contractual romano. En *De Officiis*, Cicerón la representa como la fuente de la vida. La *fides* implica en lo contractual el respeto de la palabra y de las promesas; la obligatoriedad del contrato. La *fides* tiene un contenido normativo: impone la obligación de cumplir o ejecutar lo prometido. El contrato, a la luz de la *fides*, es un acto de fidelidad. Pero también de honestidad: el deudor debe respetar escrupulosamente los usos o costumbres del comercio; no debe engañar al acreedor, ni incurrir en ninguna especie de fraude; debe cumplir puntual y escrupulosamente su promesa.

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

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

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

de ciudadano el paterfamilias que disipa sus bienes. El verdadero romano no se considera más que el gerente de la fortuna recibida, para transmitirla a sus descendientes. No basta conservarla, hay que hacerla crecer.

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

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

Se procura sacar el máximo provecho de los contratos, al punto que la prohibición de la usura cae en desuso. El mismo Séneca practicó la usura, según lo pone de relieve su autocrítica (en *De vita beata*).

Es ingenuo confiar en la buena fe de la contraparte. Antes que de su conciencia, hay que fiarse del sello formal de su anillo, de los testigos o, mejor, del otorgamiento de alguna garantía real: de la cosa recibida en prenda.

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

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

Apoyándose preferentemente en los trabajos de Villey y de D'Ors, Rouhette percibe el orden jurídico romano de manera *objetiva*. El Digesto justinianeo y las Institutas de Gayo se inician con una visión del derecho objetivo, su natu-

raleza y fuentes, sin aludir al entonces desconocido derecho subjetivo¹³. Para los romanos, el derecho se compone de fenómenos regidos y moldeados, si no creados, por reglas objetivas. Lo mismo vale para el contrato. Significativo es, en este aspecto, el carácter típico o cerrado de la contratación. Las partes sólo quedan vinculadas cuando se colocan en alguna de las situaciones específicas a las cuales la ley reconoce el poder de engendrar obligaciones. La definición de estas obligaciones es anterior y superior a las partes; emana del derecho objetivo. El contrato es simple ocasión de puesta en acción del derecho objetivo. "Los juriconsultos consideran que el contrato cumple su función no como encuentro de voluntades, sino que en cuanto situación correspondiente objetivamente a un tipo de acto previsto y sancionado por el orden jurídico, situación en la que sin duda se situaron las partes, pero de la que la obligación resulta con abstracción de toda voluntad individual, puesto que es fruto del solo juicio del orden jurídico". Si las condiciones previstas por el derecho se reúnen, surgen los efectos jurídicos, aunque las partes hayan carecido de la voluntad del efecto al contratar.

La tipicidad de los contratos no es fruto de una elaboración arbitraria de la jurisprudencia; es consecuencia necesaria del sistema procesal: de la tipicidad de las acciones. La categorización de los contratos según tipos predeterminados resulta del procedimiento formulario y de la ausencia de una vía de derecho genérica. La acción, tal como se expresa en la fórmula, constituye el esquema en el que deben ser buscados y harneados los elementos fundamentales de toda relación que se pretenda hacer valer en justicia. Como el Edicto sólo ofrece un número limitado de fórmulas, únicamente se sanciona la celebración de actos, limitados en número, de contenido rigurosamente determinado. El régimen substancial de las obligaciones es el reflejo de las reglas de procedimiento.

Visto que la tipicidad de los contratos no es una figura doctrinal, sino que el resultado de la estructura procesal, no es dudoso el carácter objetivo del contrato. De lo que se infiere que el valor del contrato deriva de su conformidad a los tipos objetivamente reconocidos. El contrato romano no es subjetivismo, sino que conformidad a modelos objetivos reconocidos por el derecho positivo.

Sin embargo buscar la *communis opinio* de los romanistas en torno al contrato sería tarea en vano. Ha quedado atrás la época en que los pandectistas trazaban una figura neta del contrato. Hoy la romanística está hecha trizas y es incierta y atormentada: del contrato romano nos llega el reflejo en un espejo trizado. A diferencia de los pandectistas que, sin pretender reconstruir la verdad histórica, usaban utilitariamente los textos romanos, para sus propósitos, los romanistas contemporáneos laboran desinteresadamente, animados por el amor de la investigación histórica. Como los textos clásicos son numerosos y dispares, el *contractus* ofrece un perfil múltiple. Así, por ejemplo, Riccobono, Pérnice y Biondi admiten que también en Roma el contrato fue acuerdo de voluntades. En cambio, Bonfante —lo mismo que D'Ors y muchos otros hoy— concibe el contrato romano únicamente como relación constituida.

En resumen, en el Derecho Romano clásico los jurisperitos entendían el contrato como acto obligatorio, sin sentir la necesidad de definirlo con pre-

¹³ Sobre el modernismo de la noción derecho subjetivo, ver MICHEL VILLEY: *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976, 248 pp.

cisión. Esto no es una deficiencia, sino que la consecuencia de no querer fijar en una fórmula rígida una realidad que la sobrepasaría. La actividad de los jurisconsultos no es ni puramente práctica, ni puramente especulativa; ni puro hecho, ni pura abstracción. La casuística se alimentaba de nociones, categorías, comparaciones, a veces rudimentarias o implícitas. El mérito de los jurisprudentes fue "dejar lugar junto al punto de vista normativo, al punto de vista dogmático, sin subordinar el primero al segundo, ni deducir de la noción una teoría; el mérito fue conocer *el* contrato, pero tratar únicamente de *los* contratos".

III. EL CONTRATO EN LA EDAD MEDIA

En virtud de las limitaciones del tiempo debo entrar derechamente en el tema, sin poder detenerme, como habría sido mi deseo, *en el clima* en el cual se desenvuelve el quehacer de los juristas en los siglos VI y s., ni en los *métodos* empleados. Me remito a los excelentes y amenos trabajos de Italo Merello Arecco y de Alejandro Guzmán Brito. Del primero destaco su artículo en el N° 1 de la Revista de Ciencias Jurídicas, año 1971. Del segundo, su ensayo *Mos Italicus, Mos Gallicus*, en nuestra Revista de Derecho, año 1978.

Un buen número de afirmaciones caprichosas son frecuentes en el análisis del contrato medieval. Muchos autores dicen que, al amparo de diversas influencias, ya en la Edad Media el contrato se habría conceptualmente consolidado como el acuerdo de las voluntades individuales y autónomas de las partes. El cristianismo habría influido en esta "espiritualización" del contrato, consistente en la valorización preeminente o exclusiva de la voluntad subjetiva de los contratantes.

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

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

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

A la luz de los estudios de Guido Astuti, profesor de la Universidad de Roma, los cuales se apoyan en una vastísima bibliografía¹⁴, resulta que la tesis de la espiritualización del contrato por la influencia del cristianismo es equivocada, pues ni las fuentes bíblicas, ni las evangélicas, ni la patristica le proporcionan fundamentos probatorios. Antes que una influencia del Derecho canónico sobre la teoría jurídica del contrato, aquél acepta las concepciones dominantes en la praxis contractual.

Las vicisitudes de la praxis contractual, durante toda la edad romano-barbárica, no ofrecen testimonio en los cuales apoyar una nueva concepción del contrato o una valorización distinta del elemento consensual. Lo único claro que se filtra de las dificultades que encuentra la investigación histórica

¹⁴ Ver Enciclopedia del Diritto. Edit. Giuffré, Milán, tomo IX, 1961, voz *Contratto-Diritto intermedio*, pp. 759 a 784.

Otro importante trabajo de ASTUTI en la materia es: *I principi fondamentali dei contratti nella storia del diritto italiano*, en *Annali di Storia del Diritto*, 1957.

en el medievo es la importancia central que asume el formulismo de la escrituración de los contratos. A lo largo de la Edad Media, el único fundamento de la fuerza obligatoria de los contratos se halla en la circunstancia de haberse cumplido una forma ritual, o de haberse entregado materialmente una cosa (lo que también es una formalidad). La civilística sigue ligada al sistema justiniano y las pocas innovaciones en tema de contratos impiden afirmar la instauración del consensualismo. Por el contrario, aumenta, entonces la importancia del principio *nudum pactum obligationem non parit*, el cual es categóricamente afirmado por Bartolo.

Paralelamente a Astuti, las pesquisas de otro catedrático italiano, Gino Corla, confirman que el ceremonial del cumplimiento de las formas es el elemento sensible en el cual se apoya el carácter vinculante de los contratos¹⁵. Fuera de la hipótesis de los contratos solemnes, únicamente tenían fuerza obligatoria los contratos que representan un cambio; cambio ya cumplido por una de las partes al momento en que nace la obligación para la otra. Es decir, que para que un contratante quedase obligado, era indispensable que el cocontratante ya hubiera realizado su prestación. Esta última, la prestación cumplida, la *causa data*, adquiriría así el valor de elemento constitutivo o generador del contrato. La prestación cumplida a veces tenía un mero valor simbólico, como la entrega de "un guante, un sombrero, una capa, lo cual se explica no solamente porque la idea de la *equivalencia* de las prestaciones no juega en una mentalidad formalista, sino también porque existía la idea de que una prestación cualquiera bastaba para dar forma al contrato y para que no hubiera dudas sobre la intención de concluirlo con valor jurídico".

Si para establecer la voluntad de obligarse jurídicamente hay que buscarla prescindiendo de los criterios objetivos basados en la forma o en el cumplimiento de una contraprestación, será preciso tomar en cuenta los motivos psicológicos, los fines o los presupuestos sobreentendidos por el declarante. "Este es el sistema del *civil law*, implícito en el principio tan ambiguo *solus consensus obligat*. Por el contrario, si para establecer la voluntad de obligarse jurídicamente se adoptan los criterios objetivos del derecho medieval, entonces no se podrán tener en cuenta los motivos que limitan dicha voluntad, a menos que resulten de la misma forma, con un significado objetivamente claro... Supongamos que A promete a B que le prestará mañana a título gratuito su caballo o mil libras esterlinas o que al día siguiente le llevará gratuitamente de Alenjandría a El Cairo. ¿Cómo se podrá saber si A ha querido contraer una obligación en sentido jurídico, o sea, con derecho a exigir su cumplimiento, o si sólo ha querido contraer una obligación en el plano de las relaciones sociales, de cortesía, de amistad? La cuestión queda resuelta si se adoptan los criterios de la forma o de la *causa data*, aunque ésta sea simbólica. La obligación queda plenamente contraída, sin limitaciones derivadas de motivos o presupuestos no expresados. Por ejemplo, si al día siguiente A tiene necesidad urgente e imprevista de su caballo o si ha perdido todo su dinero líquido, no podrá invocar estos hechos para sustraerse a la promesa diciendo que la había hecho con el presupuesto de que esto no hubiera sucedido, o bien alegando que no es justo constreñirle a mantener una promesa en semejantes condiciones, tan onerosas para él, sin recibir nada a cambio. Mas si se abandonan los criterios objetivos, como ocurre en el *civil law moderno*, habrá que averiguar los

¹⁵ *El contrato*. Traducción al español por Ferrandis Vilella, tomo I, Bosch, Barcelona, 1959, en especial pp. 44 a 100.

motivos y circunstancias del caso concreto . . . Esa averiguación de la voluntad y de sus motivos y presupuestos requiere una refinada técnica de interpretación y, aún poseyéndola, queda siempre un margen de incertidumbre. En efecto, supongamos que A hubiere hecho las promesas no con una pura finalidad de beneficencia, sino por un interés particular; por ejemplo, porque quería ver si su caballo era capaz de hacer el viaje de Alejandría a El Cairo; o porque no quería hacer solo el viaje (cosa muy explicable en la Edad Media); o porque sabía que con las mil libras, B habría emprendido un negocio en competencia con C, enemigo de A. ¿Podrá sostener que no ha querido obligarse, sino en tales hipótesis o que no es justo constreñirle a mantener su promesa ni a indemnizar los daños a B? . . . El derecho medieval y los sistemas análogos, mediante los requisitos de la forma y de la *causa data* han tratado de resolver o de eliminar todas estas cuestiones y otras semejantes. Con ello, tales sistemas tratan de satisfacer la necesidad de lograr la seguridad de las relaciones jurídicas”.

El sistema medieval se mantuvo por muchísimo tiempo en Europa. Puede decirse que para encontrar el principio del nudo consentimiento hace falta llegar hasta el siglo XVI y aún más adelante en Italia; en otros países hasta el siglo XVIII y aun el XIX; y siempre con limitaciones. Durante esta época, la *contraprestación cumplida* continuó siendo un requisito para la formación del contrato, incluso para la venta y el arrendamiento. Pero especialmente se generalizó la *charta o instrumentum*: así, para contratos de cierta importancia, aunque fueran contratos reales; y a veces se llegó a exigir dicha forma para toda clase de contratos.

Para cerrar estas notas sobre el contrato en la Edad Media, se formulan unos comentarios sobre lo ocurrido al interior de los pueblos germánicos y durante el Derecho Intermedio español.

La contratación de los pueblos germánicos fue todavía más formalista que la romana. Sintetizando la exposición del maestro de la Universidad de Viena, Hanz Planitz, sobre los contratos en el Derecho Privado germánico¹⁶, es claro que en casi toda la época bajo comentario los contratos no se perfeccionaban por el solo consentimiento de las partes.

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

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

La *wadiatio* consistía en la entrega de una vara o ramita de madera (fetiche cuyo uso primitivamente simbolizaba la casa del deudor) al momento del pronunciamiento de las palabras solemnes. Después se admitió la entrega de otros símbolos representativos de la personalidad del deudor, como armas

¹⁶ *Principios de Derecho Privado Germánico*, traducción de la 3ª edición alemana, Bosch, Barcelona, 1957, en especial pp. 206 a 215, sobre los contratos en general, y pp. 234 a 265, sobre contratos en particular.

o vestidos. El incumplimiento de la promesa celebrada de este modo, al igual que en el caso del voto de fidelidad, engendraba la responsabilidad del deudor.

La manera más antigua de contratar fue el contrato real, en el cual la fuerza vinculante o efecto obligatorio deriva precisamente de la entrega y recepción de una cosa. La prestación cumplida en el acto del nacimiento del contrato genera la obligación del deudor de cumplir otra prestación, de inmediato o más tarde. La preprestación crea la contraprestación inmediata (caso de la compraventa al contado) o la contraprestación futura (caso de la compraventa al crédito). El efecto jurídico de la aceptación de la preprestación es la responsabilidad penal del receptor, si no cumple su contraprestación.

A partir del siglo XIII, los pueblos germanos admiten el contrato sin palabras sacramentales rígidas, en que el ritual consiste ahora en el apretón de manos entre las partes o palmata. Para la transferencia de los inmuebles, la celebración del contrato llevaba, además, aparejada la ceremonia del "dinero de Dios", o sea, su entrega en favor de la Iglesia o en favor de los pobres; o bien la "compra del vino", consumido por los contratantes y los testigos.

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

En el antiguo Derecho español tuvo influencia decisiva el Derecho de los pueblos germánicos. Los contratos consensuales no existían. En el Derecho español de la Alta Edad Media sólo son válidos los contratos solemnes propiamente tales o los contratos fortalecidos por ceremonias formales como la festuca, la palmata o la entrega de arras.

El ulterior consensualismo contractual no tuvo su origen directo ni en la tradición romana, ni en la germánica, surgiendo consuetudinariamente en la propia España. Fue consagrado oficialmente en el Ordenamiento de Alcalá del año 1348, en la ley única del Título XVI que dispuso: "sea valedera la obligación o el contrato que fuesen fechos en cualquier manera, que parezca que alguno se quiso obligar o facer contrato con él".

La norma del año 1348 tuvo como antecedente no sólo las costumbres castellanas. Aunque restringidos y contradictorios, diversos textos legales forales habían venido anticipando el consensualismo. En calidad de privilegio para los infanzones, el Fuero de Navarra establecía la no obligatoriedad de las meras promesas, mientras que únicamente los villanos quedaban vinculados por el solo consentimiento.

La norma del Ordenamiento de Alcalá, que consagrara el consensualismo contractual en España mucho antes que en el resto de Europa, pasó dos siglos más tarde a la Nueva Recopilación de 1567 y de ahí a la Novísima Recopilación de 1805. Dada esta antigua tradición, no es raro que el Código Civil español de 1889 se pronunciara enfáticamente en favor del principio consensual (en particular en los artículos 1254, 1258 y 1278), a pesar que el paradigma de la época, el Código Napoleón, carece de una disposición que recoja legalmente el consensualismo, el cual, según los autores, sólo habría sido acogido por preterición en este último Código¹⁷.

¹⁷ Para un análisis histórico sobre los formulismos de los actos jurídicos en los viejos pueblos hispanos, vislumbrando el ulterior consensualismo español, cfr., el trabajo del catedrático ALFONSO GARCÍA-GALLO: *Los documentos y los formularios jurídicos en España hasta el siglo XII*. En Estudios de Historia del Derecho Privado, Publicaciones Universidad de Sevilla, 1982, pp. 345-408.

IV. EL CONTRATO EN LOS TIEMPOS MODERNOS

La nueva concepción del contrato como pacto desnudo o simple acuerdo de voluntades desprovisto de formas, excepción hecha de España, recién tiene sus primeros antecedentes confiables en los siglos XVI y XVII. Desde el punto de vista filosófico es obra de la escolástica tardía. Los juristas de la mal llamada "escuela del Derecho natural" son posteriormente responsables directos del principio del consensualismo contractual. Ellos tuvieron gran audiencia en los precursores del Código Civil francés, es decir, en Domat y en Pothier, lo mismo que en la pandectística alemana del siglo pasado. Lo que explica de adonde haya llegado a tantos contemporáneos el apego al consensualismo.

Los estudiosos del consensualismo nos dicen: La victoria del voluntarismo es un fenómeno moderno, no anterior al siglo XVI... La doctrina clásica de los maestros del derecho romano y medieval no es la del voluntarismo, sino que reposa en la convicción de que un orden racional existe. La doctrina dominante en la antigüedad, reproducida por Santo Tomás, considera que el Derecho esencialmente es dado por la naturaleza: a la filosofía, a la ciencia y a la razón incumben el papel de descubrirlo (no de crearlo)... La doctrina clásica de la antigüedad grecorromana y del medievo es una doctrina dualista, para la cual el Derecho es, a la vez, producto de la razón y de la voluntad. Pero la voluntad sólo tiene un rol subsidiario y subordinado, sin que entonces aparezca en primer plano; sin que exista el voluntarismo.

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

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

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

Hay que medir la sorprendente fecundidad del principio voluntarista. En primer lugar, en el Derecho Público se concibe al Estado no como algo con-

natural al hombre, sino como el producto de un contrato. La convención crea el Estado y la Sociedad. Es el contrato social, en su plenitud ya en el sistema de Hobbes . . . A través de Grocio, Pufendorf, y pronto también de Rousseau, quienes interpretan a su manera "la voluntad de los contratantes", primera fuente del Derecho Público, el voluntarismo queda como el alma de nuestras constituciones. La ley es la expresión de la voluntad general . . . La costumbre recibirá su explicación en el consentimiento popular. No hay más Derecho natural clásico. El Derecho positivo es la huella de la voluntad popular, de la voluntad nacional.

En el Derecho privado, la teoría general de los contratos conoce un gran auge. Se encuentra la base del contrato en la voluntad concordante de las partes. Se define el acto jurídico como manifestación de voluntad productora de efectos jurídicos. La esencia del contrato es el consentimiento y reina la libertad contractual. El juez para fijar el contenido de una convención, la interpretará según la intención de las partes. La sucesión intestada se explica como la intención que habría tenido el difunto; y el régimen legal matrimonial como la interpretación legislativa de la presunta voluntad de los cónyuges. Allí donde no hay contrato, torturando al Derecho romano se descubre pretendidos cuasicontratos. Hasta el matrimonio se pretende someterlo por entero a la intención de los contratantes, llegando Kant a analizarlo como una venta recíproca . . . El fin de todas estas construcciones es que las reglas jurídicas conduzcan siempre a la voluntad"¹⁸.

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

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

La voz "voluntad" es apenas utilizada una vez en este Código en materia de formación de contratos. La explicación según la cual el Código de 1804

¹⁸ *Essor et décadence du volontarisme juridique*, en Archives de Philosophie du Droit, tomo año 1957, pp. 87 a 92. Cfr., del mismo MICHEL VILLEY, *Preface historique à l'étude des notions de contrat*, en estos Archives, tomo 1968. En las pp. 3 y 4 de esta última publicación leemos: "Nuestra teoría del contrato es un regalo que nos hicieron, a nosotros juristas, un cierto grupo de filósofos de la Europa moderna. Toda ciencia del derecho es hija de alguna filosofía. La historia demuestra la dependencia de nuestras definiciones técnicas respecto a grandes sistemas generales de filosofía. La desgracia es que en materia contractual debemos nuestra actual ciencia jurídica a pensadores ignorantes del derecho". En relación con el derecho natural aristotélico-tomista, que habría estado presente en la búsqueda racional y tópica de lo justo por los romanos, en contraposición con el positivismo individualista y voluntarista insito en la moderna escuela del derecho natural, entre muchos otros trabajos del mismo Villey, ver, por ejemplo: *Le raisonnement juridique dans l'histoire: droit romain et moyen-âge*, en ARSP, Wiesbaden, Alemania Federal; *Contre l'humanisme juridique*, en Archives de Philosophie du droit, tomo 1968, pp. 199 y s.; *Modes classiques d'interprétation du droit y Nos philosophes en face du droit*, estos dos últimos en Archives de Philosophie du Droit, tomo 1972, pp. 71 y s. y 285 y s.

erigió el consensualismo, por preterición u omisión, en principio fundamental de la contratación, no es convincente. Un régimen fuerte, como el de Bonaparte, nada consagra al través del silencio. Si el consensualismo no está en el texto del Código francés es simplemente porque su proclamación pertenece a un momento posterior. Son, en efecto, los comentaristas del Código Napoleón, integrantes de la escuela de la exégesis del siglo XIX, los genuinos introductores del consensualismo contractual en el lenguaje jurídico corriente...

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

V. APROXIMACIÓN COMPARADA AL CONCEPTO DEL CONTRATO. I. INGLATERRA

Previamente hemos examinado el contrato, desde una perspectiva histórica, en el *Civil Law*. En la imposibilidad de referirnos al contrato en todas partes, hemos seleccionado, para el análisis que sigue, a Inglaterra y a la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas. Nos referiremos al contrato en Inglaterra, pues se trata de la nación en que tiene origen el *Common Law*, y siempre ha sido considerada la más representativa de este sistema o familia jurídica, también vigente en EE. UU. y en la gran mayoría de las naciones del *Commonwealth*. Consideraremos que el contrato en la U.R.S.S., no es tanto por la indiscutible presencia de este país en el concierto internacional, sino que en virtud de que el Derecho soviético, habitualmente sirve de modelo al Derecho de los demás países comunistas.

Inspirándonos de preferencia en Sir William Anson¹⁹, y en René David²⁰, sin perjuicio de otros preclaros autores²¹, presentamos ahora una breve síntesis del desenvolvimiento del concepto del contrato en Inglaterra.

El *Common Law* se configura a partir del siglo XII. Después de la conquista normanda se mantuvo el funcionamiento de las *County Courts*. Paralelamente, administraban también justicia otros tribunales, en calidad de jurisdicciones eclesiásticas, municipales o mercantiles. Cada jurisdicción aplicaba su derecho particular: canónico, municipal, o la *lex mercatoria* típica de los comerciantes.

Las Cortes reales, al principio, tuvieron competencia muy excepcional, interviniendo exclusivamente en su calidad de "tribunal de alta justicia", en los asuntos de interés nacional que podían justificar la injerencia del rey. Este criterio no estaba predeterminado, de modo que las Cortes de Westminster entraban a desempeñar la función jurisdiccional o se abstendían de hacerlo, a su gusto. En caso afirmativo, no aplicaban las reglas de los demás tribunales, sino que un derecho que afirmaban ser común a toda Inglaterra: *Common Law*.

Sólo desde el siglo XVII el *Common Law* se empieza a perfilar como un conjunto de normas *sustantivas*, pues antes los procedimientos, las maneras formales de proceder primaron ampliamente sobre el fondo. Durante largos siglos las Cortes reales consideraron indigno ocuparse de controversias contractuales,

¹⁹ *Law of Contract*, 24ª edición por A. G. GUEST, profesor de la Universidad de Londres. Clarendon Press. Oxford, 1975, 683 pp.

²⁰ *Les Contrats en Droit anglais*. Librairie Générales de Droit et de Jurisprudence. París, 1973, 482 pp.

²¹ JOSÉ PUIG BRUTAU, GINO GORLA, ROSCOE POUND y FRANCESCO MESSINEO.

dado el carácter particular de éstas. Únicamente en la segunda mitad del siglo XIX quedan abolidos los numerosos procedimientos especiales, pudiendo las Cortes del rey conocer genéricamente de la acción llamada "*assumpsit*", que es la que tutela los derechos derivados de los contratos.

En los inicios, a contar del siglo XIII, fundamentalmente se conocieron cuatro acciones vinculadas con los contratos: *debt*, *detinue*, *covenant* y *trespass*. El fundamento de ellas no estriba en un acuerdo de voluntades, ni en la entonces desconocida fuerza obligatoria de la palabra empeñada, sino que de ordinario en la idea del delito (*tort*). El daño derivado del mal cumplimiento de lo prometido representaba un *tort*, debiendo aquél ser reparado o indemnizado: los orígenes de la responsabilidad contractual descansan en el *Common Law*, en la responsabilidad delictual. Por lo demás, para que lo prometido fuera relevante, era menester la observancia de una forma o la recepción de una prestación.

La acción de *debt*, o de deuda, procedía cuando el demandado era deudor de una suma determinada de dinero, ya sea porque así constaba solemnemente en un documento; ya sea porque así resultaba de la circunstancia de que el demandante había ejecutado una prestación en beneficio del demandado, proporcionándole un beneficio material.

La acción de *detinue* es una variante de la acción anterior, aplicable cuando la cosa debida es un cuerpo cierto mueble.

De la acción de *covenant* conocían las Cortes reales, tratándose de inmuebles que debían entregarse en razón de un compromiso escrito y sellado por el obligado.

La acción de *trespass*, inicialmente sancionaba los delitos, permitiendo la indemnización de los daños causados por el demandado a la persona o a los bienes del demandante. Es ésta la acción más reciente y que tuvo mayor éxito, suministrando pronto el mecanismo para juzgar los asuntos más heterogéneos. La expresión "*trespass*" se fue paulatinamente entendiendo ya no como delito, sino que de modo más amplio, como cualquier desacuerdo u ofensa. Ello permitió que las Cortes aceptasen que era culpable de *trespass* también quien no cumplía un contrato. A la larga, la acción propiamente contractual o de *assumpsit*, es un subproducto de la acción de *trespass*.

La tendencia histórica que lleva a los tribunales a inflar su competencia, se manifiesta claramente en las Cortes reales, las cuales, de su carácter primitivo de juzgados de excepción, pasaron después a ser jurisdicciones de derecho común.

Como se sabe, el *Common Law* se complementa con la *Equity*. Ante la imposibilidad o dificultad de que un proceso se incoara ante las Cortes reales (*Court of King's Bench*), podía el litigante obtener un *writ*, que le permitía que el asunto fuese conocido, en equidad, por la Cancillería (*Court of Common Pleas*). En esta última hipótesis estamos frente a una acción para el caso concreto. Las acciones para el caso concreto se modelaron sobre la base de la acción de *trespass*, habida consideración a la expansión que experimentó el alcance de esta voz, facilitando el conocimiento judicial de problemas contractuales. Es así como la acción de *assumpsit*, típica de los contratos, será fruto de las acciones para el caso concreto, falladas en equidad. La evolución termina en el siglo XVII, época en que se consolida la *assumpsit* y caen en desuso las viejas acciones de *debt*, *detinue* y *covenant*.

Especial mención merece el proceso *Slade*, resuelto en 1602 de un modo que puso fin a los titubeos y diferencia de pareceres entre las Cortes reales

y las Cortes de alegatos comunes. Este caso, según Anson, es "el más importante caso en toda la historia de las obligaciones *contractuales* en Derecho inglés". Slade demandó a Morley, por el no pago de 16 libras esterlinas correspondientes a la venta de una cosecha de granos, ejerciendo la acción de *assumpsit*. El demandado se excepcionó sosteniendo que la acción correspondiente era *debt* (ya que se recababa el pago de una suma determinada de dinero). La causa se discutió frente a todos los jueces de Inglaterra, triunfando el parecer de la Corte real en el sentido de que el demandante tenía la opción entre ambas acciones. A partir de este fallo, la acción de *assumpsit* emergió como la acción contractual genérica, liberándose de las restricciones de los *writs* medievales. La circunstancia que aparezca en el *Common Law* una acción *general* para los contratos, marca una importante diferencia con el sistema formulario del Derecho Romano, donde el pretor concedía acción *especial* para cada especie de obligación contractual.

La importancia que adquiere la acción de *assumpsit*, sociológicamente es el resultado de diversos factores. "La principal razón se encuentra en la expansión de la economía inglesa durante el Renacimiento. Los contratos dejan de ser asunto menor, que exclusivamente concierne a los particulares. Inglaterra se ha transformado en una gran nación comerciante. Las Cortes están obligadas a encontrar la manera de satisfacer los intereses del comercio, elemento esencial de la prosperidad nacional. La segunda razón que explica el desarrollo de la acción de *assumpsit* es el centralismo que se produce con el advenimiento de la dinastía Tudor y con la restauración del orden, luego de la guerra de las Dos Rosas. Las jurisdicciones municipales y comerciales están en plena decadencia, surgiendo una neta tendencia a controlarlas. Otro factor que contribuyó poderosamente a que las Cortes reales de Westminster se decidieran a abandonar su rutina, fue el temor de que la jurisdicción rival, la Corte del Canciller, desarrollase el Derecho de los contratos al margen del *Common Law*"²².

Hasta el caso *Slade*, la historia del *Common Law* en materia contractual se centra en los procedimientos y en la competencia que se disputan las Cortes para conocer de los pleitos. Tal perspectiva comienza a quedar obsoleta con la admisibilidad de la *assumpsit*, como acción contractual genérica. Ahora un Derecho de los contratos podrá ser propiamente elaborado, precisándose las condiciones necesarias para que las promesas obliguen; los efectos que produce el contrato; las consecuencias del incumplimiento; los criterios de interpretación, etc. Si en el *Slade case* nada se dice de todo esto, en los siglos siguientes se avanzará, aunque lentamente. Frente a los numerosos escritos franceses consagrados por Pothier, en el siglo XVIII, a los contratos, Blackstone en sus célebres "Comentarios" se ocupará, más que nada, de la propiedad, del procedimiento y del Derecho penal, dedicando apenas 28 páginas, en total, a los contratos. Habrá que esperar la *Judicature Act*, de 1875, para que desaparezca definitivamente el enfoque procesal y para que los jueces y juristas atiendan el fondo de los problemas contractuales. Es así que, a pesar que a veces se citan sentencias más antiguas, los grandes fallos del *Common Law* en materia contractual datan de los últimos 120 años. Del mismo modo, sólo en esta última etapa se editan importantes tratados dedicados a la contratación²³.

²² RENÉ DAVID, *ob. cit.*, p. 48.

²³ V. gr. LEAKE: *Law of Contract*, 1867; Sir FREDERICK POLLOCK: *Les Principles of Contract*, 1876; Sir WILLIAM ANSON: *Law of Contract*, 1^o ed., 1879.

El contrato tiene en Derecho inglés un profundo carácter formal y ello se materializa, ya sea a través de lo que nosotros consideramos habitualmente como formalidades contractuales, ya sea a través de una forma peculiar: *la consideration* ²⁴.

La ley inglesa sólo reconoce dos tipos de contratos: "*the contract under seal and the simple contract*". La regla general es el contrato común. La excepción el contrato bajo sello. El contrato común necesita por fuerza una *consideration*. La voluntad desnuda o a secas, de las partes, jamás es vinculante por sí sola. Si en otros lugares, la aceptación, concordante con la oferta, pueden bastar para que emerja un contrato, en el *Common Law* es indispensable el formulismo peculiar de la *consideration* para que haya contrato.

Excepcionalmente hay contratos que no precisan *consideration*. Son los contratos *under seal*, es decir, celebrados bajo sello o con el sello de su autor. Estos contratos tienen valor exclusivamente en razón del cumplimiento de la forma, que consiste en sellar el documento o el pergamino que lo contiene.

Algo muy interesante en la noción británica del contrato estriba en una coincidencia conceptual con la noción clásica romana del "*contractus*": en ambos casos puede haber contrato sin acuerdo de voluntades. El contrato bajo sello es normalmente un acto unilateral: el emitente redacta un escrito obligándose, bajo sello y firma, en favor de alguien que no emite voluntad alguna.

En cuanto a los orígenes de la *consideration*, se sitúan a fines del siglo XV. Son los jueces británicos quienes crean esta noción; lo hacen *en la necesidad de encontrar el criterio que permita decidir cuándo un contrato obliga y cuándo, en cambio, no va a recibir tutela jurídica*. Ninguna especulación filosófica o de teoría general sustenta esta creación, sino que exclusivamente las exigencias prácticas del tráfico jurídico.

La *consideration* se vincula con la idea de sinalagma o de bilateralidad de los efectos. Los contratos en que una sola parte se obliga, es decir, los contratos gratuitos (la noción del contrato real no existe en el *Common Law*), sólo valen si se otorgan bajo sello y en éstos, como ya dijimos, la *consideration* no juega rol alguno. Únicamente en los contratos que permiten un intercambio económico aparece la *consideration*: como "la contrapartida" objetiva.

La *consideration* aparece históricamente y se mantiene como noción unitaria de carácter objetivo (siempre ajena a la causa-motivo psicológico de los países del *Civil Law*).

Mucha tinta ha corrido respecto al concepto de la *consideration*. Hoy se prefiere la definición de Pollock, en su obra sobre los contratos; definición que cuenta con aceptación jurisprudencial en la Cámara de los Lores: "*contrapartida entregada o prometida al demandado por el demandante*".

La *past consideration* es insuficiente. La *past consideration* es una contrapartida que se ubica antes del momento de la celebración del contrato. Si A salva a B de ahogarse y después B promete a A una recompensa, aunque éste acepte, no puede ejercer una acción contra B para el pago. El salvamento no es *consideration* suficiente puesto que se sitúa antes del contrato. La promesa de B es gratuita, no siendo jurídicamente vinculante. Así está esclarecido desde

²⁴ Sobre las diversas perspectivas de la causa en el *Civil Law*, y particularmente en Chile, más una profundización sobre la *consideration*, cfr. nuestro trabajo *Causa y consideración en los contratos*. En Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 78, 1981, primera parte, pp. 71 a 81.

1842. La privación de tutela jurisdiccional a la *past consideration* es chocante para nosotros, pero es una realidad.

La *consideration*, por otro lado, no debe ser vaga. Los tribunales exigen que esté bien determinada. Si un padre le promete a su hijo, mayor de edad, tomar a su cargo determinada deuda de éste, siempre que él cese de disgustarlo con sus quejas de que no lo ha tratado tan bien como a sus hermanos, el compromiso no es vinculante jurídicamente, en razón de la vaguedad de la *consideration*.

Técnicamente, pues, es indispensable una *consideration* determinada, presente o futura. No es, empero necesaria una *consideration* adecuada. *Consideration* significa contrapartida; no equivalencia. La lesión enorme es totalmente ajena al *Common Law*.

V. 2. EL CONTRATO EN EL DERECHO SOVIÉTICO

Los juristas soviéticos afirman, sin ambigüedad, el carácter instrumental del Derecho. Este es, para ellos, sólo un medio o un mecanismo al servicio del llamado proceso histórico de construcción del comunismo. No aceptan el Derecho natural.

Sabemos que el marxismo supedita cuanto ocurre en la vida social a lo económico; toda superestructura estaría condicionada por una infraestructura económica. El régimen soviético practica el colectivismo de los medios de producción (o propiedad estatal y cooperativa) de la tierra, de las minas, de los bosques, de las fábricas e industrias, del transporte, de los bancos, de los seguros, de las empresas agrícolas y comerciales, etc. Además la actividad económica está rigurosamente estructurada en torno a un plan imperativo. Se habla, por ello, de una dirección planificada o centralizada de la economía. Estos dos hitos fundamentales de la vida en la URSS (propiedad colectiva de los instrumentos productivos y planes estatales imperativos a los que debe adecuarse la actividad económica) tienen, evidentemente, importancia decisiva en la concepción soviética del contrato.

Hace 23 años, el 8 de diciembre de 1961, el Soviet Supremo de la URSS aprobó la ley de Bases de la Legislación Civil, la cual impone a las quince repúblicas federadas la elaboración de nuevos códigos civiles, que vengan a refrendar la evolución en la marcha hacia el comunismo. Así, por ejemplo, en los años 1920, en los sectores rurales predominaba la pequeña producción campesina, por lo cual, entonces, se toleró, bajo el control estatal, la actividad emprendedora privada. En cambio, ahora, la agricultura se ha estructurado de manera llamémosla "ortodoxa", siendo desplazados de ésa, y de las otras actividades productivas, los empresarios privados o particulares.

En conformidad a la exposición de los doctores en Ciencias Jurídicas Bratus, Fleishits y Jalfina²⁵, profesores los dos primeros, las empresas estatales actúan en el mundo económico como personas de derecho civil. A cada una de ellas se le asigna una parte determinada de los bienes del Estado, que administra con relativa autonomía, dentro de los límites legales y de las tareas del plan. Son también personas jurídicas los *koljoses* y otras cooperativas, las cuales, junto con las empresas estatales, constituyen las organizaciones econó-

²⁵ *Acerca de las Bases de la Legislación Civil de la URSS y de las Repúblicas federadas*, publicado, junto con el texto de la Ley de Bases de 1961, por Ediciones en Lenguas Extranjeras, Zubovski Bulvar 21, Moscú, sin fecha, pp. 73 a 126.

micas sujetos de los contratos que permitirán el cumplimiento del plan. Por otro lado, los ciudadanos también pueden ser sujetos de los contratos, pero sólo en cuanto dispongan de sus ingresos provenientes del trabajo o de su propiedad personal.

Si bien las obligaciones pueden surgir de numerosas fuentes, la causa más importante y más difundida es el contrato o "acuerdo con la voluntad de sus participantes".

Según la ley de Bases, se considera concluido un contrato cuando las partes han llegado a un acuerdo en todas sus cláusulas esenciales, en la forma requerida en cada caso. El contenido del contrato concertado sobre la base de una tarea del plan *debe* concordar con esa tarea.

Las discrepancias que surgen entre las partes, a propósito de la celebración de un contrato, necesario para concretar el plan, se dilucidan en sede arbitral. Refiriéndose a la justicia arbitral, los autores antes citados dicen: "Durante los últimos años, en la URSS, las organizaciones sociales participan cada vez más en la administración de justicia. En determinados casos es posible resolver pleitos civiles en dichas organizaciones. Por ejemplo, las organizaciones sindicales en las empresas examinan las reclamaciones de los trabajadores relativas a la indemnización del daño causado a la vida y a la salud de los operarios por los accidentes de la producción . . . Los *tribunales de camaradas* están facultados para resolver litigios patrimoniales".

Aunque mi ánimo era describir con parquedad la concepción soviética del contrato, al menos dejaré constancia de mi discrepancia con la existencia de *tribunales de camaradas*, y con la restricción del monto de la indemnización y con el llamado cumplimiento *real* del contrato, a los que aludiré enseguida . . . De una visión equivocada del mundo tenía que resultar un Derecho instrumental, que en sus planteamientos y en sus efectos concretos me causa desazón. . .

La ley soviética limita de antemano la responsabilidad por el inadecuado cumplimiento de las obligaciones de los bancos, de los transportistas y de otras organizaciones estatales, tarifando las indemnizaciones en una determinada cantidad, no obstante que los daños del cocontratante sean mayores.

El Derecho soviético establece, por otro lado, el principio del cumplimiento *real* de las obligaciones. Esto significa que el pago de lo previsto en la cláusula penal, para el caso de demora o de otro cumplimiento indebido de la obligación y, en general, el resarcimiento de los daños y perjuicios, no eximen al deudor del cumplimiento de la obligación en especie. Esto lo determinan *las condiciones intrínsecas de la economía planificada*, en la cual el pago de la cantidad pecuniaria no puede servir de equivalente del cumplimiento. El deudor puede ser eximido del cumplimiento de la obligación en especie sólo si la tarea del plan en que se basa la obligación ha perdido vigor.

Las obligaciones, por lo general, son cumplidas por las mismas partes. Sin embargo, en la práctica soviética se dan casos en que los *ejecutores directos son terceras personas*. Por ejemplo, un proveedor (una oficina de abastecimiento) tiene un contrato con un consumidor (una fábrica de maquinaria) para suministrarle metal. Este proveedor tiene a su vez un contrato con una planta metalúrgica, por el que le compra su producción. En cumplimiento de su contrato con el consumidor, la oficina de abastecimiento da orden a la planta metalúrgica de enviar a la fábrica de maquinaria la cantidad correspondiente de metal. De esta manera la oficina de abastecimiento es una parte según el contrato, pero el ejecutor directo del contrato es la planta metalúrgica. La

legislación de la URSS y de las repúblicas federadas establece casos en que la responsabilidad civil recae sobre el ejecutor directo. Por el suministro de producción de calidad indebida, en el ejemplo que examinamos, la responsabilidad incumbe al ejecutor directo. Se afirma que esta regla tiende a elevar la responsabilidad de las empresas, en cuanto a la calidad de su producción. Cabe advertir que tanto en el *Civil Law*, como en el *Common Law*, existen instituciones clásicas que permiten al acreedor lograr el mismo resultado, sin que sea preciso recurrir, como en la URSS, a la ejecución directa del contrato por un tercero, que, entre otros inconvenientes, hace añicos el principio del efecto relativo del contrato (*privity of contract*, en el *Common Law*). Entre esas instituciones, menciono al pasar: la novación subjetiva, la cesión de créditos, la cesión de contrato y, sobre todo, el mecanismo de la subcontratación.

En materia de *contratos en particular*, la ley de Bases de la Legislación Civil contempla numerosas normas especiales sobre compraventa, suministro, compra de productos agropecuarios a los *koljoses*, arrendamiento, trabajos por contrata, construcción, transporte y seguros.

El contrato de compraventa, principalmente, se utiliza en el comercio al por menor. En cambio, en las relaciones comerciales al por mayor y en los abastecimientos industriales entre empresas estatales el contrato de suministro reemplaza a la compraventa. Las entidades estatales y cooperativas venden las mercancías con arreglo a los precios fijados por el Estado, salvo que la ley federal o la legislación interna de cada República disponga lo contrario.

El contrato de suministro es la forma jurídica más importante en las actividades de producción y distribución de bienes. Sólo pueden celebrarlo las organizaciones socialistas y, por regla general, corresponde a la consecuencia necesaria de un acto previo de planificación de la producción o de la distribución (acto imperativo para ambas partes).

El contrato de compra de productos agropecuarios es el mecanismo de compra estatal a los *koljoses*. Los contratos se celebran en función de los planes imperativos de compra por el Estado. La Ley de Bases fija sólo las líneas generales de estos contratos, cuya regulación se encuentra preestablecida en los formularios que contienen los contratos-tipos de compra, aprobados por el Consejo de Ministros de la URSS.

Tampoco el arrendamiento de bienes, en general, es objeto de una reglamentación exhaustiva en la Ley de Bases. A un jurista del *Civil Law* le sorprende que el artículo 53 disponga que "el arrendatario está obligado a satisfacer oportunamente el pago *por el usufructo* de los bienes", puesto que, no obstante el parecido entre las posiciones jurídicas del arrendatario y del usufructuario, en nuestros países aquél sólo dispone de derechos personales, mientras que éste es titular de un derecho real.

Pero el arrendamiento de viviendas sí que es objeto de tratamiento pormenorizado en la Ley de Bienes. El fondo de viviendas, en las ciudades y poblaciones obreras, es propiedad del Estado. En el campo y en las ciudades pequeñas hay casas que pertenecen a los ciudadanos en propiedad personal. Las normas de la Ley de Bases procuran obtener el mejor aprovechamiento de las habitaciones disponibles, siempre insuficientes para satisfacer las necesidades de la población. El burocrático artículo 56 de la ley en comentario prescribe: "El otorgamiento de viviendas en casas pertenecientes a los Soviets locales de diputados de los trabajadores se efectúa por el Comité ejecutivo del Soviet local, con la participación de los representantes de las organizaciones sociales; y en las casas que pertenecen a las entidades estatales, cooperativas

y sociales, por resolución conjunta de la dirección y del comité sindical fabril o de la institución respectiva, confirmada por el Comité ejecutivo del Soviet...". A la par con el arrendatario, los miembros de su familia que viven con él adquieren los derechos y contraen las obligaciones que se derivan del contrato de arrendamiento. El arrendatario goza del derecho a la renovación del contrato, luego del vencimiento del plazo convenido. Este derecho existe, aunque la casa pertenezca en propiedad personal al arrendador; salvo que se hubiese pactado la obligación de desalojo, en un contrato de locación que no exceda de un año, o que el tribunal establezca que el propietario y su familia necesitan el inmueble para su uso personal. "La legislación de las repúblicas federadas puede prever la posibilidad de incautación de la *superficie útil excedente*, en forma de habitación independiente aislada. En estos casos, la norma de superficie habitable no puede ser inferior a nueve metros cuadrados por persona" (art. 59 de la Ley de Bases).

Dejo hasta aquí esta incompleta perspectiva histórico-comparada del contrato, que he procurado presentarles (no obstante vuestra comprensible fatiga), como testimonio del deber universitario de enjuiciar críticamente las instituciones y las premisas de nuestras ciencias y artes, poniendo constantemente en tela de juicio los conocimientos que *a priori* parecían definitivamente adquiridos.

Permítaseme concluir, citando textualmente al filósofo chileno Jorge MILLAS, recientemente fallecido, quien, respondiendo la pregunta ¿y qué papel corresponde a la Universidad?, nos contesta ²⁶:

"El entendimiento y la verdad sobreviven hoy asediados por las reacciones primarias, la sugestión colectiva y los dogmatismos. El hecho en sí no es insólito: de un modo u otro la conducta racional del hombre ha estado siempre más o menos cercada por fuerzas análogas en la historia. Lo singular del fenómeno (ahora) radica, primero, en la peligrosidad que le da el medio expansivo de la sociedad de masas; y segundo, en su índole paradójica, originada por la ambivalencia de una situación histórica que, habiendo llevado el conocimiento a su plenitud y habiéndolo convertido en valor preeminente, lo cerca y anula, sirviéndose a veces de sus propios resultados. Frente a esto, la Universidad subsiste como un ámbito de seguridad y de liberación, como el medio todavía saludable para el desarrollo de la inteligencia y los valores a ella ligados.

Pero la Universidad, por falta de una conciencia histórica adecuada de sus miembros, suele olvidar esta misión en nuestros días. La posibilidad del auténtico poderío espiritual, que tal misión le confiere, se malogra ante la indolencia del universitario para asumir plenamente su responsabilidad intelectual. Por modo cada vez más alarmante tienden a infiltrarse en ella los tóxicos y anestésicos de la inteligencia: los prejuicios, la demagogia, los dogmatismos, las manías burocráticas, y hasta la misma superficialidad. Si la descomposición del espíritu universitario llegara a ser prevaleciente, como lo es ya en importantes aspectos de la conducta estudiantil, se habría rendido la última y mejor fortaleza del humanismo: los poderes negativos de la prensa, del mercantilismo y del mesianismo político, tendrían a su merced el porvenir de la cultura...".

²⁶ *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*. Estudios en memoria de Jorge Millas, Edeval, 1984, pp. 33 y 34.