

PARA LA HISTORIA DE LA FORMACIÓN DE
LA TEORÍA GENERAL DEL ACTO O
NEGOCIO JURÍDICO Y DEL CONTRATO, III*:
LOS ORÍGENES HISTÓRICOS DE LA
TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO**

ALEJANDRO GUZMÁN BRITO
Universidad Católica de Valparaíso
Universidad de Chile

I. INTRODUCCIÓN

Hay una teoría general del acto jurídico y otra del contrato. Por tales entendemos las referidas al concepto, las divisiones o clasificaciones, los requisitos o elementos, las modalidades, los efectos y la nulidad, construidas como un sistema conceptual aplicable a todos los actos y a todos los contratos respectivamente, y no, por ende, a algunos de ellos o a un determinado género. Ciertamente puede haber diferentes rangos de generalidad. Así, por ejemplo, en los derechos chileno y colombiano es posible, al menos nominalmente, hablar de una doctrina general de los actos y declaraciones de voluntad, contenida en el libro IV, título 2 del *Código*

* Véanse mis anteriores trabajos de esta misma serie: *Para la historia de la formación de la teoría general del acto o negocio jurídico y del contrato, I: El vocabulario de la negocialidad jurídica en el derecho romano*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 17 (Valparaíso, 1995), pp. 79 ss.; *Para la historia de la formación de la teoría general del acto o negocio jurídicos y del contrato, II: El sistema y el vocabulario de la negocialidad jurídica en las codificaciones americanas*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 19 (Valparaíso 1997), pp. 95 ss., además aparecido en el volumen de VV. AA., *El contrato en el sistema jurídico latinoamericano. Bases para un código latinoamericano tipo* (Bogotá, Universidad Externado, 1998), pp. 7 ss. También: *Los orígenes de la noción de acto jurídico a través de la construcción de un sistema de derecho*, en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba* 34 (Córdoba, 1995), pp. 41 ss.

** El presente trabajo es parte de uno más amplio sobre la formación histórica de la moderna teoría general del acto jurídico, que contó con un subsidio del Fondo Nacional de Ciencia y Tecnología (FONDECYT). Fue él expuesto en un seminario internacional sobre “El contrato en el sistema jurídico latinoamericano” celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia, en agosto de 1998.

Civil, pero que en realidad se refiere al contrato¹, por lo cual excluye a los actos de estructura unilateral y, en principio, a los de efecto real. Expresamente referida a las convenciones, aunque más específicamente a las convenciones contractuales, está la doctrina de los capítulos 1º y 2º del título 3º del libro III del *Code Civil*. En cambio, la regulación contenida en la sección 1ª del libro I del *Bürgerliches Gesetzbuch* aparece explícita y sustancialmente aplicable al negocio jurídico (*Rechtsgeschäft*).

Cada una de estas teorías, la del acto y la del contrato, obedece a tradiciones desiguales, si bien hasta un cierto momento se trató de una única y misma teoría, que se inició como del contrato y que en algún momento se bifurcó nominalmente, para desarrollarse como concerniente al acto y al negocio jurídico en un ambiente cultural, y mantenerse como relativa al contrato en otro, aunque después de las codificaciones la ciencia de los juristas se encargó de reunificarlas, esta vez sobre la base del acto².

En efecto, si nosotros examinamos lo que el código alemán, por ejemplo, entiende por negocio jurídico, y el sistema de requisitos y otras figuras que le atribuye, y comparamos su doctrina concerniente con lo que el código francés entiende por convención y contrato y el sistema de requisitos y otras figuras que a ellos también les atribuye, observaremos que en ambos derechos existe una sustancial unidad, pese a divergencias, a veces importantes, que puedan observarse en los detalles. Esto no es extraño, atendido a que los correspondientes códigos tienen como última fuente única al derecho romano común y a que se gestaron a partir de sendas experiencias romanísticas de la época moderna el primero y del siglo XIX el segundo.

En principio, pues, ambas doctrinas ofrecen una diferencia formal, que podemos reconducir a un diverso nivel de generalización. En la tradición del contrato, se generalizaron las reglas romanas de los contratos particulares; y en la tradición del acto se generalizaron para éste las reglas del contrato. Si fue así, se comprende la sustancial unidad a que antes nos referimos. Las discrepancias que, no obstante, puedan observarse, en muchos casos derivan precisamente del distinto grado de generalidad, porque ya se comprenderá que una regla formulada para la compraventa, por ejemplo, alguna alteración debe sufrir cuando se la generaliza para todos los contratos; y una nueva modificación debe padecer al ser generalizada para todos los actos.

¹ GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Para la historia de la fijación del derecho civil en Chile durante la república*, II: *Estudio histórico acerca de los antecedentes sistemáticos y terminológicos de la parte general relativa a los actos y declaraciones de voluntad en el Código Civil chileno y en sus proyectos*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 2 (Valparaíso 1977), pp. 101-130; EL MISMO, *Para la historia de la fijación del derecho civil en Chile durante la república*, VI: *Sobre las fuentes de tít. 1º del libro IV del Código Civil en Chile y de sus proyectos*, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* 1 (Valparaíso, 1977), pp. 11-32.

² El caso es característico en Francia: aunque el código de 1804 contiene una reglamentación general de las convenciones contractuales, como se dijo, los juristas franceses del siglo XX la han transformado en una doctrina general del *acte juridique*. Lo propio sucede en Chile.

En lo que sigue, intentaremos trazar los hitos más sobresalientes de la tradición de una teoría general concerniente al contrato³. Como el paradigma legal de esta teoría viene representada por el contenido de los capítulos 1º y 2º del título 3º del libro III del *Code Civil*, artículos 1.101 a 1.133, preliminarmente recordaremos el esquema seguido en este articulado.

Titre troisième	<i>Des contrats ou des obligations conventionnelles en général</i>
Chapitre I	<i>Dispositions préliminaires</i>
Chapitre II	<i>Des conditions essentielles pour la validité des conventions</i>
Section 1	<i>Du consentement</i>
Section 2	<i>De la capacité des parties contractantes</i>
Section 3	<i>De l'objet et de la matière des contrats</i>
Section 4	<i>De la cause</i>

El capítulo I: *Dispositions préliminaires* define al contrato en su artículo 1.101, y destina los siguientes seis artículos a dividirlo en sinalagmático y bilateral, conmutativo y aleatorio, de beneficencia y a título oneroso y con nombre propio y sin éste.

El capítulo II: *Des conditions essentielles pour la validité des conventions* se inicia con el artículo 1.108 que exige cuatro condiciones para la validez de una convención: consentimiento, capacidad, objeto cierto y causa lícita. Las cuatro secciones que lo integran seguidamente desarrollan cada uno de estos requisitos.

En materia de consentimiento (sec. 1ª, artículos 1.109 a 1.122), el tratamiento discurre sobre la base de sus vicios: error, violencia y dolo, por un lado; y de la carga de obligarse en propio nombre por sí mismo (artículo 1.119), dando pie, así, a la disciplina de la estipulación del hecho ajeno (artículo 1.120), de la estipulación a favor de terceros (artículo 1.121) y de la estipulación por sí y sus herederos (artículo 1.122).

Por lo que atañe a la capacidad, la sección 2ª declara capaces a todos, salvo a los menores, a los interdictos (por demencia y prodigalidad) y a las mujeres casadas (artículos 1.123 a 1.125).

En la sec. 3ª (artículos 1.126 a 1.130) se trata del objeto o materia de los contratos, que puede consistir en alguna cosa o en el simple uso o posesión de una cosa, que las partes se obligan a dar, hacer o no hacer (artículos 1.126 y 1.127), con tal que estén en el comercio (artículo 1.128) y sean determinadas a lo menos

³ Para la formación de la tradición del acto, me remito a mi trabajo: *Los orígenes de la noción de acto jurídico a través de la construcción de un sistema de derecho*, en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba* 34 (Córdoba, 1995), pp. 41- 60.

en cuanto a su especie (artículo 1.129 inc. 1), aunque su cantidad no esté determinada con tal que sea determinable (artículo 1.129 inc. 2). También se admite como objeto una cosa futura, salvo que se trate de una sucesión futura (artículo 1.130).

Finalmente, la sec. 4^a trata de la causa de las obligaciones, en términos de exigir su existencia, su verdad y su licitud, bajo pena de no producir efectos (artículo 1.131), aunque no se la exprese (artículo 1.132). Termina definiendo como causa ilícita aquella que es prohibida por la ley o contraria a las buenas costumbres o al orden público (artículo 1.133).

Este esquema ha influido en todos los códigos civiles del siglo XIX de Europa y de América. En el de Chile y en el de Colombia, aparece en el libro IV, títulos 1^o y 2^o, con una notable modificación externa: la sustitución, no siempre perfecta, de su referencia al contrato por una referencia a los actos y declaraciones de voluntad⁴, aparte de que el autor del código chileno, como casi siempre, completó al original en innumerables puntos, y lo mejoró en la sustancia y en la redacción.

II. EL ESQUEMA GAYANO-JUSTINIANO DE LA ESTIPULACIÓN

1. Al iniciar el trazado histórico de esta teoría general, la primera referencia obligada es, por cierto, al derecho romano. No dedicaremos muchas palabras a insistir en que este derecho en ninguna de sus épocas conoció algo semejante a lo que antes hemos descrito como teoría general, ni del contrato (entendido en el sentido de convención generadora de obligaciones) ni menos del acto jurídico. Los romanos sólo tuvieron doctrinas particulares, que a veces aplicaban a un determinado y concreto acto típico, y así podríamos hablar de una doctrina de la estipulación; y a veces a algún género de actos típicos, cuando varios aparecen sometidos a un mismo régimen jurídico, de guisa de poderse hablar, por ejemplo, de una doctrina de los contratos de buena fe.

Sólo que los juristas romanos no se ocuparon de sistematizar mayormente estas que nosotros hemos llamado doctrinas particulares, cuyo grado de generalidad, en cuanto a exposición, es algo que podemos observar, pero que los romanos no se preocupaban de resaltar. Así, por ejemplo, la gran cantidad de reglas comunes a la compraventa y al arrendamiento, lo mismo que a las demás relaciones de buena fe (sociedad, mandato, tutela y gestión de negocios), lejos de aparecer expuestas en una única sede común en los comentarios de derecho civil o de derecho pretorio, aparecen repetidas y reiteradas con respecto a cada relación en particular⁵. En otros casos, algunas figuras, para nuestra mentalidad comunes a to-

⁴ Para esto, véase el trabajo primeramente citado en la n. 1.

⁵ Un ejemplo bastará. Como bien se sabe, en el derecho romano el mandato, la compraventa y el arrendamiento son contratos consensuales. Al exponer la disciplina de cada uno de éstos, los juristas, en vez de limitarse a recordar su carácter de consensual, y con ello dar por supuesto todo lo que ello significa, explican en cada caso ese carácter del contrato que comentan, con todas sus consecuencias. Así, Paulo, en el libro 32 de su comentario al edicto, dice que la obligación del mandato recibe su consistencia del consenso, y que por ello puede contraerse el

dos los contratos e incluso actos, como la condición, resultan expuestas en sedes particulares, que normalmente son la estipulación, la institución de heredero y los legados y, en menor medida, dentro de la compraventa, porque, en la vida negocial real es ese el tipo de negocios que más frecuentemente reciben condición, comoquiera que, por ejemplo, rarísimo es ver un comodato o un depósito sometidos a ella.

Se comprende así, que los juristas se hayan desinteresado por formular definiciones generales y sistemas comunes de requisitos y elementos o efectos.

Ni siquiera Gayo, quien se animó en pleno siglo II d. C. a intentar una exposición sistemática del derecho con base en criterios dialécticos, se atrevió a formular doctrinas generales. Aunque él utilizó una noción amplia y unificadora de *contractus*, que estaba en desacuerdo con el uso más restringido que hacía de esta palabra la jurisprudencia clásica conectada con Labeón⁶, lo cierto es que no formó una teoría general del contrato. Lo mismo cabe decir de Justiniano, que siguió muy de cerca la sistematización expositiva de Gayo en sus propias *Institutiones*⁷.

2. Sin embargo, Gayo construyó, o bien recibió construida, no lo sabemos, una exposición concerniente a las estipulaciones, que pasó, por cierto, a las *Institutiones* de Justiniano. En ella podemos ver una primera matriz de lo que sería en el futuro la doctrina general del contrato tal cual la vemos en el modelo del código francés, lo cual, si no me equivoco, hasta la fecha no ha sido notado. Pero es necesario insistir en que en Gayo-Justiniano la exposición concierne única y exclusivamente a la estipulación, o sea a un acto particular, típico y concreto, aunque Gayo, y lo mismo Justiniano, lo hayan incluido en la categoría más general del *contractus* que da origen a obligaciones *verbis*⁸.

Como la única obra que pudo influir en el derecho moderno fue la de Justiniano, aquí solo presentaremos el tratamiento que aparece en sus *Institutiones*.

negocio por medio de un *nuntius* o por carta y por medio de cualesquiera palabras (Dig. 17, 1, 1, pr. - 2). Por su parte, Ulpiano, en el libro 33 de su comentario *ad Sabinum*, vale decir, sobre derecho civil, declara que la compraventa es de derecho de gentes y que por eso se perfecciona por el consentimiento y que puede celebrarse entre ausentes, por medio de un *nuntius* y por carta (Dig. 18, 1, 7, 2). En fin, de nuevo Paulo, esta vez en el libro 34 de su comentario al edicto, establece que el arrendamiento, como es de derecho natural y de gentes, no se celebra por palabras solemnes sino por el consentimiento, igual que la compraventa (D. 19, 2, 1). Ahora bien, la razón de este proceder reiterativo está en que los juristas no destinan ninguna parte de sus comentarios a exponer cierta doctrina general de los contratos consensuales, a la cual enseguida pudieran remitirse al descender a cada contrato en particular, sin más añadidos.

⁶ Sobre esto, véase GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Para la historia de la formación de la teoría general del acto o negocio jurídico y del contrato, I: El vocabulario de la negocialidad jurídica en el derecho romano*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 17 (Valparaíso, 1995), pp. 91 - 113, y la literatura ahí citada.

⁷ La exposición del sistema gayano-justiniano de fuentes de las obligaciones se puede ver en GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Derecho privado romano* (2ª reimp., Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1997), vol. I, pp. 702 - 708.

⁸ Gai. III, 89 y 92; Iust. Inst., III, 13, 2 y III, 15.

El título 18 del libro III de las *Institutiones* de Justiniano está dedicado al tema “de la división de las estipulaciones” (*de divisione stipulationum*), y el 19, al “de las estipulaciones inútiles” (*de inutilibus stipulationibus*), esto es, a aquellas que en sentido general podríamos denominar ineficaces. Por lo que atañe a estas últimas, Justiniano, pues, sobre la planta de Gayo, no presentó la estructura normal de la estipulación, sino su patología; mas, a partir de esta exposición patológica se descubren, por oposición, cuáles vienen a ser los requisitos de una estipulación eficaz.

El esquema distributivo de la materia es el siguiente:

Iust. Inst. III, 18:	De la división de las estipulaciones
Iust. Inst. III, 19:	De las estipulaciones inútiles
a) III, 19 pr. - 19, 2:	Las anomalías en el objeto
b) III, 19, 3:	La estipulación del hecho ajeno, que es inválida
c) III, 19, 4:	La estipulación en favor de terceros, que es inválida
d) III, 19, 5:	La incongruencia entre pregunta y respuesta estipulatorias, que acarrea la invalidez del acto
e) III, 19, 7 a 19, 10:	Quiénes no pueden estipular ni prometer (mudos, sordos, dementes y pupilos)
f) III, 19, 11:	Estipulación con condiciones imposibles
g) III, 19, 14:	Estipulación con condición prepostera
h) III, 19,15 - 16:	Estipulación condicionada a morir
i) III, 19,19 - 20:	De nuevo sobre la estipulación en favor de terceros
j) III, 19, 21:	De nuevo sobre la estipulación del hecho ajena
k) III, 19, 23:	El error en la cosa prometida
l) III, 19, 24:	La estipulación con causa torpe
m) III, 19, 26 - 27:	La estipulación a plazo

No nos debe importar que este esquema expositivo esté lejos de satisfacer al gusto actual. Lo que interesa verificar es que él, en parte, inspiró a la moderna teoría general sobre la estructura del contrato y del acto, según lo muestra este análisis: capacidad (e); voluntad y consentimiento (d), exentos de vicios (k); objeto lícito (a); causa lícita (l); representación (b, c, i, j); modalidades: condición (f, g, h,) y plazo (m). El orden gayano-justiniano sugirió, además, la necesidad de

clasificar o dividir al objeto, o sea a las estipulaciones (libro III, capítulo 18). En la tradición posterior la división o clasificación será aplicada al contrato. En todo esto tenemos prefigurados, pues, los capítulos 1 (clases de contratos) y 2 (requisitos del acto-contrato) del título 3º del libro III del *Code Civil*, que pasaron, como se ha dicho, al código chileno-colombiano, exceptuado el tema de las modalidades, que estos tres cuerpos legales refirieron a las obligaciones y no al contrato.

III. LUIS DE MOLINA

De Justiniano podemos dar un gran salto hasta llegar a Luis de Molina (1535 - 1600) y a su tratado *De justitia et jure* publicada entre 1593 y 1609⁹, del que nos interesa su parte *De contractibus*, contenida en el tomo II, que apareció en 1597. Se trata de la primera formulación moderna de una doctrina del contrato, con potencia para convertirse en general, aunque todavía formulada de acuerdo con el método escolástico de los problemas (*disputationes*), que, no obstante, aparece integrada en un sistema general, como en otro lugar destacaré¹⁰. Esta formulación sigue el esquema justinianeo de las estipulaciones.

Acabamos de decir que Molina formuló una doctrina del contrato con potencia para convertirse en general, porque, en verdad, Molina habla de las *promisiones*, que es el nombre que usa para referirse a las estipulaciones. Y él entiende que la *promissio* es una especie particular de *contractus*, propiamente una donación¹¹; lo que no era así en el derecho romano. En éste, una estipulación podía, en efecto, tener causa onerosa, como cuando se promete el precio de una compraventa ya celebrada o se promete una cantidad que previamente se ha recibido en préstamo, como hacemos hoy con los modernos pagarés y otros títulos de crédito. De este modo, al confundir promesa con donación, Molina aparece incluso como más restrictivo que Justiniano (Gayo). Pero históricamente su exposición es trascendente porque inspirará directamente a Grocio, de donde surgirá la moderna doctrina.

Por otro lado, de todas maneras las primeras *disputationes* del tratado *De contractibus* son generales.

Ese tratado se abre con la disp. 252: que versa sobre “qué son pacto y contrato y de la obligación civil y natural” (*Pactum et contractum quid sint et de obligatione civili et naturali*); o sea, está destinada a lo que podríamos denominar el concepto o la definición del contrato.

Desde la disp. 253 a la 259 (dejando a un lado algunas impertinentes a nuestro tema) se estudian las diferentes divisiones del contrato, así:

⁹ Ed.: MOLINA, Luis de, *De justitia et jure* (Coloniae Allobrogum, 1733), 5 vols.

¹⁰ GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Para la historia de la formación de la teoría general del acto o negocio jurídicos y del contrato*, IV: *La construcción del sistema jurídico y la inserción de la negocialidad jurídica en un punto principal del sistema* (inédito aún).

¹¹ MOLINA, Luis de, *De justitia et jure*, tract. II, dispt. 262 pr. (ed. cit., vol. II, p. 23).

Disp. 253: “De los contratos nominados e innominados” (*De contractibus nominatis et innominatis*);

Disp. 254: “Cuáles contratos se perfeccionan solo por la palabra, cuáles por la escritura y cuáles por la obra” (*Qui contractus solo consensu, qui solo verbo, qui scriptura et qui opere compleantur*);

Disp. 259: “Contratos de buena fe y de derecho estricto y otras divisiones de los contratos” (*Contractus, qui bonae fidei et qui stricti juris et de aliis contractibus divisionibus*).

La disp. 261, rubricada: “Quiénes pueden celebrar contratos” (*Qui possint contractus celebrare*), en general alude a lo que hoy llamamos la capacidad de ejercicio, y se discute ahí de los impúberes, menores, dementes, pródigos, etcétera.

A partir de la disp. 262 Molina deja la generalidad de los contratos y entra en las *promisiones*. Su primer problema es cómo se forma el acto promisorio, es decir, lo que hoy corresponde a la doctrina de la formación del consentimiento, así:

Disp. 262: “La promisión difiere del propósito, del doble género de promisiones y simultáneamente de las virtudes de la verdad y fidelidad” (*Promissio differt a proposito et de duplice promissionum genere ac simul de virtutibus veritatis ac fidelitatis*);

Disp. 263: “La promisión no se puede revocar libremente antes de la aceptación y si esto tiene lugar por su naturaleza o por derecho positivo” (*Promissio ante acceptationem revocari ne libere possit et utrum ex sua natura id habeat an ex positivo jure*);

Disp. 264: “Por quién puede ser aceptada la promisión y hasta cuándo vale la hecha por un ausente” (*Promissio a quo acceptari possit et quousque absenti facta valeat*).

La disp. 267: “Para que la promisión o estipulación obligue cuánto debe tener de deliberación y espontaneidad” (*Promissio aut stipulatio ut obliget quantum deliberationis et spontanei habere debeat*) examina el tema de la libertad del consentimiento promisorio y de la fuerza, en parte correspondiente, pues, a lo que llamamos vicios de la voluntad.

Las *disputationes* 268 y 269 examinan el tema de la falta de objeto: la disp. 268: “Si sea válida la promisión o estipulación acerca de una cosa incierta, de un hecho ajeno, de una cosa sagrada o pública y de un hombre libre” (*Promissio aut stipulatio de re incerta, de facto alieno, de re sacra aut publica et de homine libero, an valida sit*). La disp. 269: “Si vale la promisión de una cosa que sólo existe en la esperanza. Y para quién perece la cosa prometida” (*Promissio rei, qui solum est in spe, an valeat. Et cui res promissa pereat*).

En la disp. 271: “De la promisión de una cosa imposible, ilícita o contra las buenas costumbres” (*De promissione rei impossibilis, illicita aut idcirco contra bonos mores, quod occasionem praeberet ruinae et quid si haec ultima juramento confirmetur*) nos encontramos ante cuestiones concernientes a la ilicitud del objeto.

Como puede apreciarse, Molina, adaptado al peculiar método escolástico, expone, empero, prácticamente todos los temas que constituyen la doctrina general del contrato, aunque referida todavía a las *promisiones* (que, por otro lado, paras

él era un contrato), y lo hace inspirado en el esquema gayano-justiniano de las estipulaciones, como la comparación lo demuestra.

IV. HUGO GROCIO

1. El sucesor directo de Molina fue Hugo Grocio (1583 - 1645). El capítulo 11 del libro II de su *De iure belli ac pacis* (1625)¹² se rubrica *De promissis*, que aquél, como Molina, sigue considerando como una forma de donación; y es nuevamente en esta sede en donde encontramos lo que nos interesa¹³.

El punto de partida de Grocio es la discusión que entabla contra el jurista francés del siglo XVI François Connan, en torno al tema de si las promesas tienen fuerza de obligar por derecho civil, lo que aquél había negado y que Grocio quiere, en cambio, afirmar. Es a propósito de ello que el holandés distingue entre promesas perfectas e imperfectas, según el criterio de la dirección de la voluntad; de manera que cuando una persona manifiesta una voluntad, y no un simple deseo o propósito de dar o hacer algo a otro, queda obligada por su manifestación. Se tendrá presente que éste era un tema escolástico, que Molina había expuesto en la *disputatio* 262.

Pero una promesa perfecta tiene algunos requisitos.

El primero es el *usus rationis*, de modo que las promesas de los dementes, amentes e infantes son nulas. Grocio discute también el caso de los menores¹⁴.

En seguida trata este autor el tema del error¹⁵, del miedo (fuerza) y del dolo¹⁶, en cuanto invalidantes de la promesa, tema que discute en sus diversos aspectos.

Grocio entra posteriormente en el asunto que llama *materia promissi*, correspondiente a lo que nosotros denominamos objeto, y que lo estudia tanto desde el punto de vista de su existencia y posibilidad como de su licitud¹⁷.

El *modus promittendi* o manera de manifestar el consentimiento incluye no sólo la doctrina de la voluntad expresa y tácita, más también la de la representación o actuación por medio de terceros y en favor y en contra de ellos¹⁸, lo mismo que la formación del consentimiento mediante oferta y aceptación.

¹² Ed.: GROTIUS, Hugo, *De iure belli ac pacis* (Amsterdami, 1646).

¹³ Lit.: AUGÉ, G., *Le contrat et l' évolution du consensualisme chez Grotius*, en *Archives de Philosophie du Droit* 13 (1968), p. 99 ss.; WIEACKER, F., *Contractus und obligatio im Naturrecht zwischen Spätscholastik und Aufklärung*, en *La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno* (Milano, Giuffrè, 1973), p. 223 ss.; EL MISMO, *Die vertraglichen Obligation bei den Klassikern des Vernunftsrechts*, en *Festschrift für Hans Welzel* (Berlín, 1974), pp. 7 ss.; NANZ, Klaus-Peter, *Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. bis 18. Jahrhundert* (München, J. Schweitzer, 1985), pp. 139 – 149.

¹⁴ GROTIUS, Hugo, *De iure belli ac pacis*, lib. II, cap. 11, párr. 5 (ed. cit. p. 221).

¹⁵ GROTIUS, Hugo, *De iure belli ac pacis*, lib. II, cap. 11, párr. 6 (ed. cit. p. 222).

¹⁶ GROTIUS, Hugo, *De iure belli ac pacis*, lib. II, cap. 11, párr. 7 (ed. cit. p. 223).

¹⁷ GROTIUS, Hugo, *De iure belli ac pacis*, lib. II, cap. 11, párr. 8 (ed. cit. p. 223).

¹⁸ GROTIUS, Hugo, *De iure belli ac pacis*, lib. II, cap. 11, párr. 11 ss (ed. cit. p. 224).

Sólo al final del capítulo y de pasada, Grocio alude a la causa, cuando señala que las promesas *quae causam expressam non habent* no necesariamente son inválidas, sin abundar mayormente en el tema¹⁹.

2. En el libro II de su tratado, Hugo Grocio ofrece un capítulo XII rubricado *De contractibus*. El concepto de contrato que proporciona este autor sólo aparece después de expuesta una tipología de géneros y especies, cuyo punto de partida son “los actos de los hombres que tienden a la utilidad de otros hombres” (*actus humanorum qui ad aliorum hominum utilitatem tendunt*)²⁰. Ellos pueden ser “simples” o “compuestos” (que después llama “mixtos”).

Los simples son benéficos (*benefici*) y commutativos (*permutatorii*)²¹.

Los benéficos pueden ser “puros” (*meri*) y “con obligación recíproca” (*cum mutua obligatione*). Los meramente benéficos, a su vez, son de presente (*in praesens*), como prestar un servicio gratuito que no constituya gestión de negocio ajeno, o bien, donar realmente; o de futuro (*in futuro*) y entonces se trata de las promesas (aceptadas) de dar o de hacer gratuitamente. Los actos benéficos con obligación mutua consisten en proporcionar una cosa en favor de otro pero sin alienación de la misma, tal cual ocurre en el comodato; o en operar un hecho en favor de otro, del que se sigue algún efecto, como en el mandato y en el depósito²².

Los actos permutatorios o separan a las partes (*diremtorii*) o las reúnen en comunión (*communicatorii*). Los primeros son de tres clases: “doy para que des” (*do ut des*), “hago para que hagas” (*facio ut facias*) y “hago para que des” (*facio ut des*)²³. Los segundos comunican cosas o hechos, o bien, ambos para una común utilidad, como ocurre en las sociedades²⁴.

Los actos compuestos o mixtos lo son por vía principal o por accesión de otro. Así, cuando sabiendo y queriendo el comprador pagar por una cosa más de lo que vale, se tiene una compra y una donación, o si se paga a un artífice para que confeccione un anillo con materia suya, hay compra y arrendamiento, etcétera. La composición por vía accesoria se produce en las cauciones reales y personales²⁵.

Grocio termina afirmando que “todos los actos útiles a otros, excepto los meramente benéficos, se llaman contratos” (*omnes autem actus aliis utiles, extra mere beneficos, contractuum nomine appellantur*)²⁶. De éstos se deduce que para nuestro autor sólo quedan excluidos del concepto de contrato las liberalidades, especialmente las donaciones, tanto reales como promisorias. Ello explica que de

¹⁹ GROTIUS, Hugo, *De iure belli ac pacis*, lib. II, cap. 11, párr. 21 (ed. cit. p. 226).

²⁰ GROTIUS, Hugo, *De iure belli ac pacis*, lib. II, cap. 12, párr. 1 (ed. cit., p. 228).

²¹ GROTIUS, Hugo, *De iure belli ac pacis*, lib. II, cap. 12, párr. 2 (ed. cit., p. 228).

²² GROTIUS, Hugo, *De iure belli ac pacis*, lib. II, cap. 12, párr. 2 (ed. cit., p. 228).

²³ GROTIUS, Hugo, *De iure belli ac pacis*, lib. II, cap. 12, párr. 3 (ed. cit., p. 229).

²⁴ GROTIUS, Hugo, *De iure belli ac pacis*, lib. II, cap. 12, párr. 4 (ed. cit., p. 230).

²⁵ GROTIUS, Hugo, *De iure belli ac pacis*, lib. II, cap. 12, párr. 5 (ed. cit., p. 230).

²⁶ GROTIUS, Hugo, *De iure belli ac pacis*, lib. II, cap. 12 párr. 7 (ed. cit., p. 230).

las promesas Grocio haya tratado en el capítulo XI: *De promissis*.

3. La influencia de Molina en Grocio queda escondida por el diferente sistema expositivo que éste emplea. Mientras Molina primero define y después clasifica, Grocio hace al contrario, pues, como se ve, empieza por clasificar los actos, para así llegar después al contrato. Como se dijo, la separación de las promesas con respecto al contrato está determinada por el sentido más restringido de contrato adoptado por Grocio, en tanto Molina había tratado a la promesa como una especie de contrato (donación). Pero la exposición de aquél está muy influida por éste (y por el neotomista belga Leonardo Lessius)²⁷. En todo caso, lo decisivo es la idea de situar al contrato en un lugar principal del sistema.

V. SAMUEL PUFENDORF

La doctrina *de pactis et promissis* expuesta por Samuel Pufendorf (1632 - 1694) en su *De iure naturae et gentium* (1672)²⁸, depende, a su vez, de la de Hugo Grocio, a quien cita constantemente; pero constituye un desarrollo mayor de la misma. En efecto, lo que aquél trata en un capítulo, Pufendorf la extiende por tres. Se trata del libro III, capítulo 6: *De consensu circa promissa et pacta adhibendo*; y capítulo 7: *De materia promissorum et pactorum*; a los que todavía se puede agregar el capítulo 8: *De conditionibus promissionum*.

En el capítulo 6, sobre el consenso, se examina las modalidades que puede adoptar su manifestación tanto expresa como tácita²⁹. Sigue el tema de la capacidad absoluta, bajo la denominación de *usus rationis*, y su exclusión en los infantes, dementes y amentes³⁰ y una discusión sobre la incapacidad relativa de los menores³¹. Finalmente comparecen los vicios del consentimiento: error³², dolo³³ y fuerza³⁴.

El capítulo 7 da entrada a los diversos temas concernientes al objeto (*materia*), el cual no debe ser imposible³⁵ ni ilícito³⁶. Pufendorf termina el capítulo con

²⁷ Como ha demostrado DIESELHORST, M., *Die Lehre des Hugo Grotius vom Versprechen* (Köln-Graz, 1959); cfr. WIEACKER, F., *Contractus und obligatio im Naturrecht zwischen Spätscholastik und Aufklärung*, en *La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno* (Milano, Giuffrè, 1973), p. 223 ss.

²⁸ Ed.: PUFENDORF, Samuel, *De iure naturae et gentium* (Francofurti et Lipsiae, 1759; reimpr. Frankfurt a. M., Minerva, 1967), 2 vols. Lit.: véanse los artículos de Wiaecker y el libro de NANZ, Klaus-Peter, *Die Entstehung*, pp. 149 - 155, todos cit. supra n. 13.

²⁹ PUFENDORF, Samuel, *De iure naturae et gentium*, lib. III, cap. 6, párr. 2 (ed. cit., vol. I, p. 379)

³⁰ PUFENDORF, Samuel, *De iure naturae et gentium*, lib. III, cap. 6, párr. 3 (ed. cit., vol. I, p. 381).

³¹ PUFENDORF, Samuel, *De iure naturae et gentium*, lib. III, cap. 6, párr. 4 (ed. cit., vol. I, p. 381).

³² PUFENDORF, Samuel, *De iure naturae et gentium*, lib. III, cap. 6, párr. 6-7 (ed. cit., vol. I, p. 385).

³³ PUFENDORF, Samuel, *De iure naturae et gentium*, lib. III, cap. 6, párr. 8 (ed. cit., vol. I, p. 388).

³⁴ PUFENDORF, Samuel, *De iure naturae et gentium*, lib. III, cap. 6, párr. 9-13 (ed. cit., vol. I, p. 389).

³⁵ PUFENDORF, Samuel, *De iure naturae et gentium*, lib. III, cap. 7, párr. 2-5 (ed. cit., vol. I, p. 404).

³⁶ PUFENDORF, Samuel, *De iure naturae et gentium*, lib. III, cap. 7, párr. 6-9 (ed. cit., vol. I, p. 411).

la consideración de la promesa a favor de terceros³⁷ y del hecho ajeno³⁸.

El capítulo 8 los destina su autor al tema de las modalidades: condición³⁹, lugar⁴⁰ y plazo⁴¹.

VI. JEAN DOMAT Y ROBERT JOSEPH POTHIER

Con Grocio y Pufendorf, el esquema de una doctrina general de los *pacta* y *promissa* quedó sustancialmente trazado. Sólo hizo falta liberarlo del filosofismo con que los iusnaturalistas solían envolver los conceptos y las figuras del derecho romano. Esa fue la obra de Robert Joseph Pothier (1699 - 1772), en su *Traité des obligations* (1761)⁴². Con él, las nociones recuperaron su perfil dogmático-jurídico. Las fuentes de Pothier son, en primerísimo lugar, el derecho romano, pero también Grocio y Pufendorf. Entre medio se sitúa, sin embargo, la figura de Jean Domat (1625 - 1696) y su obra *Les lois civiles dans leur ordre naturel* (1689)⁴³, importante para nuestro tema por el diseño de su célebre teoría de la causa, que Pothier adoptó.

1. Por esta razón, la expondremos brevemente aquí.

Domat dice que hay 4 clases de convención (que para él es lo mismo que contrato). En efecto, quienes contratan —expresa— o se dan recíprocamente una cosa por otra, como en la venta o en la permuta; o hacen alguna cosa el uno para el otro, como cuando cada cual se encarga de los negocios de su contraparte; o bien, el uno hace y el otro da, como cuando se arrienda el trabajo por un precio; o, en fin, uno solo hace o da, sin que el otro nada haga ni dé, como si alguien se encarga gratuitamente de los negocios de otro o si hace una donación⁴⁴.

Ahora bien, continúa Domat, en las tres primeras clases de convenciones se hace un comercio en donde nada es gratuito y “la obligación de uno es el fundamento de aquella del otro” (*l'engagement de l'un est le fondement de celui de l'autre*). Esto ocurre, añade, incluso en las convenciones en donde sólo uno parece obligado, como en el préstamo de dinero, pues: *l'obligation de celui que emprunte a été précédée de la part de l'autre de ce qu'il devait donner pour*

³⁷ PUFENDORF, Samuel, *De iure naturae et gentium*, lib. III, cap. 7, párr. 10 (ed. cit., vol. I, p. 416).

³⁸ PUFENDORF, Samuel, *De iure naturae et gentium*, lib. III, cap. 7, párr. 11 (ed. cit., vol. I, p. 417).

³⁹ PUFENDORF, Samuel, *De iure naturae et gentium*, lib. III, cap. 8, párr. 1-5 (ed. cit., vol. I, p. 418).

⁴⁰ PUFENDORF, Samuel, *De iure naturae et gentium*, lib. III, cap. 8, párr. 6 (ed. cit., vol. I, p. 423).

⁴¹ PUFENDORF, Samuel, *De iure naturae et gentium*, lib. III, cap. 8, párr. 7 (ed. cit., vol. I, p. 423).

⁴² Ed.: POTHIER, Robert-Joseph, *Traité des obligations*, en *Œuvres de Pothier* (ed. Bugnet, Paris, 1861), vol. X.

⁴³ Ed.: DOMAT, Jean, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, en *Œuvres complètes de J. Domat* (ed. Remy, Paris, 1835), 4 vols.

⁴⁴ DOMAT, Jean, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, lib. I, tít. 1, sec. 1, párr. 4 (ed. cit., vol. I, p. 122).

*former la convention. Y concluye: Ainsi l'obligation qui se forme dans ces sortes de conventions au profit de l'un des contractans, a toujours sa cause de la part de l'autre; de modo que: l'obligation serait nulle, si, dans la vérité, elle était sans cause*⁴⁵. En las donaciones y en los otros contratos en los cuales uno solo hace o da, *l'engagement de celui qui donne, a son fondement sur quelque motif raisonnable et juste, come un service rendu, ou quelque autre mérite du donataire, ou le seul plaisir de faire du bien. En consecuencia, concluye, ce motif tient lieu de cause de la part de celui qui reçoit et ne donne rien*⁴⁶.

No es este el lugar apropiado para juzgar esta teoría oscura e imprecisa (incluso en su lenguaje⁴⁷), ni para rastrear sus orígenes, que nosotros vemos en una pésima adaptación de algunos textos romanos, interpretados a la luz de las doctrinas medievales acerca de los pactos vestidos⁴⁸. Lo único importante es recalcar que semejante teoría ha de ser la asumida por Pothier.

2. Como habíamos adelantado, Pothier resultó ser el sistematizador definitivo, o casi, de la teoría general del contrato. Esta, sin embargo, aparece en el interior de una teoría general de las obligaciones, como el título de la obra lo indica. La afirmación de partida del autor es que tres cosas resultan ser de la esencia de una obligación: que haya una causa de donde nazca⁴⁹; unas personas entre las que se

⁴⁵ DOMAT, Jean, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, lib. I, tít. 1, sec. 1, párr. 5 (ed. cit., vol. I, p. 122).

⁴⁶ DOMAT, Jean, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, lib. I, tít. 1, sec. 1, párr. 6 (ed. cit., vol. I, p. 124).

⁴⁷ Obsérvese el uso promiscuo de *engagement* y *obligation*; de *fondement* y de *cause*, lo mismo que de *lieu de cause*. Téngase, además, en cuenta que lo dicho por Domat acerca del préstamo de dinero supone que este negocio sea obligacionalmente bilateral, lo que, en efecto, él afirma en otro lugar.

⁴⁸ Lit.: KARSTEN, *Die Lehre vom Verträge bei den italienischen Juristen des Mittelalters* (Rostock, 1888.-reimp. Amsterdam, 1867); BRISSAUD, *De la notion de cause dans les obligations conventionnelles* (Bordeaux, 1879); BOYER, G., *Recherches historiques sur la résolution des contrats* (Paris, 1924); CAPITANT-LE BRAS, *De la cause des obligations. Contrats, engagement unilatéraux, legs* (3ª ed., Paris, 1927); BATTISTONI, E., *La causa dei negozi giuridici (del diritto intermedio al codice civile italiano)* (Padova, 1932); MEYERS, E. M., *Les théories médiévales concernant la cause de la stipulation et la cause de la donation*, en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 14 (1936), p. 365 ss.; CHREVRIER, *Essai sur l'histoire de la cause dans les obligations* (Paris, 1929); FEDELE, *Considerazioni sull' efficacia dei patti nudi nel diritto canonico*, en *Annali Macerata* 10 (1937), p. 115 ss.; SÖLLNER, A., *Die causa im Konditionen- und Vertragsrecht des Mittelalters bei den Glossatoren, Kommentatoren und Kanonisten*, en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, rom. Abt. 77 (1960), p. 182 ss.; CALASSO, F., *Il negozio giuridico* (2ª ed., Milano, 1967); GARCÍA GARRIDO, Manuel, *Causa contractual en el derecho intermedio: influencia de glosadores y canonistas en las Partidas y en el Ordenamiento de Alcalá*, en VACCA, Letizia (ed.), *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica* (Torino, Giappichelli, 1997), pp. 175 ss.; BIROCCHI, Italo, *Causa e definizione del contratto nella dottrina del Cinquecento*, *ibid.*, pp. 189 ss.; LUIG, Klaus, *Causa und Innominatvertrag in der Vertragslehre zur Zeit des Naturrechts*, *ibid.*, pp. 217 ss.

⁴⁹ En este punto, *cause* significa “fuente”.

establezca; y una cosa que sea su objeto. Las causas de la obligación son el contrato, el cuasicontrato, el delito y el cuasidelito; a veces la equidad y la ley. En primer lugar, Pothier se propone tratar del contrato, a lo cual procede en el siguiente orden: (i) qué sea un contrato; su diferencia con la policitación y qué cosas se deben distinguir en aquél; (ii) divisiones del contrato; (iii) vicios generales que pueden encontrarse en ellos; (iv) personas que no pueden contratar; (v) qué puede ser objeto de los contratos; (vi) sus efectos; (vii) su interpretación; (viii) el juramento que suele adjuntarse a las convenciones⁵⁰.

Después de definir al contrato como especie de la convención destinada a formar una obligación, de diferenciarlo de la policitación o promesa no aceptada, de distinguir en él las cosas que son de su esencia, de su naturaleza y accidentales y de dividirlo según distintos puntos de vista en nominados e innominados, de derecho estricto y de buena fe, sinalagmáticos y unilaterales, consensuales y reales, interesados para ambas partes (onerosos), de beneficencia (gratuitos) y mixtos, principales y accesorios, formales y sin forma⁵¹, entra Pothier en el tema *Des différents vices qui peuvent se rencontrer dans les contrats*, que son el error, el defecto de libertad (fuerza), el dolo, la lesión entre mayores y menores, el defecto de causa (en donde se expone la doctrina de la *cause honnête* basada en Domat) y lo que Pothier llama el *défaut de lien*, que se da cuando el cumplimiento de la obligación se deja al arbitrio del deudor⁵². Enseguida trata *Des personnes qui sont capables, ou non, de contracter*⁵³ equivalente a lo que hoy llamamos la teoría de la capacidad. El tema siguiente es *De ce qui peut être l'objet des contrat. Que ce ne peut être qu'une chose qui concerne les parties contractantes, suivant la règle qu'on ne peut valablement stipuler ni promettre que pour soi*⁵⁴, o sea las reglas sobre el objeto, la estipulación en favor de un tercero y la promesa del hecho ajeno, temas estos que son reminiscencia del viejo modelo institucional y delatan su origen.

He aquí, pues, la primera exposición neta y estrictamente jurídica de una doctrina general del contrato, no contaminada de filosofismos, como en los antecesores. Ello explica que los codificadores franceses se hayan podido limitar a verter esta doctrina en breves artículos, que de esta manera quedó fijada legislativamente. Tal fijación se expandió con el código mismo. Sólo por obra de la pandectística primero y por el código alemán de 1900 después, empezó a sufrir la concurrencia de la tradición paralela del acto o negocio jurídico. Pero eso pertenece a otra historia.

⁵⁰ Todo en: POTHIER, Robert-Joseph, *Traité des obligations*, párr. 2 (ed. cit., p. 3).

⁵¹ POTHIER, Robert-Joseph, *Traité des obligations*, párr. 3-15 (ed. cit., p. 4).

⁵² POTHIER, Robert-Joseph, *Traité des obligations*, párr. 16 (ed. cit., p. 13).

⁵³ POTHIER, Robert-Joseph, *Traité des obligations*, párr. 49 (ed. cit., p. 28).

⁵⁴ POTHIER, Robert-Joseph, *Traité des obligations*, párr. 53 (ed. cit., p. 32).